

Asociación ilícita fiscal

Nicolás Plo¹

I. Introducción

La asociación ilícita fiscal se encuentra normada en el artículo 15, inciso c), de la ley penal tributaria (Ley 24.769), el cual fue incorporado en el año 2004 por la Ley 25.978. “El que a sabiendas (...) c.- Formare parte de una organización destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la presente ley, será reprimido con prisión de tres (3) años y seis (6) meses a diez (10) años. Si resultare ser jefe u organizador, la pena mínima se elevará a (5) años de prisión”.

Asimismo, cabe señalar que dicha norma tiene su antecedente en el delito de “asociación ilícita” regulado en el artículo 210² del Código Penal. Y que fue modificada en la reforma establecida por la Ley 27.430, en el cual se introduce como elemento objetivo del tipo que la asociación esté habitualmente destinada a cometer, colaborar o coadyuvar cualquiera de los ilícitos tipificados en la ley penal tributaria.

A lo largo del presente trabajo analizaremos la necesidad de la norma, como así también los elementos de la misma, para luego finalizar con una conclusión.

II. Necesidad de la figura de la asociación ilícita fiscal

La figura de la asociación ilícita fiscal nace principalmente de la interpretación que efectúa la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Stancanelli”³. En dicho pronunciamiento, nuestro más Alto Tribunal puso en duda la aplicabilidad de la figura de la asociación ilícita del citado artículo 210 del CP cuando el bien tutelado era el erario público. En efecto, en el considerando 7 refirió que “se ha perdido de vista el fundamento del tipo penal en cuestión, ya que no se ve claramente en qué medida la supuesta organización para efectuar venta de armas al exterior pueda producir alarma colectiva o temor a la población de ser víctima de delito alguno, pues en todo caso aquellos habrían estado contra el erario público y no contra personas en particular”.

¹ Abogado (Universidad Católica de Salta). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Palermo). Profesor adjunto de las materias Derecho Procesal II y Seminario I (UFLO Universidad). Ayudante de segunda de la materia Elementos de Derecho Constitucional (UBA). Juez de Tribunal Oral en lo Criminal de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires (desde 2016).

² Art. 210 del CP: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte de una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

³ Fallos: 324:3959.

Es a raíz de ello que la doctrina sostuvo que no era aplicable el artículo 210 del CP a los delitos tributarios, ya que el mismo requiere la afectación al orden público. Por ende, cuando el tipo penal dice que “destinada a cometer delitos” no se trata de cualquiera, sino de delitos que puedan afectar el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil. En sentido conteste, Ramírez (2005) refirió que “no sería aplicable a los delitos de la Ley Penal Tributaria el artículo 210 del CP, ya que sería difícil imaginar que algún estudio jurídico o contable montado para ofrecer asesoramiento tendiente a evadir impuestos afecte el orden público o la tranquilidad de la sociedad, por fuera de los delitos concretos en que se incurra”.⁴

Asimismo, cabe señalar que la incorporación a este delito a la ley especial es, a su vez, consecuencia de la política denominada “anti evasión” propiciada por la AFIP como ente recaudador. Para ello, se la denominó “asociación ilícita fiscal”, utilizando el término “fiscal” y no “tributaria” en atención a que la finalidad de la agrupación es cometer cualquiera de los delitos previstos en la ley penal tributaria y previsional.

En definitiva, entre la asociación ilícita del 210 del CP y la introducida por la Ley 25.978 existe una relación de especialidad. En otras palabras, funciona como específica de la asociación ilícita común, a la cual absorbe.

III. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico protegido de una norma no es un tema menor dado que dicho aspecto es de suma trascendencia a la luz del principio de lesividad que emana del artículo 19 de la Constitución Nacional. En efecto, no se puede perseguir legítimamente un comportamiento como delito si éste no ha perjudicado un bien jurídico.⁵

Es sabido que los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el derecho penal otorga su protección. Esta tutela, a través del ordenamiento punitivo, significa que mediante normas jurídicas se prohíben bajo amenaza de pena aquellas acciones idóneas para menoscabar de modo particularmente peligroso los intereses vitales de la comunidad.⁶

Por ende, para establecer si un comportamiento concreto resulta típico deviene indispensable que haya sido lesionado un bien jurídico. O, dicho de otro modo, ningún comportamiento que no afecte un bien jurídico –por lesión o peligro, según se trate o no de un delito de resultado– puede ser considerado adecuado al tipo penal.

La doctrina ha discutido arduamente respecto al bien jurídico tutelado en el artículo 15, inc. c), de la Ley 24.769. Entiendo que el bien jurídico tutelado inmediato es la hacienda pública o el erario público. Y el mediato, la función del Estado de proteger un interés macroeconómico y social como es permitir que los gastos y distribución de beneficios de la sociedad queden asegurados con un régimen de ingresos de tributos y aportes. Existiendo, también, delitos previsionales que afectan la seguridad social, entendida ella como el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse por óptima que sea la situación del conjunto de la sociedad en que viven y delitos tributarios que atacan a la hacienda pública.

En palabras de Pampliega (2004)⁷, el bien jurídico protegido (en la asociación ilícita fiscal) es el patrimonio del fisco.

⁴ Ramírez, N. (2005). “Asociación ilícita tributaria ¿No era suficiente el art. 210 del código penal?”. En revista *El Derecho Penal Online*. Disponible en: <https://derechopenalonline.com/asociacion-ilicita-tributaria-no-era-suficiente-el-art-210-bis-del-codigo-penal/>.

⁵ Zaffaroni, E. R. (1997). *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Ediar, pág. 389.

⁶ Jeschek, H. (1993). *Tratado de Derecho penal, Parte general*. 4ª edición. Granada: Editorial Comares, pág. 231.

⁷ Pampliega, I. (2004). “Asociación ilícita para delitos tributarios; un remedio legislativo”. En *El Derecho. Jurisprudencia General*, N° 206.

En esa misma línea se ubica también Spinka (2007)⁸ al sostener que al encontrarse dentro de los delitos tributarios nos obliga a pensar que es el íntegro y tempestivo ingreso de tributos, aportes y contribuciones, así como la correcta redistribución de lo tributario.

Asimismo, cabe subrayar que cierta doctrina entiende que la hacienda pública nacional ya se encontraba suficientemente protegida por los numerosos delitos dolosos previstos en la Ley 24.769.

En ese sentido, Osvaldo Soler ha señalado que el artículo 15, inc. c), de la Ley 24.769 no contiene una descripción nítida de la conducta que se castiga, “ni se define el bien jurídico protegido por cuyo motivo, consideramos que la norma es inconstitucional”.⁹

En forma conteste se ha manifestado López Biscayart: “La errónea ubicación sistemática no es una cuestión menor si se tiene en cuenta la dificultad que se genera a la hora de identificar el bien jurídico que se intentaría tutelar, indispensable para juzgar la constitucionalidad o no del delito creado”.¹⁰

Por otro lado, entiendo pertinente agregar que algunos autores consideran que es un delito pluriofensivo. En efecto, en esta posición se enrola Abralde¹¹ al sostener que no solo se resguarda la tranquilidad o el orden público, sino que –primordialmente– se protegen las funciones del tributo. En definitiva, se tutela más de un interés, ya que se defiende el orden público y la recaudación de la renta que afecta a la sociedad toda en su conjunto.

A lo expuesto, cabe agregar que la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico se ha expedido, en relación a ello diciendo que

la finalidad directa e inmediata que se procura alcanzar con el régimen penal tributario es la protección del bien jurídico hacienda pública. El legislador tuvo en cuenta que las características económicas de los delitos tributarios no deben valorarse como una circunstancia que indique algún tipo de levedad en la producción de aquellas conductas; por el contrario, aquellas características evidencian la gravedad que el legislador ha asignado a aquellas transgresiones, que afectan severamente el presupuesto necesario para el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado.

En sentido similar, agregaron que “si por la afectación mencionada se pone en peligro, o se afecta el cumplimiento de aquellas funciones, la posibilidad de producción o la producción misma de la violencia social son muy concretas y tangibles. En consecuencia, el bien jurídico también se afecta. Esta valoración bien debe ser tenida en cuenta por el juez penal al aplicar la ley”.

Para concluir que “al llevarse a cabo algunos de los delitos previstos por el régimen Penal Tributario, tanto de lesión como de peligro, el perjuicio ocasionado al Fisco Nacional, en definitiva repercute y daña a la sociedad toda y, en especial, a los sectores más débiles, por lo menos desde el punto de vista económico, con la incidencia que esto tiene en el mantenimiento y el desarrollo de la vida misma de los integrantes de aquella”.¹²

En definitiva, y no obstante las disimilitudes de los autores citados, en lo que respecta a la denominación del bien jurídico tutelado en el delito de asociación ilícita fiscal, cabe reiterar que, a mi juicio, el bien jurídico tutelado es la incolumidad de la hacienda pública y los recursos de la seguridad social.

⁸ Spinka, R. (2007). *Derecho Penal Tributario y Previsional*. Buenos Aires: Astrea, pág. 360.

⁹ Soler, O. (2004). “La asociación ilícita como delito autónomo en materia tributaria. Consideraciones de la Ley 25.874”. En *La Ley*, 2/2/04.

¹⁰ López Biscayart, J. (2004). “El agravamiento de los delitos tributarios y la asociación ilícita fiscal”. En VV.AA. *Ilícitos fiscales. Asociación ilícita en materia tributaria*. Culzoni: Santa Fe, pág. 141.

¹¹ Abralde, S. (2004). “La protección al bien jurídico en la reforma a la Ley Penal Tributaria y Previsional”. En VV.AA. *Ilícitos fiscales. Asociación ilícita en materia tributaria*. Culzoni: Santa Fe, pág. 221.

¹² CNPen. Económico, Sala “B”, 30/11/2006 “Di Biase, Luis Antonio y otros s/asociación ilícita”.

IV. Tipo objetivo

El tipo objetivo requiere los siguientes elementos:

1. Formar parte de una asociación u organización

En primer lugar, he de señalar que la figura no persigue la participación en uno o más delitos, sino la participación de una asociación para cometerlos. En otras palabras, si los delitos se cometieran, concurrirán materialmente con éste, ya que la asociación ilícita fiscal constituye un delito autónomo.

En segundo término, considero relevante subrayar que debe existir un acuerdo para cometer delitos tributarios. Pero no cualquier acuerdo implica una asociación; se requiere que sea estable y permanente. Dicho en otros términos, se necesita cierta duración temporal, lo cual lo diferencia de una convergencia transitoria ordenada a cometer uno o más hechos determinados. Al respecto, cabe agregar que no se trata de una permanencia absoluta, sino relativa, exigida por la pluralidad delictiva que es el objetivo de la asociación, el cual no se puede conseguir sin una actividad continuada, ni se agota con la realización de un único delito.

Por otro lado, debe estar conformado cierto grado de identidad de grupo dado que la modalidad convergente de la voluntad es elemento definitorio del tipo. En efecto, no solo debe querer pertenecer, sino que debe ser considerado necesariamente por sus pares como un genuino integrante más.

A lo expuesto, se suma que la acción típica de “tomar parte” requiere un aporte efectivo a la asociación que debe ser exteriorizado como tal frente a los otros miembros, siendo insuficiente la simple permanencia en la asociación. En otras palabras, el aporte efectivo es el centro y la esencia de la acción típica.

Por último, no he de soslayar que la asociación y la organización poseen un contenido similar, aunque no son sinónimos. La asociación requiere un mayor grado de formación por su contenido técnico, mientras que la organización no.

2. Número de intervinientes

La asociación requiere estar compuesta por un mínimo de tres personas. A mi juicio, se necesita, a su vez, que todos los miembros de la asociación ilícita fiscal sean imputables, de lo contrario faltaría la capacidad jurídica para expresar válidamente la voluntad que presupone el acuerdo delictivo.

3. Propósito colectivo de delinquir

Además de los referidos requisitos, el tipo penal requiere el propósito de cometer cualquiera de los delitos tipificados en la Ley 24.769. Es decir, no es suficiente cometer simples infracciones administrativas.

Debe tratarse de delitos indeterminados, esto es, una pluralidad de planes delictivos, circunstancia que se vincula con la permanencia de la asociación. En orden a ello, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que la indeterminación de delitos “no se refiere a que los integrantes de ellas no conozcan qué delitos van a cometer, sino que se trata de que tenga en miras una pluralidad de planes delictivos que no se agoten en una conducta delictiva determinada, con la concreción de uno o varios hechos”.¹³

¹³ CNCP, Sala III, Soliz Medrano, Pedro C. y otros s/rec. de casación” reg. 142/97 del 23/4/97.

En este orden de ideas, nuestro más Alto Tribunal ha resuelto en el citado caso “Stancanelli” que

es necesario distinguir cuidadosamente la mencionada figura del acuerdo criminal, ya que aquella requiere un elemento de permanencia ausente en éste último, que puede tener por finalidad la comisión de varios delitos pero que es esencialmente transitorio. En otros términos, la asociación ilícita requiere pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos.

Viene al caso mencionar el precedente “Cechetto, José Ernesto y otros s/recurso de casación” de la Cámara Federal de Casación Penal, en el que se investigaba una asociación ilícita vinculada a delitos tributarios. Dicho tribunal consideró con cita de Laje Anaya que

si bien la existencia del delito de asociación ilícita es independiente de la comisión de los delitos que esa organización pudiera cometer, la dificultad probatoria de los elementos configurativos –en especial, la constitución del grupo con la preordenada orientación delictiva– impone la consulta pormenorizada de los hechos ilícitos atribuidos a aquella asociación.¹⁴

En lo que respecta a la “habitualidad”, desde mi punto de vista constituye un elemento del tipo objetivo. Por ende, requiere prueba fehaciente en la repetición de los hechos previos. Dicho en otros términos, el grupo debe haber realizado y reiterado hechos para que pueda considerarse adquirido ese modo especial de proceder. En definitiva, no hay habitualidad sin prueba de hechos anteriores, o bien, tales hechos están distanciados en el tiempo.

Al respecto, Donna –cuando analiza la habitualidad como agravante del encubrimiento– considera que solo se puede admitir cuando se pruebe la reiteración de hechos del agente, circunstancia que exige la prueba fehaciente de esa actividad y no la presunción de ella. Sostiene que, si se trata con ligereza la habitualidad, se terminará imponiendo pena por un estado de la persona, por una presunción de su actividad, lo que torna a la norma en absolutamente inconstitucional. Exige por ello, como condición para acreditar la habitualidad, que exista condena anterior por similares hechos o se trate de un caso donde concurren materialmente varios hechos.¹⁵

Por su parte, Catania refiere, en lo que a la habitualidad respecta, que no puede equipararse a la interpretación efectuada de la habitualidad como agravante, prevista por el artículo 277, inc. 2, del CP, en cuanto se entendió que debía probarse la reiteración de hechos efectivamente desarrollados por el agente por medio de una sentencia previa. Sostiene el autor mencionado que la esencia de este delito es la de no requerir ni siquiera el comienzo de la ejecución de alguno de aquellos delitos.¹⁶

V. Tipo Subjetivo

La asociación ilícita fiscal requiere dolo directo. Por ende, queda excluido el dolo eventual. El artículo refiere “a sabiendas”, implica necesariamente una proyección sobre la existencia de dolo directo, el cual forzosamente debe implicar a todos los integrantes de la asociación ilícita.

¹⁴ Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, “Cechetto, José Ernesto y otros s/recurso de casación”, (Causa Nº 3052).

¹⁵ Donna, E. (2018). *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pág. 518.

¹⁶ Catania, A. (2005). *Régimen Penal Tributario*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pág. 225/6.

Tal como sostiene Brond,¹⁷ el dolo requerido por el artículo 15, inc. c), de la Ley 24.769 requiere el siguiente contenido: "a.- conocimiento de integrar una asociación con dos o más personas; b.- conocimiento de que esa asociación comete delitos tributarios; c.- voluntad de realizar algún aporte efectivo a la asociación; y d.- conocimiento de que los delitos tributarios son cometidos habitualmente por la asociación".¹⁸

VI. El tipo calificado de la asociación ilícita tributaria

Al igual que el artículo 210 del Código Penal, el delito se agrava para quienes son considerados jefes u organizadores, estableciéndose un mínimo de (5) años de prisión.

Al respecto, he de señalar que sigo la postura de Núñez en cuanto a que los organizadores de la asociación ilícita son quienes "han participado en las tareas de establecimiento u ordenamiento de la asociación".

Por su parte, señala Ziffer que no puede haber dudas en cuanto a que el "organizador" debe cumplir dentro de la asociación una función de disvalor equivalente a la del jefe, y que su actividad debe referirse a la regulación del funcionamiento mismo de la asociación, por lo cual no sería suficiente con idear o ejecutar los planes delictivos, por más decisivo que sea el aporte respecto de estos delitos en particular.¹⁹

Sin dudas que el término "jefe" alude a una persona que tiene el mando de la actividad de otras personas. Este mando no puede considerarse en forma aislado respecto de la acción típica de tomar parte establecida en la figura básica. El que manda, y por lo tanto resulta jefe, primero ha debido tomar parte de la asociación de tres o más personas destinada a cometer delitos. Es recién después que puede calificarse su conducta como la de jefe. De esta manera, la circunstancia agravante analizada excede el simple tomar parte. Por ende, no es que el tipo exija aquí una calidad determinada, sino que está requiriendo una modalidad específica.

Asimismo, no he de soslayar que el mando debe ser realmente ejercido. Es decir, no debe ser meramente nominal o formal. Dicho en otros términos, no basta con solo ser superior o tener autoridad, ni es suficiente ni colocarse o ser colocado en un eslabón superior. El ser jefe exige actos exteriores, propios de toda acción, que indudablemente no se suplen apuntando al ejercicio de cargos formales superiores de una estructura ilícita pre-dispuesta, ni observando la jerarquía más elevada de una persona con respecto a otra. Sin dudas que el ser jefe, como modalidad que agrava la figura básica, requiere de un número de actos exteriores suficientemente reveladores de la actividad de mando.

El fundamento de la agravante es la mayor responsabilidad en la faz directriz, ya que quien manda (jefe) u organiza (organizador) una sociedad criminal está incurso en una conducta más reprochable que la de los miembros que obedecen sus designios.

Por último, considero pertinente añadir que los jefes pueden ser varios, ya que nada impide que dentro de una organización la autoridad se halle convenientemente repartida del modo más necesario o útil.

¹⁷ Brond, L. (2001). "Asociación ilícita tributaria", En Zaffaroni, R. E. *Código Penal comentado*. T. 13. Buenos Aires: Hammurabi. pág. 667.

¹⁸ Núñez, R. (2017). *Derecho Penal Argentino*. T. VI. Buenos Aires: Lerner, pág. 190.

¹⁹ Ziffer, P. (2001). "Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita". En *La Ley*, 24/12/01.

VII. Consumación y tentativa

El delito de la asociación ilícita fiscal es permanente, ya que se configura con el solo hecho de formar parte de la referida asociación. Por ende, su vigencia temporal abarca el tiempo de la existencia de la asociación respecto de cada uno de los miembros en particular separadamente, aunque cesa cuando los miembros son menos de tres.

En definitiva, se consuma cuando al menos tres personas toman parte, es decir, realizan aportes efectivos a la asociación que se exterioricen como tales a los otros miembros.

Se discute en la jurisprudencia –en función de ser un delito permanente– qué ley debe aplicarse cuando durante el estado consumativo se sanciona una ley más gravosa que la vigente al momento de la ejecución.

Entiendo que no es posible, en función del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y artículo 2 del CP, la aplicación de una ley más gravosa. En efecto, el principio de irretroactividad de la ley penal rige como regla en la materia y reconoce como única excepción la aplicación de una ley penal posterior más benigna para el imputado.

Sin embargo, deviene oportuno agregar que cierta doctrina y jurisprudencia entiende que si el agente persiste en su conducta ilícita a pesar de la ley más severa, corresponde aplicar esta última. En dicha tesitura, la que, reitero, no comparto, la aplicación de la Ley 25.874 a un tramo de la conducta no abarcada por ella no significa una aplicación retroactiva de la ley más gravosa, sino que la ley más gravosa es también vigente al momento de la comisión.²⁰

Por sus características de delito de peligro abstracto, la asociación ilícita fiscal no admite tentativa. Dicho en otros términos, al ser un delito de peligro abstracto, dogmáticamente resulta incompatible con el concepto de tentativa.

VIII. Autoría y participación

La asociación ilícita fiscal fue objeto de sucesivos cambios verbales. En efecto, en los proyectos de la Ley 24.769 se incluía “brindar la colaboración necesaria”, pero esto fue suprimido en el proyecto final de la Cámara de Senadores. En definitiva, solo quedó penado el “cometer” delitos previstos en dicha ley, lo cual torna un alcance muy reducido.

Luego, tal como fuera expuesto *utsupra*, con la reforma de la Ley 27.430²¹ se incorpora los verbos “colaborar” o “coadyuvar”. Según la Real Academia Española, colaborar, del latín *collaborare*, significa “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”. Y coadyuvar, de *co* y *adiuvare* (ayudar), “contribuir o ayudar a que algo se realice o tenga lugar”.

En definitiva, la modificación tuvo como finalidad incluir –tal como fuera propuesto originalmente– las formas accesorias de participación que implican asistencia y cooperación. Ello implica necesariamente una ampliación en el campo de aplicación de la figura.

²⁰ CS.JN, 24/08/04, “Jofré, Teodora s/denuncia”, del dictamen del procurador general, doctor Nicolás E. Becerra. Fallos: 327:3279.

²¹ Publicada en el Boletín Oficial el 27/12/2017.

IX. Pena

La pena es otro de los aspectos más cuestionados de la asociación ilícita fiscal. Incluso ha provocado la declaración de inconstitucionalidad.²² Ello en función a que es más severa aun que el tipo básico del referido artículo 210 del Código Penal, la cual permite –en ciertas ocasiones– la condena de ejecución condicional o la procedencia a solicitar la suspensión de juicio a prueba.

En efecto, la discordancia del mínimo tiene, a mi juicio, la única finalidad de impedir²³ una condena de ejecución condicional (art. 26 del CP) o vedar la suspensión de juicio a prueba (art. 76 bis del Código Penal). Inclusive, dificulta –por no ser una presunción *iure et de iure*– el otorgamiento de la excarcelación o la exención de prisión.

La falta de proporcionalidad resulta, a todas luces, evidente al compararse la norma especial con la figura general. Dicho en otros términos, tendrán una mayor severa respuesta quienes se les demuestre evasiones tributarias que quienes afecten bienes jurídicos de mayor importancia o prelación como la vida.

Al respecto, cabe señalar que nuestro más Alto Tribunal ha expresado en el caso “Martínez”²⁴ que la pena es inconstitucional cuando es irrazonable, y una forma de determinar la irrazonabilidad es mediante la comparación con otras escalas penales.

Por su parte, Ferrajoli²⁵ refiere que el principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retribuidad.

En función de lo expuesto, entiendo que la misma resulta apartada de criterios razonables de proporcionalidad, que surge de los artículos 28 y 33 de la CN, a la pena mínima asignada al hecho de formar parte de una asociación ilícita fiscal. Asimismo, implica una falta de correspondencia entre el bien jurídico tutelado y la pena que le pudiera caber.

A lo que se suma que ni siquiera dentro de la Ley 24.769 la escala abstracta aparece proporcional. En efecto, la asociación ilícita fiscal ha quedado equiparada en su mínimo a las figuras de evasión tributaria y previsional agravadas y el aprovechamiento indebido de los beneficios fiscales (artículos 2, 3 y 8), a los que además supera en el máximo (que es de diez años, mientras que para los antes mencionados es de nueve).

X. Reflexiones finales

La asociación ilícita fiscal fue objeto, desde incluso antes de su sanción, de numerosas críticas. En efecto, en primer lugar se objetó la necesidad de la reforma, y una vez sancionada la Ley 25.874 y vigente el tipo penal, su texto fue fulminado por evidentes vicisitudes emergentes.

Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que prácticamente, no hay punto o extremo de este nuevo delito, que no haya sido motivo de objeciones y desencuentros. Gran parte de ellos los hemos mencionado durante este trabajo. Y, a mi juicio, se ha demostrado las serias imprecisiones terminológicas que la figura exhibe.

En definitiva, lamento la falta de análisis realizada por la legislatura que atentó contra la seguridad jurídica y con la

²² Juz. Pen. Trib. N 1, caratulada: “Szu Hui Lee. Causa relacionada con Chen Qibin s/alteración dolosa de registros”, rta. 02/09/05.

²³ Salvo que se recurra a solicitar la perforación del mínimo legal de la figura. Ver fallo TOPE n 2 “Domínguez, Román Julio s/inf. 24.769” rta. 02/12/2016.

²⁴ Fallos: 312:826.

²⁵ Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, pág. 398.

finalidad perseguida al sancionar la norma legal comentada. En otras palabras, el propósito primigenio pretendido en el proyecto del Poder Ejecutivo quedó abortado al haber –reitero– realizado una redacción defectuosa, que, a la postre, terminara por ser muy poco efectiva o eficaz en la prevención y represión del delito cometido a gran escala por este tipo de asociaciones.²⁶ Por ello, la referida norma –tal como fue tipificada– implantó una falsa apariencia de efectividad, a lo que se suma la tendencia inflacionaria del derecho penal.

A lo expuesto no he de soslayar que la figura posee una falta de proporcionalidad en los mínimos y en los máximos de las penas. En suma, se ha pretendido –sin éxito– erradicar la evasión con el establecimiento del miedo, cuando la experiencia indica que el incremento de las penas no provoca la disminución de los actos ilícitos.

En conclusión, el legislador ha intentado utilizar una figura penal con el fin preventivo general negativo, buscando evitar la evasión fiscal no solo a través de la amenaza de altas penas, sino también mediante un eventual adelanto de la pena por medio del remedio cautelar de la prisión preventiva. En palabras de Carrara,²⁷ “si nos obstinamos en buscar el fin de las penas en la cesación de los delitos, no nos detendremos nunca en la severidad creciente de las penas”.

²⁶ Gianotti, G. (2010). “La asociación ilícita como figura delictiva en materia tributaria: algunas reflexiones”. En *Periódico Económico Tributario*, Nº 451, 30/09/2010.

²⁷ Carrara, F. (1977). *Programa de derecho penal. Parte General. V. II*. Bogotá: Temis, pág. 152.

Estudio sobre el precedente judicial en Colombia (Primera Parte)

María Milagros Flores¹

RESUMEN

La presente investigación estará abocada al estudio de la doctrina del precedente judicial en Colombia, país en cuya Constitución Política –fiel a la tradición jurídica del *civil law*– se previó en forma expresa el carácter auxiliar de la jurisprudencia. Sin embargo, a pesar de dicha disposición constitucional, con el correr de los años y en especial durante la segunda mitad de este siglo, el Poder Judicial colombiano ha adquirido un protagonismo innegable. En la primera parte del trabajo se describirá la conformación del Poder Judicial colombiano y el diseño institucional de los tribunales superiores de las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. Asimismo se explicará el sistema de control de constitucionalidad adoptado por dicho país, el que desde ya se adelanta que es mixto, a pesar de contar con una Corte Constitucional a la cual se le ha encomendado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política. Por último, ya dentro del plano normativo, se ilustrarán las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales relacionadas con el valor del precedente.

Palabras claves: Colombia; doctrina del precedente; Corte Suprema de Justicia; Consejo de Estado; Corte Constitucional; Control de Constitucionalidad; artículo 230; Constitución Política; carácter auxiliar jurisprudencia; fuerza vinculante del precedente judicial; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; recursos de unificación

¹ Abogada, graduada con Diploma de Honor (Pontificia Universidad Católica Argentina, 2016). Graduada de la Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina (2017-2020). Especializada en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca (2019). Secretaria Privada en el Juzgado nro. 7 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex becaria del programa “Santander. Universidades” (2014). Correo electrónico: floresmariamilagros@gmail.com. Agradezco a la Dra. Ratti Mendaña por sus enseñanzas, dedicación y sugerencias para el desarrollo de esta investigación y a los Dres. Marín Santoyo y Pantoja Ruiz por sus invaluable colaboraciones.

ABSTRACT

The present research will be focused on the study of the doctrine of judicial precedent in Colombia. The Political Constitution, which was faithful to the civil law's legal tradition, has specifically anticipated the auxiliary nature of jurisprudence. However, despite such constitutional provision, over the years and especially during the second half of this century, the colombian Judicial Power has acquired an undeniable prominence. The first part of this paper will describe the composition of colombian's Judicial Power and the institutional design of the Superior Courts of the ordinary, administrative and constitutional jurisdictions. Moreover, the system of constitutional control established in this country will be explained. Despite Colombia has a Constitutional Court which is responsible for guarding the integrity and supremacy of the Political Constitution, this control of constitutionality is mixed. Lastly, within the regulatory level, the constitutional and infra constitutional dispositions connected to the value of precedent will be explained.

Keywords: Colombia; doctrine of precedent; Supreme Court of Justice; Council of State; Constitutional Court; Control of Constitutionality; section 230; Political Constitution; auxiliary nature of jurisprudence, binding force of the judicial precedent, Administrative Procedure and Administrative Contentious Codes, unification appeals.

I. Introducción

Conforme lo ha explicado Ratti Mendaña, la doctrina del precedente es una regla o conjunto de reglas que establece el valor que tienen los precedentes judiciales en un ordenamiento jurídico determinado (o en una instancia judicial determinada) y el modo en que deben ser aplicados. No se trata solo de una regla de reconocimiento de la relevancia de los precedentes, sino que abarca otros matices, tales como las reglas para la derogación o modificación de un precedente, los criterios para resolver las contradicciones jurisprudenciales y los mecanismos para la determinación de la *ratio*.²

En la última mitad de este siglo, en América Latina ha tenido lugar un cambio de paradigma en relación con el valor de la jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos. Es decir que, en sistemas pertenecientes a la tradición jurídica del *civil law*, donde rige el postulado de que la fuente primaria de derecho es la ley, el Poder Judicial ha adquirido un protagonismo innegable en tanto se ha comenzado a reconocer la obligatoriedad de los precedentes judiciales.

Ante este escenario de mutación del papel de la jurisprudencia dentro del esquema de fuentes del derecho, se dio inicio al proyecto de investigación³ dentro del cual se enmarca el presente trabajo. Dicho proyecto, denominado "El precedente en América Latina", dirigido por Florencia Ratti Mendaña, tiene por finalidad realizar el análisis del valor y funcionamiento del precedente judicial en los siguientes países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú.

Como lo indica el título, aquí se llevará a cabo el estudio de la doctrina del precedente en Colombia, país en cuya

² Ratti Mendaña, F. (2021). "Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente". En *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 11, N° 1 (enero- julio), p. 76-77. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n1a05>.

³ Proyecto IUS 800 201901 00018 CT: "El precedente judicial en América Latina: análisis comparado", que se lleva a cabo en la Universidad Católica Argentina (UCA).

Constitución Política (en adelante “Constitución”, “CP”, “Carta Política” o “Carta Magna”),⁴ fiel a la tradición jurídica del *civil law*, se previó en forma expresa el carácter auxiliar de la jurisprudencia.

Sin embargo, la realidad demuestra que dicho carácter ha ido cambiando a lo largo de los años en tanto, principalmente en el ámbito jurisprudencial y luego en el legal y doctrinario, en forma paulatina se le ha otorgado un remarkable valor a la jurisprudencia. Como consecuencia de ello, el sistema de fuentes consagrado en el ordenamiento jurídico se ha visto alterado.

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado que “el sistema de fuentes colombiano ha sufrido una importante transformación no solo de la mano del legislador, sino de los pronunciamientos de las Altas Cortes; se ha promovido el sistema de precedentes y, por tanto, se reconoce sin ambages la fuerza vinculante de los pronunciamientos judiciales previos, lo que garantiza, *prima facie*, que a iguales supuestos de hecho corresponda la misma solución”.⁵

Agregó que actualmente, el artículo 230 de la Constitución Política “exige una interpretación diferente, pues es claro que después de 20 años de la promulgación de [aquella], los jueces no pueden seguir afirmando que no aplican el precedente porque en su actividad solo están sometidos al imperio de la ley, sin reparar en el significado que esta acepción tiene hoy en nuestro ordenamiento”.

En esta primera parte y con el fin de alcanzar un estudio acabado del tema, se comenzará con una descripción de la conformación y organización del Poder Judicial en Colombia (denominado “Rama Judicial” en dicho país).

Seguidamente, se efectuará un detalle del diseño institucional de los tribunales superiores de las diferentes jurisdicciones existentes en Colombia, esto es, la ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. Aquí, se realizará una pormenorizada reseña de las competencias de dichos tribunales y asimismo se abordarán temas tales como su composición, número y requisitos de sus integrantes, reglas de quórum y mayorías para la toma de decisiones, entre otras.

Luego se ilustrará la forma en la que se lleva a cabo el control de constitucionalidad en Colombia. Se explicará no solo el sistema adoptado, sino también las distintas acciones en virtud de las cuales se efectúa este control, dedicando un apartado a la más novedosa de todas ellas: la acción de tutela contra providencias judiciales.

Punto aparte merecerá el estudio del precedente desde una perspectiva normativa. En esta sección del trabajo, se traerán a colación tanto de las disposiciones constitucionales como de las infraconstitucionales relacionadas con el valor de la figura bajo análisis. En relación con estas últimas, se identificarán las normas procesales referidas a la doctrina del precedente y asimismo se mencionarán los recursos procesales de unificación contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano.

La segunda parte de este trabajo estará abocada al estudio de la doctrina del precedente en el ámbito jurisprudencial, es decir, en el campo concreto de aplicación de los precedentes por parte de los tribunales a través de sus sentencias judiciales. En primer lugar, se determinará qué es aquello que los jueces colombianos han entendido por el vocablo precedente, para luego ingresar en el examen de las distintas dimensiones del precedente, a luz de las sentencias judiciales.

Finalmente, en la tercera etapa de esta investigación se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado a partir de la información recabada, y se hará una reflexión final sobre el rol que ocupa en la actualidad el precedente en el esquema jurídico colombiano.

⁴ Versión publicada en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr003.html#116.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, consejero ponente: María Adriana Marín, nro. de radicación: 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317), sentencia del 1 de agosto de 2019.

II. El Poder Judicial en Colombia

II. 1. Conformación y organización del Poder Judicial

La organización y funcionamiento de la Rama Judicial colombiana se rige, principalmente, por lo establecido en los Títulos V y VIII de la Constitución Política de Colombia, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (en adelante, "LEAJ")⁶ y en las leyes que regulan cada una de las jurisdicciones.

En el artículo 116 de dicha Carta Política se dispone que:

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina,⁷ la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Asimismo, en su artículo 246 se establece que las autoridades de los pueblos indígenas también se encuentran facultadas para ejercer función jurisdiccional.

Por su parte, en la LEAJ (y sus modificatorias) se precisó que la Rama Judicial está integrada por: a) la Jurisdicción Ordinaria; b) la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; c) la Jurisdicción Constitucional; d) la Jurisdicción de Paz; e) La Fiscalía General de la Nación; y f) el Consejo Superior de la Judicatura.⁸

En lo que a la competencia respecta, se dispuso que la Corte Constitucional ("Corporación" o "CC"), Corte Suprema de Justicia ("CSJ") y Consejo de Estado ("CdE o Tribunal Supremo de lo CA"; y en referencia a todas ellas, "Altas Cortes") y el Consejo Superior de la Judicatura tienen competencia en todo el territorio nacional. Por otro lado, los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo, mientras que los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito, los jueces municipales en el respectivo municipio y los jueces de pequeñas causas la poseen a nivel municipal y local.

A fin de obtener una mayor comprensión de la organización de la rama judicial, no resulta ocioso mencionar que Colombia es una república unitaria y descentralizada en las siguientes entidades territoriales: departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas. A éstas se les reconoce autonomía para gobernarse por autoridades propias,

⁶ Ley 270 de 1996 publicada en el Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

⁷ El artículo 26 del Acto Legislativo 2 de 2015 dispuso "Sustitúyase la expresión 'Consejo Superior de la Judicatura' por la de 'Comisión Nacional de Disciplina Judicial'".

⁸ Sobre lo dispuesto en este artículo cabe mencionar que en el año 2021 la Sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura se suprimió y finalmente se creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial como órgano autónomo e independiente (cuyas competencias serán desarrolladas *infra*). En este sentido, al ingresar a la página oficial de la Rama Judicial colombiana puede observarse que se encuentran incluidos dentro de ésta: el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (véase en: <https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/informacion-general/organigrama>).

administrar recursos, establecer tributos, participar en las rentas nacionales y ejercer las competencias que les han sido atribuidas en la Constitución Política y en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011).⁹

II. 1. a) Jurisdicción Ordinaria

Es la encargada de resolver los litigios relacionados con asuntos civiles, comerciales, penales, laborales, agrarios y de familia.

Es administrada en orden jerárquico por: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley.

II. 1. b) Jurisdicción contencioso-administrativa

Esta jurisdicción se encarga de juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas, cuando cumplan funciones públicas, excepto cuando se trate de controversias sobre providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil. Es decir, se trata de la jurisdicción que conoce de los temas que involucran a las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público de Colombia.¹⁰

Está integrada, jerárquicamente, por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los jueces administrativos.

II. 1. c) Jurisdicción constitucional

Está formada por la Corte Constitucional, órgano creado en la reforma constitucional de 1991, al cual se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Vale aclarar que, con anterioridad a la reforma, la Corte Suprema de Justicia contaba con una Sala Constitucional, la cual proyectaba los fallos de naturaleza constitucional que debían ser aprobados o improbados por la plenaria de esta Corte. Es decir que la Corte Suprema de Justicia era la cabeza de la jurisdicción ordinaria a la vez que ejercía el control constitucional de los actos legislativos, las leyes y los decretos extraordinarios.

II. 1. d) Jurisdicciones especiales

Dentro de éstas, pueden encontrarse tanto la jurisdicción de paz como la jurisdicción especial indígena. La primera

⁹ Para mayor abundamiento véase el Título XI de la Constitución Política y la mencionada norma.

¹⁰ Departamento Nacional de Planeación (2010). *Elementos básicos sobre el Estado Colombiano*. Bogotá, Colombia. Disponible en: https://www.academia.edu/29668831/Elementos_basicos_sobre_el_estado_colombiano.a.

¹¹ En el artículo 247 se permite que la ley cree jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios.

¹² Publicada en el Diario Oficial N° 43.499, de 11 de febrero de 1999, por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento.

se encuentra regulada en la CP,¹¹ la ley 497 de 1999¹² y en varios acuerdos dictados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.¹³ En lo que respecta a la segunda, como se adelantó más arriba, la Carta Magna prevé que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales. Éstas son ejercidas dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarias a lo establecido en la Constitución y las leyes.

No obstante lo anterior, se señala que la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del proyecto de modificación de la LEAJ, destacó que “si bien desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena forma parte de la Rama Judicial, lo cierto es que las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la rama mencionada”.¹⁴ Es por ello que la jurisdicción especial indígena, aunque se reconoce como válida para la administración de justicia, no hace parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial del Poder Público en Colombia.

II. 1. e) Fiscalía General de la Nación

Si bien este organismo no ejerce función jurisdiccional, debe aclararse que las consideraciones que se formularán sobre la práctica del precedente no le son completamente ajenas.¹⁵

En el artículo 249 de la Constitución se determina que la Fiscalía General de la Nación es un órgano con autonomía administrativa y presupuestal que forma parte de la Rama Judicial y se encuentra integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los funcionarios de la fiscalía, determinados en la ley.¹⁶

Este organismo ejerce la acción penal y de extinción de dominio en el marco del derecho constitucional al debido proceso; participa en el diseño y la ejecución de la política criminal del Estado; garantiza el acceso efectivo a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas de los delitos; y genera confianza en la ciudadanía.

El Fiscal General es elegido por un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de una terna enviada por el Presidente de la República y no puede ser reelecto. Cabe señalar que para ser Fiscal General se deben cumplir los mismos requisitos que se exigen para ser magistrado de la Corte Suprema, de la Corte Constitucional o Consejo de Estado, estipulados en el artículo 232 de la Constitución.

II. 1. f) Consejo Superior de la Judicatura

Se hará una breve mención de este organismo puesto que integra, según dispone la LEAJ, la Rama Judicial. No obstante, se advierte que en tanto no ejerce función jurisdiccional no le son aplicables las consideraciones que se formularán sobre la práctica del precedente.

Dicho esto, este órgano se encarga del gobierno y la administración integral de la Rama Judicial en aspectos tales como la reglamentación de la ley, la planeación, programación y ejecución del presupuesto, la administración del

¹³ Acuerdos N° 2182 de 2003, PSAA07-4089 de 2007, PSAA08-4977 de 2008, PSAA08-5300 de 2008 y PSAA15-10317 de 2015.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-713 del 15 de julio del 2008, magistrada ponente: Carla Inés Vargas Hernández.

¹⁵ Tal como me lo ha explicado Marín Santoyo en una conversación personal del 19 de abril de 2021, en los temas de adelantamiento de las investigaciones y la presentación de imputación debe tener en cuenta los precedentes. Por ejemplo, en materia de aborto, la Fiscalía ha tenido que seguir lo resuelto en las sentencias sobre las causales de eximentes, de manera tal que, de presentarse un caso subsumido en una de aquellas causales, no puede presentar imputación.

¹⁶ El Decreto 016/2014 define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación.

talento humano a través de la carrera judicial y la elaboración de listas de candidatos a los cargos de magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. También se ocupa de adelantar programas de formación y capacitación para los servidores de la Rama Judicial, controlar el rendimiento de los despachos judiciales, fijar la división del territorio para efectos judiciales, ubicar, redistribuir y fusionar despachos judiciales, crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos, suministrar sedes y elementos a los despachos judiciales, llevar el control de desempeño de los funcionarios y empleados para garantizar el ejercicio legal de la profesión de abogado.¹⁷

El Consejo Superior de la Judicatura está integrado por seis magistrados elegidos por un período de ocho años; dos de ellos son miembros de la Corte Suprema de Justicia, otros dos de la Corte Constitucional y dos del Consejo de Estado.

Para ser miembro de este órgano se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de 35 años, tener título de abogado y haber ejercido la profesión durante diez años con buen crédito.¹⁸

II. 1. g) Comisión Nacional de Disciplina Judicial

De conformidad con las disposiciones constitucionales, ejerce la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, es decir, es la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, salvo que esta función sea atribuida por ley a un colegio de abogados.

Según se explica en la página oficial de la Rama Judicial colombiana, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial fue instituida por la Constitución con el fin de garantizar la existencia, al interior de la propia Rama Judicial, de un organismo autónomo, imparcial e independiente de alto rango con funciones de naturaleza jurisdiccional, que tuviera a su cargo la tarea de administrar justicia en materia disciplinaria sobre los funcionarios y empleados judiciales y los abogados: “La Constitución de 1991 creó esta jurisdicción al mismo nivel jerárquico de las demás, ordinaria, constitucional y contencioso administrativa; sus decisiones en materia disciplinaria son verdaderas sentencias, no sujetas a posterior estudio y pronunciamiento de otra jurisdicción, salvo que se accione en tutela por haber incurrido en una vía de hecho”.¹⁹

Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria se resuelven los procesos que por infracción a sus regímenes disciplinarios se adelanten contra los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, con la excepción de aquellos que gozan de fuero constitucional, los abogados en el ejercicio de su profesión y las personas que ejerzan función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional. Ello, sin perjuicio de la atribución que el artículo 277 numeral 6 de la CP le confiere al Procurador General de la Nación.

Esta Comisión está conformada por siete magistrados elegidos por el Congreso, quienes deben cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Duran en sus cargos ocho años y no pueden ser reelegidos.

¹⁷ <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/informacion-general>

¹⁸ Cfr. artículos 254 y 255 de la CP.

¹⁹ <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-disciplina-judicial/informacion-general>.

II. 2. Diseño institucional de las Altas Cortes. Competencia

II. 2. a) Jurisdicción Ordinaria

Conforme se sostuvo en el punto anterior, el tribunal superior de esta jurisdicción es la Corte Suprema de Justicia, cuyas atribuciones se encuentran enumeradas en el artículo 235 de la Constitución Política.

Ellas son: 1) Actuar como tribunal de casación; 2) Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal; 3) Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute; 4) Investigar y juzgar a los miembros del Congreso; 5) Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen; 6) Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; 7) Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares; 8) Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la nación, en los casos previstos por el derecho internacional; 9) Darse su propio reglamento.

La Corte Suprema de Justicia, conforme lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 270/1996, está integrada por veintitrés magistrados, elegidos por la misma CSJ de listas superiores a cinco candidatos, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Dichos magistrados, al igual que los integrantes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, deben cumplir con los requisitos constitucionales,²⁰ poseen una duración en sus cargos de ocho años, no pueden ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus funciones por el tiempo por el cual fueron elegidos y mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

Esta Corte está compuesta por las siguientes salas: Sala Plena, integrada por todos los magistrados de la CSJ; la Sala de Gobierno, integrada por el presidente, el vicepresidente y los presidentes de cada una de las Salas especializadas; la Sala de Casación Civil y Agraria, integrada por siete magistrados; la Sala de Casación Laboral, integrada por siete magistrados; y la Sala de Casación Penal, integrada por nueve magistrados.

La Sala Plena cuenta con un presidente, que es el de la Corte Suprema de Justicia, elegido por sus integrantes

²⁰ En el artículo 232 de la Constitución Política se establece que para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se requiere: "1) ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; 2) Ser abogado; 3) No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; y 4) Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente (...)".

por el período de un año. Debe reunirse ordinariamente cada quince días y extraordinariamente cuando la convoca el presidente o al menos siete de sus integrantes.

Para deliberar requiere de la mayoría de los miembros de la CSJ. Las decisiones se toman por igual mayoría, salvo en los siguientes casos, en los cuales se requiere del voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes: elección de presidente y vicepresidente de la CSJ, de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los integrantes de las ternas para magistrados de la Corte Constitucional, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República y Auditor de la Contraloría; las reformas del Reglamento General de la Corte y los proyectos de ley de iniciativa de la Corte.²¹

En el capítulo VII del Reglamento General de la Corte, el cual regula la forma en la que se llevan a cabo las sesiones, se establece que, en primer lugar, se vota la parte resolutoria de un proyecto de sentencia y, si fuere aprobada, la motiva, teniendo los magistrados la posibilidad de salvar su voto y/o efectuar aclaración –salvamentos y/o aclaraciones que son publicadas en las sentencias–.

De conformidad con lo dispuesto en la LEAJ y, en lo que aquí interesa, las Salas de Casación Civil y Agraria, Laboral y Penal, actúan, según su especialidad, como Tribunal de Casación, pudiendo seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Laboral dictó su propio reglamento, adoptado mediante el Acuerdo N° 48 de noviembre de 2016. En él se establece que el quórum para deliberar y decidir consiste en la mayoría absoluta de los miembros que integran la Sala. Sin embargo, en relación con la aprobación de los proyectos de sentencias, se dispone que son aprobados por unanimidad o por mayoría absoluta de los integrantes de la Sala, debiendo los magistrados disidentes dejar constancia de su salvamento o aclaración –los cuales se publican con el resto de la sentencia–.²²

II. 2. b) Jurisdicción en lo Contencioso-Administrativo

Como se refirió en párrafos anteriores, el máximo tribunal de la jurisdicción Contencioso-Administrativa es el Consejo de Estado. Sus facultades, estipuladas en el artículo 237 de la Constitución Política, son: 1) Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley;²³ 2) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional; 3) Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito

²¹ Cfr. artículo 5 del Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, adoptado por el Acuerdo 22 de 1998 y sus modificatorios. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/reglamento-general-de-la-corporacion/>.

²² Véanse artículos 8 y 13. Respecto de los reglamentos internos de las Salas de Casación Civil y Agraria y Penal, se aclara que mediante Oficio OSG N° 1975, de fecha 4 de mayo del 2020, la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia informó que éstos aún no han sido expedidos.

²³ En este punto cabe mencionar que en el Proyecto de Ley 07 de 2019 Senado (publicado en la Gaceta del Congreso N° 726, del 09/08/19) se estableció que este órgano es el encargado de trazar líneas de interpretación y resolver controversias entre los distintos tribunales y jueces administrativos.

de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado; 4) Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley; 5) Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con la Constitución y la ley; 6) Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley; y 7) Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.

Asimismo, la facultad estipulada en el numeral 2 se encuentra consagrada en el artículo 43 de la LEAJ, el cual establece que “el Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

Dicho organismo está integrado por treinta y un magistrados, elegidos por el mismo CdE de listas superiores a cinco candidatas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Cuenta con un presidente y vicepresidente, cuyos mandatos son por un año, pudiendo ser reelegidos indefinidamente. A su vez, cada sala o sección elige un presidente para el período de un año, el cual podrá ser reelegido indefinidamente.

Ejerce sus funciones por medio de las siguientes salas, las que se encuentran integradas así: la Plena, por todos sus miembros; la de lo Contencioso Administrativo, por veintisiete consejeros²⁴ y la de Consulta y Servicio Civil,²⁵ por los cuatro consejeros restantes;²⁶ y Sala de Gobierno, por el presidente y el vicepresidente del Consejo de Estado, por el presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil y los presidentes de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo.²⁷

En lo que aquí interesa, a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se le ha atribuido la función de “emitir concepto en el caso previsto en el inciso 2 del numeral 3 del artículo 237 de la Constitución Política”.²⁸ A su vez, a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se le ha adjudicado la función de dictar auto o sentencia de unificación en los asuntos indicados en el artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁹ (en adelante “Código en lo Administrativo” o “CPACA”; debido a su importancia, el mencionado artículo será desarrollado *infra*) y requerir a los tribunales el envío de determinados asuntos que estén conociendo en segunda instancia con el fin de unificar jurisprudencia en los términos de dicho artículo.

²⁴ Artículo 11 del Reglamento Interno del Consejo de Estado: “La Sala de lo Contencioso Administrativo se dividirá en cinco (5) secciones, cada una de las cuales ejercerá separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la Sala Plena del Consejo de Estado (...) Asimismo, algunas de estas secciones se encuentran divididas en subsecciones”. En dicho artículo se dispone que: “[l]a Sección Primera [está integrada] por cuatro (4) Magistrados. La Sección Segunda se dividirá en dos (2) subsecciones, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) Magistrados. La Sección Tercera se dividirá en tres (3) subsecciones, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) Magistrados. La Sección Cuarta [está integrada] por cuatro (4) Magistrados, y La Sección Quinta [está integrada] por cuatro (4) Magistrados”.

²⁵ Esta Sala no ejerce funciones judiciales.

²⁶ Artículo 37 del Reglamento Interno: “La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.

²⁷ <http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado-2-2-3-2-4/sala-de-gobierno/index.htm>.

²⁸ Ver artículo 109 del CPACA. Asimismo, en el artículo 2, inciso 14, del Reglamento Interno del Consejo de Estado se establece que compete a la Sala Plena “conceptuar en los casos previstos en el inciso 2 del numeral 3 del artículo 237 de la Constitución Política”. En el capítulo IV de aquel Reglamento (que regula la Sala de lo Contencioso Administrativo) se ha dedicado un título a la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Allí se estableció lo siguiente: “Artículo 20: El Presidente de la Corporación remitirá a la Sección que corresponda, según la materia, las demandas de nulidad por inconstitucionalidad. La Secretaría respectiva se encargará de su reparto; Artículo 22: La sentencia será adoptada con prelación por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sin perjuicio de lo dispuesto por la Constitución Política o la ley”.

²⁹ Ley 1437 de 2011, publicada en el Diario Oficial N° 47.956 del 18 de enero de 2011.

También tiene asignada la competencia para conocer en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional.³⁰

Por otro lado, conforme el Reglamento Interno del Consejo de Estado,³¹ cada una de las secciones en las cuales se encuentra dividida la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, tiene competencia para tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, dictar las sentencias de unificación de jurisprudencia por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones o de los tribunales administrativos y decidir las solicitudes de extensión de jurisprudencia.³²

Además, en dicho instrumento se establece que, en los casos de nulidad por inconstitucionalidad, intervendrá la sección de la Sala Contencioso Administrativa que corresponda según la materia de que se trate, siendo el presidente el encargado de remitir la causa. Sin perjuicio de ello, se aclara que la sentencia será adoptada con prelación por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.³³

Para finalizar la descripción de las competencias del Consejo de Estado y, debido a la importancia que reviste para el presente estudio, debe mencionarse que el CPACA fue recientemente reformado mediante la Ley 2080³⁴ y que uno de los objetivos de esta reforma consiste en lograr que el Consejo de Estado ejerza su labor de órgano unificador de jurisprudencia. Es decir, que pueda destinar sus mayores esfuerzos a fijar líneas claras para la solución de los conflictos y permita unificar ágilmente las diferencias interpretativas en materia procesal y sustancial.

En lo que respecta a las sesiones, tanto de las salas como de las secciones y subsecciones, cabe remarcar que nada dice el referido Reglamento respecto del quórum, limitándose a fijar que “se abrirá la sesión tan pronto como haya quórum” y que “es obligación de todos los consejeros participar en la deliberación de los asuntos que deban ser resueltos por la corporación en pleno y, en su caso, por la Sala, la sección o subsección a la que pertenezcan”.³⁵

No obstante ello, sí consagra la necesidad de contar, por lo menos, con la mayoría absoluta de los miembros que componen la sala, sección o subsección para aprobar un proyecto de sentencia. Por otra parte, se dispone que,

³⁰ Cfr. artículo 111 del CPACA.

³¹ Adoptado por Acuerdo 080 de del 12 de marzo de 2019 (disponible en la página oficial de dicho organismo: <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2017/10/Acuerdo-No.-080-DE-12-DE-MARZO-DE-2019-COMPILACION.pdf>).

³² Artículo 14: “Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para: 1. Tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia; 2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos; 3. Decidir las solicitudes de extensión de jurisprudencia. En aquellas Secciones integradas por Subsecciones estas decidirán dichas solicitudes, salvo que la Sección asuma la competencia de oficio, a petición de parte, del Ministerio Público o de la Subsección”. En lo que atañe al funcionamiento de las Subsecciones, es interesante lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento en cuestión: “Cada Subsección decidirá los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo, las Subsecciones sesionarán conjuntamente (...) 3. Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, cuando así lo decida la Sección a petición de cualquiera de sus miembros”.

³³ Véase artículo 17 del Reglamento Interno del Consejo de Estado.

³⁴ Publicada en el Diario Oficial N° 51.568 del 25 de enero del 2021, cuyas disposiciones se encuentran vigentes desde la fecha de su publicación, con excepción de aquellas que modifican las competencias de los juzgados, tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada la ley.

³⁵ Véase artículos 27 y 31 del Reglamento Interno del Consejo de Estado.

en principio, se vota el proyecto en su totalidad, aunque cualquier consejero puede solicitar que la parte motiva y resolutive o cada una de las cuestiones o resoluciones que comprenden una y otra se voten por separado. A su vez, se establece que los consejeros que hubieren disentido de los motivos o de la decisión se encuentran facultados para realizar aclaración o salvamento de voto.³⁶

Por otra parte, el CPACA enumera, en su artículo 149, aquellos casos en los cuales el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia.³⁷

II. 2. c) Corte Constitucional

Fabio Enrique Pulido Ortiz³⁸ explica que a la Corte Constitucional, como órgano de cierre, le han sido encargados

³⁶ Véase artículo 33, incisos 6 y 7.

³⁷ “1) De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden; 2) De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional. También conocerá de las demandas que en ejercicio de la indicada acción, y sin atención a la cuantía se promuevan en contra de los actos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario y las demás decisiones que profiera como supremo Director del Ministerio Público; 3) De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación; 4) De la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus Comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación; 5) De la nulidad de los actos de nombramiento de los representantes legales de las entidades públicas del orden nacional; 6) De los que se promuevan contra actos administrativos relativos a la nacionalidad y a la ciudadanía; 7) Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión; 8) De los relativos a la propiedad industrial, en los casos previstos en la ley; 9) De la nulidad con restablecimiento, contra los actos administrativos expedidos por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, o la entidad que haga sus veces, que inicien las diligencias administrativas de extinción del dominio; clarificación de la propiedad, deslinde y recuperación de baldíos; 10) De la revisión contra los actos de extinción del dominio agrario, o contra las resoluciones que decidan de fondo los procedimientos sobre clarificación, deslinde y recuperación de baldíos; 11) De los relacionados con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad de inmuebles urbanos y de los muebles de cualquier naturaleza; 12) De los de nulidad de los actos del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, o de la entidad que haga sus veces, en los casos previstos en la ley; 13) De la repetición que el Estado ejerza contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del Despacho, Directores de Departamento Administrativo, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, Registrador Nacional del Estado Civil, Auditor General de la República, magistrados de los tribunales superiores de distrito judicial, de los tribunales administrativos y del Tribunal Superior Militar y, en general, de los representantes legales de los órganos y entidades del orden nacional; 14) De todos los demás de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia (...)”.

³⁸ Pulido Ortiz, F. (2008), “Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana”. En *Novum Jus*, Vol. 2, N° 1, p. 138.

dos asuntos específicos: por un lado, el control abstracto de constitucionalidad de normas con rango de ley y por otro, el control concreto mediante la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

Esta Corporación está integrada por nueve magistrados, elegidos por el Senado de la República de ternas que se presentan del siguiente modo: tres, el Presidente de la República; tres, la Corte Suprema de Justicia; y tres, el Consejo de Estado. Los magistrados que integran la Corte Constitucional no pueden ser reelectos. A su vez, no pueden ser elegidos aquellos que durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como ministros del despacho o magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.³⁹

Los referidos nueve magistrados conforman la Sala Plena de la CC, a la cual le corresponde proferir las sentencias de constitucionalidad abstracta (sentencias tipo C)⁴⁰ y las sentencias de unificación de decisiones de tutela (sentencias tipo SU),⁴¹ que son dictadas en sede de revisión de las acciones de tutela.⁴²

Por otro lado, las Salas de Revisión –conformadas por tres magistrados– son las que se encargan de revisar decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de derechos constitucionales (sentencias tipo T). Sin embargo, la unificación y cambios de jurisprudencia en estos procesos son llevados a cabo por la Sala Plena.

En lo que al tema de estudio de este trabajo interesa, Pulido Ortiz tiene dicho que

la autoridad de los precedentes de la Sala Plena ejerce una autoridad vertical respecto de las decisiones de las Salas de Revisión. A su vez, entre las diferentes Salas de Revisión se plantea una vinculación horizontal del precedente. Esto significa que los [precedentes judiciales] originados en las providencias de la Sala Plena de la Corte Constitucional, vinculan verticalmente a las Salas de Revisión de la propia Corte y al resto de órganos judiciales (...). Además, la Sala Plena está vinculada solo por sus propios [precedentes judiciales] (en virtud de la doctrina del autoprecedente), y está desvinculada del resto de [precedentes judiciales] originados en las providencias de las salas de decisión y de los demás jueces y órganos.⁴³

³⁹ Cfr. artículo 240 de la CP. Por otra parte, en la Carta Fundamental se establece que el Gobierno no podrá conferir empleo a los magistrados de esta Corte durante el período de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro. Dichas ternas deben conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho y el Senado elige un magistrado por cada terna, procurando que la composición final de la Corte Constitucional responda al criterio de diversidad en la especialidad de los magistrados.

⁴⁰ En lo referente a la nomenclatura de las sentencias, la Corte Constitucional identifica las sentencias de constitucionalidad abstracta con la letra C, seguida del número y del año de la sentencia. Por su parte, las sentencias de tutela las identifica con las letras T o SU (sentencias de unificación), seguidas por el número y el año de la sentencia.

⁴¹ En el artículo 5 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional se consagra la competencia de la Sala Plena para decidir sobre los asuntos de constitucionalidad de que trata el artículo 241 de la CP y los casos de cambio o de unificación de jurisprudencia en materia de tutela, cuando así lo apruebe la mayoría de dicha Sala, en los eventos previstos en los artículos 59 y 61.

⁴² Si bien la vinculatoriedad de las distintas sentencias dictadas por la Corte Constitucional será objeto de una segunda etapa de esta investigación, cuyos resultados se publicarán oportunamente, es preciso anticipar aquí que, en virtud de la naturaleza *inter partes* que tienen las sentencias de tutela, el alcance de los criterios interpretativos dados por la Corte se circunscriben al caso concreto, por lo que ésta creó las sentencias de unificación en las cuales establece su criterio unificado que se aplicará tanto al caso particular como a los casos que resulten análogos a éste. Es tal la vinculatoriedad de las SU –como también de las sentencias C–, que la Corte Constitucional ha anulado sentencias de tutela dictadas por sus Salas, por no haber observado la jurisprudencia sentada por la Sala Plena en sentencias de constitucionalidad o de unificación de tutela (ejemplo de ello es el Auto 080 de 2000, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo, que anuló la Sentencia de tutela T-441 de 2000, por desconocer lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C-011 de 1994, SU 640 de 1998, C-069 de 1995 y C-037 de 2000).

⁴³ Pulido Ortiz, F. *La pretensión de autoridad del derecho: apuntes para una teoría del precedente judicial*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 21.

En lo que a los juicios de tutela respecta, en el decreto 2591 de 1991 se fija que a aquella le serán remitidas las sentencias impugnadas, como también las que no lo hayan sido. De estas últimas, la Corte designará dos magistrados para que seleccionen las que serán revisadas.⁴⁴

El Procurador General de la Nación se encuentra facultado para insistir en la selección de determinados fallos de tutela que hayan sido excluidos de revisión, ya sea de oficio o a solicitud de cualquier persona que haya intervenido en el trámite de la acción de tutela o haya obrado como agente oficioso o aquella que resulte afectada por la decisión proferida por los jueces de instancia.⁴⁵

En el ámbito normativo, las competencias de esta Corte se encuentran estipuladas en el artículo 241 de la Constitución Política, que dispone que

cumplirá con las siguientes funciones: 1) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación; 2) Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación; 3) Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización; 4) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 5) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación; 6) Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución;⁴⁶ 7) Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212,⁴⁷

⁴⁴ Sobre este sistema de revisión, Marín Santoyo me ha explicado –mediante comunicación personal del 19 de abril de 2021– que la Corte Constitucional ha entendido que la impugnación de tutelas no es un recurso como los del proceso ordinario, por lo cual la revisión eventual es una garantía y no un aspecto que pueda considerarse violatorio del debido proceso, incluso en los casos en que revoque lo decidido. Añadió que para dicha Corporación basta con que se haya dado la vinculación al trámite para que se garantice el debido proceso, por lo cual no existe en estos trámites prohibición de *reformatio in pejus*. Ahora bien, hizo la siguiente salvedad: cuando se denote con posterioridad a la sentencia que no se vinculó alguna persona que debía intervenir, la Corte admite que aquella sea anulada (y la tutela tramitada nuevamente).

⁴⁵ Cfr. resolución 422 de 2014, la cual reglamenta el trámite que deben seguir las solicitudes que los ciudadanos presenten ante el Procurador General de la Nación para que se proceda a insistir ante la Corte Constitucional en la selección de las decisiones de tutela para su revisión.

⁴⁶ “Cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante. Si quienes hayan sido citados se excusaren de asistir y la comisión insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, después de oírlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva. La renuencia de los citados a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas, será sancionada por la comisión con la pena que señalen las normas vigentes para los casos de desacato a las autoridades. Si en el desarrollo de la investigación se requiere, para su perfeccionamiento, o para la persecución de posibles infractores penales, la intervención de otras autoridades, se las exhortará para lo pertinente”.

⁴⁷ “El Presidente de la República, con firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de guerra exterior (...) Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara”.

213⁴⁸ y 215⁴⁹ de la Constitución; 8) Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 9) Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales; 10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben; 11) Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones; 12) Darse su propio reglamento.

De conformidad con lo dispuesto por el Reglamento Interno de la Corte Constitucional,⁵⁰ la reunión de todos los magistrados forma la Sala Plena. Sin perjuicio de que las deliberaciones llevadas a cabo en su seno tienen carácter reservado, las actas son públicas.⁵¹ En dicha norma se establece que constituye quórum para deliberar y para decidir la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación, entendiéndose por mayoría absoluta cualquier número entero de votos superior a la mitad del número de magistrados que integran la Corte. Sin perjuicio de ello, se dispone que cuando uno o más magistrados estimen fundadamente que un asunto debe decidirse por consenso, la Sala Plena de la Corte hará lo conducente para lograrlo. Si no se obtuviere el consenso, se aplicará la regla general sobre mayorías.

Asimismo, se prevé que una vez que termina el debate en torno a un proyecto de sentencia, se votará primero la parte resolutoria y después la motiva, siendo necesario contar con la mayoría absoluta de los votos de los magistrados para aprobar la primera y con la mayoría relativa para la segunda. Por otro lado, se faculta a los magistrados votantes para que, dentro de un plazo estipulado en el Reglamento, aclaren o salven sus votos.

⁴⁸ “En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República (...) Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más...”.

⁴⁹ “Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente (...) El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

⁵⁰ <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento-19.pdf>.

⁵¹ Véase artículo 1.

II. 3. Control de constitucionalidad⁵²

Colombia tiene un sistema de control de constitucionalidad mixto: si bien cuenta con una Corte Constitucional –a la cual la Constitución le ha confiado la guarda de su supremacía y su integridad– dicho órgano no ejerce un monopolio del referido control. Por un lado, comparte la función de control abstracto sobre las normas de inferior jerarquía con el Consejo de Estado y, por otro, como consecuencia de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta Política,⁵³ cualquier autoridad (judicial y administrativa) se encuentra facultada para ejercer dicho control en un caso concreto y con efecto *inter-partes*. En este último caso, dichas autoridades pueden abstenerse de aplicar una norma cuando ella contradiga en forma flagrante el texto de la CP.

En este sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que el control constitucional colombiano ha sido “calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución”.⁵⁴

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 43 de la LEAJ dispone que “también ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales”. De conformidad con ello, la Corte ha señalado que “dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional”.⁵⁵

En este contexto, las acciones en virtud de las cuales los órganos mencionados ejercen el control de constitucionalidad son: la acción pública de inconstitucionalidad (prevista en el artículo 241 de la Constitución Política), la acción de nulidad por inconstitucionalidad (estipulada en el artículo 237, inciso 2, de dicha norma) y la acción de tutela (establecida en el artículo 86 de la Constitución; será tratada *in extenso* más adelante). De conformidad con los dichos de la Corte Constitucional “aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir aquí la excepción de inconstitucionalidad, como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución”.⁵⁶

De lo expuesto se desprende que el analizado control es ejercido *ex post*. Sin embargo, en la Carta Magna también se prevé el control *ex ante*. Así, por ejemplo, en el artículo 241 se contempla la revisión automática u oficiosa por parte de la Corte Constitucional de determinados decretos y leyes; en el artículo 167⁵⁷ se establece

⁵² Gran parte de lo que se analizará en esta sección fue abordado en Flores, M. M. (2020). “Una mirada sobre el control de constitucionalidad en Colombia”. En *Revista Forum*, N° 10, p. 159-182. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11109>.

⁵³ Artículo 4 de la CP: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1999, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁷ “El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno volverá a las Cámaras a segundo debate. El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara. Exceptúase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo”.

el examen por parte de aquella Corporación de las objeciones presidenciales cuando han sido rechazadas por las Cámaras Legislativas.

II. 3. a) Acción pública de inconstitucionalidad

El doctrinario argentino Jorge Alejandro Amaya advirtió que Colombia ha sido destacada por prever en su ordenamiento jurídico la existencia de la acción pública de inconstitucionalidad. En ese marco, explicó que aquella, creada en 1910, permite a cualquier ciudadano solicitar el control de constitucionalidad de las leyes y decretos y que, en caso de prosperar la acción, se procede a anular la norma contraria a la Constitución.⁵⁸

Por su parte, el autor colombiano Quinche Ramírez ha enseñado que la referida acción es, a la vez, una acción constitucional y un derecho político. Afirma que puede ser definida como el derecho político que tienen los ciudadanos (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40, inciso 6, de la Carta Política) para acudir ante la Corte Constitucional y demandar un acto reformativo de la Constitución, una ley o un decreto con fuerza de ley, cuando se considera que cualquiera de ellos vulnera la CP.⁵⁹

En el terreno jurisprudencial, la propia Corte Constitucional ha determinado que la finalidad de esta acción consiste en demandar la inconstitucionalidad de actos de carácter general con contenido material de ley, es decir, aquellos que tengan virtualidad de modificar, subrogar o derogar la ley, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional. No obstante ello, agregó que también constituyen objeto de esta acción los

decretos o actos atípicos o especiales, diferentes a los indicados en los artículos 241 y 10 transitorio de la Constitución, que por mandato de la Carta política también contienen fuerza material de ley, como los del siguiente listado (...) meramente enunciativo: i) Decretos con fuerza de ley, expedidos con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991; ii) decretos compilatorios de normas con fuerza de ley; iii) decretos que declaran un estado de excepción; iv) decretos expedidos con base en disposiciones constitucionales transitorias diferentes al artículo 10 transitorio; v) decretos que corrigen yerros de normas con fuerza de ley; etc.⁶⁰

En el mismo pronunciamiento añadió que, asimismo, resultaba competente para

conocer, en específicas circunstancias de control, la exequibilidad de i) decretos de ejecución de la convocatoria a referendo; ii) acto electoral que determina el censo en el marco de una reforma constitucional mediante referendo; iii) acto electoral que declara la aprobación de un referendo; iv) actos de gestores de una iniciativa popular para el trámite de una ley que convoca a referendo; v) decretos de convocatoria al Congreso a sesiones extraordinarias; vi) decretos o actos adoptados en cumplimiento de un acto legislativo; y vii) acuerdos internacionales simplificados reguladores de materias propias de un tratado internacional.

Como bien resaltó Amaya, los fallos que dicte la Corte Constitucional cuando ejerce el control constitucional gozan de fuerza de cosa juzgada y poseen efectos *erga omnes* y hacia el futuro. Esto se encuentra previsto expresamente en el artículo 243 de la Constitución, en el cual se dispone que: “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control

⁵⁸ Amaya, J. (2015): *Control de Constitucionalidad*. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 320-321.

⁵⁹ Quinche Ramírez, M. (2015). *La acción de inconstitucionalidad*. Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario, pp.41-42.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable⁶¹ por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

En igual sentido, el decreto 2067 de 1991,⁶² el cual regula el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que se lleven a cabo ante la Corte Constitucional, establece que las sentencias que dicte la Corte tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. Esto quiere decir que, cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica, la norma es expulsada del ordenamiento jurídico y ninguna autoridad puede aplicarla nuevamente, mientras que, cuando declara la constitucionalidad de la norma, ésta no puede ser nuevamente demandada por inconstitucional y todos los operadores jurídicos deben aplicarla.⁶³ Cabe destacar, de todos modos, que la Corte Constitucional ha reconocido excepciones a esta regla desde la doctrina de la inconstitucionalidad diferida. Según la Corte,

una sentencia de inconstitucionalidad diferida, o de constitucionalidad temporal, es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría “una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales”, por lo cual el Tribunal Constitucional establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada.⁶⁴

Respecto del alcance de las sentencias aquí estudiadas (como también las que expide la Corte al ejercer el control de constitucionalidad consecuencia de la revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad), el artículo 48 de la LEAJ dispone que solo la parte resolutive goza de carácter obligatorio y de efectos *erga omnes*, en tanto que la parte motiva únicamente constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general.⁶⁵

Con el fin de esclarecer la aludida norma constitucional, la Corte ha definido la “cosa juzgada constitucional” como “el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional, cuyo principal efecto es que una vez [que aquella Corporación] se ha pronunciado de fondo sobre la exequibilidad de un determinado precepto, no puede volver a ocuparse del tema”.⁶⁶

Asimismo, y en lo que a este trabajo interesa, este Alto Tribunal proclamó que una de las consecuencias de otorgar efecto de cosa juzgada constitucional es que estas decisiones “adquieren valor jurídico y fuerza vinculante. En ese sentido, la cosa juzgada constitucional, además de proteger la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de

⁶¹ En el derecho colombiano, los términos “executable” e “inexecutable” se utilizan como sinónimos de lo que en Argentina se conoce como “constitucional” e “inconstitucional”.

⁶² Publicado en el Diario Oficial N° 40.012, del 4 de septiembre de 1991. Véase artículo 21.

⁶³ En el fallo C-122 de 2011, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez, la Corte Constitucional afirmó que “...los efectos del fallo de constitucionalidad ...determinan en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico, efecto que da coherencia y seguridad jurídica al sistema jurídico colombiano”.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-737 de 2001, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁵ Sin perjuicio de lo dispuesto en esta norma, como se verá en la segunda parte de este trabajo (Dimensión objetiva), la jurisprudencia constitucional ha hecho un análisis sobre la vinculatoriedad de las distintas partes de sus sentencias.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

los administrados, ya que por medio de esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente”.⁶⁷

En consonancia con lo expresado por la jurisprudencia, el doctrinario Pulido Ortiz⁶⁸ afirmó que las sentencias que dicta la Corte en estas acciones tienen fuerza vinculante, que encuentra fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política, en el cual se les concede efectos *erga omnes*. En igual sentido, Sarmiento-Erazo destacó que podría aceptarse que, conforme al artículo 243 de la Constitución Política, “se disponga de una evidente capacidad vinculante del precedente, en la medida en que se consagra la cosa juzgada constitucional, que puede extraer e incorporar normas a las disposiciones que son juzgadas...”.⁶⁹ De cualquier modo, vale aclarar que el reconocimiento de vinculatoriedad al precedente no es equiparable con la declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* –en este último caso, la norma declarada inconstitucional queda automáticamente derogada, de manera tal que no puede ser aplicada en casos posteriores–.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha explicado que

la cosa juzgada constitucional “se predica tanto de los fallos de inexecutableidad como de los de executableidad, vincula a todas las autoridades –incluida la misma Corte Constitucional– y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material-precepto o proposición jurídica en sí misma considerada”. No obstante, es la misma Corte quien determina los efectos de sus fallos, en razón a su labor de intérprete directa y autorizada de la Carta.⁷⁰

Por último, esta Corporación clasificó la cosa juzgada constitucional en absoluta y relativa: existe la primera cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, que la norma es executable o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto constitucional. Mientras que la cosa juzgada es relativa cuando “el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”.⁷¹

Vale mencionar que la regla general es que la declaración de inexecutableidad de las normas genera efectos hacia

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁶⁸ Pulido Ortiz, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁹ Sarmiento Erazo, J. P. (2012). “Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?”. En Revista *Opinión Jurídica*, Vol. 11, N 22, p. 69.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Años antes, en la sentencia C-131 de 1993, la Corte sostuvo que: “En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada ‘cosa juzgada constitucional’, en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características: Tienen efecto *erga omnes* y no simplemente inter partes; Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto; Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional –art. 243 CP–; Las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de executableidad como de inexecutableidad, tienen una característica especial: no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta (...) Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional”.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

el futuro. Sin perjuicio de ello, destaca Quinche Ramírez que, en casos excepcionales, la Corte Constitucional ha fijado efectos retroactivos, lo cual implicó que las cosas debieron volver a su estado inicial.⁷²

Finalmente, y en lo que a la cuestión procedimental respecta, en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 se dispone que en las acciones públicas de inconstitucionalidad, las demandas deberán presentarse por escrito, en duplicado y contener: 1) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2) el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3) las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4) cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5) la razón por la cual la Corte es competente para conocer la demanda.

Si no se cumpliere con alguno de estos requisitos, el magistrado sustanciador concederá tres días al demandante para que subsane la omisión. Transcurrido dicho plazo sin que haya procedido la corrección correspondiente, se rechazará la demanda mediante auto susceptible de recurso de súplica ante la Corte.

II. 3. b) Acción de nulidad por inconstitucionalidad

Conforme lo dispuesto en el artículo 237, inciso 2, de la Carta Política, le compete al Consejo de Estado “conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

En el Código en lo Administrativo se establece que los ciudadanos podrán solicitar que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución, como también la de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional. Entonces, a raíz de esta competencia, los ciudadanos, en ejercicio del derecho de acción, pueden formular ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo la nulidad de decretos gubernamentales por infracción de la Constitución.

Resulta llamativo el parágrafo del artículo 135 del CPACA, en el cual se establece que el Consejo de Estado “no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.

En lo que concierne a esta competencia constitucional atribuida al Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha afirmado que tiene carácter residual “en la medida en que su intervención está supeditada a aquellos casos en que el control, tanto desde una perspectiva formal como material, no le corresponda a la Corte Constitucional, como guardián e intérprete supremo de Constitución (CP art. 241)”.⁷³

Ahora bien, respecto de los efectos de estas sentencias de nulidad (cuyo efecto a futuro y *erga omnes* no se encuentra discutido), a contrario sensu de lo estipulado en el artículo 189 del Código procesal mencionado, la Corte Constitucional ha declarado que las mismas “hacen tránsito a cosa juzgada, mas no ‘constitucional’, nominación

⁷² Ejemplos de estos casos son las sentencias C-702 de 1999, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz y C-918 de 1999, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo, ambas relacionadas con la liquidación de la antigua Caja Agraria y con la Ley 489 de 1998, por la cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-102 de 2018, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

exclusiva de las sentencias de la Corte Constitucional". Ello es así por cuanto el Consejo carece de la potestad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y porque "la calidad 'constitucional' únicamente está instituida, de manera orgánica y expresa, a los fallos que la Corte Constitucional profiera en ejercicio de su control jurisdiccional (inciso 1 del artículo 243 superior)".⁷⁴

II. 3. c) Acción de tutela

Pulido Ortiz tiene dicho que en virtud de esta acción se establece un mecanismo judicial para garantizar los derechos fundamentales y para asegurar el control constitucional de las acciones u omisiones de las autoridades, tanto públicas como privadas. Y que, mediante la revisión de las decisiones relativas a esta acción, se instituye a la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en aras de unificar la jurisprudencia constitucional y satisfacer, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica.⁷⁵

Se encuentra prevista en el artículo 86 de la Constitución Política y regulada en el Decreto-ley 2591 de 1991,⁷⁶ La CP, en el artículo referido, establece:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En estos casos, el control constitucional es ejercido por todos los jueces, sin perjuicio de la potestad revisora con que cuenta la Corte Constitucional⁷⁷ y, conforme lo establecido en los artículos 48 de la LEAJ, transcripto en párrafos anteriores, y 36 del decreto *ut supra* referido, las sentencias dictadas en estos procesos tienen efectos *inter-partes*, esto es, para el caso concreto. Vale destacar que en el sistema judicial colombiano la jurisdicción constitucional está conformada por todos los jueces del Estado, sin importar su especialidad, razón por la cual en materia de tutela todo juez de la república, incluida la Corte Suprema y el Consejo de Estado, se encuentra en jerarquía funcional inferior a la Corte Constitucional, por lo que a todos ellos les resulta vinculante la interpretación que se contenga en las sentencias de unificación.

Asimismo, resulta interesante el artículo 34 del referido decreto, en el cual se dispone que los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte. También posee relevancia el artículo 35, que prevé que las decisiones que unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas.

Finalmente, cabe mencionar que las sentencias de la Corte Constitucional por medio de las cuales se revisan las

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁵ Pulido Ortiz, *op. cit.*, pp. 143-144.

⁷⁶ Publicado en el Diario Oficial N° 40.165 de 19 de noviembre de 1991 (Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política).

⁷⁷ Véase en particular artículos 31 y ss. del Decreto-ley 2591 de 1991 y capítulo XIV del Reglamento de la Corte Constitucional.

sentencias de acción de tutela “sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.⁷⁸

Ahora bien, dentro del género “acción de tutela” se encuentran las acciones de tutela contra providencias judiciales,⁷⁹ cuya significación para este trabajo es tal que amerita un estudio profundizado.

II. 3. c) Acción de tutela contra providencias judiciales

Originariamente, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 contemplaban la posibilidad de que las decisiones judiciales que comprometieran derechos fundamentales fueran susceptibles de control constitucional por vía de tutela.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-543 de 1992 (magistrado ponente: Álvaro Palacios Sánchez) declaró la inexecutable de los referidos artículos. En ese fallo la Corte precisó que permitir el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales transgredía la autonomía y la independencia judicial y contrariaba los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. De ahí que solo procedía el remedio constitucional cuando se tratara de proteger derechos fundamentales ante vías de hecho judiciales.

No obstante, desde 1993 la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, aunque estableciendo una serie de requisitos que limitan su interposición y la reducen a casos excepcionales en que el juzgador se aparta de los designios constitucionales, de la ley o de la sana crítica, y con ello afecta las garantías constitucionales de las partes o de los interesados en un proceso judicial, a pesar de todos los esfuerzos de los afectados por controvertir tal determinación con las herramientas que encuentran en el procedimiento ordinario.⁸⁰

Sobre este tema, Bernal Pulido afirma que, por un lado, la Corte Constitucional

ha prefigurado supuestos y ha establecido exigencias de procedibilidad que limitan la utilización de este mecanismo; [mientras que por otro], ha hecho una interpretación extensiva de estos supuestos y restrictiva de tales exigencias, en aras de permitir un control más intenso del poder judicial. Esta ambivalencia ha desembocado inclusive en ocasiones, en el ejercicio de un control de constitucionalidad excesivo sobre las sentencias judiciales, en casos en que la Corte Constitucional ha interpretado la legalidad y ha valorado pruebas y, de este modo, se ha entrometido en las

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. El tema de la vinculatoriedad de las sentencias proferidas en las acciones de tutela será estudiado con mayor profundidad en la segunda parte de este trabajo.

⁷⁹ Según el artículo 278 del Código General del Proceso, las providencias del juez pueden ser tanto autos como sentencias. Entonces, esta acción se puede dirigir tanto contra autos interlocutorios, autos de trámite como contra sentencias.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-631 de 2017; magistrada ponente Gloria Ortiz Delgado. En la sentencia T-887 de 2011, estableció que, en el caso de acciones de tutela contra providencias judiciales, es necesaria una rigurosa constatación de todos los requisitos generales de procedencia y de por lo menos uno de los requisitos especiales de procedibilidad, en aras de salvaguardar los valores constitucionales de cosa juzgada, independencia judicial y seguridad jurídica. Asimismo, indicó que dicha exigencia se hace necesaria, pues el amparo constitucional no puede convertirse en una tercera instancia, es por eso que el juez constitucional, encuentre limitado su análisis a evidenciar un perjuicio iusfundamental. Finalmente, señaló que el juez que conoce de una acción de tutela contra providencia judicial no debe involucrarse en las controversias propias del litigio.

competencias del poder judicial. Estas intromisiones han dado lugar a conflictos entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.⁸¹

En la sentencia C-590 de 2005 (magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño), la Corte Constitucional sistematizó los requisitos de procedibilidad tanto generales como especiales de esta acción.

Respecto de los primeros, indicó que son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.
- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.
- f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante la Corte Constitucional, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

En la sentencia SU-631 de 2017 (magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado), dicha Corporación sostuvo que la

satisfacción de todos y cada uno de estos requisitos generales abre al juez constitucional la posibilidad de proseguir con el análisis y de definir el asunto que se le plantea. Por el contrario, la inobservancia o el incumplimiento de uno solo de ellos basta para impedirlo y sustraer el debate del conocimiento del juez de tutela. En ese último caso ha de declararse la improcedencia de la acción de tutela, sin que el estudio pueda trascender al fondo del debate.

Ahora bien, una vez establecida la existencia concurrente de los requisitos generales, el juez constitucional debe constatar la existencia de alguno de los requisitos especiales de procedencia de la acción. En la sentencia SU-631 de 2017 se ha destacado que los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias coinciden con los defectos en los que puede incurrir la autoridad judicial ordinaria. Para que proceda esta acción, se requiere que se presente al menos uno de estos requisitos.

Retomando la sistematización realizada por la Corte, a continuación se indican los requisitos especiales:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

⁸¹ Bernal Pulido, C. (2008) "El precedente en Colombia". En *Revista Derecho del Estado*, N° 21 (diciembre), p. 89.

- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- h. Violación directa de la Constitución.

Atento a la materia objeto de estudio en este trabajo, a continuación, se reparará en el defecto indicado en el apartado g). La Corte Constitucional ha explicado recientemente que el desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial “se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia”.⁸²

Así, ha afirmado que esta causal tiene su razón de ser en el hecho de que “el precedente jurisprudencial es vinculante y por ende, los jueces están obligados a acogerlo en sus decisiones”. Sin embargo, de conformidad con lo expresado en el párrafo precedente, aclaró que “atendiendo a la garantía de la autonomía judicial consagrada en el artículo 228 Superior, los operadores jurídicos pueden apartarse siempre que cumplan con *la carga argumentativa* que ello supone. Así pues, cuando una autoridad judicial desconoce el precedente sentado en casos análogos, puede incurrir en un defecto por desconocimiento del precedente, como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.⁸³

A ello, dicha Corporación ha añadido que “no puede ignorarse que el derecho es dinámico y que cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; en esa medida, siempre que exista una justificación razonable y proporcional, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia”.⁸⁴

De lo expuesto se desprende que solo cuando un juez se aparta de un precedente establecido sin ofrecer el mínimo razonable de argumentación que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia, incurre en la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En lo que atañe al precedente constitucional, la Corte Constitucional ha dicho que éste puede llegar a desconocerse cuando:

- i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de control de constitucionalidad,⁸⁵ ii) se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-459 de 2017, magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-441 de 2018, magistrado ponente: Diana Fajardo Rivera.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-360 de 2014, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁵ Sobre esta causal cabe remarcar que la Corte Constitucional incurre en un error, por cuanto confunde precedente con sentencias con efecto *erga omnes* (como son las que profiere la cuando declara executable o inexecutable una norma).

de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o iii) se desconoce la parte resolutoria de una sentencia de exequibilidad condicionada,⁸⁶ o iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela.⁸⁷

Agregó que el “precedente de la Corte Constitucional, por ser la autoridad encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, debe acatarse por los funcionarios judiciales con prevalencia al fijado por las demás autoridades judiciales. De no ser así, se incurre en causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.⁸⁸

Por último, en cuanto a la competencia para entender en este tipo de acciones, en el artículo 1 del Decreto 333/2021 –el cual modifica el decreto 1069/2015– se dispuso que, cuando van dirigidas contra las providencias de jueces o tribunales, quien conoce es el respectivo superior funcional (por ejemplo, en el caso del juez, conoce el tribunal y en el caso de este último, el Consejo de Estado). Entretanto, cuando se presentan contra decisiones del Consejo de Estado o de la Corte Suprema, son conocidas por otra sala de decisión dentro de la misma Alta Corte.

II. 3. d) Control de constitucionalidad por vía de excepción

Este control puede ser realizado por cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Se efectúa a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

La Corte Constitucional ha resaltado que la norma que se repute inconstitucional en estos casos no desaparece del sistema jurídico, ya que los efectos del control por vía de excepción solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Es por ello que ha afirmado que “una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no”.⁸⁹

⁸⁶ Entiendo que aquí la Corporación yerra nuevamente al incluir estas causales dentro del defecto por “desconocimiento del precedente judicial”, por cuanto las referidas *ratio decidendi* tampoco son verdaderos precedentes. Ello así porque en esos dos casos, lo que sucede es que se ha adoptado una decisión que señala como se aplica la ley, pero que al estar en una sentencia de constitucionalidad se inserta en la ley misma; es decir que no se trata de una simple interpretación a seguir, sino que pasa a hacer parte de la ley.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-360 de 2014, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-069 de 2018, magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

III. El precedente desde una perspectiva normativa

III. 1. Disposiciones constitucionales en torno al precedente

Dentro de la Carta Política colombiana se encuentra el artículo 230, que establece: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Esta norma, conforme se verá a lo largo del presente trabajo, ha sido estudiada, interpretada y desarrollada principalmente por la jurisprudencia –y, dentro de esta, aquella emanada de la Corte Constitucional–, aunque la doctrina también ha realizado su aporte. En efecto, Bernal Pulido ha aseverado que las “reglas que determinan la vinculación y la aplicación del precedente judicial en Colombia han sido sobre todo una creación jurisprudencial”. En este sentido, explica que la “jurisprudencia constitucional se ha apartado de la interpretación común del concepto de ‘criterio auxiliar’ como un concepto que excluye la fuerza vinculante. Correlativamente, ha enfatizado que la jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez está sometido”.⁹⁰

Si bien, como se dijo, el desarrollo doctrinario ha sido de menor magnitud, no puede dejar de mencionarse que en la actualidad subsisten en aquel ámbito dos tesis antagónicas. Por una parte, se encuentra la tesis escéptica, la cual “descrie de la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el derecho colombiano”.⁹¹ Esta tesis señala que en el derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las Altas Cortes⁹² y que el principio del *stare decisis* es propio de un modelo de *case law*, incompatible con el sistema de derecho continental. Asimismo, remarca que “por ejemplo, en lo concerniente a las sentencias de la Corte Constitucional, en Colombia no existe una disposición como el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España que, en concordancia con el artículo 164.1 de la Constitución Española y el 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, impone a los jueces ordinarios el deber de sujetarse a la jurisprudencia de este Tribunal”.⁹³

Dentro de los adeptos a esta tesis, se encuentran reconocidos doctrinantes, tales como el profesor Javier Tamayo Jaramillo, quien ha argumentado que “el precedente no debe convertirse en obligatorio, pues con el mismo se contradice la norma constitucional (...) la Corte Constitucional debe interpretar políticamente los principios constitucionales, pero respetando y aplicando los textos de las normas de la Carta”.⁹⁴

En el lado opuesto se encuentra la tesis optimista que, según Bernal Pulido, ha logrado rebatir la tesis escéptica con base en tres argumentos.⁹⁵ El primero de ellos sostiene que resulta imposible trazar una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. El segundo

⁹⁰ Bernal Pulido, “El precedente...”, *op. cit.*, p. 87.

⁹¹ Bernal Pulido, “El precedente...”, *op. cit.*, p. 85.

⁹² En este sentido, sostiene que el artículo 230 de la CP establece la sujeción de los jueces “sólo” al imperio de la ley, y atribuye a la jurisprudencia el carácter de “criterio auxiliar” de la actividad judicial. De ello se desprende que adopta una interpretación tradicionalista de la norma constitucional.

⁹³ Bernal Pulido, C. (2003). “La Fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano”. En revista jurídica *Precedente*, Editorial Universidad Icesi, Anuario, p. 16. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/issue/view/170>

⁹⁴ Marín Santoyo, M. (2019) “El precedente en el derecho colombiano: la estructuración del concepto y su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En revista jurídica *Derecho Público Iberoamericano*, N° 15, p. 90.

⁹⁵ Bernal Pulido, “El precedente...”, *op. cit.*, p. 86.

señala que la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar 1. la coherencia del sistema jurídico –si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar–; 2. su estabilidad –la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación–; y 3. el respeto del principio de igualdad –el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros.⁹⁶

El último argumento en favor del precedente consiste en la afirmación de que el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial, la cual se garantiza cuando el juez está vinculado al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. Entonces, “la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes”.⁹⁷

III. 2. Identificación de normas procesales referidas a la doctrina del precedente

El autor colombiano Ricardo Hoyos Duque señala en uno de sus artículos que el sistema jurídico colombiano, a diferencia del anglosajón, se reconoce como parte del sistema continental o legislado, en el cual la ley es la única fuente de derecho. Como consecuencia de ello, el papel que se le asigna a la jurisprudencia es el de criterio auxiliar, como lo afirma el artículo 230 de la CP.⁹⁸

Sin embargo, destaca que esta situación ha variado de manera sustancial como consecuencia de interpretaciones normativas realizadas por la Corte Constitucional en sus sentencias y en virtud de la expedición de leyes, tales como el Código en lo Administrativo, dentro del cual pueden encontrarse disposiciones que hacen expresa alusión a la vinculatoriedad de la jurisprudencia.

Así las cosas, indica que tanto en la parte primera –procedimiento administrativo– como en la segunda parte –proceso contencioso administrativo– del referido código se hace referencia a la naturaleza vinculante que tiene la jurisprudencia del Consejo de Estado para las autoridades administrativas, así como para jueces y magistrados.

En primer lugar, remarca el artículo 3 del CPACA, en el cual se prevé que en virtud del principio de igualdad “las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento”. En segundo lugar, menciona el artículo 10, en el cual se establece el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Este último dispone que “al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y se apliquen dichas normas”.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-634 de 2011 (magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva),

⁹⁶ Bernal Pulido, “El precedente...”, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁷ *Ídem*.

⁹⁸ Hoyos Duque, R. (2013). “El valor del precedente judicial en la Ley 1437 de 2011: ¿es la jurisprudencia fuente de derecho?”. En *Revista de Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia*, p. 453. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress>.

siguiendo la misma línea de la sentencia C-539 de 2011, declaró la exequibilidad condicionada de este artículo y señaló que “las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales y aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.

En último lugar, resalta el artículo 102, en el cual se regula el deber que tienen las autoridades de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial, dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Esta figura jurídica, denominada “extensión de jurisprudencia”, será analizada *infra*.

Añade que el artículo 8 de la Ley 153 de 1887⁹⁹ –que establece que “cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”– fue declarado exequible por la Corte Constitucional en su sentencia C-083 de 1995. En este pronunciamiento consideró que, en armonía con el artículo 230 de la Constitución Política, si bien la jurisprudencia no es fuente obligatoria de derecho, si un juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de una ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta (Corte Constitucional) debe guiar su decisión.

Ahora bien, resulta imperioso remarcar que esta norma contiene en su artículo 10¹⁰⁰ un precepto relevante en materia de precedente judicial, ya que prevé que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, pudiendo los jueces aplicarla en casos análogos.¹⁰¹ Sin embargo, ello no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

Este artículo fue declarado exequible por la sentencia C-836 de 2001,¹⁰² en la cual se dispuso que “se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justificaban su decisión”.

El referido autor también hace alusión al artículo 48 de la LEAJ, en el cual, en lo que atañe a este apartado, se fija que en las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio general.

Por otra parte, corresponde hacer mención del artículo 7 del Código General del Proceso,¹⁰³ en el cual ha quedado plasmada la importancia y obligatoriedad de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano, en tanto se dispuso que “los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable,

⁹⁹ Publicada en los Diarios Oficiales 7151 y 7152 del 28 de agosto de 1887 (por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887).

¹⁰⁰ La redacción transcrita es la vigente. El texto original fue subrogado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1889.

¹⁰¹ Marín Santoyo en op. cit., p. 92, explica que la relevancia de la doctrina probable se circunscribe a la justicia ordinaria, concretamente a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia como producto de su competencia en sede de recurso de casación. Respecto de esta figura es importante indicar que el propio tenor de la norma que la instituye genera la merma a su obligatoriedad, ya que en éste se establece que los jueces pueden o no aplicar la interpretación dada por la Corte, lo que de suyo implica la posibilidad de apartarse de las reglas que sean fijadas en la sentencia.

¹⁰² Esta sentencia será analizada in extenso en la segunda parte del presente trabajo.

¹⁰³ Ley 1564 de 2012, publicada en Diario Oficial N° 48.489 de 12 de julio de 2012.

estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”.

En esta misma línea, en el artículo 347 de dicho cuerpo normativo se ha contemplado la posibilidad que tiene la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de declarar inadmisibles un recurso de casación que cumple con los requisitos formales, cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido.

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-880-14,¹⁰⁴ en la cual expuso que es concordante con el artículo 333 de dicho cuerpo normativo. Este último contempla que una de las finalidades del recurso de casación civil es la unificación de la jurisprudencia nacional. Aclaró que “la norma solo es constitucional bajo el entendido de que el criterio de identidad de hecho solo puede ser argumento para justificar la no selección de un recurso de casación, cuando las decisiones de instancia coincidan con el precedente de la Corte Suprema de Justicia”.

Por último, no está de más referir la ley que regula la protección de la competencia en Colombia, que dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio “deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”.¹⁰⁵

III. 3. Recursos procesales de unificación

III. 3. a) Jurisdicción ordinaria

En lo que a la jurisdicción ordinaria respecta, en primer lugar debe traerse a colación el artículo 16 de la LEAJ, en el cual se establece que “las Salas de Casación Civil y Agraria Laboral y Penal, actuarán según su especialidad como Tribunal de Casación, pudiendo seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos”.

Hecha esta primera aproximación, en el Código de Procedimiento Penal¹⁰⁶ se estipula que una de las finalidades del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia. Este recurso procede contra las sentencias de segunda instancia que hayan afectado derechos o garantías fundamentales y se tramita ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. El fallo emitido por esta última solo es susceptible de recurso de revisión. En dicho cuerpo normativo también se prevé que, “a juicio de la Sala, por razones de unificación de la jurisprudencia, podrán acumularse para ser decididas en un mismo fallo, varias demandas presentadas contra diversas sentencias”.

De igual forma, en el Código General del Proceso¹⁰⁷ –en el cual se regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, como así también los de cualquier otra jurisdicción y las actuaciones de autoridades administrativas en cuanto no estén regulados en otras leyes– se establece que el recurso “extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (...) unificar la jurisprudencia nacional”.

Aquel procede contra las sentencias dictadas por los tribunales superiores en segunda instancia en toda clase de

¹⁰⁴ Corte Constitucional, C-880 de 2014, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰⁵ Ley 1340 de 24 de julio de 2009, publicada en el Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009.

¹⁰⁶ Publicado en Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Ver artículos 180 y siguientes.

¹⁰⁷ Véanse artículos 333 y siguientes.

procesos declarativos, en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria y aquellas para liquidar una condena en concreto.

Es interesante destacar que se contempla la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia, ante la cual se tramita este recurso, case la sentencia de oficio en aquellos casos en los cuales sea ostensible que la misma “compromete gravemente el orden o el patrimonio público o atenta contra los derechos y garantías constitucionales”. En este Código, al igual que en el artículo 186 *ut supra* citado, se prevé la posibilidad de acumular demandas.

Sin perjuicio de que en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁰⁸ nada se dice del fin del recurso de casación, cabe recordar que, según se indicó más arriba, conforme las disposiciones de la LEAJ, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (al igual que las otras salas, en su carácter de Tribunal de Casación) se encuentra facultada para seleccionar sentencias a fin de unificar la jurisprudencia.

En este contexto, cabe traer a colación las observaciones realizadas por Juan Pablo Sarmiento-Eraza,¹⁰⁹ quien señaló que las sentencias de unificación de tutela (expedidas por la Corte Constitucional)¹¹⁰ y las de casación (decididas por la Corte Suprema de Justicia) se reconocen con facilidad como la fuente de unificación más poderosa, que sitúan a ambas cortes como tribunales de cierre no solo por haber sido concebidos como máximos tribunales de sus respectivas jurisdicciones, sino por haber probado que en realidad están ejerciendo una capacidad normativa relevante por medio de los mencionados recursos de unificación.

Sin perjuicio de ello, resalta que la jurisdicción contencioso-administrativa es aquella con mayor capacidad creativa en tanto define ampliamente lo que es el derecho administrativo. Esto se ve con claridad en temas tales como la responsabilidad del Estado, acciones públicas y motivos para la anulación de actos administrativos.

III. 3. b) Jurisdicción en lo contencioso administrativo

En materia contencioso administrativa, se destaca el artículo 36A de la LEAJ, en el cual se dispone que “en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo, podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia”.

Como se mencionó *ut supra*, el autor Hoyos Duque ha sostenido que no caben dudas respecto al hecho de que a partir de la Constitución de 1991 la tendencia en el derecho colombiano es hacer obligatorio el precedente judicial, tanto para las autoridades administrativas como para los jueces, remarcando que esta tendencia ha adquirido expresa consagración en el Código en lo Administrativo.¹¹¹

Es en el Título VI, Capítulo II, de aquel cuerpo normativo donde se encuentra previsto uno de los mecanismos para hacer valer las sentencias de unificación, esto es, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Su fin es “asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las

¹⁰⁸ Decreto-Ley 2158 de 1948, reformado por Ley 712 de 2001, publicada en el Diario Oficial N° 44.640 de 8 de diciembre de 2001.

¹⁰⁹ Sarmiento Erazo, *op. cit.*, p. 250.

¹¹⁰ En este aspecto, vale recordar que en el artículo 35 del Decreto-Ley 2591 se establece que las decisiones de revisión emanadas de la Corte Constitucional pueden revocar o modificar un fallo, unificar la jurisprudencia constitucional o bien aclarar el alcance general de las normas constitucionales. Como se indicó párrafos atrás, estas sentencias son dictadas por la Sala Plena.

¹¹¹ Hoyos Duque, *op. cit.* p. 473.

partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales”.¹¹²

Procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos,¹¹³ tanto para los procesos que se rigen por el Decreto 01 de 1984 como para aquellos que se tramitan por el CPACA, cuando contraríen o se opongan a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. Conforme lo dispuesto en el artículo 270 del CPACA, estas últimas son aquellas que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación, las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y por último, las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la LEAJ.

Se encuentran legitimados para interponer este recurso cualquiera de las partes o de los legitimados procesales que hayan sido agraviados por la providencia. No obstante, no podrá interponer el recurso quien no apeló la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la otra parte cuando el fallo de segundo grado sea exclusivamente confirmatorio de aquella.¹¹⁴

En el Código en lo Administrativo se establece que cuando la sentencia impugnada sea de contenido patrimonial o económico es indispensable que la condena o que las pretensiones sean igual o excedan de los montos establecidos en su artículo 257 al momento de interponer dicho recurso. Sin embargo, este requisito no es necesario en los procesos de nulidad y restablecimiento de derechos de carácter laboral y pensional.

En lo que respecta a su trámite, aquel debe interponerse y sustentarse por escrito ante quien expidió la providencia¹¹⁵ dentro de los diez días siguientes a su ejecutoria.¹¹⁶ Cumplido ello, el ponente lo concederá dentro de los cinco días y ordenará su remisión al Consejo de Estado. Vale destacar que su concesión no impide la ejecución de la sentencia, salvo cuando haya sido recurrida totalmente por ambas partes y por los terceros reconocidos en el proceso. Sin embargo, si el recurso no comprendiese la totalidad de la decisión, se cumplirá con la parte no recurrida.¹¹⁷

Como se refirió en el punto II. 2, el recurso de unificación de jurisprudencia tramita y es resuelto por la sección

¹¹² Cfr. artículo 256. En cuanto a este recurso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el caso radicado bajo el N° 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317), consejera ponente: María Adriana Marín, sentencia del 1 de agosto de 2019, expresó que aquel “no está diseñado para corregir cualquier desviación respecto del precedente judicial vertical, sino única y exclusivamente aquellas contenidas en sentencias de unificación jurisprudencial”. En otros términos, va encaminado al respeto del precedente judicial contenido en las sentencias de unificación, para darle eficacia a los principios – derechos de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Agregó que “resulta imprescindible en el análisis del recurso extraordinario de unificación el estudio de los hechos de cada caso concreto. En efecto, solo serán subsumibles en el campo de la sentencia de unificación procesos que discutan hechos similares que permitan hacer extensivo el precedente”.

¹¹³ Es decir que no procede contra las sentencias dictadas por las secciones y subsecciones del Consejo de Estado.

¹¹⁴ Véase artículo 260 CPACA.

¹¹⁵ Aquí merece la pena recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano el vocablo providencia comprende tanto a las sentencias como también a los autos (v. artículo 278 del Código General del Proceso). No obstante, en los artículos que regulan el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia en los que se utiliza este término, se está haciendo referencia a las sentencias.

¹¹⁶ Es decir, cuando la sentencia adquirió firmeza. Para mayor precisión, véase artículo 302 del Código General del Proceso.

¹¹⁷ Sin perjuicio de lo descrito en este párrafo, en el artículo 264 del CPACA se contempla la posibilidad de que el recurrente único solicite la suspensión de la providencia recurrida, “para lo cual deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto que la ordene, para responder por los perjuicios que se llegaren a causar (...). Si la caución prestada es suficiente se decretará la suspensión del cumplimiento de la sentencia en el mismo auto que conceda el recurso. Si el recurrente no otorga la caución en la forma y términos ordenados, continuará el trámite del recurso, pero no se suspenderá la ejecución de la sentencia”.

de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que corresponda según la materia, sin perjuicio de la facultad con la que cuenta la Sala Plena en lo Contencioso Administrativo para dictar las decisiones que pretendan unificar o sentar jurisprudencia sobre aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado.

En este punto, merece la pena mencionar que Sarmiento Erazo¹¹⁸ remarca que, conforme la normativa vigente, el recurso bajo análisis ha sido atribuido directamente a cada sección, dejando de ser responsabilidad de la Sala Plena. Considera no muy acertada la decisión del legislador, en tanto la participación aislada de cada sección resulta contraria a la construcción de criterios uniformes para la solución de procesos.

Sin embargo, en la redacción actual del CPACA –es decir, con las reformas introducidas por la Ley 2080 del 2021– se tuvo en cuenta el hecho de que pueden existir divergencias entre las sentencias emanadas de las secciones. Es por ello que, como nueva causal de unificación, se agregó el caso en el cual es necesario precisar el alcance de la jurisprudencia o bien resolver las divergencias en su interpretación y aplicación (v. artículos 270 y 271 del CPACA).

Continuando con la descripción del trámite, según lo establecido en el artículo 265 del CPACA, llegado el expediente al Consejo de Estado, el magistrado de la sección competente admitirá el recurso en tanto este haya cumplido con los requisitos legales, de lo contrario, señalará los defectos para que el recurrente los subsane en el plazo de cinco días.

Este remedio judicial podrá ser rechazado cuando no se llevase a cabo la subsanación mencionada, cuando fuere improcedente –pese a haberse concedido– y cuando no se fundamentare directamente en una sentencia de unificación de jurisprudencia o cuando resultare evidente que aquella no es aplicable al caso.

Respecto de los efectos de la sentencia, en el artículo 267 del CPACA se previó que, en el caso en el cual el recurso prosperase, la sala anulará la providencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla o adoptará las decisiones que correspondan. En esta norma se aclara que, cuando se anula una providencia que se cumplió en forma total o parcial, el Tribunal Supremo en lo Contencioso Administrativo dejará sin efecto los actos procesales realizados a tal fin y ordenará al juez de primera o única instancia que proceda a realizar las restituciones correspondientes y a que adopte las medidas a que hubiere lugar.

Finalmente, este recurso no procede en las acciones de tutela ni en las populares y de grupo. Respecto de las primeras, Hoyos Duque explica que este recurso no procede, por cuanto, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución; a quien corresponde unificar la jurisprudencia en esta materia es a la Corte Constitucional. En relación con las segundas, enseña que la revisión de estas sentencias ha sido regulada expresamente en el artículo 36A, mencionado en los párrafos que anteceden.

Por último y previo a pasar al análisis de otra figura legal de trascendencia en este tema, resulta necesario detenerse en el contenido del artículo 271 del CPACA, en cuya nueva redacción se ha dispuesto que “por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o *auto de unificación jurisprudencial*,¹¹⁹ el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria”. Este conocimiento podrá asumirse de oficio, por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado o de los tribunales, a solicitud de parte, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público.

¹¹⁸ Sarmiento Erazo, *op. cit.*, p. 273.

¹¹⁹ Sobre esta incorporación a la antigua redacción, merece la pena aclarar que en el caso en el cual un juez inferior contrariase un auto de unificación, no procedería la interposición del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Ello así, en tanto la regla general de las decisiones que se adoptan mediante autos, es que en la instancia de tribunales se adoptan de la misma forma, esto es, mediante autos, los cuales de conformidad con el artículo 257 del CPACA no son susceptible de recurso de unificación de jurisprudencia.

En esos casos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resuelve los asuntos que provengan de sus secciones y estas últimas, aquellos que provengan de las subsecciones, de los despachos de los magistrados que las integran o de los tribunales. Es decir que son las subsecciones las cuales no podrían dictar sentencias de unificación. Ahora bien, las decisiones que pretendan unificar o sentar jurisprudencia sobre aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado solo podrán ser proferidas por la mencionada Sala.

Conforme se dispone en el artículo 271 del CPACA, la petición que se formule para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite –salvo decisión en contrario de aquel– y la instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recurso.

En la obra citada, Hoyos Duque apunta que en esta norma se introduce un novedoso mecanismo de avocación, nunca antes conocido en el sistema jurídico colombiano, con respecto a los asuntos –no sentencias– que se encuentran a conocimiento de los tribunales departamentales, el cual puede llegar a colisionar con el artículo 31 de la Constitución, en cuanto señala que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

Otro de los mecanismos previstos en el CPACA que tiene por finalidad hacer exigibles las sentencias de unificación es la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En virtud de aquella, las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Según el artículo publicado por la revista *Legis, Ámbito Jurídico*, el Consejo de Estado arguyó que la finalidad de esta figura jurídica consiste en lograr descongestionar los despachos con un procedimiento ágil en el que las discusiones, en torno a derechos particulares, puedan ser absueltas directamente por la autoridad pública competente, evitando así que la administración de justicia dedique tiempo a temas sobre los cuales ya hay criterios unificados, emanados de los órganos de cierre (tanto de la jurisdicción constitucional como de la contencioso administrativa).¹²⁰

Esta petición debe presentarse ante la autoridad pública que corresponda, la cual decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

La autoridad competente podrá hacer lugar o negar la petición, por considerar que se requiere de la producción de prueba o por estimar que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada. En este caso o ante el silencio de la autoridad, el interesado podrá recurrir ante el Consejo de Estado, el cual podrá rechazar la petición –por las causales enumeradas en el artículo 269–¹²¹ o bien estimarla procedente, ordenando la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar.

En relación con este instituto, la Corte Constitucional, mediante sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, magistrado ponente Mauricio González Cuervo, sostuvo que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

¹²⁰ <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/asi-funciona-la-figura-de-extension-de>.

¹²¹ En este caso, el interesado podrá acudir a la autoridad para que resuelva de fondo el asunto. De ser así, el pronunciamiento podrá ser susceptible de control judicial por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando éste proceda.

IV. Bibliografía

Doctrina

Amaya, J. (2015). *Control de Constitucionalidad*, 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Bernal Pulido, C. (2008) "El precedente en Colombia". En *Revista Derecho del Estado*, N° 21 (diciembre), p. 81-94.

Bernal Pulido, C. (2003) "La Fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano". En *Revista jurídica Precedente*, Editorial Universidad Icesi, Anuario jurídico, p. 13-43.

Departamento Nacional de Planeación (2010). "Elementos básicos sobre el Estado Colombiano", Bogotá. Disponible en: https://www.academia.edu/29668831/Elementos_basicos_sobre_el_estado_colombiano.a

Flores, M. M. (2020), "Una mirada sobre el control de constitucionalidad en Colombia". En *Revista Forum*, N° 10, p. 159-182.

Hoyos Duque, R. (2013). "El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿es la jurisprudencia fuente de derecho?". En *Revista de Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia*, p. 452-474.

Marín Santoyo, M. (2019). "El precedente en el derecho colombiano: la estructuración del concepto y su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En *Revista Jurídica Derecho Público Iberoamericano*, N° 15, p. 87-112.

Ratti Mendaña, F. (2021). "Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente". En *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 11, N 1 (enero-julio), p. 76-77. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n1a05>.

Sarmiento Erazo, J. P. (2012) "Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?". En *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 11, N 22, p. 65-82.

Pulido Ortiz, F. (2008), "Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana". En *Novum Jus*, Vol. 2, N° 1, p. 125-152.

Pulido Ortiz, F. "La pretensión de autoridad del derecho: apuntes para una teoría del precedente judicial". Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 21.

Quinche Ramírez, M. (2015). *La acción de inconstitucionalidad*. Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario, p. 41-42.

Jurisprudencia

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, consejero ponente: María Adriana Marín, N° de radicación: 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317), sentencia del 1 de agosto de 2019.

Corte Constitucional

Sentencia C-713 de 2008, magistrada ponente: Carla Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-122 de 2011, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-037 de 1996, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-560 de 1999, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-400 de 2013, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-737 de 2001, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-702 de 1999, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-918 de 1999, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-102 de 2018, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Sentencia SU-631 de 2017, magistrada ponente: Gloria Ortiz Delgado.

Sentencia T-459 de 2017, magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-441 de 2018, magistrada ponente: Diana Fajardo Rivera.

Sentencia T-360 de 2014, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia SU-069 de 2018, magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

Sentencia C-880 de 2014, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Educación para la participación ciudadana en el cuidado del medioambiente: a propósito del Acuerdo Regional de Escazú

Margarita Monzón Capdevila¹

I. Introducción

La pandemia del COVID-19 que estamos atravesando a nivel global ha causado un enorme impacto en la vida de todos los seres humanos, individual y colectivamente, dejando aún más al descubierto los graves y urgentes problemas ambientales que sufre en la actualidad nuestro planeta, tanto a nivel regional como a nivel mundial. Las consecuencias de estos problemas han pasado en pocos años de anunciársenos con una proximidad de pocos siglos a un aumento exponencial de todos los procesos sin precedentes.

Como resultado de ello, la crisis ambiental caracterizada por la aparición de fenómenos a escala mundial como el cambio climático, el efecto invernadero, el adelgazamiento de la capa de ozono, la pérdida de la biodiversidad, y otros más focalizados como la degradación de tierras, la deforestación y desertificación, la aparición de plagas por ciertas prácticas agropecuarias, la contaminación de las aguas subterráneas, de mares, lagos y ríos, así como los actuales niveles de consumo insostenibles, han adquirido una gran importancia en las agendas de todas las naciones y organismos internacionales. Los científicos advierten que el deterioro ambiental pone en riesgo la supervivencia de innumerables especies, incluyendo la humana,² hasta tal punto que, según la opinión bastante generalizada de los expertos, en algunos casos los deterioros de nuestro medioambiente ya son irreversibles.³

¹ Abogada (UBA). Asesora Letrada en la Procuración del Tesoro de la Nación (ECAE). Magister en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Especialista en Abogacía del Estado (ECAE). Especialista en Derecho Tributario (ECAE). Cursante de la Especialización en Docencia en Instituciones Universitarias (UFLO Universidad). Docente Asociada de la materia Derecho Administrativo (UFLO Universidad).

² Castro de Cuellar, A., Cruz Burguete, J. L. y Ruiz-Montoya, L. (2009). "Educar con ética y valores ambientales para conservar la naturaleza". En *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales* (UAEMex), N° 50, mayo-agosto, pág. 354. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/conver/v16n50/v16n50a14.pdf>.

³ Márquez Medina, A. F. (2012). "Sensibilización del adolescente con los problemas medio ambientales, Ciudadanía global". En VV.AA. *Educación para la Participación Ciudadana en la Enseñanza de las Ciencias Sociales*. Vol. I. 1ª edición. Sevilla: Díada Editora S.L., pág. 141.

Para dimensionar adecuadamente lo expuesto, es justo señalar que la crisis del medioambiente no es un problema moderno, lo nuevo son sus dimensiones. Queda claro entonces que el modelo de desarrollo que se ha venido aplicando atenta contra los recursos naturales, los que junto al medioambiente han sido sometidos a una presión y ritmo de consumo superior a su capacidad de regeneración. En consecuencia, se hace necesario partir de bases diferentes que contemplen como metas no solo el bienestar de las actuales generaciones, sino también la sana subsistencia de las futuras. El modelo de desarrollo socioeconómico que se requiere es un modelo de desarrollo sustentable, en el cual es fundamental que el aprovechamiento y uso de los recursos naturales sea racional y potencialmente sostenible.

Hablar de sustentabilidad en el desarrollo implica estar plenamente conscientes de que nos referimos a una relación de conflicto entre la sociedad y la naturaleza, relación que debiera tener como meta una coexistencia armónica que tienda a garantizar un adecuado nivel de vida humana, que pretenda evitar el deterioro de los ecosistemas y obtener el mayor equilibrio posible de los mismos. En este aspecto, podemos observar cómo gradualmente se afirma una nueva cultura ambiental que se hace patente en todos los niveles y sectores de las sociedades. Mientras que en el gubernamental se percibe un creciente proceso de organización, en la sociedad civil se ve incrementado su protagonismo con expresiones participativas. Lo mismo observamos con relación a la creación de nuevas dependencias oficiales, como así también la manifestación constante de organizaciones no gubernamentales, eventos políticos, científicos, etc.⁴

En virtud de ello, tanto los Estados como la ciudadanía en su conjunto tienen hoy más que nunca una responsabilidad social ineludible, un verdadero compromiso para alcanzar un desarrollo sostenible mediante la adopción de políticas ambientales efectivas y participativas, y la adopción de modelos de conducta, estilos de vida y hábitos de consumo más consecuentes y respetuosos con nuestro entorno. Sin embargo, tampoco se puede perder la perspectiva de que estas problemáticas no pueden tratarse de la misma forma en todos los lugares del mundo, ya que este modelo social de crecimiento constante, al igual que el fenómeno de la globalización, solo se refiere a una parte del territorio mundial, dejando afuera a una gran mayoría de habitantes que aún no han alcanzado tan siquiera los derechos civiles más elementales.⁵

Es evidente que ante estas transformaciones del mundo la educación no ha permanecido ajena, lo que nos lleva a replantearnos qué tipo de educación queremos para abordar los nuevos desafíos de este siglo XXI, era de conocimiento y de construcción de nuevos valores sociales.⁶ En tal sentido, la educación en materia ambiental debe contribuir principalmente al ejercicio de la ciudadanía y a estimular una acción transformadora. Además de profundizar el conocimiento sobre las cuestiones ambientales y las mejores tecnologías, debe estimular el cambio de conducta y la construcción de nuevos valores éticos, menos antropocéntricos y más solidarios, pues la educación ambiental es, sobre todo, una pedagogía en acción. No alcanza con ser más conscientes acerca de los problemas ambientales, sino volvernos también más activos, responsables y participativos. En otras palabras, el comportamiento de los ciudadanos con relación a su medio ambiente es indisoluble del ejercicio de la ciudadanía.⁷

Dentro de este contexto, el Poder Ejecutivo nacional promulgó, mediante el Decreto 806/20,⁸ la Ley 27.566⁹ por

⁴ *Ídem*.

⁵ Moreno Fernández, O. (2012). "Educación Ambiental y Educación para la Ciudadanía: Ampliando Derechos hacia una Educación Ciudadana Planetaria". En VV.AA. *Educación para la Participación Ciudadana en la Enseñanza de las Ciencias Sociales*. Vol. 1, 1ª edición, Sevilla: Díada Editora S.L, pág. 152.

⁶ Moreno Fernández, *Ob. Cit.*, pág. 154/5.

⁷ Márquez Medina, *Ob. Cit.*, pág. 145.

⁸ Decreto 806/20 (B.O. 19/10/2020).

⁹ Ley 27.566 (B.O. 19/10/2020).

la cual Argentina se convirtió en el décimo país en aprobar el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe firmado en 2018 en la ciudad de Escazú, Costa Rica. Este acuerdo multilateral a favor del derecho ambiental es a la vez también un tratado de derechos humanos que refleja las prioridades y las particularidades de nuestra región. En consecuencia, nuestro país dio un paso trascendental en la lucha contra la crisis climática y la reducción de conflictos socioambientales. Escazú es el primer acuerdo “vinculante” a nivel mundial que establece claras garantías para la protección de las personas defensoras de derechos humanos en temas ambientales, sumamente relevante en el caso de América Latina y el Caribe, en un momento crucial en el que han quedado de manifiesto los efectos de la crisis climática, social y económica en todo el mundo.

El presente artículo tiene como objetivo destacar la relevancia del histórico acuerdo internacional alcanzado por la región en temas ambientales, como así también señalar la importancia de la participación ciudadana como principio fundamental en materia ambiental. Esto no solo en el diseño, ejecución y control de las políticas públicas y acciones de gobierno, sino también y principalmente como agentes de cambio social, fomentando una cultura de colaboración promotora de los valores esenciales de la dignidad humana que promueva la protección ambiental, la justicia social y económica y el respeto a la diversidad y a la integridad cultural, a cuyo fin la educación ambiental se constituye como el eje central de este proceso.

II. Desarrollo

II. 1. El Acuerdo de Escazú. Antecedentes

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, más conocido como “Acuerdo de Escazú”, es un tratado internacional firmado por 24 países de América Latina y el Caribe respecto a protocolos para la protección del medioambiente (Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, y Uruguay).

El período establecido para la firma de dicho acuerdo, conforme lo estipulado en su artículo 21,¹⁰ concluyó el pasado 26 de septiembre de 2020. Sin embargo, el citado artículo también señala que aquellos países que no lo hayan firmado dentro del plazo establecido podrán ser parte del mismo mediante la “adhesión” (procedimiento de paso único sin necesidad de firma). Para su entrada en vigor y para la aplicación efectiva del Principio 10 de la Declaración de Río en la región, el acuerdo establece en su artículo 22 que el mismo debe ser ratificado por al menos once países. Y, en este sentido, la undécima ratificación correspondió a México, quien la realizó con fecha 05/11/2020.¹¹

Originado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) en 2012,¹² y fundamentado en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, este acuerdo es el fruto de una etapa preparatoria de dos años y nueve intensas reuniones de su Comité de Negociaciones, donde

¹⁰ <https://www.cepal.org/es>.

¹¹ <https://news.un.org/es/story/2020/11/1483732>.

¹² <https://www.cepal.org/rio20>.

se reunieron delegados gubernamentales, representantes de la sociedad civil, del sector académico, expertos y otras partes interesadas que participaron activamente de manera colaborativa y en un pie de igualdad.

Principio 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

El acuerdo negociado por los Estados con la participación significativa de la sociedad civil y del público en general establece estándares regionales, promueve la creación de las capacidades –en particular a través de la cooperación Sur-Sur–, sienta las bases de una estructura institucional de apoyo y ofrece herramientas para mejorar la formulación de políticas y la toma de decisiones. Desde un enfoque basado en los derechos, se reconocen principios democráticos fundamentales y se procura abordar uno de los desafíos más importantes de la región: la desigualdad, a través de la apertura hacia un nuevo modelo de desarrollo.¹³

II. 2. Su contenido principal

Desde el inicio de los debates entre los Estados, el objetivo fue lograr la aplicación efectiva del Principio 10 en la región de América Latina y el Caribe. En este sentido, el artículo 1 del acuerdo adoptado en Escazú establece que su objetivo es garantizar el derecho de todas las personas a tener un acceso oportuno a la información ambiental, a participar de manera significativa en la toma de decisiones que afectan sus vidas y su entorno, y al acceso a la justicia cuando esos derechos sean violados. Por este motivo se establecen obligaciones de cooperación entre los Estados y sus ciudadanos, pero también entre los Estados en lo que concierne a la cooperación y el fomento de las capacidades. Por ende, el valor adicional que tiene el tratado se encuentra en su “carácter multilateral” que añade obligaciones verticales a las obligaciones nacionales existentes, y promueve la cooperación y el fomento de las capacidades de los Estados menos adelantados en el tema.¹⁴

Entre sus principales disposiciones el Acuerdo de Escazú reconoce el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y la obligación de garantizar el libre ejercicio de los derechos reconocidos en él. A tal fin, se prevé la adopción por parte de los Estados de todas las medidas necesarias de naturaleza legislativa, reglamentaria, administrativas o de otro tipo para garantizar la aplicación del acuerdo. Los Estados se comprometen en divulgar la información pública para facilitar la adquisición de conocimientos sobre los derechos de acceso, en particular, a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas, en los diversos idiomas de cada país mediante la elaboración de formatos alternativos comprensibles para dichos grupos, y a incentivar el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, las que deberán ser utilizadas de una manera que no generen restricciones o discriminaciones para el público.

¹³ Prefacio del *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>.

¹⁴ *Ob. Cit.*, *El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral...*, pág. 2.

En cuanto a la participación pública en los procesos de toma de decisiones, los Estados parte deben promover mecanismos de participación del público relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud, debiendo ajustarse cada país a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público, garantizando el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales. En lo relativo al acceso a la justicia, cada Estado parte se compromete a atender las necesidades de las personas o grupo en situación de vulnerabilidad, mediante la adopción de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita.

Uno de los aspectos más destacados de este Acuerdo Regional radica en que se trata de un instrumento jurídico precursor en materia ambiental bajo un enfoque de derechos humanos. Sus principales beneficiarios son la población de la región, en particular, los grupos y comunidades más vulnerables, es decir, aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso y participación reconocidos en el acuerdo. En este aspecto, se plasma el compromiso de incluir a aquellos que tradicionalmente han sido excluidos o marginados o han estado insuficientemente representados, en plena consonancia con el espíritu de los objetivos fijados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobados en 2015 por los Estados Miembro de las Naciones Unidas.¹⁵

Pero lo más relevante, y uno de los temas más innovadores que presenta el Acuerdo de Escazú, es la inclusión de la primera disposición vinculante del mundo sobre la protección de los defensores de derechos humanos en materia de medioambiente (artículo 9), en una de las regiones del mundo más afectadas por los conflictos socioambientales y que presenta un mayor riesgo para la vida y la seguridad de las personas que actúan como defensores de los derechos humanos en materia ambiental. A lo largo del texto se puede observar cómo el derecho ambiental se encuentra anclado en la protección de los derechos humanos. En tal sentido, el preámbulo contiene varias referencias al derecho internacional de los derechos humanos. Esto tiene implicancias concretas, ya que el acuerdo puede ser invocado e implementado a través del Sistema de Protección de los Derechos Humanos en la Organización de los Estados Americanos (OEA).¹⁶

II. 3. Similitudes y diferencias con el Convenio de Aarhus

El Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas, denominado “Convenio de Aarhus”, firmado el 25 de junio de 1998 en la ciudad danesa del mismo nombre, el cual entró en vigor en 2001, es un tratado regional pero de importancia global, que regula los derechos que otorga a los ciudadanos (personas y asociaciones que los representan) sobre el acceso a la información ambiental que se encuentra en poder de autoridades públicas, a la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia, como así también el derecho a obtener una reparación en caso de que no se respeten estos derechos. Dicho convenio receptó el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. A la fecha, se encuentra aprobado por 39 países de la región de Europa.¹⁷

¹⁵ <https://www.un.org/.../development-agenda>.

¹⁶ Barchiche, D., Hege, E. y Nápoli, A. (2019). “El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral a favor del derecho ambiental?”. En *IDDRI, IssueBrief*, Nro. 03/19, pág. 3.

¹⁷ https://traties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27lang=en.

Si bien a primera vista el Acuerdo de Escazú parece contener disposiciones similares a las del Convenio de Aarhus, el texto de Escazú contiene disposiciones específicas de enorme trascendencia para la región de América Latina y el Caribe como la referida a la protección de los defensores de los derechos humanos en materia ambiental y a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, disposiciones de las cuales carece el Convenio de Aarhus.

Por otra parte, el Acuerdo de Escazú, elaborado bajo una perspectiva de derechos humanos, establece una serie de principios medioambientales como el principio de igualdad y no discriminación, el principio de transparencia y rendición de cuentas, el principio de no regresión y progresividad, el principio de buena fe, el principio de prevención, el principio de precaución, el principio de equidad intergeneracional, el principio de máxima divulgación, el principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, el principio de igualdad soberana de los Estados y el principio *propersona*, los cuales si bien en su mayoría son principios del derecho ambiental internacional, este último fue extrapolado de la legislación regional de los derechos humanos basado en el principio *pro homine* del Sistema de Protección de los Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA).¹⁸ Este principio requiere que las normas de derechos humanos sean interpretadas de la manera más favorable posible a la persona humana protegiendo su dignidad. Dicho enfoque crea mejores garantías para las víctimas de violaciones de los derechos humanos.¹⁹

En cuanto al *principio de no regresión* (no establecido en ninguna de las leyes de los países de la región) y de *realización progresiva*, es relativamente nuevo en el contexto del derecho ambiental internacional. Su sola mención constituye un paso importante. En nuestro país ha sido el *principio de progresividad ambiental*, establecido en el artículo 4 de la Ley 25.675 (Ley General del Ambiente), el elemento rector que ha impulsado la evolución del *principio de no regresión*, y lo ha hecho a través de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.²⁰ El citado principio *de no regresión* se refiere a que los estándares de protección ambiental alcanzados hasta la actualidad no deben ser sustituidos por otros inferiores u ostensiblemente ineficaces.

En virtud de la Convención de Aarhus, la garantía de acceso a la justicia solo se encuentra prevista respecto de los derechos directamente relacionados con su objeto (acceso a la información o participación). En cambio, en el Acuerdo de Escazú dicha garantía es mucho más amplia, ya que garantiza no solo el acceso a la justicia por denegación de información o imposibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones, sino también por cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar negativamente al medioambiente o contravenir normas jurídicas ambientales (artículo 8, punto 2, inciso "c").

Pero el Acuerdo de Escazú también va más allá en otros aspectos, como lo son la legitimación activa general en la defensa del medioambiente, la necesidad de instrumentar procedimientos eficaces, oportunos, públicos, transparentes y de bajo costo, la posibilidad de adoptar medidas cautelares y provisionales, medidas que faciliten a los denunciantes la presentación de pruebas de daños ambientales (inversión de la carga de la prueba y carga dinámica de la prueba), mecanismos de reparación (restitución al estado anterior al daño, restauración, indemnización o pago de una sanción económica, garantía de no repetición y atención a las personas afectadas e instrumentos financieros para apoyar la reparación).²¹ Sin embargo, en algunos aspectos presenta más imprecisiones que el Convenio de Aarhus, en particular respecto de aquellas categorías de información para las que puede justificarse una denegación de acceso. La definición de estas categorías puede variar de un país a otro, dependiendo de la legislación nacional.²²

¹⁸ Olmos Giupponi, B. (2019). "Fostering environmental democracy in Latin America and de caribbean: An analysis of the Regional Agreement on Environmental Access Rights". En *RECIEL*, 2019, 00: 1-16.

¹⁹ *Ob. Cit.*, *El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral...*, pág. 2.

²⁰ Fallo CSJN, "Fundación Biósfera y otros c. Municipalidad de La Plata", sentencia del 24/05/2011.

²¹ *Ob. Cit.*, *El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral...*, pág. 2.

²² *Ob. Cit.*, *El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral...*, pág. 3.

Veinte años después de la firma del Convenio de Aarhus, y cuando se encuentra en tela de juicio el multilateralismo ambiental y climático, la firma del Acuerdo de Escazú constituye un paso trascendente en el fortalecimiento de la democracia ambiental en América Latina y el Caribe, al reconocer la interdependencia entre los derechos humanos y el medioambiente.²³

II .4. El ambiente como derecho humano

No cabe duda acerca de la estrecha vinculación entre el derecho a un ambiente sano y el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad humana. Ninguna persona puede vivir plenamente si se desenvuelve en un medio contaminado, nadie puede gozar de buena salud en un ambiente desfavorable, y las catástrofes ambientales provocadas por la contaminación de los recursos ponen en riesgo no solo la seguridad humana, sino también la vida en todas sus manifestaciones. Por ello, el derecho al ambiente sano es una condición necesaria para la vida de todas las personas, ya que éste es un requisito para el desarrollo humano en este planeta. Por esta razón, puede afirmarse que el derecho a un ambiente sano es un derecho humano fundamental.

Sin embargo, algunos autores encuentran dificultad para definir este derecho como un derecho humano por ser un derecho de características eminentemente sociales.²⁴ Esto es así porque la noción de derechos humanos históricamente se ha desarrollado desde un punto de vista antropocéntrico, considerando los derechos humanos como derechos subjetivos personales, sin tener en cuenta el aspecto social o colectivo que indefectiblemente debe ser tenido en cuenta cuando hablamos de la tutela al ambiente.

En tal sentido, cabe señalar la diferencia entre el derecho a un ambiente adecuado que tienen las personas (visión antropocéntrica) y la tutela del ambiente que se concentra en el bien colectivo (noción geocéntrica). Así, la visión antropocéntrica está unida a la noción de derecho subjetivo personal que corresponde a todos los seres humanos en tanto dotados de su estatus de persona. La visión geocéntrica, en cambio, parte de la tutela al ambiente como bien colectivo y ha surgido en una etapa más reciente de elaboración doctrinaria de los derechos humanos. La visión social de este derecho surge dentro de los llamados derechos humanos de tercera generación²⁵ y, podemos agregar, más recientemente los derechos humanos de cuarta generación (los relativos a las generaciones futuras).

Con relación a la evolución de los derechos humanos, observamos la existencia de tres etapas bien definidas: los derechos humanos de primera, de segunda y de tercera generación. Los derechos humanos de primera generación son aquellos que fueron reconocidos por el constitucionalismo clásico, motivados por los principales movimientos revolucionarios a finales del siglo XVIII, y se refieren a la consagración de los derechos civiles y políticos. Estos derechos se desarrollaron dentro de un esquema de sentido negativo, es decir, de obligaciones de no hacer del Estado frente a los individuos. El Estado debía abstenerse en el goce de los derechos de las personas. Luego, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, surgen los llamados derechos humanos de segunda generación con el desarrollo de los derechos sociales incorporados por el constitucionalismo social, que en nuestra Constitución se encuentran principalmente en el artículo 14 bis. En el ámbito del derecho internacional

²³ Ob. Cit., *El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral...*, pág. 4.

²⁴ Castro, M. L. (2011). "El ambiente como derecho humano". En *Revista de Derecho Ambiental Abeledo Perrot*, octubre/ noviembre de 2011, pág. 103.

²⁵ Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: La Ley.

se han plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.²⁶ Los derechos humanos de tercera generación son aquellos desarrollados en la última etapa del constitucionalismo social y se trata de derechos de incidencia colectiva.

Mientras que los derechos humanos de primera y segunda generación parten de la visión antropocéntrica de los derechos humanos, los de tercera generación lo hacen desde una visión geocéntrica, partiendo de lo social hacia lo individual, poniendo el énfasis en la protección de bienes colectivos. Así, el nacimiento de los derechos humanos de tercera generación fue la consecuencia de la necesidad de protección de bienes colectivos, para lo cual se requirió una teoría más elaborada sin que los derechos humanos de primera y segunda generación perdieran su actualidad.²⁷ De esta manera, debió encontrarse el punto de conexión entre lo individual y lo social y debieron ampliarse los bienes tutelados. No se tutelan ya únicamente los bienes individuales, sino que se suman también los bienes colectivos. Considerar el ambiente sano como derecho humano siendo un bien colectivo ubicado en la esfera social, ha implicado un cambio importantísimo en la noción de los derechos fundamentales, dando origen a este tercer grupo de derechos humanos.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a un ambiente sano fue expresamente incorporado por la reforma constitucional de 1994 a través del artículo 41, en el capítulo “Nuevos Derechos y Garantías”, como un derecho fundamental de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y con el consiguiente deber de preservarlo, en el que las actividades productivas de las generaciones presentes para satisfacer sus necesidades no comprometan la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias. Anteriormente a la citada reforma, el derecho a un ambiente sano era considerado como un derecho implícito del artículo 33 de la CN.

A partir de la inclusión de este derecho en nuestra Constitución, el mismo pasa a formar parte de los derechos humanos fundamentales reconocidos en nuestro sistema jurídico. Respecto al reconocimiento específico de este derecho como un derecho social, se ha sostenido que cuando el artículo 41 de la CN alude al derecho a un ambiente sano como un derecho de todos los habitantes, lo personaliza subjetivamente en cada uno. Sin perjuicio de ello, al establecer en el artículo 43 la vía tutelar del amparo y hacer referencia a “derechos de incidencia colectiva”, lo ha sumido simultáneamente en la dimensión colectiva del ambiente.²⁸

Por otra parte, y en el marco del derecho internacional, el reconocimiento del derecho a un ambiente sano se divide en un antes y un después de la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre Medio Humano. En efecto, en la etapa anterior a la Declaración de Estocolmo se habían firmado algunos tratados internacionales (tratados que no eran de derechos humanos) donde se tutelaban aspectos ambientales pero en forma muy acotada y específica entre países determinados, sin referirse a este derecho como un derecho fundamental. No hablamos entonces de tratados de derechos humanos sino de tratados de derecho internacional que en general fueron la consecuencia de necesidades concretas de preservar determinados aspectos de la naturaleza entre dos o más Estados. Esto ocurrió por cuestiones muy puntuales, por ejemplo, debido al exceso de la pesca y la caza de aves migratorias.²⁹

²⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) marca un hito en la historia de los derechos humanos. Es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, en la que se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de San Francisco del 26 de junio de 1945.

²⁷ Castro, *Ob. Cit*, pág.104.

²⁸ Bidart Campos, G. (1998). *Manual de la Constitución reformada*. T. II. Buenos Aires: Ediar.

²⁹ Convenio de Protección de los pájaros útiles para la agricultura, adoptado en París en 1902. Disponible en: <https://www.ecolex.org/es/details/convention-for-the>.

La Declaración de Estocolmo habla de “medio humano” para referirse a lo que comúnmente llamamos “medioambiente” o “ambiente” y le da el tratamiento de derecho humano al ponerlo como requisito previo a la libertad, a la igualdad y al disfrute de una vida adecuada. También hace referencia en varios artículos de la declaración a la obligación del hombre de proteger su medio en su beneficio y de su posteridad. Además, se reconoce el derecho al ambiente de calidad como derecho humano por primera vez en forma expresa en un tratado internacional, por lo que se ha afirmado que a partir de la Declaración de Estocolmo podemos considerar que nace formalmente el derecho internacional del medioambiente como rama del derecho internacional.³⁰ Si bien, al igual que todas las declaraciones de este tipo, la Declaración de Estocolmo no es vinculante para los Estados y su plan de acción tampoco es obligatorio sino recomendatorio, convocó un movimiento nuevo de preocupación por el ambiente y lo introdujo en el marco de las Naciones Unidas.

Los tratados de derechos humanos firmados en aquella época, anterior a la Declaración de Estocolmo, no proclamaban expresamente el derecho a un ambiente sano ni el deber de proteger los recursos naturales. Sin embargo, se considera que este derecho se encuentra implícito en dichos instrumentos como requisito previo e ineludible del derecho a la vida. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también de 1948, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, al proclamar el derecho de todo ser humano a la vida y a la salud están refiriéndose implícitamente al derecho al ambiente.³¹

Con relación a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la falta de mención del derecho al ambiente saludable en su articulado se puede atribuir a que en aquella época el deterioro del ambiente no era una amenaza para la humanidad como lo es en la actualidad. También se puede atribuir a que en los tiempos de su sanción todavía no se habían desarrollado las teorías que establecen que los derechos que tutelan bienes colectivos como el ambiente, pueden considerarse derechos humanos desde una visión geocéntrica. Ambos tratados han plasmado principalmente derechos humanos de segunda generación, pero no de tercera. Estos últimos forman parte de una elaboración más reciente. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, previo a la Declaración de Estocolmo, se hace referencia al derecho de los pueblos a disfrutar de sus recursos naturales, y aunque el Pacto proclama este derecho desde una perspectiva económica, se puede entender también que disfrutar de los recursos naturales implica, por ejemplo, respirar aire puro y beber agua no contaminada.

En el texto original de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos tampoco se hace mención expresa sobre el derecho al ambiente. Pero en 1988 se firmó un protocolo adicional conocido como Protocolo de San Salvador que, en su artículo 11, se hace expresa referencia al derecho a un medioambiente sano y a la obligación del Estado de promover su protección, preservación y mejoramiento. Este Protocolo ha sido ratificado por la República Argentina en 2003.³² No obstante lo señalado, el mecanismo de protección restringido establecido en el Protocolo permite solo presentar peticiones individuales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por vulneraciones relacionadas con los demás derechos reconocidos.

En esa inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y

³⁰ Lázaro Calvo, T. (2005). *Derecho internacional del medio ambiente*. Barcelona: Atelier.

³¹ Castro, *Ob. Cit.*, pág. 106.

³² El Protocolo de San Salvador fue aprobado por la Ley 24.658 (B.O. 17/07/1996).

³³ Corte IDH, “Kawas Fernández vs. Honduras”, sentencia del 3 de abril de 2009.

los efectos adversos del cambio climático afectan su goce efectivo.³³ Por otro lado, el tribunal regional consideró que el derecho indígena a la propiedad colectiva está vinculado con la tutela y acceso a los recursos que se encuentran en esos territorios. Asimismo, determinó la estrecha vinculación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales.³⁴ Sin perjuicio de estas consideraciones, la CIDH se explayó de modo más acabado sobre el contenido y alcance del medioambiente como derecho humano en la Opinión Consultiva OC-23/1714.³⁵ En ese marco, resaltó que si bien el derecho al medioambiente no está consagrado expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por el artículo 26.³⁶

II. 5. El régimen de participación y su justificación

Los procesos de democratización política en el mundo, así como las crecientes demandas de la ciudadanía, obligaron a construir un nuevo escenario para el diseño y la aplicación de las políticas públicas. El objetivo buscado con estos cambios fue el de profundizar la democracia mediante la apertura de nuevos canales de participación ciudadana. En este aspecto, las constituciones más modernas de los países democráticos contienen herramientas institucionales y jurídicas cuya finalidad es la inclusión de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones y el control de las políticas públicas. Este es el corolario del tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa. En tal sentido, una de las características más importantes de una participación eficaz es que forme parte de un proceso integral en la toma de decisiones. Por ello, planificar la estrategia de participación resulta de gran utilidad.

El desarrollo de las herramientas de participación combinó con la necesidad de profundizar la democracia representativa con un mayor crecimiento de las capacidades estatales. Desde este enfoque, la participación de la ciudadanía constituye un capital social invaluable que puede contribuir, junto con las autoridades, a mejorar la vida de la población. Además, la incorporación de mecanismos alternativos de participación no solo lleva a una mayor eficiencia y eficacia de la gestión administrativa en la toma de decisiones estatales por encontrarse representados los intereses de las diferentes partes, sino que también a un mayor conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, justificando así el carácter deliberativo del proceso democrático.

Si bien el derecho a la participación pública no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Constitución Nacional, sí ha sido reconocido con incorporación a la Constitución de 1994 de algunos mecanismos de participación semidirecta, y con la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos que prevén el derecho a la participación ciudadana en la dirección de los asuntos públicos (art. 75, inciso 22): la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21)³⁷ y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y

³³ Corte IDH, "Kawas Fernández vs. Honduras", sentencia del 3 de abril de 2009.

³⁴ Entre estos antecedentes, se destacan los casos "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", sentencia del 17 de junio de 2005.

³⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, "Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", de fecha 15 de noviembre de 2017, Serie A N° 23, párrafo 35. Sobre la aplicación de esta Opinión Consultiva por parte del Ministerio Público Fiscal.

³⁶ 15. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 57.

³⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

Políticos (artículo 25).³⁸ Y a nivel regional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20).³⁹ En el sistema interamericano, lo recoge la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23).⁴⁰

En efecto, la reforma constitucional de 1994 fue clave pues con ella se incorporaron en forma expresa a la Constitución mecanismos de democracia participativa semidirecta, en los cuales la participación no es en relación al voto para elegir representantes, sino que permiten una intervención más directa, especialmente desde el punto de vista legislativo. Estos se encuentran previstos en los artículos 39 de la CN (iniciativa popular), reglamentado por la Ley 24.746,⁴¹ y 40 de la CN (consulta popular), reglamentado por la Ley 25.432,⁴² cuya adopción, difusión y perfeccionamiento puede incidir favorablemente en la problemática ambiental. Dichos mecanismos se encuentran también previstos en las constituciones provinciales y en las cartas orgánicas municipales.

Respecto a la iniciativa popular, si bien su presentación puede resultar dificultosa y onerosa, requiriendo conocimientos técnicos y un alto grado de información para los ciudadanos, el reconocimiento constitucional y legal de esta forma de participar en el proceso de formación o modificación de las leyes puede contribuir a estimular la promoción de iniciativas legislativas vinculadas a los intereses de la ciudadanía, en especial en materia ambiental.

El otro mecanismo previsto por la Constitución Nacional en el artículo 40 (primer párrafo) autoriza al Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados a someter a “consulta popular con carácter vinculante” un proyecto de ley. En la doctrina también se lo conoce como “referéndum”, y es una de las formas de democracia semidirecta más difundidas. Se trata de un acto por el cual la ciudadanía se pronuncia a favor o en contra de una propuesta para establecer una nueva norma o modificar o derogar una ya existente. En este aspecto, es importante diferenciar esta modalidad de participación pública con “otras modalidades que no tienen efecto vinculante” tales como la audiencia pública o el plebiscito.

El segundo párrafo del citado artículo 40 de la CN se refiere justamente a la “consulta popular no vinculante”. Esta consulta, al no ser vinculante, no obliga jurídicamente a los órganos convocantes, y la emisión del sufragio es facultativa para cada ciudadano. Dicho mecanismo de participación ha sido utilizado por algunas provincias a los efectos de someter a consideración de la población acerca de la continuidad o no de proyectos con alto impacto ambiental.⁴³

II. 6. Las técnicas de participación en particular. El Decreto 1172/03

Con la sanción de la nueva ley de acceso a la información pública, Ley 27.275,⁴⁴ el Decreto 1172/03⁴⁵ solo quedó vigente en lo referente a los anexos que reglamentan los diversos instrumentos de participación en el ámbito del

³⁸ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 –Lista de los Estados que han ratificado el pacto–.

³⁹ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, en 1948.

⁴⁰ La Convención Americana de Derechos Humanos fue suscripta el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

⁴¹ Ley 24.747 (B.O. 24/12/1996).

⁴² Ley 25.432 (B.O. 27/06/2001).

⁴³ La Consulta Popular convocada por la Ordenanza Municipal 03/2003 de la Ciudad de Esquel, Provincia de Chubut, acerca de la continuidad o no de un proyecto minero.

⁴⁴ Ley 27.275 –Ley de Acceso a la Información Pública– (B.O. 29/09/2016).

⁴⁵ Decreto 1172/03 (B.O. 04/12/2003).

Poder Ejecutivo Nacional. Esta norma tuvo por objetivo fundamental reglar el acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional y la reglamentación de cinco mecanismos que aseguren la participación en la toma de decisiones estatales. Los mecanismos contemplados son los siguientes: a) las audiencias públicas; b) la publicidad de gestión de intereses o "lobby"; c) la elaboración participativa de normas; y d) las reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos. En los considerandos del citado decreto se menciona brevemente en qué consisten cada uno de ellos. Por su importancia en el tema ambiental, solo se hará alusión al mecanismo de las audiencias públicas en este contexto normativo.

En este sentido, la audiencia pública habilita la participación ciudadana en el proceso de la toma de decisiones a través de un espacio institucional propiciado por los organismos de la Administración Pública, en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto a la decisión a adoptarse. En tal sentido, el reglamento general de audiencias públicas contenido en el Decreto 1172/03 establece el marco general para su desenvolvimiento, habiéndose previsto para ello tres etapas: la preparatoria, la de su desarrollo y la final. Este procedimiento se rige por los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad. Así, toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, puede participar en ella (legitimación amplia).

Y concluye con una resolución final que emana de la autoridad competente que la ha convocado, donde la misma se expide sobre el resultado, debiendo dejar fundamentado en caso de apartarse de lo decidido en la audiencia los motivos por los cuales lo hace. En tal sentido, es importante señalar que las opiniones propuestas de los participantes no tienen carácter vinculante, pero la Administración debe explicar de qué modo ha tomado en cuenta las opiniones y, en su caso cómo se ha señalado, las razones por las cuales las rechazó.

En consecuencia, el derecho a que se celebren audiencias públicas no solo es una forma de participación ciudadana, sino que además constituye una garantía constitucional, la aplicación a escala colectiva de la garantía del debido proceso adjetivo⁴⁶ en cuanto presupone el derecho a ser oído, exponiendo las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión del acto que se refiere a sus derechos o intereses legítimos. Por ello, el principio democrático no se ve satisfecho solamente con la amplitud en el acceso a la justicia, sino que también requiere el logro de consensos, y para esto se debe buscar el modo de compartir el tratamiento de estas cuestiones valiéndose a tales efectos de los canales de participación más adecuados.

Por último, cabe mencionar que este mecanismo de participación ha sido utilizado en el tema ambiental con relación a proyectos de gran envergadura y con un impacto ambiental a gran escala.⁴⁷

II. 7. La participación ciudadana en cuestiones ambientales

Probablemente uno de los ámbitos donde tradicionalmente se ha asignado mayor relevancia a la participación ciudadana sea en la materia ambiental. Esto se explica desde una primera aproximación general debido al carácter eminentemente social del ambiente, a la universalidad del daño al entorno y a la titularidad común de los elementos que lo componen. Las intensas modalidades de participación que se consultan en el ordenamiento ambiental

⁴⁶ Sabsay, D. (2007). "La participación ciudadana en la toma de decisiones en el derecho público argentino". Conferencia internacional *Democracia Directa en América Latina*, Buenos Aires.

⁴⁷ Como paradigma digno de ser mencionado, y dentro del marco de un proceso judicial, corresponde destacar la audiencia pública convocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2006, con motivo del famoso caso "Mendoza", el cual constituyó un hito en material ambiental en nuestro derecho, ver López Alfonsín, M. (2012). *Derecho Ambiental*, Buenos Aires: Astrea, págs. 274/306.

obedecieron también al hecho de que la regulación del entorno incide en la esfera jurídica de los particulares, de modo que se les atribuye a éstos amplias posibilidades de intervención en las decisiones de la Administración pero que son siempre de carácter consultivo.

De igual mismo modo, la participación constituye una concreción del principio de cooperación de los ciudadanos con la Administración, puesto que en ocasiones la acción de esta resulta insuficiente para la tutela efectiva del ambiente. De esta manera, a la ciudadanía le corresponde un rol activo de colaboración en dicha función de interés público.⁴⁸ La complejidad de los problemas ambientales demanda la concertación de esfuerzos de los diferentes interesados en aras de un objetivo común. Desde esta perspectiva, algunos autores señalan que la participación ciudadana presenta carácter dual, es decir, que constituye tanto un derecho como un deber de la ciudadanía.⁴⁹ Pero promover una acción participativa activa e informada es una tarea ardua, ya que es un proceso complejo e interdependiente que necesita no solo de estructuras políticas que posibiliten a la ciudadanía involucrarse en la toma de decisiones, sino también de herramientas educativas que permitan a la población conocer los problemas que afectan a nuestro entorno y que la capaciten para su intervención en la resolución de dichos problemas.

En la actualidad, la participación ciudadana ocupa un lugar destacado en el derecho internacional del medioambiente y, por ende, ha sido reconocida en cuanto tal por diversos instrumentos internacionales. En este sentido, el instrumento regional más desarrollado en la materia sea probablemente el Acuerdo de Escazú, en cuyo artículo 7 se establece el derecho a la participación pública, comprometiéndose a su vez los Estados a implementar y garantizar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, con especial énfasis en la participación del público directamente afectado por dichos proyectos.

En nuestro país, y a partir de la sanción de la Ley General del Ambiente, la participación ciudadana no resulta una opción para las autoridades sino una obligación expresamente contemplada en la ley. En efecto, entre los objetivos de política ambiental nacional que se establecen en su artículo 2 se prevé expresamente el de fomentar la participación social en los procesos de toma de decisiones que, junto con el acceso a la información pública ambiental, encuentran su fundamento en lo establecido en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Los artículos 19, 20 y 21 de la citada ley regulan expresamente dichos mecanismos de participación.

Por su parte, el artículo 20 impone la necesidad de acudir a estos procedimientos de “consultas o audiencias públicas” como instancias obligatorias para autorizar aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. Asimismo, en el segundo párrafo de este artículo se señala que la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades, pero que en caso de presentar éstas opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública, dichas autoridades deberán fundamentarla y hacerla pública. También deberán asegurarse estas instancias de participación ciudadana, principalmente en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular en las etapas de planificación y evaluación de resultados (artículo 21).

A pesar de la laxitud de la LGA, su lectura nos permite identificar algunas figuras para la canalización de la intervención de los gobernados en los procesos de adopción de decisiones. Allí se juega la definición del modelo de desarrollo humano previsto en los artículos 41 y 75, incisos 18 y 19, de la CN, que son concordantes. Así, por una parte, el artículo 19 de la LGA alude a la posibilidad de que toda persona pueda dar su opinión. En base a ello, el espacio participativo podrá ser suscitado tanto por la autoridad como por las personas en general. Como lógica derivación de lo manifestado, queda en manos de la autoridad reglamentaria la determinación de un marco lo suficientemente generoso como para dar cabida a este razonamiento en el que se conjuga el accionar gubernamental y el de los

⁴⁸ Dieguez, M. y Cureau, S. (2008). *Direito ambiental*. Río de Janeiro: Elseiver, pág. 137.

⁴⁹ Andaluz, C. (2006). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Proterra, pág. 543 y sgtes.

gobernados, evitando que se conceda el monopolio de la instancia participativa solo a una de las partes.⁵⁰ Al permitir la participación de la ciudadanía en los procedimientos administrativos, la Administración rompe el monopolio interpretativo de lo que es el interés público, otorgando así a la gestión administrativa un mayor grado de eficiencia y eficacia por estar representados los distintos componentes de una sociedad.

Estos mecanismos de participación pueden celebrarse en cualquier nivel jurisdiccional, tanto nacional, provincial como municipal. Así, las provincias y los distintos municipios en general prevén estos mecanismos de participación con el objeto de garantizar que la autorización de los proyectos que puedan implicar un efecto negativo y significativo sobre el ambiental, así como también la normativa dictada al efecto, refleje las consideraciones y preocupaciones de las poblaciones locales.

Por otro lado, y de acuerdo con la redacción del artículo 20 de la LGA, cabe preguntarnos si la norma hace alusión a dos mecanismos participativos distintos o, por el contrario, la audiencia pública es el único mecanismo válido de participación ciudadana al interpretar el vocablo “consulta” como un mero sinónimo de “audiencia pública”. Pareciera que la norma se refiere a dos mecanismos alternativos:

Artículo 20: Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia pública o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública.

Se advierte en el párrafo final del citado artículo la conjunción disyuntiva “o” separando a la audiencia pública de la consulta pública. Por tanto, esa misma disyunción debe operar en la lectura del primer párrafo del artículo citado. En este primer párrafo el legislador calificó con el adjetivo de “públicas” tanto a las audiencias como a las consultas. En consecuencia, debe leerse “consultas públicas o audiencias públicas”, lo que evidencia que se trata mecanismos distintos.

II. 8. La educación ambiental

La educación ambiental es una corriente de pensamiento y acción de alcance internacional que adquiere auge a partir de los 70, cuando la destrucción de los hábitats naturales y la degradación de la calidad ambiental empiezan a ser considerados como problemas sociales.⁵¹ El reconocimiento oficial de su existencia y de su importancia se produjo por primera vez en 1972, en Estocolmo, durante la realización de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Desde entonces, se la ha considerado como el medio más efectivo para generar los cambios mediante la adquisición de conocimientos, actitudes y valores que permitan enfrentar seriamente la crisis ambiental del planeta, con miras a alcanzar una mejor calidad de vida para las actuales y futuras generaciones. Sin embargo, el término de educación ambiental aparece con anterioridad en documentos de la Organización de las Naciones para la Ciencia, la Educación y la Cultura (UNESCO) en 1965.⁵²

⁵⁰ Sabsay, D. y Di Paola, M. E. (2003). “La Participación Pública en la Nueva Ley General del Ambiente”. En *Anales de la Legislación ambiental. Boletín informativo*. Nro. 14. Buenos Aires: La Ley, pág. 35.

⁵¹ *Libro Blanco de la Educación Ambiental en España*, pág. 7. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/.../blanco_tcm30-77431.pdf.

⁵² Sarango Rodríguez, J. A., Sánchez Gálvez, S. y Landívar, J. (2016). “Educación ambiental. ¿Porqué la historia?”. En *Revista Universidad y Sociedad*, 8(3), pág. 185. Disponible en: <https://rus.ucf.edu.cu/>.

Tres años después de la Conferencia de Estocolmo, y debido a que la preocupación por el medio físico continuaba, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Plan de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) decidieron convocar a una reunión internacional en Belgrado. En la misma se otorgó a la educación un papel preponderante para generar cambios mediante conocimientos, actitudes y valores que permitan asumir los retos que plantean los problemas ambientales en el mundo, siendo su principal destinatario el público en general, especialmente los alumnos de la educación formal en todos sus niveles, incluyendo a los profesores. También va dirigida a todas las demás personas que conforman la educación no formal.

En la Carta de Belgrado⁵³ se establecieron directrices básicas, objetivos y metas de la educación ambiental con miras a alcanzar una mejor calidad de vida para las actuales y futuras generaciones. Además, se planteó la necesidad de reconsiderar el concepto de “desarrollo” por uno donde se involucre también el cuidado del medio que lo rodea.

Entre sus objetivos, se consideran la necesidad de promover la toma de consciencia para sensibilizarse ante los problemas cotidianos; la adquisición de conocimientos para lograr una comprensión crítica de la realidad; actitudes para impulsar valores sociales y una mayor participación activa en la protección y mejoramiento del ambiente; aptitudes para proporcionar las capacidades necesarias en la resolución de los problemas; capacidad de evaluación para proporcionar una evaluación objetiva de las acciones realizadas en función de lo social, ecológico, político y educativo; y, finalmente, capacidad de participación en función de la responsabilidad necesaria para adoptar medidas en la resolución de los problemas ambientales.

En 1977 la UNESCO y el PNUMA convocaron en la ciudad de Tbilisi (Georgia) a la Primera Conferencia Intergubernamental sobre Educación Ambiental.⁵⁴ En ella se logró un acuerdo para que los Estados asistentes incorporaran la educación ambiental a los planes políticos de todas las naciones en donde prevalezca una pedagogía de acción. Ésta se basaba en la preparación del individuo que permita comprender mejor los principales problemas del mundo contemporáneo, proporcionándole conocimientos técnicos y las cualidades necesarias para desempeñar una función productiva con miras a mejorar la vida y proteger el medio ambiente, y prestando especial atención a los valores éticos.

Diez años más tarde, en 1987, se realizó en Moscú el Congreso Internacional sobre Educación y Formación Ambiental convocado por la UNESCO y el PNUMA.⁵⁵ Allí surgió un documento de trabajo que tenía como finalidad revisar las políticas de educación ambiental sugeridas en Tbilisi. Pero además se planteó un plan estratégico a nivel internacional para accionar desde la educación y formación ambiental para la década del 90, entre cuyas acciones propuestas se encuentran el acceso a la información, investigación y experimentación; programas educativos y materiales didácticos; adiestramiento de personal, educación técnica y vocacional; educación e información al público; educación universitaria general; formación de especialistas; y cooperación internacional y regional.

Como se puede observar, en dicho congreso se especificaron las directrices para dirigir la educación hacia personas especializadas y aquellas que toman decisiones, tendientes a mejorar la legislación en materia de educación ambiental, a definir los grandes campos de acción y a incorporarla en los programas de formación de los educadores en todos los sectores y niveles.

En todo este proceso histórico no se puede dejar de mencionar la Declaración de los Rectores y Vicerrectores de muchas universidades del mundo reunidos en Talloires (Francia) en 1990,⁵⁶ quienes con profunda preocupación se

⁵³ Coloquio Internacional sobre Educación relativa al Medio Ambiente. Naciones Unidas, realizado en Belgrado, Yugoslavia, del 13 al 22 de octubre de 1975.

⁵⁴ Primera Conferencia Intergubernamental sobre Educación Ambiental celebrada en Tbilisi (Georgia) entre el 14 al 26 de octubre de 1977.

⁵⁵ Congreso Internacional sobre Educación y Formación Ambiental celebrado en Moscú (URSS) entre el 17 y el 21 de agosto de 1987.

⁵⁶ Declaración de Líderes de Universidades para un Futuro Sostenible, Talloires (Francia), del 4 al 7 de octubre de 1990.

manifestaron ante el rápido e impredecible crecimiento de la contaminación, la degradación del medio ambiente y la disminución de los recursos naturales. Consideraron que las universidades debían proporcionar el liderazgo y el apoyo para movilizar los recursos internos y externos de modo que sus instituciones respondan a este urgente desafío. Es por eso que entre sus acuerdos de acciones existen políticas para promover la conciencia y el involucramiento de dirigentes gubernamentales, empresariales, fundacionales y universitarios en apoyo a la investigación universitaria, educación, formación política e intercambio de información en un desarrollo ambientalmente sustentable.

Además, sostuvieron la necesidad particular e imperativa de incentivar a todas las universidades para comprometerse en la educación, investigación, formación política e intercambio de información sobre la población, medioambiente y desarrollo para alcanzar un futuro sustentable. Incluso, plantearon el establecimiento de programas que produzcan expertos en gestión ambiental, en crecimiento económico sustentable, en población y en temas afines sobre medioambiente y responsabilidad ciudadana.

Desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) celebrada en Río de Janeiro en 1992, conocida como Cumbre para la Tierra, se comienza a hablar de interdependencia global en cuanto a los problemas ambientales, relacionando la economía y el medioambiente, planteando por lo tanto una educación como derecho universal de pensamiento crítico, con enfoque holístico y dirigido a promover cambios democráticos y sociales. En 1997 se plantea la concepción de una educación y sensibilización para la sostenibilidad, donde la educación ambiental es concebida como un basamento para generar conciencia en alcanzar una sociedad para la sostenibilidad actual y de las futuras generaciones, y donde el respeto por la diversidad cultural y el saber tradicional sea un imperativo ético y moral.

A su vez, los diversos Congresos Iberoamericanos realizados permitieron generar interés en el desarrollo de la educación ambiental en América Latina. En ellos se estableció como prioritario el intercambio regional de experiencias educativas para el mejor aprovechamiento del ambiente natural y cultural de la región, con el fin de construir un nuevo perfil educativo ambiental con gran pertinencia para los pueblos de América.⁵⁷

En las últimas décadas, varios documentos y ordenamientos internacionales han planteado el reto de atender los problemas educativos comunes a escala global. El punto de encuentro que actualmente sirve de referencia es la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, propuesta por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y adoptada por 193 Estados miembro desde finales de 2015.⁵⁸ Dicho documento contempla 17 objetivos organizados en tres dimensiones de desarrollo: inclusión social, protección ambiental y crecimiento económico. Aunque la Agenda permite identificar retos similares y fomentar acciones de cooperación internacional, los Estados tienen soberanía plena sobre su riqueza, recursos y actividad económica, y cada uno fija sus propias metas nacionales apeguándose a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que dispone el texto aprobado por la Asamblea General.

En nuestro país, la Constitución Nacional (artículo 41), la Ley General del Ambiente 25.675 (artículos 14 y 15) y la Ley de Educación Nacional 26.206 (artículo 89)⁵⁹ contemplan a la educación ambiental como un proceso fundamental para el ejercicio pleno de la ciudadanía. La LGA, en particular, define a la educación ambiental en su artículo 8 como uno de los instrumentos de política y de gestión ambiental en Argentina. Así, las tres leyes mencionadas dan forma al marco normativo general de la educación ambiental.

En este aspecto, nuestra Constitución Nacional, además de establecer en el primer párrafo del artículo 41 el dere-

⁵⁷ 1er Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, 1992, México; 2do. Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, México, 1997; 3er Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, 2000, Venezuela; 4to. Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, 2003, Cuba; 5to. Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental, 2006, Brasil.

⁵⁸ <https://www.un.org/es/development-agenda>.

⁵⁹ Ley 26.206 Ley de Educación Nacional (B.O. 28/12/2006).

cho fundamental a un ambiente sano y el consiguiente deber de preservarlo, lo cual solo será cumplido si se cuenta con normas que desarrollen los instrumentos idóneos de gestión y protección ambiental, incluye luego en el segundo párrafo del artículo citado a la educación ambiental como una de las herramientas de protección al ambiente.

Asimismo, la LGA establece entre los objetivos que debe cumplir la política ambiental nacional el de promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal (artículo 2). Ello da cuenta de la importancia que el constituyente de 1994 le asignó a la educación en materia ambiental al incluirla como instrumento para la preservación y protección del derecho a un ambiente sano. Si bien hoy la materia ambiental está instalada en la mayoría de los planes educativos formales de todos los niveles, como así también en los ámbitos no formales, debe señalarse que el proceso educativo es complejo, ya que demanda un compromiso, esfuerzo y acción sostenidos en el tiempo.

Así, el artículo 14 de la LGA establece que la educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado que propendan a la preservación de los recursos naturales, su utilización sostenible y mejoren la calidad de vida de la población. Por su parte, el artículo 15 señala que la educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, facilite la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental.

Por su parte, el artículo 89 de la Ley de Educación Nacional establece que el Ministerio de Educación, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, dispondrá las medidas necesarias para proveer la educación ambiental en todos los niveles o modalidades del Sistema Educativo Nacional. La finalidad es promover valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado y la protección de la diversidad biológica, que propendan a la preservación de los recursos naturales y a su utilización sostenible y que mejoren la calidad de vida de la población.

Acorde a lo expresado, y con el objetivo de promover este proceso educativo y ciudadano e incorporar en cumplimiento de la legislación vigente los nuevos paradigmas de la sostenibilidad a los ámbitos de la educación, recientemente se dictó la Ley 27.621 –Ley para la Implementación de la Educación Ambiental Integral en la República Argentina–,⁶⁰ con la cual se busca sea una política pública permanente, transversal e integral en todos los establecimientos educativos en la República Argentina. Dicha ley define como “Educación Ambiental Integral” (EAI) al proceso educativo permanente con contenidos temáticos específicos y transversales, que tiene como propósito general la formación de una conciencia ambiental, a la que articulan e impulsan procesos educativos integrales orientados a la construcción de una racionalidad, en la cual distintos conocimientos, saberes, valores y prácticas confluyan y aporten a la formación ciudadana y al ejercicio del derecho a un ambiente sano, digno y diverso. En efecto, se trata de un proceso que defiende la sustentabilidad como proyecto social, el desarrollo con justicia social, la distribución de la riqueza, preservación de la naturaleza, igualdad de género, protección de la salud, democracia participativa y respecto por la diversidad cultural.⁶⁰

Más aún, la educación ambiental es transversal y subsidiaria a los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible propuestos por Naciones Unidas. Esto se da tanto de manera directa, como ocurre con los objetivos 1 (Fin de la Pobreza), 4 (Educación de Calidad), 6 (Agua Limpia y Saneamiento), 7 (Energía Asequible y No Contaminante), 11 (Ciudades y Comunidades Sostenibles), 12 (Producción y Consumo Responsables) y 13 (Acción por el Clima), como también de forma indirecta con el resto de los objetivos o metas. El dictado de la Ley 27.621 de Educación Ambiental Integral es la concreción en nuestro país para el logro de las metas propuestas en los 17 ODS y, en particular, responde de manera directa a la meta 7 del objetivo 4:

⁶⁰ Ley 27.621 - Ley para la Implementación de la Educación Ambiental Integral en la República Argentina (B.O. 03/06/2021).

De aquí a 2030, asegurar que todos los alumnos adquieran los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para promover el desarrollo sostenible, entre otras cosas mediante la educación para el desarrollo sostenible y los estilos de vida sostenibles, los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y no violencia, la ciudadanía mundial y la valoración de la diversidad cultural y la contribución de la cultura al desarrollo sostenible.

4.7. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.

III. Conclusiones

El mundo vive y sufre hoy una severa crisis ambiental. Desde los años 70 esto ha sido divulgado a través de publicaciones científicas, artículos, libros, filmes, videos, etc., pero, y a pesar de ser un hecho irrefutable que afecta a todos, lejos de hallar una respuesta la crisis se profundiza.

La solución, más allá de las lógicas decisiones económicas y políticas que deben tomar los países en su conjunto, tiene un carácter eminentemente cultural. Comprende costumbres, hábitos y saberes cotidianos, científicos y tecnológicos y, de manera paralela, precisa de un accionar de la sociedad civil todavía mínimo en este sentido. En ello juegan un papel fundamental las ciencias de la educación.

La crisis nos obliga principalmente a plantearnos la necesidad de una educación ambiental en todos los niveles y mantener su continuidad como imperativo, lo cual presupone la adopción de políticas públicas en materia de educación ambiental dada la gravedad de la situación que estamos atravesando a nivel global. Esto nos hace reflexionar acerca de la fragilidad de la vida humana en nuestro planeta y de nuestra inmensa responsabilidad como sociedad en preservar nuestro hábitat natural para las generaciones presentes y futuras.

Deserción escolar: el problema invisible que la pandemia visibilizó

Natalia López¹

Argentina hace años viene teniendo problemas con respecto a la educación, y más precisamente al aumento de la deserción escolar. La pandemia ha dejado en evidencia la gigantesca brecha que existe en la sociedad. Se hizo evidente la ausencia de condiciones materiales adecuadas y herramientas de tecnología digital en las poblaciones vulnerables.

Si bien durante estos últimos años se ha tratado de algún modo de paliar esta situación con diferentes tipos de programas para que los alumnos en situación de vulnerabilidad tuvieran la posibilidad de seguir teniendo acceso a la educación, éstos no han sido suficientes, ya que el porcentaje de chicos que han dejado la escuela ha ido en aumento. Es por este motivo que es necesaria la implementación de políticas públicas integrales que puedan abordar en forma conjunta toda la problemática que se genera en torno a la deserción escolar.

Uno de los problemas centrales de la deserción escolar en el contexto en el que nos encontramos es la falta o mala conectividad a Internet. A partir de un estudio realizado por Caritas Argentina se pudo determinar que el 84,1% de las familias relevadas tienen serias dificultades para la conectividad, lo cual limita el acceso a los niños, niñas y adolescentes a las tareas escolares virtuales y al sistema educativo. Esta cifra es determinante, porque indica que solo el 15% de la población en edad escolar recibió en forma estable clases virtuales.

Por otra parte, otro de los factores es la incompatibilidad entre la escuela y trabajo, ya que debido a la situación económica, al aumento de la pobreza en los niños en edad escolar, muchos de ellos, para ayudar a sus padres en el hogar, dejan la escuela y buscan trabajo. Debido a esta situación, muchos no pueden compatibilizar ese trabajo con la escuela. Un informe presentado por Unicef advierte que “se estarían presentando situaciones de abandono escolar, específicamente en las transiciones del primario al secundario”. Y detalla que uno de los motivos es que “las adolescentes asumen responsabilidades de cuidado de hermanos e hijos, y acompañamiento a adultos mayores”, mientras que en los varones el abandono se da por “la incorporación al mercado de trabajo”. “Estar fuera del sistema educativo es pobreza, pero ya hablamos de pobreza estructural”, afirma Sebastián Waisgrais, especialista en inclusión social de Unicef.

¹ Estudiante de Abogacía de UFLO Universidad.

Otro de los factores es que hay un mayor porcentaje de jóvenes de hogares que poseen mayor poder adquisitivo que finalizan sus estudios secundarios, ya que tienen más acceso tanto a la tecnología como a la herramientas educativas que les posibilitan terminar el ciclo, en comparación con aquellos jóvenes que poseen menores ingresos y que tienen dificultades en cuanto al acceso a la tecnología, Internet y a todo tipo de herramienta educativa que les posibilite la finalización.

Y como último factor podemos considerar el aumento de la matrícula de las escuelas privadas respecto de las escuelas públicas. Esto fue considerado así, ya que se supone que en las instituciones privadas los docentes tienen menos posibilidades de realizar paros en comparación con las escuelas públicas. Igualmente esta tendencia en el año 2019, pre pandemia, se empezó a revertir, ya que según un informe elaborado con datos del Relevamiento Anual (RA), que censa todos los establecimientos educativos desde 1996, muestra que la cantidad de estudiantes que asisten a escuelas del sector de gestión estatal se incrementó 2%, mientras que la matrícula de las instituciones de gestión privada cayó un 1,2%. Este relevamiento fue incorporado por el Ministerio de Educación en el Anuario Estadístico Educativo 2019.

Por todos estos motivos, es imperioso que se implementen políticas públicas que prioricen a los sectores más vulnerables y que puedan dar respuesta a estos problemas.

El mapa del delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la prevención comunitaria: análisis de la legislación con un enfoque SIG

Pedro Rozenwurcel¹

RESUMEN

Los sistemas de información geográfica (SIG) permiten analizar datos e información sobre la dimensión espacio-temporal del delito, y sus resultados pueden ser representados a través del mapa del delito: su publicación puede constituir una herramienta de participación ciudadana para la prevención del delito. En el presente artículo se abordan cuestiones teóricas y prácticas para que esta herramienta sea efectiva en términos de prevención comunitaria del delito y se analiza si el caso del mapa del delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires publicado funciona como un mapa participativo.

Palabras claves: Sistemas de información geográfica; mapa participativo; delito; prevención

ABSTRACT

Geographic information systems (GIS) allow the analysis of data and information on the spatial-temporal dimension of crime and its results can be represented through the crime map: its publication can constitute a tool for citizen participation for crime prevention. This article addresses theoretical and practical issues for this tool to be effective in terms of community crime prevention and analyzes whether the case of the crime map of the Autonomous City of Buenos Aires published works as a participatory map.

Keywords: Geographic information systems; participatory mapping; crime; prevention

¹ Abogado (UBA). Magister en Seguridad Pública (Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina). Especialista en Análisis de Inteligencia Estratégica (Universidad de la Defensa) y Sistemas de Información Geográfica (Universidad de Salzburgo, Austria). Doctorando en Criminología (Universidad de Granada, España).

Abreviaturas

CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

GCABA: Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

FOSEP: Foros de Seguridad Pública.

INDEC: Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina.

MJyS: Ministerio de Justicia y Seguridad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

SIG: Sistemas de Información Geográfica.

SIPREC: Sistema de Información para la Prevención del Delito y la Violencia.

I. Introducción

Los primeros antecedentes de los estudios sobre distribución espacial de los delitos se remontan a principios del siglo XIX, y dan origen a lo que se conocen como Escuela Cartográfica, que nace en Francia para luego expandirse a Inglaterra (Igarzábal de Nistal, 2011, p. 13). En el ámbito policial, el mapeo de diferentes aspectos de delincuencia tiene una historia larga que puede ser trazada hasta el comienzo del siglo XX (Lederer et al., 2018, p. 8). Por ejemplo, desde antes de 1900 el Departamento de Policía de la ciudad de Nueva York trabajaba sobre mapas indicando con alfileres los delitos (“*pin-maps*”) que se producían en su jurisdicción (Igarzábal de Nistal, 2011, p. 12). Es importante destacar que en los trabajos de Shaw y Mc Kay (1943), referido a la distribución del delito dentro de la ciudad de Chicago, de Bernard Lander (1954), en relación a la ciudad de Baltimore, y de Schmid (1960), respecto a la ciudad de Seattle, se diferencian dos enfoques que organizan los estudios sobre la delincuencia: uno enfocado hacia el delincuente, a partir del domicilio (*residence data*) y otro dirigido hacia el lugar del hecho (*occurrence data*) (Igarzábal de Nistal, 2011, p. 12).

Pero volviendo a los “*pin-maps*” debe decirse que éstos eran estáticos, difíciles de manipular y actualizar (Igarzábal de Nistal, 2011, p. 12). Esta situación cambia con la aparición de los sistemas de información geográfica (SIG). Las vinculaciones del mapa del delito con los SIG se remontan a mediados de la década del 60, época en que estos sistemas presentaban restricciones para el manejo de grandes bases de datos y dificultades para operar un gran número de variables (Igarzábal de Nistal, 2011, p. 14). Los primeros mapas del crimen se hicieron aplicando el software SYMAP (Synteny Mapping and Analysis Programe) desarrollado por la Universidad de Harvard (Igarzábal de Nistal, 2011). La aplicación de los SIG por parte de la policía recién aparece entre fines de la década del 80 y principios de la del 90, cuando estos sistemas bajan de precio y comienza a simplificarse su uso (Igarzábal de Nistal, 2011, p. 14). En años recientes, se comenzó a realizar con más frecuencia el mapeo computarizado de delincuencia con SIG porque, como sostienen Stoe et al. (2003, p. 1), estos mapas ayudan a las agencias a comprender dónde, cuándo y por quién se cometen los delitos.

II. El espacio en la criminología

Como sostiene Igarzábal de Nistal (2011), la mirada hacia el delito con un enfoque espacial no es una novedad: ya desde principios del siglo XIX, primero en Francia y luego en Inglaterra, con la Escuela de Cartografía Criminológica (o Escuela Cartográfica de Criminología), la espacialización de la delincuencia se volcaba a mapas. También Sutherland

& Cressey (1970) aluden a la misma escuela en la búsqueda de los orígenes de la geografía del crimen.

Con posterioridad, las Teorías Ecológicas aportan a la criminología la investigación de influencia del ambiente en el que las personas habitan sobre el fenómeno de la delincuencia (Cid & Larrauri, 2001). A la Escuela de Chicago se le atribuye el desarrollo de las Teorías Ecológicas que, según Garrido et al. (2006), nacieron en 1892 con la creación de su Departamento de Sociología. Las Teorías Ecológicas han dado lugar a la denominación de criminología ambiental.

La criminología ambiental es considerada una especialidad de la criminología que tiene como objetivo generar conocimientos y soluciones en los campos del análisis, intervención y prevención de la delincuencia. Ésta estudia “en qué medida el contexto, el escenario de conducta, puede explicar la transgresión de la norma y el comportamiento antisocial” (San Juan Gillén, 2013, p. 34) dado que los delitos ocurren en un espacio: ello permite la identificación de variables espacio-temporales que, junto con las características físicas y sociales que aporta el escenario de un crimen, constituyen el campo de estudio de esta rama de la criminología. En otras palabras, la criminología ambiental busca determinar en qué medida el contexto, el escenario de conducta, puede explicar la transgresión de la norma y el comportamiento antisocial.

La ocurrencia de crímenes tienen un denominador común: todos suceden en un espacio; el escenario de conducta es una variable que no se puede obviar (San Juan Gillén, 2013, p. 34). Wortley y Mazerolle (2008, p. 1-18) resumen las premisas de la criminología ambiental en tres puntos: 1) la influencia del ambiente en la conducta delictiva, 2) la no aleatoriedad de la distribución espacio-temporal del delito y 3) la utilidad de los elementos anteriores en el control y prevención del delito.

En términos generales, lo importante de destacar es que existe una relación entre el ámbito espacial (entorno físico) y la comisión de delitos, planteando que el espacio constituye una de las más importantes variables (y a veces la más importante) para la aparición del delito (Belán, 2019, p. 27). Y el ambiente, en tanto su disposición, distribución y marco social, plantearía así oportunidades y alicientes para la conducta criminal (Rengert, 2014).

III. Los sistemas de información geográfica

Es en el contexto de la criminología ambiental donde adquiere relevancia el uso de los SIG, ya que permite integrar en una misma base de datos el componente espacial (la ubicación en un sistema de coordenadas geográficas) de un objeto con su componente temático, que consiste en información alfanumérica que la integran (en rigor, se trataría de los “atributos” de la entidad representada en un mapa mediante un SIG).

Los SIG son, en esencia, sistemas de información. A lo largo del tiempo, en la bibliografía, se propusieron distintas definiciones de SIG.

Chrisman (2003) analiza los SIG según las funciones que permiten, y para este autor son las acciones organizadas con las que las personas miden aspectos de fenómenos y procesos geográficos, los representan para enfatizar temas espaciales, entidades y relaciones, operan bajo estas representaciones, descubren nuevas relaciones mediante la integración de diferentes fuentes y transforman estas representaciones.

Por su parte, Strobl et al. (2013, p. 8) sostienen que “cuando hablamos de software SIG nos referimos al sistema informático que permite editar, integrar, almacenar, analizar, compartir y visualizar información georreferenciada”.

Para Olaya (2014, p.7-8), un SIG comprende un conjunto de software y hardware y “es fundamentalmente una herramienta para trabajar con información georreferenciada” a través de un mapa que no es ni más ni menos que “una representación de un conjunto de datos espaciales” (Olaya, 2014, p. 7).

En términos generales, puede reconocerse un SIG como un sistema que incluye hardware, datos, software y las personas necesarias para resolver un problema.

Los delitos pueden ser visualizados en un mapa mediante puntos y, también, a través de mapas de coropletas y mapas de calor. Veamos en qué consisten estos mapas con el ejemplo de los robos ocurridos durante el año 2019 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), en Argentina. En el mapa de puntos que sigue a continuación se localizaron 61.368 robos² que ocurrieron durante el año 2019:

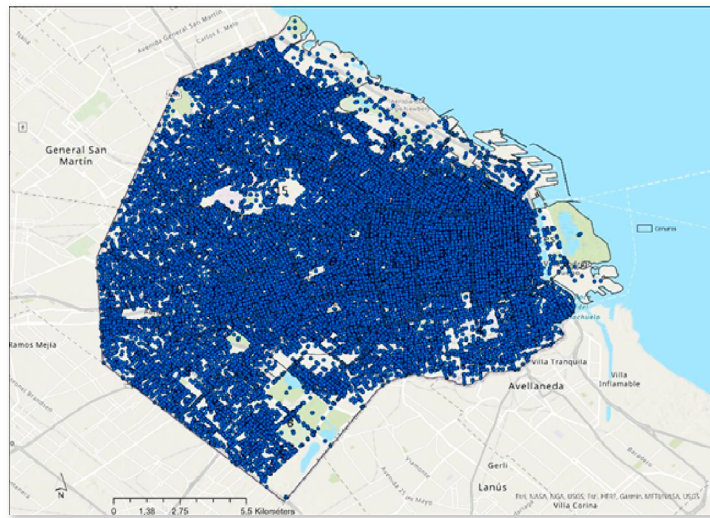


Figura N° 1: Mapa de puntos de robo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el año 2019

En la Figura N° 1, cada delito es representado por un punto, pero como son demasiados (en total son 61.368) se puede apreciar cómo varios de ellos se superponen unos encima de otros, en particular en áreas donde la concentración de puntos es grande (o más densa, para ser más precisos). Y aquí es donde resulta útil un mapa de calor (Figura N° 2) para visualizar mejor la concentración de puntos (delitos).

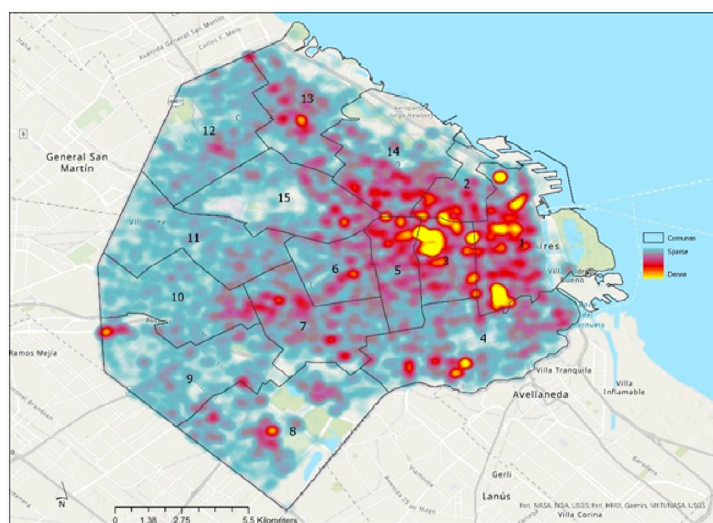


Figura N° 2: Mapa de calor de robo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el año 2019

En la Figura N° 2 se pueden apreciar cómo las áreas de color amarillo son aquellas donde la densidad es más alta (densa), es decir, donde se concentran más delitos y, por el contrario, las áreas de color celeste verdoso son aquellas donde la densidad es más baja (dispersa), lo cual indica que se concentran menos delitos. En la leyenda del lado derecho del mapa de calor se puede observar la escala de densidad-dispersión.

Y si se quiere visualizar la cantidad (o el porcentaje según el caso) de los robos que ocurrieron en cada comuna (son quince en total, representadas por polígonos) de la CABA se puede utilizar el mapa de coropletas (o coroplético) como podemos observar en la Figura N° 3:

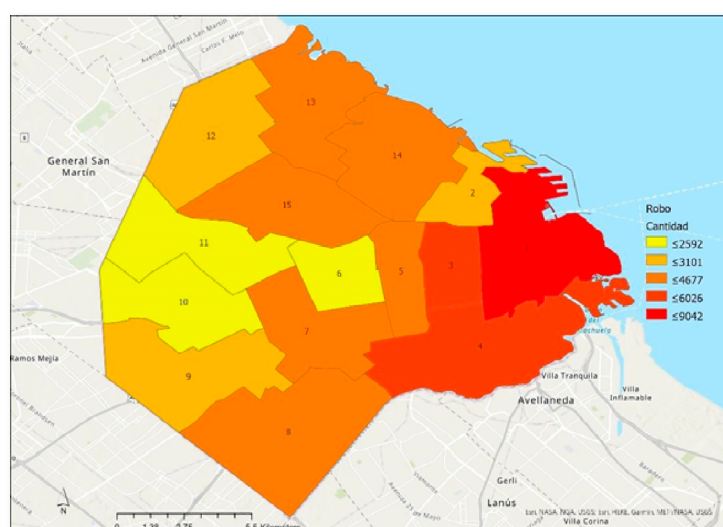


Figura N° 3: Mapa de coropletas de robo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el año 2019

En la Figura N° 3 se observa claramente cómo el color e intensidad de cada coropleta (que representa una comuna) indica el "grado" de la escala de cantidad de robos a la que pertenece (en este ejemplo cada coropleta representa cantidad, no porcentaje). Por ejemplo, la cantidad de robos de la Comuna N° 1 es mayor o igual a 9042.³

Con estos distintos mapas se ha intentado demostrar cómo se puede representar distinta información generada a partir de los mismos datos (que, en el ejemplo, son ni más ni menos que los delitos de robo ocurridos).

IV. El concepto de mapa del delito

Es preciso definir los alcances del concepto de mapa del delito para comprender qué debe mostrar (haciendo referencia a su contenido y fuentes) y cómo debe representar lo que pretende mostrar para la comunidad (considerada como un usuario), aludiendo a distintos recursos para representar datos e información georreferenciados con su correspondiente análisis espacial.

González Vázquez y Urpina Soto (2013) distinguen entre mapa del delito y mapa delincencial. El mapa del delito

³ La cantidad exacta de robos es 9042 conforme la Tabla de Calor N° 1.

“es el proceso de utilizar un sistema de información geográfica únicamente con la finalidad de ubicar los delitos de una zona acotada en el tiempo y el espacio. Son mapas posicionales de los delitos conocidos y denunciados por los ciudadanos” (González Vázquez y Urpina Soto, 2013). Según esta definición, un mapa del delito consiste en un mapa *con* delito, ya que únicamente mostrará delitos ocurridos y registrados por las autoridades. En su forma más básica cada delito suele estar representado por un punto sobre el mapa (modelo vectorial).

Por otra parte, estos mismos autores (2013, p. 426) definen al mapa delincencial como “el proceso de utilizar un sistema de información geográfica para llevar a cabo el análisis espacial de los problemas de la delincuencia y otras cuestiones relacionadas con la seguridad. El mapa delincencial es una herramienta fundamental en la descripción de los comportamientos criminales y patrones de delincuencia, además del fin preventivo que promueve”.

Así el mapa delincencial, además de delitos ocurridos y registrados por las autoridades, representa otros datos e información que son el resultado de la actividad de análisis del delito (por ejemplo, comportamientos criminales y patrones de delincuencia) y también del análisis espacial que puede integrar otras variables (además de la ocurrencia de delitos) como ser ruidos molestos, disturbios en la vía pública, alarmas o actividades sospechosas (Boba Santos, 2005), además de escuelas, hospitales, comisarías edificios y espacios públicos en general.

El término anglosajón *crime mapping* se inscribe dentro del concepto de mapa delincencial: el *crime mapping*, traducido al español como mapeo del crimen, es el proceso de utilizar un sistema de información geográfica (SIG) para realizar un análisis espacial de los problemas del delito y otros asuntos relacionados con la policía, según Boba Santos (2015, p. 2-3).

Puede observarse, entonces, claramente que el mapa delincencial contiene y representa más datos e información que el mapa del delito.

Y, en este orden de ideas, puede categorizarse al mapa delincencial como un mapa del delito en sentido amplio y al mapa *con* delito como un mapa del delito en sentido estricto, en un orden que se muestra en la figura que sigue a continuación:



Figura Nº 4: El mapa con delito –o mapa del delito en sentido estricto– se inscribe dentro del mapa delincencial –o mapa del delito en sentido amplio–.

Quiere decir que todos los datos e información contenidos en el mapa con delito también están contenidos en el mapa delincencial, pero no a la inversa.

Un mapa con delito solo muestra delitos que ocurrieron y generalmente van a estar representados por puntos. Un mapa delincencial muestra otra información generada a partir de los datos de delitos ocurridos, producto de un trabajo de análisis que puede incluir otras variables y según el requerimiento que efectúe su usuario. Este mapa utilizará seguramente más que simples puntos como en los ejemplos de los mapas de calor y coropléticos (Figuras N° 2 y 3).

Desde el ámbito de la criminología se relaciona el espacio con la ocurrencia de delitos y se observan distintas variables que intentan explicar las causas de la conducta criminal para, en última instancia, proponer modelos de prevención del delito. En este sentido, Cohen et al. (2007) describen distintas variables que consisten en fenómenos sociales, económicos o ambientales (Cohen et al., 2007) y que se pueden incluir dentro del concepto de mapa del delito en su sentido amplio, o mapa delincencial, definido más arriba como lo sostiene Boba Santos (2005) en su obra (si bien esta autora desarrolla el concepto de *crime mapping* que equivale, en definitiva, al mapa delincencial).

Ahora bien, tanto en el ámbito académico como en policial suele utilizarse el término mapa del delito en forma indistinta. Por ello, a los efectos del presente trabajo, al hacer mención del mapa del delito nos estaremos refiriendo al mapa del delito en su sentido amplio o mapa delincencial, mientras que cuando se haga referencia al mapa del delito en sentido estricto se utilizará el término mapa con delito.

V. La prevención del delito

V. 1. El concepto prevención del delito

La política criminal tiene dos finalidades: la represión del delito y la prevención del delito (Sozzo, 2000). “Reprimir el delito es la intervención *ex post*, después que el delito se ha sido producido, para castigar al sujeto que lo ha realizado” (Sozzo, 2000, p. 103). Mientras que prevenir el delito “es la intervención *ex ante*, antes que el delito se produzca, para evitar que éste suceda” (Sozzo, 2000, p. 104).

Según Sozzo (2000, p. 104), el recurso penal está asociado más a la finalidad de represión del delito que a la prevención del delito si bien ésta, como *telos* de la política criminal, se encuentra en los discursos de justificación del recurso penal (en sus diversas versiones: prevención especial positiva y negativa, prevención general positiva y negativa).

En cambio, los recursos extrapenales “nacieron y se desarrollaron históricamente asociados a la finalidad de prevención del delito” (Sozzo, 2000, p. 105).

En el caso de las agencias policiales, cabe decir que éstas tienen alguno o ambos objetivos de prevenir o reprimir los delitos, entendiendo por reprimir el investigar aquellos que no se pudieron evitar, reunir las pruebas y llevar a los delincuentes ante los tribunales (Pezzuchi, 2012, p. 24).

Hecha esta distinción entre represión del delito y prevención del delito, y entre recurso penal y recursos extrapenales, a continuación se plantea la definición de Van Dijk (1990, p. 205) sobre prevención del delito que consiste en “todas las políticas, medidas y técnicas, fuera de los límites de sistema de justicia penal, dirigidas a la reducción de las diversas clases de daños producidos por actos definidos como delitos por el Estado”.

V. 2. Clasificaciones de prevención del delito

Burzaco et al. (2004) afirman que en términos académicos solían distinguirse tres clases de prevención: la prevención primaria, la secundaria y la terciaria.

La prevención primaria “comprende todas aquellas iniciativas orientadas a la totalidad de la comunidad con el fin de evitar la comisión de conductas violentas” (Burzaco et al., 2004, p. 140). Generalmente la prevención primaria se materializa a través de campañas de comunicación y difusión destinadas, entre otras cosas, a desalentar el ingreso en el mundo del delito y a motivar a la población para que permanezca alerta ante los posibles delitos que puedan cometerse en su contra.

La prevención secundaria, a diferencia de la anterior que tiene un carácter más general, “se focaliza puntualmente en las comunidades, familias e individuos en situación de riesgo, buscando evitar que cometan algún delito” (Burzaco et al., 2004, p. 140). Comprende programas orientados a poblaciones en situación de riesgo.

En tanto, la prevención terciaria se encuentra orientada a los grupos de personas que ya han delinuido para evitar que en el futuro vuelvan a hacerlo, por medio de la interacción con el grupo familiar y la reinserción social.

Con posterioridad, y fruto de investigaciones académicas con un enfoque integral en torno al delito y a la violencia, evoluciona la comprensión del problema criminal y de las intervenciones requeridas, replanteándose la concepción de la prevención del delito de modo de contemplar acciones, recursos y actores distintos de los tradicionales del sistema penal. En esta instancia, se distingue entre prevención situacional y ambiental, prevención social y prevención comunitaria.

La prevención situacional y ambiental se enfoca en la modificación del entorno físico donde se comete el delito, de modo de dificultar la comisión de delitos por medio de la reducción de oportunidades. Hough et al. (1980, p.1) definen a la prevención situacional y ambiental como: “a) medidas dirigidas a formas altamente específicas de delito; b) que involucran el management, diseño o manipulación del ambiente inmediato en que estos delitos suceden; c) en un modo tan sistemático y permanente como sea posible; d) de forma tal de reducir las oportunidades de estos delitos; e) tal como son percibidos por un amplio conjunto de potenciales ofensores”.

Esta reducción de oportunidades puede declinarse en tres direcciones: aumentar los esfuerzos involucrados en la realización de los delitos; el aumento del riesgo de ser descubierto en momento de cometer un delito; y la reducción de los beneficios y recompensas por cometerlo (Burzaco et al., 2004, p. 150; Clarke, 1992).

La prevención social (también conocida como prevención a través del desarrollo social) se concentra en aquellos factores sociales, económicos y culturales que predisponen a las personas a transformarse en potenciales delincuentes (Burzaco et al., 2004, p. 141). Las estrategias preventivas que cuadran dentro de esta categoría buscan fortalecer factores de protección que actúan como barreras frente a los factores de riesgo que pueden ser familiares, educativos, laborales y vinculados al desarrollo de la personalidad y la conducta (Burzaco et al., 2004, p. 141).

Sozzo (2000, p. 113) sostiene que la prevención social del delito “tiene residuos positivistas que solía señalar a la “reforma social” como un instrumento de la prevención *ante-delictum*, ya que la criminalidad se reconocía como efecto de las desigualdades sociales, por lo que reducir o eliminar esas contradicciones sociales implicaba reducir o eliminar la criminalidad (salarios más altos, menos desocupación, más educación...igual: menos criminalidad y más seguridad)”.

Las técnicas de intervención que se desarrollan en esta categoría están más bien dirigidas a los potenciales ofensores que a las potenciales víctimas, en función del razonamiento teórico básico sobre el que se asientan (Sozzo, 2000, p. 115). Y, en este sentido, aquí pueden incluirse las intervenciones basadas en las clases de prevención primaria, secundaria y terciaria mencionadas *ut-supra*.

Por último, la prevención comunitaria del delito está orientada a la comunidad (o vecindario) que es objeto de intervenciones y actor al mismo tiempo. No está orientada a potenciales víctimas o potenciales ofensores (Sozzo, 2000, pp. 121-122). En esta dirección, la participación social de aquellos que comparten un espacio o unos valores es el canal básico de la intervención, que busca reconstruir el control social del territorio por parte de quien lo habita (Pavarini, 1994).

Según Sozzo (2000, p. 121), esta forma de prevención del delito se encuentra entre la prevención situacional-ambiental y la social. Pavarini (1994) se refiere a ella como “prevención a través de la participación situacional”.

VI. Hacia un mapa comunitario

El mapa del delito es una herramienta útil para las agencias policiales que realizan análisis criminal comprensivo de, según Pezzuchi (2012, p. 24), cuatro tipos de estudios: el análisis del delito, el análisis de inteligencia criminal el análisis investigativo criminal y análisis de operaciones; todos ellos tiene como objetivo último la prevención y la represión del delito. Y también es útil para la participación comunitaria.

La comunidad puede participar activamente en la construcción del mapa aportando datos e información: “El mapeo comunitario provee un marco de trabajo inclusivo y gráfico para que la gente afirme y junte sus experiencias y conocimiento sobre sus hogares” (Resl et al., 2018, p. 5). Además, la aplicación de los SIG en el desarrollo de un mapa del delito para un uso comunitario permite crear “una interfaz basada en un mapa para que los usuarios puedan interactuar con la información, tal como variando distancias buffer alrededor de polilíneas” (Resl et al., 2018, p. 8). Esto quiere decir que los usuarios podrían hacer distintas consultas de tipo espacial (como buffers o zonas de influencia alrededor de, por ejemplo, escuelas) y también de contenido (por ejemplo, consultas sobre determinados atributos –características– de los delitos como puede ser la hora del día durante la que ocurren éstos o el sexo de las víctimas).

Todo ello se inscribe dentro del concepto de mapeo participativo que es considerado una metodología participativa de carácter visual que, según Chambers (2006, p- 2-6), se ha difundido con velocidad entre distintas comunidades por su versatilidad y relativa facilidad para una amplia gama de diferentes propósitos: cuestiones sociales, de salud, de movilidad, de educación, agua y saneamiento, prevención del delito, corrección y ajustes de censos, y monitoreo y evaluación en general por parte de la comunidad respecto a las autoridades locales.

En el trabajo realizado por Liebermann y Coulson (2004), se concluyó que el mapeo participativo empodera a las comunidades para que actúen junto con la policía en la prevención y reducción de los delitos. Y, por otra parte, la policía obtiene inteligencia (entiéndase información) a partir de una comprensión del entorno delictivo desde la perspectiva de las personas que viven allí y también mejora su relación con los miembros de la comunidad.

Así, el mapa del delito es también útil para el diseño e implementación de intervenciones de prevención del delito mencionadas más arriba que no se encuentran vinculadas estrechamente con el accionar policial, si bien deben estar coordinadas con ellas. En este orden de ideas, y a través del análisis del caso del mapa del delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se pretende destacar la importancia de la participación ciudadana en la elaboración del mapa del delito considerando, por una parte, la existencia del subregistro de delitos (es decir, los delitos que no son denunciados antes las autoridades, conocidos también como cifra negra del delito) que es alta en la CABA y la posibilidad de que los vecinos aporten datos e información relevantes y útiles (suele decirse que nadie conoce mejor el barrio que el propio vecino que vive en él). En consecuencia, la prevención comunitaria del delito también podría instrumentarse a través de lo que se conoce como mapas participativos, constituyéndose la comunidad, por un lado, en una fuente que suministra datos e información al mapa delito y, por el otro, en un activo usuario del mismo.

El mapa con delito con los alcances que se definirán más adelante resulta una herramienta útil para canalizar el accionar de los vecinos a través de la prevención comunitaria del delito.

VII. El caso del mapa del delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

VII. 1. El análisis del mapa del delito en la legislación local

Antes de analizar el mapa del delito publicado por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es preciso revisar la normativa local que lo define y que determina sus fuentes y finalidades. El artículo 54 de la Ley N° 5688 de la CABA

establece que el mapa del delito “constituye una herramienta de gestión dirigida a la recopilación, procesamiento y análisis de la información concerniente a las actividades delictivas que se desarrollan en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

En la estructura organizativa del Ministerio de Justicia y Seguridad (GCABA), modificada por el Decreto Nº 66 de fecha 5 de febrero de 2019 (a su vez modificado por el Decreto Nº 116 de fecha 21 de marzo de 2019) se encuentran dos conceptos que complementan el de mapa del delito regulado por la Ley Nº 5688. El primero de ellos lo encontramos en la descripción de las responsabilidades primarias de la Subsecretaría de Investigaciones y Estadística Criminal, donde se establece que el área deberá “instrumentar a través de sus dependencias, un mapa del delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para reflejar la conflictividad metropolitana en materia de seguridad, que sirva para la toma de decisiones y adopción de medidas concretas”. Y el segundo concepto se desprende de las responsabilidades primarias asignadas a la Dirección General de Información y Estadística Criminal, que tiene, entre otras, la de “desarrollar informes y estadísticas sobre la criminalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, elaborando el mapa del delito y el mapa de riesgo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, además de “administrar el componente Sistema de Información para la Prevención Comunitaria del Delito y la Violencia (SIPREC), de acuerdo a lo establecido por la Ley N 5688”. Del análisis del Decreto Nº 66 del año 2019 del Gobierno de la CABA, se entiende que el mapa del delito debe reflejar la conflictividad metropolitana en materia de seguridad y que, además, debe elaborarse un mapa de riesgo.

La finalidad del mapa del delito consiste en “1) avanzar en la elaboración de un diagnóstico certero de las causas y procesos que confluyen en los hechos delictivos registrados en las distintas comunas; 2) contribuir a la elaboración de estrategias de prevención y conjuración del delito; 3) promover un direccionamiento estratégico de los recursos humanos y logísticos de los servicios de seguridad; 4) favorecer una respuesta oportuna a los requerimientos de la población en materia de seguridad” (artículo 55 de la Ley Nº 5688).

Y debe considerarse “que el Ministerio de Justicia y Seguridad comunica anualmente a la Legislatura y publica el mapa del delito” (artículo 59 de la Ley Nº 5688), debiendo ser incorporado en la presentación del presupuesto anual y programa general de gobierno a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que en la práctica implica que el mapa del delito se actualiza una vez por año.

Ahora bien, el artículo 56 del mismo cuerpo legal establece que son “fuentes del mapa del delito”:

1. Los componentes del Sistema Integral de Seguridad Pública mencionados en el artículo 8⁴ de la presente Ley.
2. Los Ministerios Públicos y Poderes Judiciales de la Nación y provinciales.
3. El Observatorio Metropolitano de Seguridad Pública del Instituto Superior de Seguridad Pública de la Ciudad.
4. La Agencia Gubernamental de Control.
5. La Policía Federal Argentina, la Prefectura Naval, la Gendarmería y la Policía de Seguridad Aeroportuaria.
6. El Registro Nacional de Reincidencia y el Servicio Penitenciario Nacional.
7. El Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
8. El SAME
9. Los espacios de participación ciudadana que aborden la temática de seguridad.
10. Las Universidades Nacionales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁴ Según el artículo 8 de la Ley Nº 5688, los Foros de Seguridad Pública son un componente del Sistema Integral de Seguridad Pública.

En otro orden de ideas, partiendo del análisis del artículo 47 de la Ley N° 5688 debe agregarse que “el Mapa del Delito, el Sistema de Información para la Prevención del Delito y la Violencia (SIPREC) y la Encuesta de Victimización integran el sistema de gestión de información de seguridad pública”. Este Sistema de Gestión de Información de Seguridad Pública tiene como objetivos:

1. Elaborar el Mapa del Delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforme las disposiciones contenidas en la presente Ley.
2. Proveer información integral, relevante, mensurable, confiable y oportuna sobre la seguridad pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
3. Realizar estudios e investigaciones para la formulación de las políticas de seguridad.
4. Identificar las problemáticas en materia de seguridad y realizar propuestas para la formulación de políticas sobre la base de la información producida.
5. Promover y coordinar el intercambio de información con las organizaciones públicas y privadas vinculadas a la seguridad. (artículo 48 de la Ley N° 5688).

La Encuesta de Victimización, que integra el Sistema de Gestión de Información de Seguridad Pública, debe ser realizada anualmente por el MJyS en el ámbito de la Ciudad Autónoma (artículo 63), debiendo tomar en cuenta las recomendaciones establecidas por la Organización de Naciones Unidas, a través de su órgano especial UNICRI (Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigación sobre Delincuencia y Justicia), conforme lo dispuesto su artículo 65.

Y también la Ley N° 5688, en su artículo 60, incorpora el Sistema de Información para la Prevención del Delito y la Violencia (SIPREC) dentro del Sistema de Gestión de Información de Seguridad Pública. El SIPREC desarrolla técnicas y metodologías que, mediante la participación ciudadana, posibilitan elaborar muestreos en poblaciones que proporcionan información cuantitativa aproximada de hechos delictivos, situaciones de violencia y conflicto ocurridos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y sus características.

Cabe destacar que, por todo lo expuesto, no existiría obstáculo alguno para no incluir datos e información provenientes de la Encuesta Anual de Victimización y del SIPREC (ambos previstos por la Ley N° 5688) en el mapa del delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

VII .2. La participación ciudadana y el mapa del delito: los Foros de Seguridad Pública (FOSEP)

En la legislación local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se establece que los espacios de participación ciudadana son también una fuente de datos e información del mapa del delito.

Así, los Foros de Seguridad Pública (FOSEP) también son fuente del mapa del delito, de acuerdo a lo establecido en el artículo 56, inciso 1, de la Ley N° 5688, que se complementa con el artículo 8, inc. 16, del mismo texto legal (que enumera a los componentes Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, entre ellos, a los FOSEP). Y también por la enunciación del mismo artículo 56 en su inciso 9: “los espacios de participación ciudadana que aborden la temática de seguridad”.

La Ley N° 5688 prevé el Sistema de Participación Ciudadana en la Gestión de Seguridad Pública en donde “los Foros de Seguridad Pública se constituyen como ámbitos de participación y colaboración entre la sociedad civil y las autoridades, para la canalización de demandas y la formulación de propuestas en materia de seguridad pública” (artículo 20). Como se mencionó más arriba, los FOSEP son un componente del Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según inciso 16 del artículo 8 de la Ley N° 5688 porque, conforme el

artículo 17 de la misma ley, se establece que “es un derecho de los ciudadanos y un deber del Estado de la Ciudad promover la efectiva participación ciudadana en asuntos de seguridad pública”, siendo que “la participación ciudadana se efectiviza a través de la actuación de los Foros de Seguridad Pública” (artículo 19). Y, como se analizará más adelante, el mapa del delito se puede constituir en una poderosa herramienta para canalizar la participación ciudadana en los FOSEP.

En este sentido, entonces, tanto los Foros de Seguridad Pública también pueden suministrar datos e información para ser integrados al mapa del delito, teniendo en cuenta que no todos los delitos ocurridos son denunciados (cifra negra) por distintas razones. Y siempre debe recordarse que todo dato e información que tiene un aspecto espacial, es decir, que ocupa un lugar en el espacio, puede ser georreferenciado⁵ y, en consecuencia, localizado en un mapa.

VII. 3. El mapa del delito publicado

En la dirección <https://mapa.seguridadciudad.gob.ar/> se encuentra publicado el mapa del delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,⁶ donde se muestran “hechos registrados como delictivos de mayor disvalor para la vida de las personas (Homicidios Dolosos, Homicidios y Lesiones por Siniestros Viales), y los de mayor ocurrencia a través del conjunto de los robos y hurtos, sin considerar los que fueron calificados preliminarmente como tentativas o frustrados por la fuente policial”.⁷ El Informe de Estadística Criminal Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los años 2018 y 2019,⁸ complementario del mapa del delito publicado, explica que “se han considerado en esta publicación aquellos delitos de mayor ocurrencia que no han podido ser considerados en detalle por los informes de conflictividad del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.⁹

En la dirección web arriba señalada se pueden descargar los datos que el mismo mapa permite visualizar en línea, para utilizarlos libremente.¹⁰

Este mapa del delito publicado es desarrollado con la ayuda de un SIG que permite representar a las distintas entidades, ya sea que se trate de delitos¹¹ o de datos contextuales,¹² mediante puntos en el mapa.

⁵ La georreferenciación consiste en el posicionamiento espacial de una entidad en una localización geográfica única y definida en un sistema de coordenadas.

⁶ El mapa es publicado por el Ministerio de Justicia y Seguridad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁷ Informe de Estadística Criminal Ciudad Autónoma de Buenos Aires, años 2018 y 2019, pág. 8.

⁸ El Informe se descarga del mismo sitio donde se publica el mapa del delito: <https://mapa.seguridadciudad.gob.ar/>.

⁹ Informe de Estadística Criminal Ciudad Autónoma de Buenos Aires, años 2018 y 2019, pág. 6.

¹⁰ Así lo establece el tutorial del mapa del delito de publicado en <https://mapa.seguridadciudad.gob.ar/>.

¹¹ Si bien el Informe de Estadística Criminal Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los años 2018 y 2019, utiliza los términos “hechos registrados como delictivos” o simplemente “hechos delictivos”, como por ejemplo pueden ser el robo y el hurto, aquí se utilizará la palabra “delitos” para referirse a la misma entidad.

¹² Son datos contextuales aquellos relacionados con salud, educación, bancos, comisarías y cuarteles de bomberos también publicados en el sitio <https://mapa.seguridadciudad.gob.ar/>.

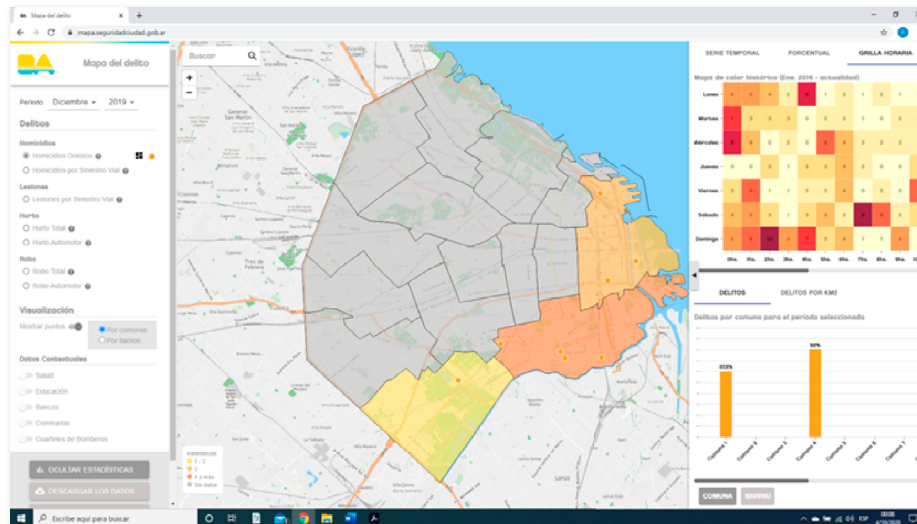


Figura N° 5: Captura de pantalla del sitio <https://mapa.seguridadciudad.gob.ar/>, donde se publica el mapa del delito de la CABA.

Como se mencionó más arriba, el mapa del delito permite visualizar en línea a los homicidios dolosos, homicidios por siniestro vial, lesiones por siniestro vial, hurto total, hurto automotor, robo total y robo automotor ocurridos con las siguientes características:

- Con coropletas¹³ que representan comunas o barrios;
- Permite seleccionar la visualización también con puntos (donde cada punto representa un delito);
- Se pueden incluir datos contextuales relacionados con salud, educación, bancos, comisarías y cuarteles de bomberos;
- Además, se pueden ver gráficos en relación a la “serie temporal”, “porcentual”, “grilla horaria”, delitos por comuna y barrio, y delitos por kilómetro cuadrado;
- Se puede seleccionar un solo mes y año por cada delito.

Esta última característica (selección de un solo mes y año) implica que no se puedan visualizar en línea todos los delitos de un solo tipo que ocurrieron en un solo año (es decir, en sus doce meses). Por ejemplo, si se pretenden visualizar todos los delitos de homicidio doloso que ocurrieron durante el año 2019 no es posible realizarlo, ya que no se pueden seleccionar los doce meses en conjunto: solo se pueden visualizar los homicidios dolosos de un solo mes en un mismo año.

De esta manera, entonces, este mapa del delito presenta algunas limitaciones que se enumeran a continuación

1. No permite visualizar todos los tipos de delitos que se denuncian ante las autoridades sino solamente algunos de ellos y, por la tanto, es incompleto en este sentido.

¹³ La palabra coropleta proviene del griego donde “choros” significa lugar y “plethos” significa valor; un mapa coroplético representa cada una de las áreas de un mapa a través de distintos colores según sus valores.

2. Los delitos denunciados se publican en el mapa un año después de que ocurrieron, tratándose así de desinformación desactualizada.
3. Al poder visualizarse un solo mes de cada año por cada delito, ya sea mediante un mapa de puntos o coroplético, no se puede tener una visión completa de la ocurrencia de ese mismo delito durante los doce meses de un año en un mismo mapa.
4. No permite calcular áreas de influencia (conocidos también como buffers) que permitan cotejar cuántos delitos ocurren en un área determinada, por ejemplo, cuántos robos ocurren cerca de una escuela en un radio de doscientos metros y en un período determinado.
5. No se implementan mapas de calor que permitan identificar la mayor concentración de delitos, a través de las zonas calientes, particularmente cuando hay demasiados puntos (cada uno representa un delito) que se superponen uno encima del otro.
6. No se visibilizan datos e información aportados por vecinos u organizaciones vecinales.

Las limitaciones enunciadas se traducen en que este mapa del delito no es útil para que la comunidad realice diagnósticos de qué es lo que está ocurriendo actualmente en su vecindario ya que la información, en definitiva, no es completa y actual, lo cual puede desalentar la participación ciudadana en esta dirección, impidiéndole el diseño y la propuesta de medidas proactivas (ya que no es posible realizar un diagnóstico correcto).

VII. 4. Cuando lo espacial es lo especial: explorando los datos del mapa del delito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Partiendo de un análisis crítico del mapa del delito la Ciudad Autónoma de Buenos Aires publicado, en esta parte del trabajo se plantea cómo y a través de qué herramientas se pueden publicar los datos espaciales de los delitos ocurridos para que sean más accesibles y, en definitiva, útiles para las organizaciones de la sociedad civil, entidades comunitarias, vecinales y simples vecinos. El propósito es pensar un modelo de mapa participativo donde vecinos colaboran activamente con las autoridades, intercambiando información susceptible de ser georreferenciada y localizada en el mapa.

Además de mapas de puntos y mapas coropléticos, un mapa del delito también puede incluir mapas de calor de los delitos de forma tal que puedan realizarse comparaciones entre distintos períodos de tiempo (semanas, meses o años) en relación a un mismo delito

Un objetivo particular de este trabajo es mostrar con un ejemplo la necesidad y utilidad de incluir los mapas de calor en las presentaciones, y cómo el análisis de los distintos tipos de mapas debe ser complementado con la lectura de datos e información presentados en gráficos y tablas. Todo este conjunto de herramientas (mapas, gráficos y tablas) podría ser presentado ante la comunidad para promover la participación ciudadana en materia de prevención del delito.

Entonces veamos, a modo de ejemplo, qué sucede con los hechos delictivos registrados como robo¹⁴ (que en adelante denominaremos simplemente robos) durante el período 2016-2019 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cabe aclarar que la CABA se encuentra organizada en quince comunas que consisten en unidades descentralizadas de gestión política y administrativa que, en algunos casos, abarcan a más de un barrio.

Si se observan los siguientes cuatros mapas de coropletas¹⁵ de robos ocurridos en el período 2016-2019, se

¹⁴ En el Anexo I se detalla cómo se han procesado y analizado los datos desde su descarga hasta su representación en mapas.

¹⁵ La metodología aplicada para desarrollar estos mapas y demás detalles se pueden ver en el Anexo I.

pueden apreciar las comunas donde ocurrieron más robos (representado por el color rojo oscuro) y menos robos (representado por el color amarillo) en cada año y se puede hacer una comparación interanual.

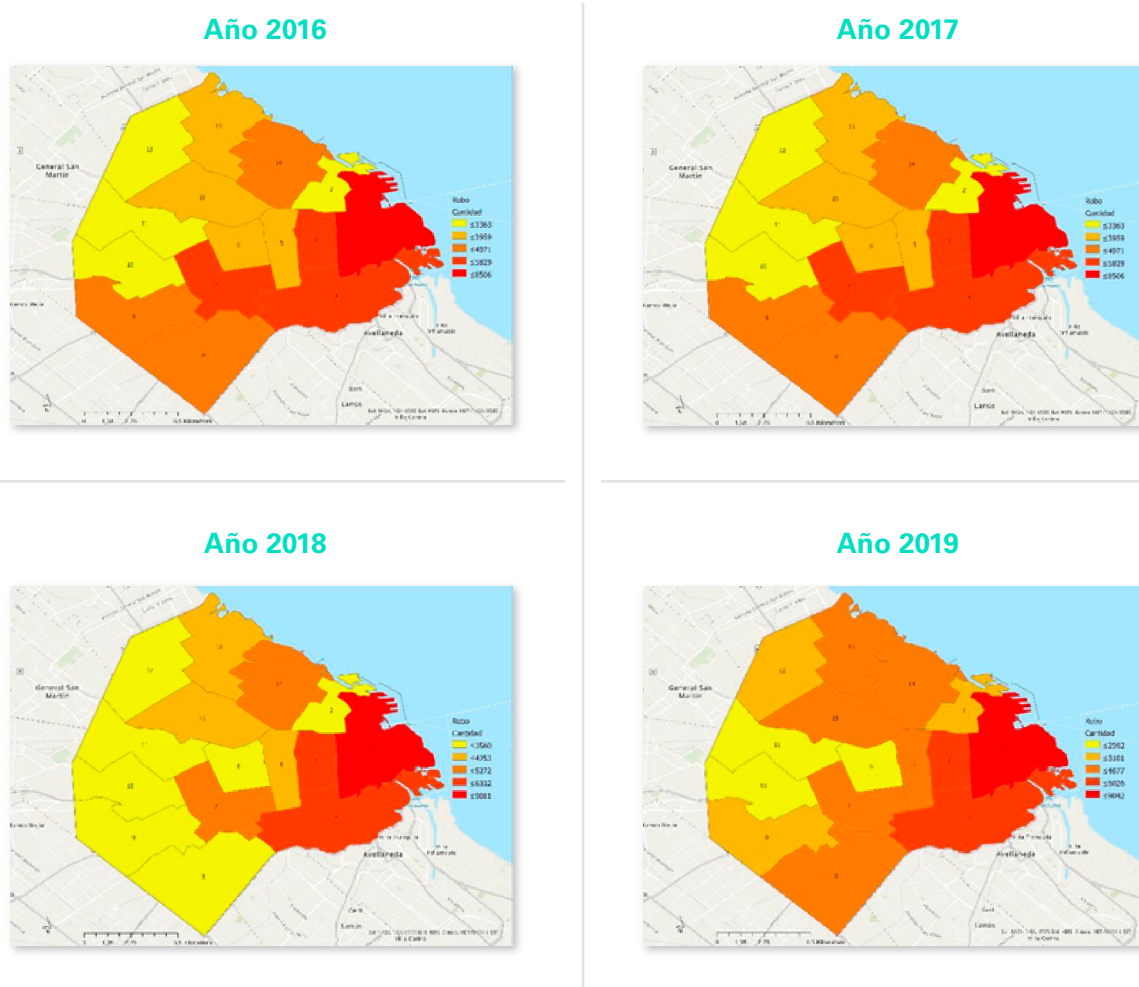


Figura Nº 6: Comparación de mapas coropléticos de robos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el período 2016-2019

Para hacer un análisis más completo, la información de los cuatro mapas de coropletas se puede complementar con el siguiente gráfico, que muestra la variación de la cantidad total anual de robos¹⁶.

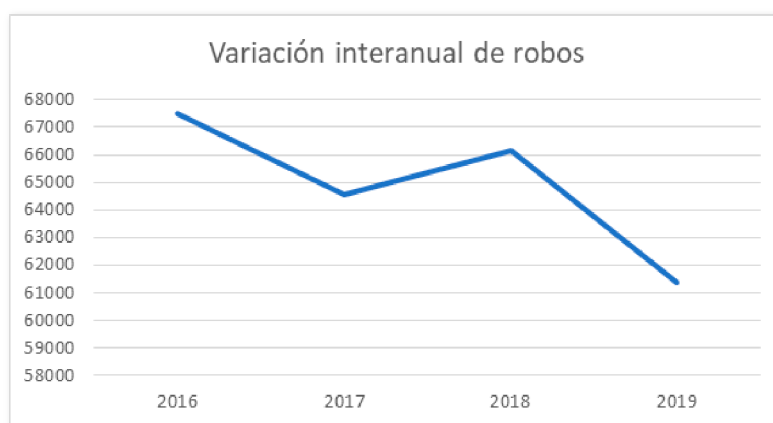


Gráfico N° 1: variación interanual de robos

La información de los mapas coropléticos (Figura N° 6) y del Gráfico N° 1 que muestra la variación interanual de robos se puede integrar y representar mediante una tabla de calor como la que sigue a continuación, que muestra cómo varían las cantidades de robos en cada comuna y en cada año y, además, permite ver la cantidad total anual de robos:

	Año 2016	Año 2017	Año 2018	Año 2019
Comuna 1	8506	8866	9081	9042
Comuna 2	3265	3064	3560	2855
Comuna 3	5829	5050	5690	5927
Comuna 4	5533	6283	6332	6026
Comuna 5	3959	3984	4253	3873
Comuna 6	3637	3240	3214	2592
Comuna 7	5803	4892	5272	4388
Comuna 8	4253	3172	3269	3483
Comuna 9	4247	3565	3461	3101
Comuna 10	3357	2940	2961	2533
Comuna 11	3363	3227	3027	2539
Comuna 12	3047	3187	3148	2892
Comuna 13	3880	3896	4060	3598
Comuna 14	4971	5289	4884	4677
Comuna 15	3845	3898	3946	3700
Vacías	0	0	0	143
Total General	67495	64553	66158	61369

Tabla de calor N° 1: Tabla de calor que compara las cantidades de robos por comuna durante los años del período 2016-2019

¹⁶ Los robos disminuyeron en el año 2017, con un número de 64553 en relación al año 2016 –con 67.495–, y luego volvieron a aumentar en el año 2018, con un número de 66158, para luego volver a disminuir significativamente en el año 2019, con un total de 61368.

Y, si quisiéramos observar cómo se distribuyen los robos que ocurren en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debemos utilizar un mapa de calor para analizar la concentración¹⁷ de los robos porque, como se explicó más arriba, al ser demasiados los puntos que representan los robos éstos se terminan superponiendo unos sobre otros. Independientemente de que la cantidad total de robos haya aumentado o disminuido en un determinado año, con el mapa de calor (Figura Nº 7) se puede apreciar dónde se concentró más la ocurrencia de robos y dónde se concentró menos:

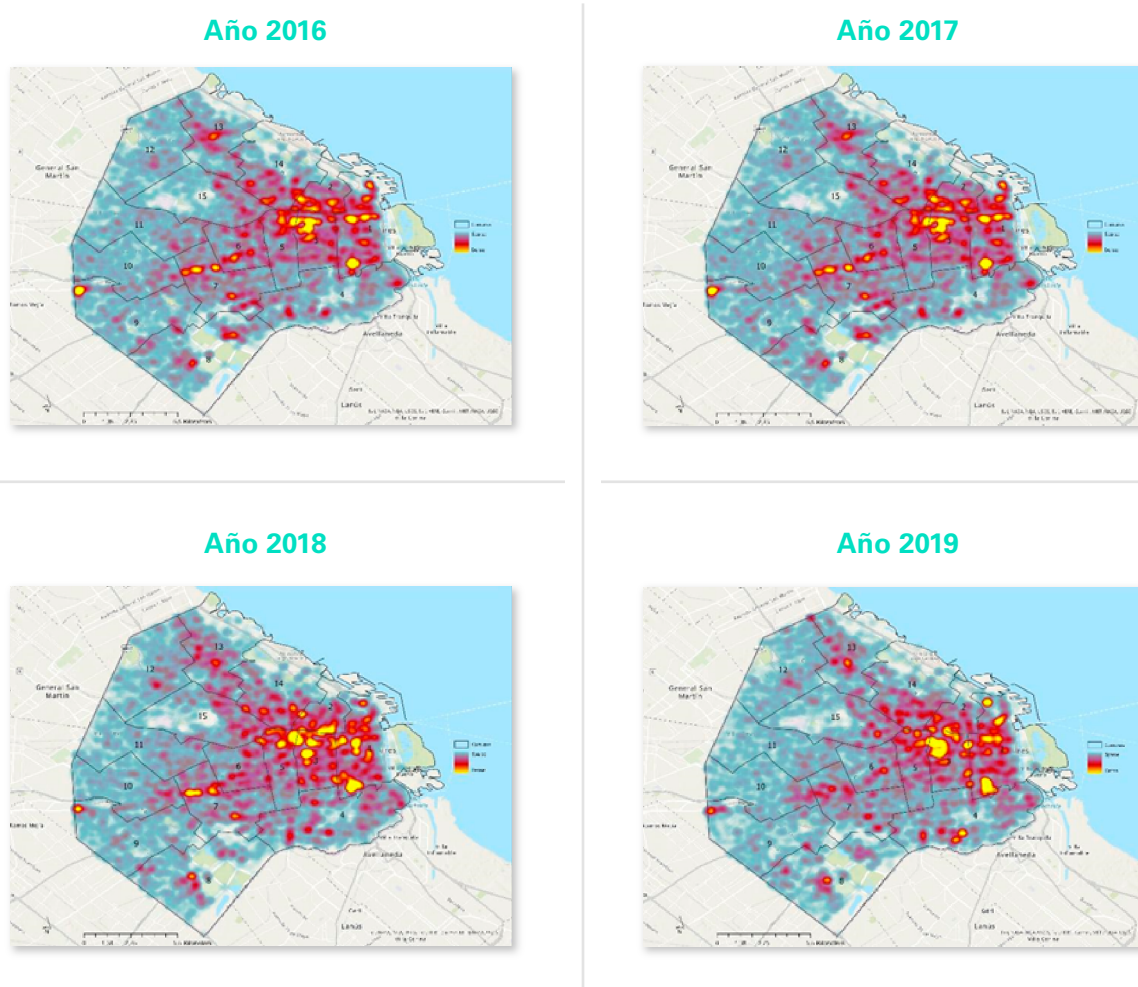


Figura Nº 7: Comparación de mapas de calor de robos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el período 2016-2019

De la comparación de los mapas de calor de robos de cada año (Figura Nº 7) se puede observar que ciertos sectores de la ciudad con áreas calientes (color amarillo intenso) se mantienen constantes a lo largo del tiempo. Lo que nos está diciendo toda la información analizada en conjunto (mapas, gráficos y tablas) es que, independientemente

¹⁷ Densidad relativa como se explica en el Anexo I.

de que hayan disminuido o aumentado los robos en los años del período 2016-2019, se mantuvieron constantes ciertos sectores de la ciudad donde se concentraron los robos, es decir, donde éstos ocurrieron más durante esos mismos años.

A estos mapas de calor no hay que darles un valor absoluto: están hechos con determinados parámetros que se detallan en el Anexo I. Si estos mapas se visualizaran manejando un software SIG, haciendo un *zoom in* (acercamiento) se incrementaría la especificidad de la información representada. Y, dando un paso más hacia adelante, si se procesaran los mismos datos espaciales de los robos con el "callejero"¹⁸ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta se podrían identificar las cuadras donde ocurrieron más robos en cada semana, mes y/o año, pudiendo hacer comparaciones intermensuales o interanuales si se quisiera. Pero ello no es el objetivo de este trabajo. Lo que se pretende mostrar aquí es que junto a tablas y gráficos estadísticos, además de mapas de puntos y mapas de coropletas, los mapas de calor son un recurso SIG más que puede realizar una contribución importante en el análisis espacial al cual debe tener acceso la comunidad para prevenir el delito en su vecindario.

VIII. Conclusiones

Un mapa del delito puede constituirse en una herramienta para promover la participación ciudadana dirigida a prevenir el delito. La comunidad no solo es usuario del mapa del delito, sino que puede constituirse en un actor activo, a través del mapeo participativo, que provea datos e información útiles a las autoridades, sobre todo cuando el subregistro de delitos es elevado como el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Según la última encuesta de victimización del INDEC, publicada en 2018, durante el año 2016 en la CABA no fue denunciado el 53% de los delitos contra el hogar, mientras que para el caso de los delitos contra las personas la cifra negra alcanzó el 75,9%.¹⁹ Es difícil cuantificar la magnitud de la cifra negra respecto de cada uno de los delitos en particular, pero puede afirmarse que ésta sí existe y que en algunos delitos su valor puede llegar a ser importante. Por este motivo, el mapa del delito publicado por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no puede mostrar todo el universo de los delitos que ocurren en la realidad, ya que no todos ellos se denuncian y/o registran. Y es frente a esta situación donde la comunidad cumple un rol importante, ya que puede suministrar datos e información que pueden ser georreferenciados y ubicados en el mapa, que si bien no reemplazan a los delitos que no se denuncian, sí podrían compensar ese subregistro de delitos. En esta dirección, entonces, sería importante que el mapa del delito pueda incluir datos e información provistos por los vecinos.

Por otra parte, la comunidad como usuario del mapa del delito requiere información actual. El mapa analizado realiza la publicación de los delitos denunciados por año vencido, es decir que, por ejemplo, a comienzos del año 2020 se publica el mapa del delito con datos de los "hechos registrados como delictivos" ocurridos durante el año 2019. Publicar los datos con esta frecuencia (anualmente como lo establece la ley) no es de utilidad para la comunidad, ya que se trata de datos desactualizados.

Pero es importante decir que todas estas cuestiones relativas a qué publicar (al proponer más tipos de delitos

¹⁸ Listado de las calles de la CABA con su referencia geográfica cuyo shapefile se puede descargar en <https://data.buenosaires.gov.ar/dataset/calles>. El shapefile es un formato de datos espaciales que consiste en varios archivos organizados los cuales almacenan la ubicación y la información de atributos de las entidades geográficas.

¹⁹ Datos publicados en "Encuesta Nacional de Victimización 2017: cuadros estadísticos del informe, coeficientes de variación e intervalos de confianza", que se descarga de <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-27-137>.

e información presentada por los vecinos) y cada cuánto tiempo (se sugiere actualizar periódicamente con más frecuencia en un mismo año) encuentran una limitación: no se puede publicar toda o gran parte de los datos e información y actualizarla con más frecuencia en un mismo año porque se le estaría brindando un recurso estratégico a aquellas personas que pueden utilizarlo para cometer un delito. Concretamente, se facilitaría la elección de un lugar, día de la semana y hora para planear cometer un delito, reduciendo las posibilidades de ser sorprendido en el momento de cometerlo y/o ser perseguido por la fuerza pública. Esta limitación se puede superar estableciendo reglas de validación de identidades para los usuarios autorizados. Por ejemplo, para el caso de los integrantes de los Foros de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esto se puede instrumentar mediante su inscripción en los dos registros que con razón previó oportunamente la Ley Nº 5688, en su artículo 24, para el funcionamiento de los mismos: “1. Registro de Organizaciones de la sociedad civil o entidades comunitarias y vecinales con personería jurídica señaladas en el artículo 23, inciso 1 de la presente Ley; 2. Registro de Vecinos que deseen participar a título individual de las reuniones plenarias que organice el Foro de su Comuna”. Es decir que, para tener acceso al mapa del delito, el vecino debe previamente inscribirse en el registro correspondiente acreditando así su identidad.

Y los datos e información representados en el mapa deben ser fáciles y simples de comprender. Es por ello que mapas de calor, tablas y gráficos complementan muy bien la comprensión de mapas de puntos y los mapas de coropletas.

En definitiva, un mapa de delito con datos e información completos, actuales, fáciles de entender y accesibles promueven el mapeo participativo para la prevención comunitaria del delito.

Anexo I

Introducción

En el presente anexo se exponen distintos aspectos que tienen que ver con el proceso de mapeo²⁰ que se desarrolló en el presente trabajo en relación a los delitos de robo descargados de <https://mapa.seguridadciudad.gob.ar/>.

El Informe de Estadística Criminal Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los años 2018 y 2019²¹ define a cada robo como “hecho registrado como el apoderamiento de una cosa por violencia sobre la persona o el objeto, generalmente calificado los términos del Artículo 164 y subsiguientes del Código Penal, sin considerar la imputabilidad o culpabilidad del autor”.

²⁰ El término “mapeo” consiste en ubicar en el mapa datos georreferenciados, es decir, que tienen asignadas sus coordenadas geográficas.

²¹ Informe de Estadística Criminal Ciudad Autónoma de Buenos Aires, años 2018 y 2019, página 7.

Acerca de los datos

Como se mencionó más arriba, los datos se descargaron del sitio <https://mapa.seguridadciudad.gob.ar/> en distintas fechas como se detalla del cuadro que sigue a continuación:

Datasets descargados de cada delito según su año de ocurrencia	Fecha de descarga
Robo, año 2016	14/07/2019
Robo, año 2017	18/01/2019
Robo, año 2018	18/01/2019
Robo, año 2019	29/01/2020

En el cuadro anterior se detallaron las fechas en las que fueron descargados los datasets de los distintos delitos, ya que el Ministerio de Justicia y Seguridad (MJyS) de la CABA emplea una metodología que “está basada en un sistema estadístico dinámico, en el cual los hechos registrados pueden mutar cualitativa o cuantitativamente en la medida que las fuentes disponibles ratifiquen o rectifiquen la información”.²² De esta manera, entonces, los valores que se calcularon y obtuvieron para las distintas cantidades de los delitos con los que se trabajó quedan justificados con sus respectivas fechas de descarga frente a eventuales cambios que el MJyS realice en los datasets publicados en el mismo sitio del que fueron descargados (<https://mapa.seguridadciudad.gob.ar/>).

Los datasets (o conjunto de datos) descargados se presentan en un archivo de valores separados por comas (.csv) por cada tipo de delito ocurrido en cada mes de cada año. Esto quiere decir que para localizar en el mapa de la CABA, por ejemplo, todos los delitos de robo ocurridos en el año 2019 hay que descargar 12 archivos en formato .csv, luego “limpiarlos”²³ e integrarlos en un solo archivo para poder trabajarlos y analizarlos con un software SIG. Tan solo, y a modo de ejemplo de las dificultades que surgen durante el proceso de “limpieza” de bases de datos, es importante aclarar que no todos los registros de delitos se han podido localizar en el mapa porque no todos ellos presentan coordenadas de latitud y longitud (no todos están georreferenciados y éstos tampoco tienen la dirección con calle y altura).

En el punto siguiente se realiza un detalle de aquellos registros de los delitos que presentan coordenadas de latitud y longitud y aquellos que no las presentan.

Registros con y sin georreferenciación

En este punto se describen las cantidades de registros de delitos de robo, por mes y por año, según presenten (o no) coordenadas de latitud y longitud. Aquellos delitos que pudieron ser localizados en el mapa son aquellos cuyos

²² Informe de Estadística Criminal Ciudad Autónoma de Buenos Aires, años 2018 y 2019, página 7.

²³ La limpieza de las bases de datos, en este caso, consiste principalmente en discriminar los registros georreferenciados de aquellos que no lo están, cambiar valores de texto a números y eliminar ciertos valores como el cero, que producen errores en el proceso de localización con el software SIG.

registros presentan las correspondientes coordenadas geográficas (sin ellas no se hubiera podido ubicar los delitos porque tampoco presentan dirección alguna).

No todos los registros de los delitos de robo de los años 2016, 2017 y 2018 presentan coordenadas latitud y longitud:

Año 2016

	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	TOTAL
Registros sin coordenadas	25	21	32	18	29	22	18	21	9	25	19	24	Total
Registros con coordenadas	5306	5353	5810	5627	5783	5182	5683	5872	5426	5794	6162	5497	67495
Registros total	5331	5374	5842	5645	5812	5204	5701	5893	5435	5819	6181	5521	67758

Año 2017

	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	TOTAL
Registros sin coordenadas	7	7	8	8	25	33	31	14	18	15	16	14	Total
Registros con coordenadas	5053	4796	6103	5375	5329	5007	4837	5499	5196	5733	6043	5582	64553
Registros total	6060	4803	6111	5383	5354	5040	4868	5513	5214	5748	6059	5596	64749

Año 2018

	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	TOTAL
Registros sin coordenadas	353	148	110	313	152	132	129	160	18	43	92	0	Total
Registros con coordenadas	4342	5068	5493	4999	5621	4929	5311	5815	6092	5775	5997	5716	67158
Registros total	5695	5216	5603	5312	5773	5061	5440	5975	6110	5818	6089	5716	67808

En el caso de los delitos de robo ocurridos en el año 2019, todos los registros presentan coordenadas geográficas:

Año 2019

	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	TOTAL
Registros sin coordenadas	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	Total
Registros con coordenadas	5646	5329	5850	5202	5223	4786	4860	4898	4754	5015	5011	4794	61368
Registros total	5646	5329	5850	5202	5223	4786	4860	4898	4754	5015	5011	4794	61368

ArcGIS Pro: el software de Sistemas de Información Geográfica utilizado

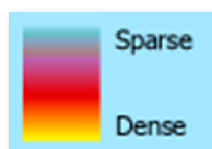
Tanto para ubicar los delitos georreferenciados como para representar los datos y la información en los mapas del presente trabajo se utilizó el software ArcGIS Pro de ESRI.

Para realizar los mapas de coropletas, en el ArcGIS Pro se ha utilizado la herramienta de administración de datos *Join Field* con el shapefile de comunas, descargado de Buenos Aires Data.²⁴ El mapa de coropletas o coroplético se trata de un mapa temático en el que las áreas (en el caso presente las áreas son las comunas) se somborean de distintos colores, frecuentemente de la misma gama cromática, que representan distintos valores de una variable.

Y en relación a los mapas de calor se ha utilizado la opción *Heat Map (Appearance>Symbology>Heat Map)* del ArcGIS Pro.

La simbología de mapa de calor dibuja entidades de puntos como una superficie representativa y dinámica de la densidad relativa. Dado que la representación cartográfica del calor es una representación de la distribución de los puntos, funciona mejor cuando hay una gran cantidad de entidades de puntos, sobre todo si sus símbolos se superponen. La simbología del mapa de calor muestra la densidad relativa de puntos como una visualización de ráster dinámica utilizando un esquema de color para indicar los valores de densidad. Lo ideal es que el esquema de color sea un conjunto diferente de colores desde fríos (densidad dispersa de puntos) a cálidos (alta densidad de puntos). La definición de la densidad y, por tanto, los valores de color, cambia a medida que se acerca y se aleja. La densidad se calcula mediante el método densidad kernel, el mismo algoritmo que utiliza la herramienta de geoprocésamiento Densidad kernel.²⁵

En todos los mapas de calor el valor utilizado del *Radius* es 10, el *Color Scheme* es Multipart Color Scheme y el *Method* es Constant. Las áreas calientes²⁶ de color amarillo intenso mostrarán una mayor densidad y, por el contrario, las áreas frías de color celeste verdoso mostrarán una menor densidad, tal como se puede apreciar en la siguiente imagen que consiste en la leyenda de todos los mapas de calor:



Expresado en otras palabras, esto quiere decir que en las áreas calientes (de mayor densidad) los delitos ocurren en lugares más cercanos entre sí. Por el contrario, en áreas frías (de menor densidad) los delitos ocurren en lugares más lejanos entre sí.

Por último, cabe aclarar que para todos los mapas elaborados (ya sean de puntos, de coropletas y de calor) la escala utilizada es 1:100.000, habiéndose insertado los mapas en *layouts* tamaño A4 (horizontal) los cuales luego se exportaron en formato .jpg, y el sistema de coordenadas es WGS 1984.

²⁴ <https://data.buenosaires.gob.ar/dataset/comunas>.

²⁵ Fuente: <https://pro.arcgis.com/es/pro-app/help/mapping/layer-properties/heat-map.htm>.

²⁶ Aquí se considera el término "áreas calientes" como sinónimo de *hotspots* aunque en realidad su traducción es puntos calientes.

Bibliografía

- Belán, C. (2019). "Un espacio libre de bandidos: topografía delictiva de la ciudad de Arequipa (1780-1824)". En Mata Induráin, C. Sánchez Jiménez, A. y Vinatea M. (eds.). *La Escritura del Territorio Americano*. Madrid: Instituto de Estudios Auriseculares.
- Boba Santos, R. (2005). *Crime Analysis With Crime Mapping*. California: Sage Publications Inc.
- Burzaco, E., Garavano, G. y Gorgal, D. (2004). *Mano Justa*. 1ª edición. Buenos Aires: El Ateneo.
- Chambers, R. (2006). "Participatory Mapping and Geographic Information Systems: Whose Map? Who is Empowered and Who Disempowered? Who Gains and Who Loses?". En *The Electronic Journal on Information Systems in Developing Countries*, 25 (2), 1–11.
- Chrisman, N. R. (2003). *Exploring Geographical Information Systems*. 2ª edición. Hoboken, NJ: Wiley.
- Cid, J. y Larrauri, E. (2001). *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch.
- Clarke, R. (1992). *Situational Crime Prevention. Successful Case Studies*. Nueva York: Harrow and Heston.
- Cohen, J., Gorr, W. L. y Olligschlaeger, A. M. (2007). "Leading indicators and spatial interactions: A crime-forecasting model for proactive police deployment". En *Geographical Analysis*, 39, 105–127.
- Garrido, V., Stangeland, P. y Redondo, S. (2006). *Principios de Criminología*. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Vázquez, C. y Urpina Soto, C. (2013). "El análisis geográfico del delito y los mapas de la delincuencia". En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época (nº 9), 419–448.
- Hough, M., Clarke, R. y Mayhew, P. (1980). "Introduction". En Clarke, R. y Mayhew, P. *Designing Out Crime*. London: HMSO.
- Igarzábal de Nistal, M. A. (2011). *Mapa del delito*. Buenos Aires: Editorial Nobuko. Disponible en: <https://elibro.net/es/lc/ugr/titulos/77707>.
- Lederer, D., Leitner, M., Atzmanstorfer, K. y Beltran, R. (2018). "Módulo SIG y Servicios Comunes. Lección 4: SIG en Seguridad Pública". Curso de Especialización en Sistemas de Información Geográfica. UNIGIS.
- Liebermann, S. y Coulson, J. (2004). "Participatory mapping for crime prevention in South Africa – local solutions to local problems". En *Environment & Urbanization*, October 16 (2), 125-134.
- Olaya, V. (2014). *Sistemas de Información Geográfica*. Madrid: Ilustre Colegio Oficial de Geólogos. Disponible en: https://www.icog.es/TyT/files/Libro_SIG.pdf.
- Pavarini, M. (1994). "Bisogni di Sicurezza e Questione Criminale". En *Rassegna Italiana de Criminología*, Anno V – N, Milano: Giuffrè, p. 435-462.

Pezzuchi, G. (2012). "Análisis criminal, confusiones varias y experiencias en la Provincia de Buenos Aires, Argentina". En Tudela Poblete, P. (Ed.). *Buenas prácticas para el análisis delictual en América Latina*. Santiago de Chile: Fundación Paz Ciudadana.

Rengert, G. (2014). "Behavioural Geography and Criminal Behaviour". En Evans, D. y Herbert, D. (eds.). *The Geography of Crime*. Londres: Routledge, p. 161-175.

Resl, R., Strobl, J., Kleber, S. H., Collet, L. y Menjívar, L. (2018a). "Módulo 6: Visualización y cartografía . Lección 1: Diseño y visualización de mapas desde un punto de vista de SIG". *Curso de Especialización en Sistemas de Información Geográfica*. UNIGIS.

Resl, R., Strobl, J., Kleber, S. H., Collet, L., & Menjívar, L. (2018b). "Módulo 6: Visualización y cartografía . Lección 2: Abstracción y Modelamiento Cartográfico". *Curso de Especialización en Sistemas de Información Geográfica*. UNIGIS.

San Juan Gillén, C. (2013). *Criminología Ambiental, un área en expansión*. En *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, p. 33-38, Universidad del País Vasco. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/318234773>.

Sozzo, M. (2000). "Seguridad urbana y tácticas de prevención del delito". En *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*. Nº 10, p. 103-136. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Stoe, D. A., Watkins, C. R., Kerr, J., Rost, L. y Craig, T. (2003). *Using Geographic Information Systems to Map Crime Victim Services. A Guide for State Victims of Crime Act Administrators and Victim Service Providers*. Washington DC: National Institute of Justice.

Strobl, J., Turbau, E., Resl, R. y Zurita, L. (2013). "Módulo 1: Introducción a los Sistemas de Información Geográfica. Lección 1: ¿Qué tiene de especial lo espacial?". *Curso de Especialización en Sistemas de Información Geográfica*. UNIGIS.

Sutherland, E. H. y Cressey, D. R. (1970). *Criminology*. Filadelfia, Pensilvania: Lippincott.

Van Dijk, J. (1990). "Crime Prevention Policy: Current State and Prospects". En Kaiser, G. y Albrecht, HJ. *Crime and criminal policy in Europe, Criminological research report*, Vol. 43 (Max Planck, pp. 205-220).

Wortley, R. y Mazerolle, L. (2008). "Environmental Criminology and Crime Analysis: situating the theory, analytic approach and application". In *Environmental Criminology and Crime Analysis*. Londres: Willan Publishing, pp. 1-18.

Los DD.HH. en época de pandemia

Sofía Giselle Varela¹

Nuestro país, como el mundo entero, se enfrenta a una pandemia que ha alterado de modo inédito la vida de todas las personas, el COVID-19. La velocidad de propagación de este virus obligó al gobierno nacional a dictar el primer Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 297/2020), disponiendo el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” a fin de proteger y preservar la salud de los ciudadanos. Como producto de esta situación, se vieron restringidos ciertos derechos, pero la limitación de su ejercicio no supuso que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad. En todo caso, la legitimidad de tales radica en que deben ser dispuestas con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad, motivadas conforme a los conocimientos científicos. Es así que el Estado argentino, apoyado por los señalamientos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y por las observaciones de los expertos en epidemiología, ha tomado desde entonces una serie de medidas destinadas a mitigar el impacto de la pandemia en la salud de la población, así como también ha tenido que implementar otro conjunto de iniciativas sociales, económicas y fiscales dirigidas a paliar la vulneración en otros derechos fundamentales.

Cuando hablamos de pandemia, hablamos de emergencia, y cuando hablamos de emergencia, hablamos de un Estado constitucional de derecho. La emergencia requiere de garantías y control suficiente. Es por ello que, desde que la OMS declaró la pandemia, distintos órganos del sistema internacional e interamericano de derechos humanos se pronunciaron advirtiendo sobre distintas problemáticas a las que los Estados debieron prestar especial atención para garantizar la vigencia de los DD.HH. en este nuevo contexto mundial. Las recomendaciones de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA) procuraron, en general, que los Estados implementen políticas de combate a la pandemia y que sus consecuencias sean respetuosas de los estándares internacionales en materia de protección a los derechos humanos. Dicha dimensión internacional es especialmente relevante en este contexto, ya que el virus no respeta fronteras. Es por ello la importancia del esfuerzo colectivo basado en la solidaridad mundial para lograr una protección efectiva de los derechos humanos, ya que al ser interdependientes implica que la violación de uno repercute en el disfrute de otros.

Un punto fundamental en este desarrollo es que las restricciones por motivos de salud pública o emergencia nacional, además de ser conformes a derecho, deben ser estrictamente necesarias, basadas en pruebas científicas,

¹ Estudiante de Abogacía de UFLO Universidad.

proporcionadas, no arbitrarias, ni discriminatorias en su aplicación, de duración limitada, respetuosas de la dignidad humana y sujetas a revisión por autoridad competente. Los problemas y desafíos extraordinarios que ocasiona la presente pandemia deben ser abordados a través del diálogo y de la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. Esta cooperación debe ser tomada como base en su accionar, teniendo en cuenta que la protección de la salud es considerada como un “área de urgente interés internacional”. Es así que los gobiernos tienen la obligación de proporcionar la información precisa, necesaria y oportuna para la protección y promoción de los derechos.

En primer lugar, uno de los derechos que se encuentra en peligro de vulnerabilidad es el derecho a la salud, el cual es considerado como prioritario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha especificado que este derecho está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y que este último es “el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”.

Con respecto a esta cuestión, los mecanismos de protección de derechos humanos emitieron varias recomendaciones a los Estados para garantizar su cumplimiento y eficacia. Los pronunciamientos prestaron especial atención al deber de facilitar el acceso a cantidades suficientes de medicamentos y material sanitario necesario para enfrentar la pandemia. Además, los trabajadores de la salud debieron ser provistos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protegieran su integridad, vida y salud, y que les permitieran desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad. Es menester para el cuidado de las poblaciones que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean suficientes en cantidad y disponibilidad, accesibles y al alcance de todos, sin discriminación alguna, y apropiados desde el punto de vista científico y médico.

Por otra parte, cabe hacer mención al derecho al trabajo. Todo recorte o reajuste de remuneraciones de trabajadores públicos o privados dispuesto unilateralmente, resulta contrario a las disposiciones de la ley de emergencia, y en definitiva vulnera los derechos constitucionales que surgen del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, la cual protege al trabajo en sus diversas formas y a la remuneración justa. Los organismos internacionales también prestaron especial atención al impacto que podrían tener las medidas de aislamiento y contención del virus en el empleo y las condiciones laborales de la población. En particular, los señalamientos a los Estados apuntaron a reforzar las políticas dirigidas a proteger el empleo, buscando evitar que quienes debían continuar realizando actividades o servicios se expusieran a ser contagiados en sus ámbitos de trabajo. Fue así que debieron incluir políticas de subvención de los salarios, de desgravaciones fiscales o de programas complementarios de seguridad social y protección de los ingresos.

Los expertos en salud pública recomendaron que las empresas alienten a los empleados a trabajar desde casa para evitar la propagación del virus. Pero el trabajo remoto no es una opción para millones de trabajadores en sectores como el comercio minorista, restaurantes, servicios personales y los sectores informales. En estos campos, las situaciones de empleo son más precarias, los salarios tienden a ser más bajos y en algunos países los trabajadores tienen bajas tasas de licencia por enfermedad remunerada. Por ello, es fundamental que se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el impacto sobre las fuentes de trabajo y así facilitar la obtención de acuerdos salariales que permitan la subsistencia en condiciones de dignidad humana. Debe tenerse presente que el salario no solo es un derecho laboral, sino que constitucionalmente y convencionalmente es un derecho humano de cada empleado, y como tal cuenta con una tutela constitucional preferente, tal como lo tiene resuelto la CSJN. La tutela de los derechos de los trabajadores, debe garantizarse durante la emergencia y sólo pueden ser limitados por una causa debidamente justificada, fundada, transitoria y no discriminatoria.

En resumen, cualquier medida adoptada que limite los derechos y libertades de las personas debe ser legal, necesaria y proporcional. Los estados de emergencia tienen una duración limitada en el tiempo y cualquier reducción de

los derechos debe tener en cuenta el impacto desproporcionado en poblaciones específicas o grupos marginados. Aquellos límites deben ser razonables evitando abusos o la creación de situaciones de tipo discriminatorios por una extralimitación del ejercicio de las facultades estatales. Incluso en una situación de emergencia mundial como la actual, debe prevalecer el Estado de Derecho. En toda sociedad democrática, es un principio fundamental, que la acción del Estado actúe siempre conforme a la ley. Todos estos objetivos se deben cumplir dentro del Estado Constitucional, donde funcionen el Poder Legislativo y Judicial, y donde las garantías de los ciudadanos se cumplan ampliamente. En mi opinión, el principal desafío social, político, económico y jurídico al que se enfrentan los Estados, será su capacidad para responder a esta crisis de forma eficaz, asegurándose al mismo tiempo que las medidas que adopten no socaven los derechos humanos, la democracia y al estado de derecho.

Dentro de los riesgos que toda crisis trae aparejada, siempre aparece una oportunidad al final del camino. Una oportunidad para fortalecernos, para asumir definitivamente que los derechos no son regalos, sino conquistas; conquistas que han tenido grandes costos, que han causado mucho sufrimiento en la humanidad y que se han llevado muchas vidas. Estos derechos implican obligaciones; y para poder exigirlos debemos construirlos y protegerlos. Esta pandemia nos ha recordado nuestra interconexión como seres humanos y la suma importancia que recae sobre la cooperación internacional para proteger nuestras vidas y nuestra salud. También se ha convertido en una oportunidad para reavivar el respeto a los derechos humanos e impulsar esfuerzos para hacer frente a la desigualdad mundial

Violencia de género en redes sociales: en la búsqueda de leyes más inteligentes

Andrea Nazarena Gentile¹

La violencia de género fue, y lo es en algunas sociedades, un tema tabú del cual no estaba bien visto hablar y opinar libremente. La lucha de cientos de mujeres y las vidas que se perdieron en el camino condujeron a la visibilización pública de esta problemática. Desde un primer momento, la creciente presión social impulsó a los Estados a la firma de tratados y convenciones y a la implementación de políticas públicas dedicadas a prevenir, erradicar y sancionar las conductas violentas contra las mujeres.

Con la creación de Internet y las distintas plataformas digitales conformadas por comunidades de individuos con intereses, actividades o relaciones en común, que pueden comunicarse por mensajes sincrónicos y asincrónicos desde múltiples dispositivos, se evidenció una nueva problemática: el acometimiento de violencia psicológica de género por redes sociales. Según el relevamiento realizado por Amnistía Internacional, las medidas de confinamiento a causa de la pandemia mundial del COVID-19, ocasionaron un incremento en las interacciones online que se tradujo en el aumento significativo de violencia y abusos contra las mujeres en las redes sociales.

Estos datos demuestran que actualmente no se requiere la presencialidad en espacio y tiempo de nuestros sujetos activos y pasivos para el acometimiento de una acción dañina contra las mujeres. Ante la posibilidad de una nueva "laguna" legal, debemos pensar en una reforma del Código Penal argentino, que contenga esta nueva modalidad de delito, evitando que la ley se retarde ante un mundo que sigue evolucionando. A continuación, expongo cuatro razones que justifican mi posición.

1. La violencia psicológica de género es el primer paso

Últimamente, cuando se habla de violencia de género, relacionamos el concepto con la violencia física ejercida por un hombre sobre una mujer. Lo que algunos han olvidado es que difícilmente se gana la confianza de una persona maltratándola físicamente.

Las Naciones Unidas² definen la violencia contra la mujer como "todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales

¹ Estudiante de Abogacía de UFLO Universidad.

actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada". La definición de este organismo es correcta pero requiere de un análisis profundo.

La violencia de género comienza con microviolencias, que tienen como objetivo mantener el dominio y la supuesta superioridad del hombre sobre la mujer desintegrando su autonomía. Según el Instituto Español de las Mujeres, estos comportamientos van desde mantener los roles de género en el hogar totalmente delimitados, con independencia de que la mujer trabaje fuera del hogar; a no tener en cuenta las opiniones de ella en temas familiares; a controlar el dinero; a culpar a la mujer por todo lo que ocurre dentro de ámbito familiar; a hacerla dudar de sus capacidades; hasta las descalificaciones, insultos, o faltas de respeto, etc. Al conjunto de todos estos comportamientos se les denomina maltrato o violencia psicológica, y siempre preceden al maltrato o violencia física. Solo cuando la primera deja de funcionar se pone en marcha la segunda.³

2. La violencia psicológica es igual de grave que la violencia física

Las mujeres que sufren o han sufrido violencia de género, especialmente si ha sido durante un largo periodo de tiempo, pueden verse afectadas por un deterioro en las capacidades cognitivas, lo que innegablemente termina afectando en su calidad de vida. Someter a una mujer, día tras día, a la violencia psicológica consigue provocar en ella inhibición, desconfianza en sí misma y disminución de su autoestima, además de sentimientos de desvalimiento, confusión, culpa y dudas.

De acuerdo con la guía de actuación en el ámbito de salud mental y drogodependencia en Violencia de Género de la Región de Murcia,⁴ diversos estudios han demostrado que las mujeres que sufren o han sufrido violencia de género tienen mayores problemas de salud tanto física como mental. La Organización Mundial de la Salud identificó a la violencia contra la mujer como la principal causa de problemas de salud mental.

Entre los trastornos comórbidos ocasionados por la violencia de género se encuentran: la depresión,⁵ la ansiedad, el trastorno obsesivo compulsivo, el trastorno de estrés posttraumático,⁶ la distorsión cognitiva, el síndrome de adaptación paradójica, el síndrome de la mujer maltratada, la baja autoestima, la inadaptación social, el insomnio, las disfunciones sexuales, los trastornos alimentarios y de adicciones.⁷

A su vez, el último relevamiento realizado por Amnistía Internacional demuestra que el 39% de las mujeres que

² Organización Mundial de la Salud. Temas de Salud: Violencia contra la mujer. Disponible en: https://www.who.int/topics/gender_based_violence/es/

³ Pascual Pastor, P. "La violencia psicológica de género". En *Revista de la Asociación de Mujeres Para la Salud*, Instituto de las Mujeres. Disponible en: <https://www.mujeresparalasalud.org/la-violencia-psicologica-de-genero/>

⁴ Dirección General de Mujer e Igualdad de Oportunidades (2019). *Guía de actuación en el ámbito de salud mental y drogodependencia en Violencia de Género de la Región de Murcia*. Disponible en: <https://www.consaludmental.org/publicaciones/Guia-salud-mental-drogodependencia-violencia-gener-o.pdf>.

⁵ Bargai, N., Ben-Shakhar, G. y Shalev, A. Y. (2007). "Posttraumatic stress disorder and depression in battered women: The mediating role of learned helplessness". En *Journal of Family Violence*, 22, p. 267-275.

⁶ Kessler, R. C., Sonnega, A., Hughes, M. y Nelson, C. B. (1995). "Posttraumatic stress disorder in the national comorbidity survey". En *Archives of General Psychiatry*, 52, p. 1048-1060.

⁷ Martínez Alonso, S. (2019). "Efectos de la violencia de género en las víctimas". En *Revista INESEM*. Disponible en: <https://revistadigital.inesem.es/educacion-sociedad/violencia-de-genero/>.

sufrieron este tipo de violencia sintió que su seguridad física estaba amenazada. Algunas también manifestaron el impacto que tuvo sobre su salud física y psicológica, un 36% tuvo ataques de pánico, estrés o ansiedad y un 35% pérdida de autoestima o confianza, un 34% manifestó haber sentido miedo a salir y un 33% identificó haber atravesado un período de aislamiento psicológico.⁸

Esta cadena de efectos no es nueva. La OMS publicó en 2005 los resultados de un estudio realizado en varios países sobre la salud de la mujer y la violencia doméstica, donde se relevan las probabilidades de las mujeres víctimas de malos tratos de padecer problemas físicos o mentales. Se detectó que la posibilidad de adolecer aquellos problemas es dos veces superior con respecto a las mujeres que no han sufrido violencia, incluso cuando la violencia haya tenido lugar varios años antes.

También existen estudios que apuntan al maltrato como la causa del 25% de los intentos de suicidio en la población global femenina. Estos datos solo se refieren a los intentos de suicidio, al no conocerse las causas y factores que intervinieron en los suicidios consumados, que muy probablemente hubieran aumentado esta cifra.

Este fenómeno fue analizado en Argentina⁹ en el 2005, mismo año en el que surgió el informe de la OMS, cuando el número de mujeres fallecidas por suicidio fue de 2993. El hallazgo más importante de la investigación fue que en algunas provincias la tasa de suicidios femeninos constituían el doble comparado con la tasa de homicidios. Los investigadores de este estudio llegaron a la hipótesis de que muchos de los suicidios ocurridos eran inducidos, por el maltrato psíquico-físico recibido por esas mujeres.

3. Los casos de violencia psicológica de género en cuarentena se han triplicado con la utilización de las redes sociales

Amnistía Internacional, en conjunto con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, advirtió a finales del 2020 que la violencia psicológica contra la mujer puede ser virtual.

Del relevamiento surgió que la modalidad de las microviolencias digitales estuvo constituida por los siguientes ítems: controlarle las amistades en redes sociales y plataformas de mensajería instantánea; obligarla a compartir la ubicación en tiempo real constantemente, o instalarle en el celular aplicaciones de geolocalización para saber dónde está; obligarla a enviar contenido erótico y/o pornográfico propio; filmarla o sacarle fotos en situaciones íntimas sin su consentimiento; compartir contenido íntimo suyo sin su autorización; amenazarla cuando no responde sus mensajes.

Amnistía determinó que una de cada tres mujeres sufrió violencia de género en las redes sociales en Argentina. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires destacó que las consultas recibidas por casos de violencia de género digital se triplicaron desde el comienzo del aislamiento preventivo y obligatorio del año 2020 a causa del COVID-19.¹⁰

Además de las usuarias que sufrieron este tipo de agresiones en las plataformas sociales, fue objeto en un 59% de mensajes sexuales y misóginos, mientras que un 34% recibió mensajes con lenguaje o comentarios abusivos

⁸ Jara, F. (2020). "Violencia de género digital: cómo detectarla y combatirla". En *Infobae*, 3/12/2020. Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2020/12/03/violencia-de-genero-digital-como-detectarla-y-combatirla/>.

⁹ Carabajal, M. (2009). "Darse muerte por mano ajena". En *Página/12*, 14/9/2009. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-131748-2009-09-14.html>.

¹⁰ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (2020). "Se triplicaron las consultas por casos de violencia de género digital". Disponible en: <https://www.buenosaires.gob.ar/saludsexual/temas/genero/noticias/cuarentena-se-triplicaron-las-consultas-por-casos-de-violencia-de-genero-digital>.

en general. Un 26% de las mujeres víctimas de violencia o abuso en las redes sociales recibió amenazas directas y/o indirectas de violencia psicológica o sexual.¹¹

4. El fácil acceso de los agresores a las plataformas sociales

Las redes sociales tienen un punto débil que es bien aprovechado por sus usuarios: el fácil acceso a ellas. La mayoría de las empresas de este rubro digital no confirma de forma estricta los datos otorgados por el nuevo usuario. A este hecho hay que sumarle una consecuencia: el anonimato. El seudónimo ayuda a eludir restricciones y represalias legales, políticas o sociales como género, etnia o clase.¹²

Las políticas empresariales¹³ se dirigen a los casos de acoso, refieren a violencia doméstica o insultos con contenido de género, además de la amenaza de muerte o de un delito de índole sexual. Generalmente, para que las empresas actúen requieren de la denuncia del usuario, y rara vez notifican a las autoridades sobre los delitos cometidos en sus plataformas. Además, algunas ante la solicitud del Poder Judicial del IP de donde provino la publicación y/o el mensaje, alegan que se ciñen a la legislación de sus países, ya sea Estados Unidos, Rusia o China, complicándose la investigación.¹⁴ Ante este panorama, las víctimas de violencia psicológica de género quedan debilitadas por la falta de políticas más estrictas y legislaciones internacionales y locales sobre el tema.

Para finalizar, en Argentina estamos presenciando un crecimiento exponencial de la tasa de femicidios. El Estado en su totalidad ha fallado en la prevención, erradicación y en la sanción de la violencia de género. Varios son los motivos del fracaso: la carencia de mecanismos alternativos de denuncia, la falta de capacitación constante de los funcionarios públicos, la falla en el fortalecimiento de la capacidad de respuestas de los agentes de seguridad y los operadores judiciales, la insuficiencia de una oferta más amplia de refugios para víctimas de violencia doméstica, la falta de ampliación de la asistencia gratuita, psicológica y legal para la víctima, y la ausencia de programas económicos destinados a la ayuda económica temporal, la capacitación y la búsqueda de trabajo para la mujer víctima de violencia, entre otros.

El más importante de los errores es la incapacidad legal de no poder frenar la cadena de violencia de género en el primer acto. Ello ocurre por la imposibilidad de encuadrar esa violencia psíquica, expresada en forma verbal y/o por cualquier medio, especialmente el digital, en las tipificaciones de los delitos detallados por el Código Penal.

El confinamiento que vivimos el año pasado, que de a poco estamos volviendo a revivir durante éste, nos ha demostrado no solo la necesidad de las tecnologías de la información y la comunicación, sino también la necesidad de reglamentación para prevenir y sancionar la violencia psicológica de género, que resulta igual de gravosa en la salud que la violencia física. La búsqueda imperiosa de leyes adaptadas a la actualidad nos dará un Estado más moderno y eficiente en cuanto a la protección de los derechos de las mujeres.

¹¹ Amnistía Internacional (2020). "Una de cada tres mujeres sufrió violencia en las redes sociales en Argentina". Disponible en: <https://amnistia.org.ar/una-de-cada-tres-mujeres-sufrio-violencia-en-las-redes-sociales-en-argentina/>.

¹² Fernández, A., Villanueva, N. y Fernández-Miranda, J. (2014). "Redes sociales: donde el anonimato es más rápido que la justicia". En *ABC*, 28/4/2014. Disponible en: <https://www.abc.es/tecnologia/redes/20140428/abci-redes-sociales-twitter-peligros-201404272045.html?ref=https://www.google.com.ar/>.

¹³ Entiéndase: Facebook, Twitter, Instagram, Tick Tock, Snapchat, etc.

¹⁴ Lerma Mayer, A. (2020). "Anonimato en la era digital. Confabulario". En *El Universal*, 2/11/2020. Disponible en: <https://confabulario.eluniversal.com.mx/anonimato-redes-sociales/>.

The epistemological status of law

Julian Hermida¹, Laura Quintana²

ABSTRACT

The article discusses the epistemological status of law. From an epistemological perspective, law is a science, as members of the legal community are engaged in the same social practices as other scientific communities, which falls within the concept of science held by the French tradition of historical epistemology. The methods used in the legal discipline vary according to the different epistemological contexts. Like in other sciences, in the context of discovery, theorists use a wide variety of methods. In the context of justification, the community of legal scholars and researchers use a hermeneutical approach known as the doctrinal legal method to validate the production of legal knowledge. In the context of application, legal practitioners use the so-called legal method, consisting of deriving conclusions from legal norms through deductive reasoning in order to predict the outcome of a court decision or to determine how a court ought to rule in a case.

Keywords: Epistemology; law, science; legal method

RESUMEN

El artículo analiza el estatuto epistemológico del derecho. Desde una perspectiva epistemológica, el derecho es una ciencia, ya que los miembros de la comunidad jurídica participan de las mismas prácticas sociales que otras comunidades científicas, lo que se enmarca dentro del concepto de ciencia sostenido por la escuela francesa de epistemología histórica. Los métodos utilizados en la disciplina jurídica varían según los diferentes contextos epistemológicos. Como en otras ciencias, en el contexto del descubrimiento, los teóricos utilizan una amplia variedad de métodos. En el contexto de la justificación, la comunidad de juristas e investigadores utiliza un enfoque hermenéutico conocido como doctrina jurídica para validar la producción de conocimiento jurídico. En el contexto de la aplicación, los profesionales del derecho utilizan el llamado método dogmático, que consiste en derivar

¹ Professor of Law, Algoma University (Sault Ste. Marie, Canada) & UFLO Universidad (Buenos Aires, Argentina). Doctor of Civil Law (DCL), Master of Laws (LL.M), McGill University (Montreal, Canada). julian.hermida@algomau.ca. 1520 Queen Ste. East, Sault Ste. Marie, ON, Canada.

² Professor of Psychology, UCES (Buenos Aires, Argentina). lquintana@uces.edu.ar. Paraná 817, Buenos Aires, Argentina.

conclusiones de las normas legales a través del razonamiento deductivo para predecir el resultado de una decisión judicial o para determinar cómo un tribunal debe fallar en un caso concreto.

Palabras claves: Epistemología; derecho; ciencia; método legal

I. Introduction

The debate about whether law is a science or not is still unsettled among scholars in both epistemology and law. For many, particularly those who subscribe to empirical and positivist epistemological conceptions of science, law is not a science (Markey, 1984). However, many legal scholars hold that law is a science and that it has a distinct method, which shares many of the features of the scientific method of empirical sciences (Langdell, 1870).

The objectives of this article are twofold. First, the goal is to discuss the epistemological status of law as a science. Second, the goal is to identify the method or methods used in the legal discipline.

Even though law as a discipline is quite diverse, at least, in common law and civil law jurisdictions, law can be considered a science. Law has distinct methods, which depend upon the different epistemological contexts.

II. Critiques of the scientific status of law

Both legal professionals and epistemologists, many of whom are enrolled in the positivist tradition of science, have criticized the proposition that law is a science on a wide array of diverse grounds.

Some reject the scientific status of law by arguing that law is a branch of practical reason (Kronman, 1985, Perelman, 1980). Other scholars find that law is an art, either the art of argumentation (Fidel & Cantoni, 2004) or the art of social governance by rules of conduct (Posner, 1988). Others emphasize the fact that the law “has remained Aristotelian, while science has built up a new world of analyzed, systematized, and recorded facts (Morse 1923). The scientific status of law has also been discarded for the reasons that law is a normative phenomenon (Roos, 2014), a social ordering instrument (Fuller, 1975), a body of applied learning (Cowan, 1948) or a product of custom, legislation, and judicial development (Roos, 2014). It has also been rejected for being pragmatic, i.e., for being a set of principles and maxims that aim to clarify concepts and hypotheses and to identify and solve disputes (Morse, 1923).

Popper’s followers have also refused to recognize law as a science by virtue of the normative character of law (O’Connor, 1995). For positivists, norms are not susceptible of being falsified because their nature is not descriptive but prescriptive, i.e., they are not formulations that refer to explanations about the world, but rather formulations about how people’s behavior ought to be in the world (Escobar-Jiménez, 2018).

The interpretations of Thomas Khun’s epistemological postulates (Vann Spruiell, 1983) consider the law to be in the pre-paradigmatic phase, i.e., the stage prior to the development of normal science where there is a state of confusion; and different ideas compete with each other (Khun, 2012).

Most of the critiques of the lack of scientific status, however, revolve around the fact that law does not follow the scientific method (Harvey, 1944). According to these critiques, the legal method consists of finding justifiable solutions for a particular case by exploring general principles and rules and by proper argumentation of these solutions (Maczonkai, 2015). For these scholars, the legal method does not meet the requirements to be considered scientific, as it does not coincide with the representation that these critics have of the method followed

by scientists. According to Harvey (1944), “law is not a science at all. There is no analogy between the lawyer’s study and the laboratory. Law does not discover new elements or principles, or put new instruments or knowledge at the service of humanity”.

Other authors who reject the scientific status of the law even advocate for the supremacy of law and its values over science, as they consider science and the scientific method be a threat to the transcendental ethical values of law (Markey, 1984).

All these criticisms of the non-scientific nature of law share a positivist and empiricist view of science and ignore that sciences lack a common structure (Feyerabend, 2010) and that they are a human product that depends on the historical, cultural, and social context in which they emerge and develop (Chalmers, 2015). Furthermore, these criticisms ignore the fact that these positions also reflect an attempt to impose the method that scientists believe they use in the natural sciences on to other disciplines (Bourdieu, 2008). Likewise, these positions ignore the fact that there are no criteria which will permit a clear differentiation between science and non-science (Follari, 2007). Furthermore, there are no epistemological criteria which all sciences possess and that are exclusive to them. At the same time, these critiques distort the legal method, presenting it as a process that does not allow for external control and where legal professionals come up with arbitrary interpretations to advance their clients’ interests (Bowman, 2002).

III. Science as institutionalized social practices

According to the French tradition of historical epistemology (Althusser, 1999, Bachelard, 2002, and Bourdieu, 2008) and to some central aspects of Thomas Khun’s contributions (2012), science can be conceptualized on different considerations than those sustained by empiricists and positivists. Thus, a discipline is considered scientific when the members of a disciplinary community, grouped around a common paradigm (Khun, 2012) or a research tradition (Laudan, 1978), recognize their disciplinary practice as scientific and engage in institutional social practices that members of other scientific communities also take part in, such as research, communication of results through peer-reviewed publications, participation in conferences, and university teaching, among others. Follari (2007) adds the recognition of other scientific communities, although he admits that this social recognition is a flexible criterion that would be fulfilled with the recognition of some –and not necessarily all– scientific communities. In this way, science –even the natural sciences– is a social construction; and scientific knowledge is conquered, constructed, consented, and epistemologically watched (Bourdieu, 2008), which implies an epistemological break with previous knowledge (Bachelard, 2002).

IV. Law as a science

Clearly, law meets all of the above mentioned elements of the notion of science. First, law has a well-defined community of legal scholars made up of faculty members, researchers, authors, and even some legal practitioners who see law as scientific. In effect, there is a long history of scholars who have held that law is a science (Mayesem, 1833). These go from Bacon, who argued that law was “a science much like astronomy or chemistry and was susceptible to the application of reason and the new scientific method” (Hoeflich, 1986), to present-day jurists who see their every day research and jurisprudential scholarship as scientific (Holtermann & Madsen, 2020).

Furthermore, law and legal scholars played a pivotal role in the creation and expansion of modern science. Many of those who contributed to the creation of modern science were also jurists who were influential in the construction of the modern legal paradigm that emphasized the application of reason to solve legal problems in the same way as other –natural– sciences (Hoeflich, 1986).

Additionally, there are literally thousands of associations devoted to the research of law around the world. Most of these associations, together with university law departments, faculties of law, and law schools, organize conferences and congresses, and run peer-reviewed journals devoted to the publication of research findings and essays on legal scholarship. Law has also been taught at the higher education system since its inception, even long before the emergence of most other sciences. In effect, the modern university emerged in the XI century in Western Europe with the creation of the University of Bologna in Italy, which incorporated the teaching of both canon law and civil law. Since then, virtually all prestigious universities around the globe have included the teaching of law (Axtell, 2016). Legal research in and the production of legal knowledge also have a very long and rich tradition, which dates back several millennia. For example, research about Roman law began centuries ago and continues even today. In the last centuries, legal research and scholarship have grown exponentially and are regarded as hallmarks of progress within members of the academic legal profession. This shows both a certain recognition of other scientific disciplines, and, at the same, a demarcation of boundaries with other disciplines in the production of scientific knowledge.

All this clearly shows that law has all the elements that constitute a science according to the notion of science that derives from the French tradition of historical epistemology, i.e., the recognition of the scientific character by its own members, the realization of certain institutional social practices, an epistemological break with non-legal knowledge, and epistemological watch.

V. The scientific method

Before delving into the discussion of the methods used in law, it is necessary to make certain clarifications about the scientific method that is allegedly used in the natural sciences. First, no scientist actually follows the so-called scientific method, which is supposed to consist of observing facts from a neutral and objective perspective, then inductively deriving theories from those facts and, finally, deducing predictions and explanations (Gower, 1997). This is so, among other factors, because it is not humanly possible to observe facts without a prior theory. The history of philosophy of knowledge is the history of the tension between those who argue that we can experience the world through our senses and those who believe that it is not possible, as our senses are not reliable (Lupyan, 2017). While this debate will probably never be settled definitively, there is enough evidence that shows that our prior knowledge, whether innate or acquired, influences our sense perception (Chalmers, 2015). Second, neither inductive nor deductive logic can guarantee real, valid, and true conclusions (Chalmers, 2015). The former cannot discard the possibility that a new fact (observation statement) will not conflict with the conclusion (law). Additionally, the validity of an inductive argument ultimately depends on the validity of a prior knowledge, which, in turn, also requires an inductive argument to justify it. Deductive reasoning can only guarantee the validity of the inferential process but not the truth of its conclusions if the premises are not valid. So, the scientific method is not actually followed by natural scientists. Nor can it be regarded as infallible.

VI. The methods used in law

Much has been written about the legal method (McLeod, 2013). While there seems to be consensus about the predominant structure, the logical reasoning, and the purpose of the legal method, there is also confusion about and discontent with this method. First, there is an erroneous perception that this method applies in all situations and contexts that deal with the production of legal knowledge. In effect, the method has been conceived to deal, almost exclusively, with legal practice in general and, in particular, with judicial practice. Its main objective in common law jurisdictions is to predict how judges will decide cases; and in the civil law world, the objective is to demonstrate how judges ought to decide cases. Thus, this method does not describe what legal researchers and scholars do, since the purpose and content of their research differs from those of legal practice. Second, there is no agreement as to the content of the object of study of the legal method, i.e., there is no consensus about what data are employed in the legal method.

This confusion originates because there are actually three different –albeit interrelated– levels or contexts in which legal knowledge is produced. These are the context of discovery, the context of justification, and the context of application (Reichenbach 1938).

VI. 1. Context of discovery

The context of discovery refers to the way in which a new theory is generated, i.e., the way in which scientists propose new ideas, concepts, hypotheses, and principles. In Popper's terms (1959), the context of discovery has to do with the way in which the ideas that lead to the development of a theory occur. The generation of a new theory does not have a logic or a particular method nor does it follow any pattern. What allows the creation of a science in a certain case may not necessarily work in other situations (Feyerabend, 2010). Bourdieu (2008) shows that every discovery has an irrational element or a creative intuition and calls for abandoning the idea that research consists of a systematic succession of steps that lead to a conclusion (Bourdieu, 2008). Like other theories, legal theories are created by individuals who produce knowledge in very different ways. They take ideas from social practice, governmental policies, cultural artifacts, other theories, other disciplines, legal texts, and even their own personal lives and experiences, among many other sources. Like in any other science, some theories are the product of serendipity; others are the result of rigorous reflection. All these situations, sources, and experiences constitute the genesis of legal knowledge and, legal science. Thus, the legal method does not play any role in the context of discovery.

VI. 2. Context of justification

The context of justification implies the validation of the theory, i.e., the determination of the epistemological validity of the knowledge so produced (Reichenbach 1938). This context answers questions such, as: "Can a claim be justified? And if so, how? Is it verifiable? Does it logically depend on some other claims? Or does it contradict them?" (Popper, 1959). Beyond these questions of a general nature, and given that there are no external criteria and validation objectives applicable to all sciences, each scientific community adopts its own method of justification. In the context of justification, the community of legal researchers and legal scholars does not use the legal method that predominates in legal practice. Legal researchers are not interested in predicting the outcome of a court decision or in determining how a judge ought to rule in a specific case. Their main interest lies in interpreting

and validating legal knowledge. They deal with the assessment of the internal consistency of legal theories and with the elaboration of legal concepts (Laudan, 1978). This knowledge may be useful for predictive purposes and for legal practice in general, but this is an indirect effect of this type of legal research, not its main objective. Thus, legal researchers who work within the parameters of the legal discipline –as opposed to those who rely on another social science to analyze the law– (Posner, 1988) employ a kind of hermeneutical approach sometimes referred to as doctrinal legal analysis.³ This is a systematic process of interpretation, analysis, and critical evaluation of the legal norm, i.e., laws, principles, concepts, and doctrines. Through this method, the researcher discerns, hierarchizes, classifies, and critically reviews the legal norm, places it within a certain legal category, and evaluates its place within the legal order. The crucial question that the legal researcher asks with respect to a legal norm is whether it is valid in light of its logical relation to other norms (Holtermann & Madsen, 2020).

VI. 3. Context of application

The context of application deals with the application of the theory. In law, this context is highly connected to legal practice, in particular, with the settlement of disputes in court. While there is no consensus about the content of the object of study of the legal method, most scholars do agree about the way the method works. In other words, there is agreement that the object of study in law can be reduced to a set of first principles (which are equivalent to the facts of natural sciences) and that through deductive reasoning a valid conclusion can be reached (Hoeflich, 1986), i.e., a uniquely correct result for the case in question (Wells, 1994).

Disagreement ensues about the content of the object of study, i.e., the facts or data that are contained in those first principles. For Christopher Columbus Langdell, Dean of Harvard Law School in the late 19th century who was pivotal in shaping contemporary legal education in North America, the data are legal facts to be found –through empirical observation– in appellate cases (Langdell, 1870). For Holmes (1997), the object of study is made up of “a body of reports, of treatises, and of statutes”. For Natural Law scholars, the object of study are principles of natural law. For Ross, it is the ideology that animates the judges and motivates their actions which can be inferred through the doctrine of the sources of law, i.e., “the sum total of the factors exercising influence on the judge’s formulation of the rule on which he (sic) bases his (sic) decision” (Ross 2019). For Savigny, it is the rules of conduct derived from –Roman– history and society (Hoeflich, 1986). For European Legal Realists, it is the *homo juridicus* and his/her practices and what drives his/her conduct (Holtermann & Madsen, 2020). For positivist scholars, the object of study is the body of laws in effect in a given jurisdiction (Kelsen, 1934).

Legal practitioners and scholars have used all these phenomena –and a variation of these phenomena– as the data to observe through the legal method. Judging from the success of the contributions to legal practice of all these alternatives it is clear that the legal method can be used to observe and analyze all these phenomena (Danner, 2013).

³ The legal method used in the context of application has sometimes been referred to as doctrinal legal method, which adds to the confusion about the methods used in law. When used as a synonym of legal method it simply aims to predict or influence a court case. In the context of justification, doctrinal legal analysis has the purpose and meaning discussed in this section.

VII. Conclusion

The debate about whether law is a science or not has been dominated by empirical and positivist conceptions of science. These conceptions have forced legal scholars to try to artificially explain their discipline in terms of a positivist conception of science instead of focusing on the social practices associated with scientific communities. An epistemological conception of science that regards science as a social construction and that emphasizes internal recognition rather than adherence to a certain method demonstrates that law is a science, as it shares the characteristics, elements, and practices of other scientific communities. These include a long history of research, university teaching, peer-reviewed publications, organization of conferences, and both internal and external recognition of the work of legal scholars as scientific.

There is ample confusion with respect to the methods used in legal science. Confusion arises from the fact that there is a tendency among some scholars to equate the method used in legal practice to the so called scientific method. Confusion is compounded when the same scholars erroneously ascribe this method to the one used to validate legal knowledge.

A look at the different epistemological contexts demonstrates that there is no single method used in the context of discovery, which is consistent with what happens in all other sciences (Feyerabend, 2010). In the context of justification, members of the scientific legal community employ the doctrinal legal method, a type of hermeneutical approach aimed to determine the validity of a legal norm vis-à-vis other norms within the same legal order (Quintana & Hermida, 2019). The method used in the context of application is the legal method, whose purpose is to predict –or find the correct– outcome of a judicial case. There is consensus as to the way the method works and the purpose of the method, but there is no agreement on the data that the method analyzes. It has been proposed that a wide variety of phenomena such as legal facts, reports, treatises, statutes, principles, ideologies, rules of conduct, practices, and positivist laws, among many others, are the object of study of the legal method.

References

- Althusser, L. (1999). *Writings on Psychoanalysis*. New York: Columbia University Press.
- Axtell, J. (2016). *Wisdom's Workshop: The Rise of the Modern University*. Princeton: Princeton University Press.
- Bachelard, G. (2002). *The Formation of the Scientific Mind. A Contribution to the Psychoanalysis of Objective Knowledge*. Manchester, UK: Climamen Press.
- Bourdieu, P., Chamboredon, J.C. & Passeron, J.C. (2008). *El oficio del sociólogo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Bowman, M. (2002). *The Last Resistance. The Concept of Science as a Defense against Psychoanalysis*. New York: State University of New York.
- Chalmers, A, F. (2015). *What is this thing called Science?*. 4th ed. St. Lucia, Queensland: Hackett.
- Cowan, T. A. (1948). "Relation of Law to Experimental Social Science". In. *U. Pa. L. Rev.* (96), 484.

Danner, R. A. (2013). "Oh, the Treatise!". In *Mich. L. Rev.* 821, 111.

Dawson, B. T. (1992). "Legal Research in a Social Science Setting: The Problem of Method". In *Dalhousie Law Journal*, 14 (3) 445.

Escobar-Jiménez, C. (2018). "Criterios de Demarcación, Pseudociencia y Cientificidad en el Derecho". En *Cinta de moebio*, (61), 123-139.

Feyerabend, P. (2010). *Against method. Outline of an anarchistic theory of knowledge*. London: Verso.

Follari, R. (2007). *Epistemología y Sociedad. Acerca del debate contemporáneo*. Rosario: Homo Sapiens Ediciones.

Fuller, L. (1975). "Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction". In *BYU L. Rev.* 89.

Glenn, H. P. (2014). *Legal Traditions of the World: Sustainable diversity in law*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press.

Gower, B. (1997). *Scientific Method: An Historical and Philosophical Introduction*. London and New York: Routledge.

Holmes, Jr. O. (1897). "The Path of the Law". In *Harvard Law Review*, 10, 457.

Holtermann, J. & Madsen, M. (2020). "European New Legal Realism: Towards a Basic Science of Law". In *Courts Working Paper Series*, N° 215.

Kelsen, H. (1934). *Pure Theory of Law*. Berkeley, CA: University of California Press.

Khun, T. (2012). *The Structure of Scientific Revolutions: 50th Anniversary Edition*. 4th ed. Chicago: University of Chicago University Press.

Langdell, C. C. (1870). *A Selection of Cases on the Law of Contracts*. Boston: Little Brown.

Laudan, L. (1978). *Progress and Its Problems. Towards a Theory Scientific Progressive Growth*. Berkeley & Los Angeles: University of California Press.

Lupyan, G. (2017). "How Reliable Is Perception?". In *Philosophical Topics*, 45(1), 81-106.

Maczonkai, M. (2015). "Legal argumentation. Is it a science or art?". In *Acta Juridica Hungarica*, 56 (2-3), 114-128.

McLeod, I. (2013). *Legal Method*. London: Palgrave Macmillan.

O'Connor, S. (1995). "The Supreme Court's Philosophy of Science: Will the Real Karl Popper Please Stand Up?". In *Jurimetrics*, 35, 263-276.

Popper, K. (1959). *The Logic of Scientific Discovery*. London: Hutchinson.

Quintana, L. & Hermida J. (2020a). "A Comparative Analysis of Undergraduate Thesis Courses in Canadian and Argentine Universities". In *International Journal of Research and Review*, 7(4), 30-37.

Quintana, L. & Hermida, J. (2019). "El método hermenéutico y la investigación en Ciencias Sociales". In *Aportes al Derecho*, Vol. 1, N° 3, pp. 1-18.

Quintana, L. & Hermida, J. (2020b). "La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica". In *Perspectivas en Psicología. Revista de Psicología y Ciencias Afines*, 73-80.

Reichenbach, H. (1938). *Experience and Prediction. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. Chicago: The University of Chicago Press.

Spruiell, V. E. (1983). "Kuhn's 'Paradigm' and Psychoanalysis". In *The Psychoanalytic Quarterly*, 52 (3), 353-363.

Wells, C. P. (1994). "Holmes on Legal Method: The Predictive Theory of Law as an Instance of Scientific Method". In *Southern Illinois University Law Journal*, 18, 329-345.

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Nicolás Plo¹

I. Introducción

Como es sabido, el Estado de derecho requiere un balance de derechos y obligaciones. Dichas normas generan –necesariamente– consecuencias jurídico-legales como así también personales. Esto se da porque quien es sometido al proceso penal no deja de ser una persona física que posee un contexto y circunstancias determinadas.

A lo expuesto cabe agregar que el proceso penal es muchas veces causal de dolor, sufrimiento y angustia. El imputado que es sometido a un proceso penal debe forzosamente tolerar una serie de padecimientos (prisión preventiva, allanamientos, requisas, intervención de sus teléfonos, embargos, secuestro de elementos personales, tiempo, gastos, etc.) y todo ello, mientras –paradójicamente– es considerado por nuestra Carta Magna como inocente.

Es por ello que en este trabajo analizaré la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable a la luz del ordenamiento nacional e internacional como así también la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales.

II. El derecho al plazo razonable en los instrumentos internacionales

El derecho al plazo razonable ha sido consagrado tanto en el sistema universal como en el interamericano y europeo a través de los siguientes instrumentos internacionales:

- **La Declaración Universal de los Derechos Humanos.** Artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.
- **La Declaración Americana de Derechos Humanos.** Artículo 25: “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”; Artículo 26: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que

¹ Abogado (Universidad Católica de Salta). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Palermo). Profesor adjunto de las materias Derecho Procesal II y Seminario I (UFLO Universidad). Ayudante de segunda de la materia Elementos de Derecho Constitucional (UBA). Juez de Tribunal Oral en lo Criminal de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires (desde 2016).

se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y publica a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

• **La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).** Artículo 7.5: “Toda persona detenida o retenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Artículo 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

• **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).** Artículo 9: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta; 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de razones de la misma y notificada, sin demora de la acusación formulada contra ella; 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no deben ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren en la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en su caso, para la ejecución del fallo; 4. Toda persona que sea privada de su libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal; 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

• **El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Cedh).** Artículo 6.1: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

III. Norma procesal nacional

El Código Procesal Federal, en el artículo 119, refiere que:

“Duración máxima: Sin perjuicio de lo establecido para los procedimientos especiales, todo proceso tendrá una duración máxima de tres (3) años contados desde el acto de la formalización de la investigación preparatoria. No se computará a estos efectos el tiempo necesario para resolver el recurso extraordinario federal. La rebeldía o la suspensión del trámite por cualquiera de las causas previstas en la ley suspenderán el plazo antes referido. (...) El incumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior hará incurrir al juez y al representante del Ministerio Público Fiscal en falta grave y causal de mal desempeño”.

IV. El derecho al plazo razonable en la jurisprudencia internacional

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al concepto de “plazo razonable”, se remite al criterio elaborado por la Corte Europea de Derechos Humanos. En dichas oportunidades sostuvo que “es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales”.²

La cita realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina de su par europea impone efectuar un relevamiento del criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cuestión bajo análisis. El citado Tribunal Europeo mantiene que no existen plazos automáticos o absolutos y que, además, la inobservancia de los plazos de derecho interno no configura por sí una violación al art. 6, inc. 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), sino solo un indicio de morosidad. Sin embargo, se fijan claras pautas acerca de cómo debe ser ponderada esta cuestión.³

El Tribunal de Estrasburgo ha resuelto también que el carácter razonable de la duración del proceso debe ser determinado según las circunstancias de cada caso, pero especialmente tomando en cuenta la complejidad del asunto, la conducta del recurrente y de las autoridades competentes.⁴

Respecto de la “complejidad del asunto”, se ha señalado que puede provenir tanto de los hechos como del derecho aplicable al caso⁵ y que pueden existir complicaciones que hagan más lento el proceso en los casos en que se requiere la opinión de expertos y existan varios demandados.⁶ O que la complejidad del caso puede surgir de la cantidad de acusados;⁷ o que la multiplicidad de incidentes planteados por las partes puede convertir un caso simple en uno complejo.⁸

En esta dirección, Enrique García Pons,⁹ al analizar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, señala que la complejidad puede provenir tanto de la materia como de la propia naturaleza del litigio. Y que por complejidad jurídica procedimental puede darse tanto por el mayor número de partes o implicados en el proceso, así como también en la necesidad de practicar trámites complejos como las comisiones rogatorias o determinados dictámenes periciales y en la sustanciación de cuestiones difíciles y novedosas.

Otro parámetro que debe tenerse en cuenta es “la propia actividad procesal del interesado”, ya que si bien no pueden considerarse los recursos que válidamente puede interponer todo imputado, su comportamiento es un elemento objetivo que no puede ser atribuido al Estado y debe tomarse en cuenta al momento de determinar si se ha

² Conf. casos “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, sentencia del 21 de junio de 2002; “Suárez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997; y “Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1997; entre otros.

³ Conf. Frowein, J. y Peukert, W. (1996). *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK Kommentar*. 2ª ed. Estrasburgo: Engel Verlag, págs. 268 y sgtes., y casos allí citados.

⁴ In re: “Katte Klitsche de la Grange v. Italy”, caso nº 21/1993/416/495, sentencia del 27 de octubre de 1994, párr. 51; “X v. France”, caso nº 81/1991/333/406, sentencia del 31 de marzo de 1992, párr. 32; “Kemmaché v. France”, casos nº 41/1990/232/298 y 53/1990/244/315, sentencia del 27 de noviembre 1991, párr. 60; “Moreira de Azevedo v. Portugal”, caso nº 22/1989/182/240, sentencia del 23 de octubre de 1990, párr. 71.

⁵ Caso “Katte Klitsche de la Grange v. Italy”, ya citado, párr. 52 y 55.

⁶ Caso “Billi v. Italy”, nº 13/1992/358/432, sentencia del 26 de febrero de 1993, párr. 19.

⁷ Caso “Angelucci v. Italy”, nº 13/1990/204/264, sentencia del 19 de febrero de 1991, párr. 15.

⁸ Caso “Monnet v. France”, nº 35/1992/380/454, del 27 de octubre de 1993, párr. 28.

⁹ Conf. García Pons, E. (1997). *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. Barcelona: Bosch, págs. 138/140.

afectado la garantía del plazo razonable prevista en el artículo 6.1 de la Convención Europea.¹⁰ También deben valorarse las iniciativas implementadas que respondan manifiestamente a una actitud obstruccionista u objetivamente dilatoria.¹¹ Así, ha resuelto que son actitudes dilatorias, no imputables al Estado, las demoras indebidas ocasionadas por el causante que solicita aplazamientos injustificados de audiencias o cuando no se presenta a aquellas a las que estaba debidamente citado.¹²

Complementando y ampliando todo lo hasta aquí desarrollado, cabe traer a colación la interpretación que en similar sentido exhibe la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. El derecho al *"speedy trial"*, consagrado por la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana (que establece que "En toda persecución penal, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial del Estado y del distrito en que el delito haya sido cometido..."), es considerado "una importante salvaguarda para prevenir el encarcelamiento indebido y opresivo con anterioridad al juicio, para reducir al mínimo la ansiedad y preocupación que acompaña a una acusación pública y para limitar la posibilidad de que el retraso perjudique las posibilidades de defensa del acusado",¹³ con la particularidad de que, a diferencia de otras garantías, compromete un interés social que puede llegar a operar con independencia de los intereses del acusado, o incluso, en contra de ellos.¹⁴

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, al definir el alcance del derecho a obtener un juicio rápido, también recordó que "es uno de los derechos más básicos conservados por la Constitución"¹⁵ y puntualizó el carácter "resbaladizo" y "amorfo" de ese derecho por la imposibilidad de identificar un punto preciso a partir del cual se lo puede tener por conculcado. No obstante ello, ese Tribunal estableció un estándar de circunstancias relevantes a tener en cuenta, al expresar que "aunque algunos podrán expresarlo de manera diferente, nosotros identificamos cuatro factores: la duración del retraso, las razones de la demora, la aserción del imputado de su derecho y el perjuicio ocasionado al acusado".¹⁶ Allí también se dijo que "cuando el derecho a un juicio rápido ha sido privado, ello lleva al remedio severo de rechazar la acusación... Esta es una consecuencia seria porque significa que un imputado que puede ser culpable de un crimen quedará libre. Semejante remedio es aún más grave que la regla de exclusión o una orden para realizar un nuevo juicio, pero es el único remedio posible". Agregó en la misma oportunidad el juez Powell que "No podemos decir en forma definitiva cuánto tiempo es demasiado tiempo en un sistema en que la justicia se supone que ha de ser ágil pero reflexiva. Sin embargo, también en ese contexto la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible".

¹⁰ Caso "Wiesinger v. Austria", n° 38/1990/229/295, del 30 de octubre de 1991, párr. 57.

¹¹ Caso "Eckle v. Germany", sentencia del 15 de julio de 1982, párr. 82.

¹² Casos "Adiletta v. Italy", c. n° 20/1990/211/271-273, del 19 Febrero 1991, párr. 17; y "Kemmache v. France", c. n° 41/1990/232/298 y 53/1990/244/315; del 27 de noviembre de 1991, párr. 64.

¹³ Conf. "United States v. Ewell", 383 U.S. 116, 120 (1966).

¹⁴ Conf. "The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation", publicación del Congressional Research Service, Washington, 1987, p. 1333.

¹⁵ Ver "Klopper v. North Carolina", 386 U.S. 213 -1963-.

¹⁶ Ver "Barker v. Wingo", 407 U.S. 514 -1972-.

V. El derecho al plazo razonable en la jurisprudencia nacional

Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el conocido precedente “Mattei”¹⁷ que los principios de progresividad y preclusión constituían instrumentos procesales concretos para evitar la duración indeterminada de los procesos, indicándose que los mismos “obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal”. Asimismo, se señaló, en esa misma oportunidad, que debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

Ese mismo criterio se reiteró en el precedente “Mozzatti”,¹⁸ ocasión en la que –frente a un proceso que se había prolongado durante veinticinco años– se resolvió declarar la insubsistencia de todo lo actuado y la prescripción de la acción penal, sin perjuicio de los derechos de las partes, de naturaleza patrimonial. Para así decidir se señaló que habían sido “agraviados hasta su práctica aniquilación, el enfático propósito de afianzar la justicia, expuesto en el preámbulo, y los mandatos explícitos e implícitos, que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la de su defensa en juicio y debido proceso legal. Ello así, toda vez que dichas garantías constitucionales se integran por una rápida y eficaz decisión judicial”. Sostuvo que las personas sometidas a proceso “además de haber estado detenidas por distintos lapsos, durante todo el resto de la substanciación vieron indiscutiblemente restringida su libertad con las condiciones impuestas por la excarcelación. Y eso durante un término de prolongación insólita y desmesurada”, y que semejante situación era “equiparable, sin duda, a una verdadera pena que no dimana de una sentencia condenatoria firme, y se sustenta solo en una prueba semiplena de autoría y culpabilidad. Con ella se hace padecer física y moralmente al individuo, no porque haya delinquido, sino para saber si ha delinquido o no”.

En el caso “Kipperband”,¹⁹ el Alto Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en una causa en la que si bien no había transcurrido el término máximo de la prescripción de la acción penal –por verificarse en la causa diversos actos procesales constitutivos de secuela de juicio, y como tales con aptitud interruptiva del curso de la prescripción– se invocaba el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En esa coyuntura, el Superior rechazó –por estricta mayoría– el recurso extraordinario de la defensa, por considerar que el resolutorio recurrido no revestía el carácter de sentencia definitiva. Sin embargo, los cuatro ministros que se pronunciaron en disidencia concluyeron que “el tiempo empleado por el Estado para dilucidar los hechos investigados en el ‘sub lite’, resulta incompatible con el derecho a un juicio sin demoras indebidas amparado por el artículo 18 de la ley fundamental y por tratados internacionales de jerarquía constitucional. Esta transgresión constitucional conlleva como único remedio posible, a declarar la insubsistencia de la acción penal” (del voto de los doctores Fayt y Bossert), y que “la duración del presente proceso desde comienzos de 1985 hasta hoy resulta, en sí, violatoria del derecho del imputado a ser oído judicialmente en un plazo razonable (art. 8º, inc. 1, CADH). A ello se agrega que se vislumbra que tal situación habrá de prolongarse, con la consiguiente continuación de la restricción de la libertad que produce el sometimiento a

¹⁷ Fallos: 272:188.

¹⁸ Fallos: 300:1102.

¹⁹ Fallos: 322:360.

juicio y a las condiciones de la excarcelación, lo cual lesiona, asimismo, la garantía establecida por el art. 7º, inc. 5, CADH” (del voto de los doctores Petracchi y Boggiano).

La cita del referido precedente recaído *in re* “Kipperband” reviste singular interés, pues a partir del pronunciamiento dictado en el caso “Barra”,²⁰ el Alto Tribunal transformó en doctrina mayoritaria los fundamentos contenidos en el voto de los doctores Petracchi y Boggiano en la citada causa “Kipperband”.

Por último, cabe recordar también el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Egea”,²¹ en los que en un caso también vinculado a la interpretación que del término “secuela de juicio” debía realizarse en el marco de una causa sustanciada durante aproximadamente diecisiete años, se declaró que “cualquiera sea el criterio que se adopte respecto de la llamada ‘secuela del juicio’, en el caso, la duración del proceso por casi dos décadas, viola ostensiblemente las garantías de plazo razonable del proceso y del derecho de defensa. Por ende, cabe seguir el criterio propiciado por el Procurador General, resolviéndose –en definitiva– la revocación de la sentencia impugnada que rechazaba la excepción de falta de acción por prescripción”.

VI. Conclusión

En primer lugar, entiendo pertinente señalar que es condición de legitimación de la coerción penal la existencia de pena firme por la que se arribe, racionalmente, a la certeza de la impugnación. Esa decisión será siempre la culminación de un proceso previo, reglado por la ley, conforme a las pautas constitucionales.

Estas remiten a un modelo de enjuiciamiento que asegure la neutralidad del que decide y el ejercicio cabal del derecho de defensa poniendo a cargo de la acusación la demostración del hecho y la responsabilidad penal del imputado.

En esa estructura, los órganos estatales encargados de la persecución penal (unos en la función de acusar, otros en la de juzgar) encuentran límites en su actuación. Estos estarán dados por la incoercibilidad del inculcado y el respeto a las garantías constitucionales que condicionan no solo el descubrimiento de la verdad, con las consabidas restricciones probatorias, sino la duración de su actividad persecutoria, que deberán acotar en el tiempo para que no se convierta, por sí misma, en una pena anticipada.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se encuentra receptado, implícitamente, en la Constitución Nacional y, en forma expresa, en los tratados internacionales que la componen e integran, y ampara no solo al imputado, sino también a toda persona que ejerce el derecho de petición ante las autoridades judiciales.²²

A lo expuesto, cabe resaltar que la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas se encuentra ubicada dentro de la garantía constitucional del debido proceso y, por consiguiente, dentro de la garantía de defensa en juicio consagrada en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales.

Es por ello que considero muy acertada la estipulación de un plazo cierto y determinado (tres años a lo que debe sumarse el eventual recurso extraordinario federal) como lo hace el Código Procesal Penal Federal, como también entiendo apropiada la cláusula que dispone la falta grave para el juez o fiscal por su incumplimiento.

Por otro lado, resultan relevantes los criterios desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en base a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la determinación del plazo en el proceso. Me refiero a a) la complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; y c) conducta de las autoridades judiciales.

²⁰ Fallos: 327:327.

²¹ Fallos 327:4815.

²² *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, “Plazo Razonable y medios de impugnación”, 22 Tomo 6, pág. 152.

En resumen, la potestad coercitiva del Estado encuentra un límite cuando la duración de los procesos excede el plazo razonable. El sometimiento de una persona a un proceso penal implica, necesariamente, afectación a sus derechos, aun cuando no se hubieran dispuesto medidas de coerción personal.

A ello se suma que la persecución penal genera un estado de incertidumbre que acarrea la necesidad de obtener una resolución que establezca en forma definitiva la responsabilidad penal del imputado.

En conclusión, la excesiva duración de un proceso²³ implica una afectación del debido proceso y, por ende, una vulneración al principio de inocencia y al respeto a la dignidad del hombre, ya que impide que recaiga una decisión que defina su situación.

²³ La CSJN expresó en *re* Fallos: 316:2063 que “La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de lo razonable”.