

PENSAR EN DERECHO N°20



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

Directora

Mónica Pinto

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Ghersi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1° edición: julio de 2022

© 2022

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Vicedecano: *Dr. Marcelo Gebhardt*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Leila Devia
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Luis Niño
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Alfredo Vítolo

Consejeros suplentes

Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary Beloff
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Juan Pablo Mugnolo
Prof. Carlos Clerc
Prof. Silvina González Napolitano
Prof. Graciela Medina
Prof. Alejandro Argento

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Carlos Mas Velez
Ab. Silvia Bianco
Ab. Fabián Leonardi
Ab. Fernando Muriel

Consejeros suplentes

Ab. Elisa Romano
Ab. Oscar Jiménez Peña
Ab. Aldo C. Gallotti
Ab. Ana Florencia Adelardi Miranda

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Víctor F. Dekker
Catalina Cancela Echegaray
Yamila P. Ramos López
Luis R. López Lage

Consejeros suplentes

Mauro C. Vera
María del Pilar Ciambotti
Javier W. Bica Ríos
Julia Ben Ishai

Representante No Docente

Sra. Lorena Castaño

Secretarios

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Daniel Pastor*
Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: *Ab. Marcelo Haissiner*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas G. Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario de Investigación: *Dr. Emiliano J. Buis*
Subsecretario Técnico en Administración: *Ab. Daniel Díaz*
Subsecretario de Planeamiento Educativo: *Dra. Noemí Goldsztern de Rempel*

Índice

Dossier: El derecho internacional en el conflicto Rusia-Ucrania

Entre el derecho internacional y la Realpolitik: el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales..... 9

Oswaldo N. Mársico

La regulación de las transferencias de material bélico en el conflicto ruso-ucraniano: el derecho internacional y los riesgos de la proliferación de armas convencionales37

Emiliano J. Buis

La intervención de los tribunales internacionales en tiempo de conflicto armado: la doble dualidad de responsabilidad en los casos entre la Federación Rusa y Ucrania 63

Natalia M. Luterstein

El conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania: un breve análisis acerca del derecho internacional humanitario aplicable 83

Ezequiel Heffes

Comentario bibliográfico

Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi..... 101

Mónica Pinto

Artículos recibidos por convocatoria abierta

| | |
|---|-----|
| Aplicación práctica de la justicia restaurativa en procesos penales en el fuero nacional y federal | 107 |
| <i>Marina Soledad Lolo Doval</i> | |
| Explorando escenarios pospandemia: lo posible, lo probable, lo deseable | 167 |
| <i>Alejandro Pelfini y Guillermo Jensen</i> | |
| Ética aplicada a la contratación pública administrativa | 187 |
| <i>Pedro R. Iphais</i> | |
| Tres tesis sobre los límites constitucionales de la potestad anulatoria | 231 |
| <i>Iván F. Romero Verdún</i> | |

Dossier

*El derecho internacional en el conflicto
Rusia-Ucrania*

Entre el derecho internacional y la Realpolitik: el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*

Oswaldo N. Mársico**

“Omnia prius experiri quam armis sapientem decet”
“Al sabio le corresponde intentar todas las cosas antes de
pasar a las armas”.

(Terencio, *Eunuchus*, 4, 7, 19)

Resumen

Este trabajo analiza el proceso de toma de decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas cuando debe actuar de conformidad con el Capítulo VII de la Carta y transitar la delgada y delicada línea entre el derecho internacional y la política internacional para mantener la paz y seguridad internacionales.

Palabras clave: Consejo de Seguridad, paz y seguridad internacionales, uso de fuerza, conflictos armados.

*Las opiniones expresadas en el presente artículo son exclusivamente a título personal y no reflejan necesariamente la opinión de la institución a la que pertenece.

** Embajador de carrera, Profesor Adjunto Regular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UBA; balomarsico@aol.com.

Between International Law and Realpolitik: the United Nations Security Council and the Keeping of International Peace and Security

Abstract

This article analyzes the decision making process of the United Nations Security Council when it must take action under Chapter VII of the UN Charter and the delicate line it has to walk between international law and international politics to preserve international peace and security.

Keywords: Security Council, International Peace and Security, Use of Force, Armed Conflicts.

I. Introducción

El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es el valor protegido más importante en el esquema de seguridad colectiva nacido de las cenizas y los horrores de la Segunda Guerra Mundial. El Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas justamente expresa el anhelo de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”.¹ En este esquema, el valor paz prevalece sobre el valor justicia, de modo que las decisiones que adopte el Consejo de Seguridad ante una situación de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión deben leerse en esa clave: detener el conflicto armado, no resolverlo, obtener un cese de fuego y el retiro de tropas, sin prejuzgar sobre la cuestión de fondo, los derechos o títulos al territorio invocados por las partes. Esa tarea corresponderá eventualmente a un tribunal arbitral o a la Corte Internacional de Justicia. El Consejo de Seguridad no es un órgano jurisdiccional sino esencialmente un órgano político, con la facultad de tomar decisiones vinculantes para todos los Miembros de Naciones Unidas.²

1. Se calcula que en la Primera Guerra Mundial hubo aproximadamente 17 millones de muertos y 57 millones durante la Segunda Guerra Mundial.

2. El art. 25 afirma que “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”.

Por ello sostenemos que los preceptos de la Carta en materia de paz y seguridad internacionales no pueden interpretarse en abstracto ni de forma aislada sino a la luz de la propia práctica del Consejo de Seguridad, del contexto histórico-político en el que se desarrolla el conflicto armado, de la igualdad real de las partes en la controversia, más allá de la igualdad jurídica formal que proclama el art. 2:1 de la Carta, sus vínculos históricos, políticos o alianzas militares con un Miembro Permanente y de la relación de fuerzas dentro del Consejo de Seguridad, especialmente entre sus Miembros Permanentes.

El veto concedido a los cinco Miembros Permanentes en San Francisco es solo explicable en las circunstancias que precedieron al fin de la Segunda Guerra Mundial pues viola de manera explícita el principio de la igualdad soberana de los Estados. Las Potencias vencedoras se aseguraron de que nunca el Consejo iba imponerles una decisión contra su voluntad, argumentado que la paz era el valor supremo y ellos, los vencedores de la guerra, sus custodios incuestionables.

II. Contexto histórico-político: las consecuencias del fin de la Guerra Fría

El fin de la Guerra Fría, simbolizado por la caída del Muro de Berlín en la histórica noche del 9 de noviembre de 1989, marca el colapso de Europa Oriental y el comienzo del fin de la Unión Soviética, oficialmente disuelta el 8 de diciembre de 1991 con la firma del Tratado de Belavezha suscripto por los Presidentes de Rusia, Bielorrusia y Ucrania. De esta manera concluye el mundo bipolar, propio de la Guerra Fría y pareciera surgir luego de la Primera Guerra del Golfo Pérsico, en 1991, un “nuevo orden mundial”, según las palabras del Presidente George H. W. Bush de los Estados Unidos, en realidad un “momento unipolar”, caracterizado por la hegemonía de los Estados Unidos,³

3. En las vísperas de la Segunda Guerra del Golfo Pérsico en mayo de 2003 circulaba en los pasillos del Consejo de Seguridad una versión que, independientemente de su veracidad, revela el espíritu de la época: según la misma en una reunión entre el Secretario General, representantes de los Miembros Permanentes y altos representantes de organismos especializados involucrados en la cuestión de Irak, el representante de un miembro permanente habría planteado las siguientes preguntas: “a) ¿Qué son las Naciones Unidas? Las Naciones Unidas son el Consejo de Seguridad, b) ¿Qué es el Consejo

la ampliación de la OTAN⁴ y de la Unión Europea⁵ con la incorporación a estas dos organizaciones de los ex países comunistas de Europa Oriental. ¿Fin de la Historia?

A. Análisis de las consecuencias principales

1. Fin de la guerra ideológica

La primera consecuencia es el fin del enfrentamiento ideológico entre las dos superpotencias y la notable disminución de la utilización del veto, especialmente en los primeros años pos Guerra Fría. El uso y abuso del veto durante la Guerra Fría, especialmente por parte de los Estados Unidos y la Unión Soviética,⁶ limitó e incluso impidió al Consejo desempeñar sus funciones en todas aquellas situaciones en que un Miembro Permanente estaba involucrado de manera directa o indirecta. A título de ejemplo, Francia en la guerra colonial en Argelia (1954-1962), Reino Unido y Francia en el conflicto de Suez (1956), Estados Unidos en Vietnam (1963-1975), Unión Soviética en Afganistán (1979-1988), Estados Unidos en Granada (1983) y Panamá (1989), etc. En el período pos Guerra Fría lo han usado con más frecuencia los Estados Unidos contra cualquier resolución condenatoria de Israel, China en situaciones vinculadas a Taiwán y Rusia particularmente en

de Seguridad? Los 5 Miembros Permanentes, c) ¿Quién son los Miembros Permanentes? Estados Unidos”.

4. La Organización del Tratado del Atlántico Norte está integrada por 30 miembros. Entre 1999 y 2020 se sumaron 14 países que estaban bajo la órbita soviética o pertenecían a la ex Yugoslavia, a saber: Albania (2009), Bulgaria (2004), Croacia (2009), Eslovaquia (2004), Eslovenia (2004), Estonia (2004), Hungría (1999), Letonia (2004), Lituania (2004), Macedonia del Norte (2020), Montenegro (2017), Polonia (1999), República Checa (1999) y Rumania (2004).

5. Luego de la salida del Reino Unido, actualmente los miembros de la Unión Europea son 27, de los cuales 11 pertenecían al bloque soviético o a la ex Yugoslavia: Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Rumania.

6. Tan frecuente era el ejercicio del veto en esa época que Andrei Gromyko, el canciller soviético entre 1957 y 1985 era conocido en círculos diplomáticos como “Mr. Niet” o “Sr. No”. Durante los primeros diez años de la ONU, la Unión Soviética utilizó el veto en 79 oportunidades.

casos referidos a países de la ex Unión Soviética, su “exterior cercano” (“*su near abroad*”).

En la historia del Consejo de Seguridad, casi la mitad de los vetos fueron emitidos por la Unión Soviética, la gran mayoría de ellos antes de 1965. Desde 1972, Estados Unidos ha utilizado el veto más que cualquier otro Miembro Permanente. El primer veto fue utilizado por la Unión Soviética en 1946 en una cuestión vinculada al Medio Oriente y el más reciente fue el veto de Rusia el 25 de febrero de 2022 al proyecto de resolución presentado por Estados Unidos (S/2022/155) con relación a la situación en Ucrania. Desde 1946 a mayo de 2022, el veto fue utilizado en 212 oportunidades.⁷ El veto es esencialmente un voto en soledad, que demuestra el aislamiento diplomático del Miembro Permanente que lo utiliza. La notable disminución del uso del veto generó una mayor actividad del Consejo, que se reúne diariamente, a diferencia de lo que sucedía durante gran parte de la Guerra Fría que se reunía con poca frecuencia, incluso esporádicamente. El aumento de la actividad del Consejo se manifiesta de dos maneras concretas: el incremento de las operaciones de mantenimiento de la paz (OMPs) y el aumento de los órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad.

a) Operaciones de mantenimiento de la paz

Desde 1948 se han desplegado un total de 71 OMPs. En los primeros 40 años de Naciones Unidas se establecieron 13 OMPs. Desde 1996 se establecieron 58 más. Actualmente hay 12 OMPs en curso con 87.122 efectivos y 121 países contribuyentes.⁸

Especialmente desde el fin de la Guerra Fría, el presupuesto anual para OMPs (U\$ 3 millones aproximadamente) es tres veces superior al presupuesto general de la ONU.

b) Órganos subsidiarios

La creación de órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad está prevista en el artículo 29 de la Carta: amén del Comité del Estado Mayor y de los Comités de Sanciones que ya existían, el Consejo estableció órganos

7. <https://research.un.org/en/docs/sc/quick/veto>.

8. Información disponible en <https://www.un.org/es/peacekeeping>.

subsidiarios nuevos como el Comité contra el terrorismo en 2001,⁹ el Comité de no proliferación¹⁰ en 2004, los tribunales penales internacionales y la Comisión de Consolidación de la Paz. Esta última tiene la particularidad de ser a la vez un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General.

2. Cambio en la naturaleza de los conflictos armados

La segunda consecuencia es el cambio en la naturaleza de los conflictos. En efecto, si se observa la agenda mensual del Consejo, se comprueba que la mayoría de los conflictos no suceden entre Estados (interestatales) sino dentro de los Estados (intraestatales).¹¹ Eran conflictos latentes, solo contenidos por la rigidez de la Guerra Fría, de naturaleza esencialmente interna, a veces de origen étnico como el genocidio en Ruanda en 1994, disputa por recursos naturales (los diamantes de sangre en Sierra Leona en 1999), o lucha de clanes (Somalia en 1992), entre otros motivos. Todas esas situaciones están acompañadas generalmente de situaciones humanitarias extremas, violaciones sistemáticas de derechos humanos y derecho humanitario, desplazados internos y crisis de refugiados. Si bien son conflictos internos, ponen en riesgo la seguridad y estabilidad regional.

Ello no implica obviamente que no haya en la agenda del Consejo de Seguridad conflictos interestatales clásicos como las dos guerras del Golfo Pérsico (1991 y 2003), Kosovo (1999), Medio Oriente o el conflicto entre Rusia y Ucrania (2022). Significa que el Consejo actúa, imponiendo sanciones o desplegando OMPs o estableciendo Tribunales Penales Internacionales en controversias que anteriormente eran consideradas de competencia exclusivamente interna de los Estados. Este cambio de paradigma ha llevado al Consejo de Seguridad a intervenir en casos que hubiesen sido considerados incompatibles con el principio de no intervención consagrado en el art. 2:7 de

9. Establecido por Resolución 1373 (2001), luego de los ataques a las Torres Gemelas en Nueva York y el Pentágono en Washington DC el 11 de septiembre de 2001.

10. Establecido por Resolución 1540 (2004).

11. Ver Programa de Trabajo Provisional del Consejo de Seguridad de mayo 2022 en https://www.un.org/security_council/sites/www.un.org.securitycouncil/files/programme_of_work.pdf.

la Carta y para los que, evidentemente, el Consejo no fue concebido en 1945. Esto ha requerido una adaptación del Consejo a las nuevas situaciones sin por ello modificar formalmente la Carta. Se ha dicho que la Carta de Naciones Unidas es un “árbol viviente” en constante (a veces imperceptible) cambio.

3. Ampliación del concepto de amenaza a la paz y seguridad internacionales

La tercera consecuencia es la ampliación del concepto de amenaza a la paz. Esto ocurre no solamente por el cambio de la naturaleza de los conflictos, sino también por el surgimiento de nuevas amenazas como el terrorismo internacional,¹² los Estados fallidos,¹³ los “Estados trasgresores”,¹⁴ los grupos no estatales (grupos terroristas)¹⁵ y la relación entre estas dos últimas dos categorías y las armas de destrucción masiva.¹⁶ Son las denominadas “amenazas duras”.

4. Ampliación del mandato de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz

La ampliación del concepto de amenaza a la paz trae aparejada la ampliación del mandato de las OMPs. Estas ya no se limitan a operaciones

12. Ver Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, adoptadas luego del ataque a las Torres Gemelas y al Pentágono el 11 de septiembre de 2001.

13. Los “Estados fallidos” son aquellos en donde ha colapsado la autoridad central o esta ha perdido el control efectivo del territorio y por lo tanto son “refugios seguros” para grupos terroristas y “señores de la guerra”, “campo fértil” para el tráfico de armas, el tráfico de personas y la delincuencia organizada transnacional. Somalia y Yemen son ejemplos típicos.

14. La República Popular Democrática de Corea por sus actividades de proliferación nuclear y lanzamientos de misiles balísticos. Ver entre otras la Resolución 2397 (2017) del Consejo de Seguridad con relación a limitaciones a las exportaciones e importaciones en los sectores de energía.

15. La lista consolidada del Consejo de Seguridad de personas físicas y entidades sujetas a sanciones actualizada al 27 de mayo de 2022, alcanza a 700 personas físicas y 253 entidades. Entre estas últimas Al-Qaida, Al Qaida en Irak, Haqqani Network, etc. Está disponible en <https://scsanctions.un.org>

16. Ver Resolución 1540 (2004).

clásicas, “unidimensionales”, constituidas solo por el componente militar, sino que el Consejo despliega operaciones “multidimensionales y complejas” con distintos componentes: militar, civil, electoral, derechos humanos, buen gobierno, administración de justicia, etc., para responder de manera más efectiva al cambio de naturaleza de los conflictos armados. De modo que las OMPs realizan tareas de mantenimiento de la paz, construcción de la paz, consolidación de la paz e incluso de construcción de una nación (“*nation building*”) como en Timor Oriental con la adopción de la Resolución 1272 (1999) que le concedió a UNTAET¹⁷ la administración provisional del Territorio luego del referéndum de libre determinación celebrado en 1999 hasta la independencia de Timor Oriental y su admisión a Naciones Unidas en 2002.¹⁸

En último análisis, en la pos Guerra Fría, el Consejo ha recobrado relevancia política, lo que en la práctica ha llevado a una ampliación *de facto* de las sus competencias, una “*creeping jurisdiction*” en desmedro de la Asamblea General. Posiblemente, el ejemplo más claro es la adopción de la Resolución 1373 (2001) mediante la cual el Consejo asume, bajo el capítulo VII de la Carta, facultades legislativas propias de la Asamblea General en materia de lucha contra el terrorismo internacional.

III. La práctica del Consejo de Seguridad

El Consejo genera su propia práctica y, consecuentemente, su propia dinámica. La práctica emanada de un órgano principal de Naciones Unidas, como el Consejo de Seguridad, tiene la virtualidad de modificar o reinterpretar la Carta o incluso llenar sus vacíos sin recurrir al procedimiento previsto

17. United Nations Transitional Administration in East Timor.

18. Para un análisis detallado y pragmático ver Estanislao Zawels, “Operaciones de Mantenimiento de la paz” (1995), pp. 27-47 disponible <https://repositorio.uca.edu.ar>. Ver también P. Williams, *Historia de las Operaciones de Mantenimiento de la paz de Naciones Unidas de 2000 a 2020*, Instituto para Formación en Operaciones de Paz, Virginia, Estados Unidos disponible en <https://www.peaceopstraining.org/es/>.

en el Capítulo XVIII.¹⁹ Así, por ejemplo, el art. 27:3²⁰ fue reinterpretado en el sentido de que la abstención de un Miembro Permanente no es considerada como un veto, de modo de destrabar el proceso de toma de decisiones, especialmente en la fase más aguda de la Guerra Fría.

Asimismo, las OMPs no están previstas ni en el Capítulo VI ni en el Capítulo VII. No hay ninguna disposición expresa de la Carta al respecto. Sin embargo, su legalidad o legitimidad no ha sido cuestionada. Está avalada por la práctica del Consejo.²¹ El denominado “capítulo VI y medio” es ajeno al léxico y práctica del Consejo. Actualmente, hay 12 OMPs desplegadas.²²

Las Fuerzas Multinacionales (FMN) tampoco figuran en la Carta. La primera fuerza multinacional autorizada por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 678 (1990) fue la denominada “Operación Tormenta del Desierto”, con motivo de la invasión de Irak a Kuwait el 2 de agosto de 1990. Fue el primer gran desafío para el Consejo de Seguridad en la pos Guerra Fría. Las FMN suponen un nuevo modelo de autorización de uso de la fuerza mediante el cual el Consejo “autoriza” a un grupo de Estados interesados, bajo el Capítulo VII de la Carta, a utilizar la fuerza con un criterio ofensivo, no ya para “mantener la paz” sino para “imponer la paz”. De este

19. Art. 108 “La reforma de la presente Carta entrará en vigor para todos los Miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los Miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”.

20. Art. 27 inc. 3º: “Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve Miembros, incluso los votos afirmativos de todos los Miembros Permanentes...”.

21. Para un estudio más detallado, Ver *UN Publications*, “The Blue Helmets: A Review of the United Nations Peacekeeping”, tercera edición, Nueva York, 1996. Ver también, Simma (ed.), “The Charter of the United Nations”, segunda edición, 2002, p. 648.

22. Las lista de misiones en curso actualizada al 21 de mayo de 2022 es la siguiente: MINUJUSTH (Haití), MINURSO (Sahara Occidental), MINUSCA (República Centroafricana), MINUSMA (Mali), MONUSCO (República Democrática del Congo), UNAMID (Darfur), FNUOS (Golán), UNFICYP (Chipre), FPNUL (Libano), UNISFA (Abyei), UNMIK (Kosovo), UNMISS (Sudán del Sur), UNMOGIP (India y Pakistán) y ONUVT (Medio Oriente). Ver <https://peacekeeping.un.org/es/mission/untso>.

modo, el Consejo resuelve la imposibilidad de llevar a la práctica las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Carta.²³ El Consejo de Seguridad delega en un grupo de Estados lo que no puede hacer por sí mismo, en una palabra, “subcontrata”. Las FMN pueden utilizarse en sustitución de las OMPs como en Afganistán en 2001 o de forma complementaria y sucesiva como en Haití en 2004. En ambos casos, el uso de la fuerza es legítimo pues el mandato, el concepto de operaciones y las reglas de empeñamiento son aprobados por el Consejo de Seguridad.

Tampoco los tribunales penales para la ex Yugoslavia²⁴ (1993) y para Ruanda (1994)²⁵ creados por el Consejo de Seguridad figuran en ninguna norma expresa de la Carta. Sin embargo, el Consejo ha considerado que son instrumentos disuasivos, que están comprendidos dentro de las “funciones y poderes” que le confieren los Miembros de Naciones Unidas en el artículo 24 de la Carta: “la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales” y del artículo 41 que le otorga la facultad de decidir “qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones...”.²⁶

IV. Los métodos de trabajo del Consejo de Seguridad

La primera determinación que debe tomar el Consejo frente a una situación susceptible de activar el Capítulo VII es si existe una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Esta es una decisión exclusiva y excluyente del Consejo. Este último, celoso de sus competencias, nunca ha invocado la Resolución 3.314 (XXIX) de la Asamblea General sobre la definición de agresión.

23. Ver Raúl E. Vinuesa: “Autorización del uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad”, en la reunión bianual del Institut de Droit International, Nápoles, junio de 2017.

24. Creado por Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad.

25. Creado por Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad.

26. Para un análisis exhaustivo de los tribunales penales internacionales. Ver Cesare P. R. Romano, André Nollkaemper y Jan Kleffner (eds.), *International Criminal Courts-Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

A. Reuniones del Consejo de Seguridad

El Consejo puede reunirse bajo tres formatos diferentes: consultas oficiosas, sesiones públicas y sesiones privadas. En determinadas situaciones, recurre a la denominada “Fórmula Arria”.

1. Consultas oficiosas

Ante una situación de amenaza o quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el Consejo de Seguridad se reúne en primera instancia en consultas informales, es decir, reuniones en las que participan exclusivamente los Miembros del Consejo y de las cuales no quedan actas.

Las consultas se inician con un *briefing* o “informe *in voce*” del Secretario General o del Subsecretario de Asuntos Políticos o del Subsecretario de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, según la entidad o naturaleza del tema. Posteriormente, los Miembros inician el debate, donde expresan sus posiciones iniciales. Cabe aclarar que un Estado Parte en una controversia, no Miembro del Consejo, no puede participar en las consultas informales que es precisamente donde se toman las decisiones. La participación de los Estados no Miembros del Consejo, Parte en una controversia, mencionada en el art. 32,²⁷ se refiere a las sesiones públicas, en donde se adopta un proyecto de resolución o de Declaración de la Presidencia, pero en esta etapa en rigor de verdad, la decisión ya fue tomada en las consultas informales. En efecto, la práctica revela que en la mayoría de los casos, en las consultas informales, previo a la reunión formal, los miembros anticipan verbalmente su voto.

Luego de la primera o segunda reunión en consultas informales a nivel de Embajadores, el tema pasa a ser analizado a nivel de “expertos”, que son funcionarios intermedios de las respectivas delegaciones miembros del Consejo, especializados en determinados conflictos (Palestina, Kosovo, temas africanos, etc.) que van a elaborar un primer borrador de resolución o

27. “El Miembro de las Naciones Unidas que no tenga asiento en el Consejo de Seguridad..., si fuere parte en una controversia que esté considerando el Consejo de Seguridad, será invitado a participar sin derecho a voto en las discusiones relativas a dicha controversia...”.

declaración de la presidencia para someterlo luego a consideración de los Embajadores en las consultas informales. Durante estas reuniones puede suceder que luego de varias sesiones haya acuerdo sobre el proyecto o haya acuerdo en determinados párrafos y no en otros. Si el tema es políticamente muy sensible, se discute directamente a nivel de Embajadores en las consultas informales. Normalmente, hay una delegación que prepara el proyecto. Esta responsabilidad recae generalmente en la delegación más involucrada o interesada en el tema o por haber sido la Potencia colonial (Reino Unido o Francia) o bien por razones de influencia regional. Al pasar el proyecto a discusión de los Embajadores en las consultas informales, los párrafos acordados a nivel de expertos en general no se reabren y la labor se concentra en los párrafos abiertos. Aquí es donde el poder de los Miembros Permanentes se manifiesta. En efecto, a través del denominado “*pocket veto*” o “veto de bolsillo”, el Miembro Permanente que no quiere pagar el costo político de un veto en la votación en la sesión pública, amenaza con el uso del veto para modificar el texto original de manera que le resulte políticamente aceptable. Esto sucede con frecuencia en los proyectos de resolución presentados por los países árabes en temas relacionados con el Medio Oriente, particularmente con la situación en Palestina. Corresponde ahora a los autores del proyecto una decisión táctica: evaluar si es políticamente más conveniente aceptar un texto más moderado para evitar el veto y así poder adoptar la resolución o bien insistir con el texto original más duro, y forzar el veto del Miembro Permanente y trasladarle el costo político. La decisión es compleja, pues los copatrocinadores del proyecto deben estar seguros de contar con 9 votos afirmativos antes de decidir poner el proyecto “en azul” para someterlo a votación en la sesión pública.²⁸ Cuando un proyecto es puesto en “azul” significa que se concluyó la etapa de la discusión en las consultas

28. Físicamente la sala de reuniones para las consultas informales está separada por un pasillo de la sala donde se celebran las sesiones públicas del Consejo de Seguridad. A título anecdótico, vale mencionar, que en un caso relativo a Palestina que al autor le tocó presenciar, los copatrocinadores del proyecto de resolución decidieron poner el proyecto en azul, convencidos de que contaban con los 9 votos indispensables para forzar el voto del Miembro Permanente. Sucedió que en el breve trayecto entre la sala de consultas informales y la sala de sesiones públicas del Consejo, una delegación, bajo la presión del Miembro Permanente, cambió su voto y los copatrocinadores decidieron no someterla a votación pues ya no contaban con 9 votos.

informales y que el proyecto será sometido a votación en la sesión pública. Naturalmente, en esta última, cualquier Miembro del Consejo, previo a la votación (que es a mano alzada y no electrónica), puede presentar un proyecto de enmienda. En tal caso, se procederá a votar en primer lugar sobre el proyecto de enmienda. Si esta es aprobada, se vota sobre el proyecto enmendado. Caso contrario, se vota sobre el proyecto original. Esto es poco frecuente pues, como se ha dicho, en la mayoría de los casos, la decisión ya fue tomada previamente en las consultas informales.

2. Sesiones públicas

En las sesiones públicas, los Estados no Miembros, Parte en una controversia, pueden participar (sin voto) para exponer su posición, si así lo deciden los Miembros del Consejo en las consultas informales previas. La reunión formal es abierta a todos los Miembros de la ONU, pero nuevamente es decisión de los Miembros del Consejo, si el resto de las delegaciones puede participar activamente en el debate o simplemente presenciarlo. También los Miembros del Consejo pueden decidir que la resolución se adopte sin debate alguno. Esta discrecionalidad afecta, sin duda, la transparencia del Consejo de Seguridad.

3. Sesiones privadas

El Consejo puede llevar a cabo sesiones privadas para celebrar debates o adoptar medidas, por ejemplo, recomendaciones para la elección del Secretario General, sin asistencia del público o de la prensa. El Consejo podrá invitar a participar, con un criterio restrictivo y caso por caso, a países no miembros del Consejo, funcionarios de la Secretaría y a otras personas al solo efecto de proporcionar información al Consejo. Las sesiones privadas, a diferencia de las consultas oficiosas, son reuniones formales del Consejo.

4. Fórmula Arria

Un intento para escuchar a los actores de un conflicto que no son Miembros del Consejo fue la creación de la “Fórmula Arria” en 1992 a iniciativa del Embajador de Venezuela Diego Arria, a la sazón Presidente del Consejo de Seguridad. Es un procedimiento que permite a individuos (mediadores o facilitadores de un conflicto regional) , ONGs, actores no estatales (líde-

res de movimientos de liberación nacional o de grupos beligerantes), altos funcionarios de Estados Miembros de Naciones Unidas no representados en el Consejo de Seguridad, entablar un diálogo confidencial con el Consejo sin cumplir con los requisitos formales de las reuniones del Consejo. Estas reuniones se caracterizan por su informalidad y flexibilidad. Se celebran en una sala distinta de la de las consultas informales,²⁹ no son presididas por el Presidente del Consejo y no es necesario que estén presentes los 15 miembros. Por dichos motivos, los Miembros Permanentes consideran que estas no son reuniones del Consejo de Seguridad.

5. Iniciativas argentinas en materia de transparencia

Argentina tradicionalmente ha luchado por una mayor transparencia en los métodos de trabajo del Consejo de Seguridad. En 1995, junto con Nueva Zelanda, presentó una propuesta para la celebración de reuniones mensuales entre los países contribuyentes de tropas a las OMPs, el Consejo y la Secretaría, de modo que los primeros tengan información de primera mano de la evolución del conflicto en que participan sus tropas. En el año 2000 Argentina impulsó con éxito una iniciativa que permite a los nuevos Miembros electos del Consejo, que ingresan en enero, participar como observadores en las reuniones informales del Consejo del mes de diciembre. De esta manera los nuevos Miembros pueden tener un conocimiento preliminar directo de los conflictos en la agenda del Consejo. Sin perjuicio de estas y otras propuestas en búsqueda de una mayor transparencia, los Miembros Permanentes tienen una ventaja insuperable con relación a los no Permanentes que rotan cada dos años: la permanencia. El conocimiento de la práctica, el manejo del procedimiento y la invocación de los precedentes que los Miembros electos generalmente desconocen, son herramientas que los Miembros Permanentes manejan a la perfección. Por dicho motivo, algunos aspirantes a Miembros Permanentes, si bien no lo dicen de manera abierta, estarían dispuestos a ingresar sin derecho a veto, no solo por el prestigio de pertenecer a un club exclusivo, sino por la ventaja comparativa que otorga la sola permanencia. En este contexto, no es de extrañar que el

29. Según una frase un tanto despectiva de un representante de un Miembro Permanente en los "sótanos" de la Organización.

Reglamento del Consejo de Seguridad, adoptado en su primera sesión en 1946, siga siendo “provisional” hasta la fecha.³⁰ En agosto de 2017, en un esfuerzo por dotar al Consejo de mayor transparencia se adoptó un documento con un listado consolidado de nuevas prácticas.³¹

V. Relación entre los Miembros Permanentes

La relación entre los Miembros Permanentes marca la dinámica del Consejo y es determinante en el proceso de toma de decisiones. En este sentido, el contraste en su funcionamiento en el período de la Guerra Fría y el de la pos Guerra Fría es claro si comparamos el comportamiento del Consejo, por ejemplo, en la Guerra entre Irán e Irak, la “guerra olvidada” iniciada en 1980 y su actuación en la Primera Guerra del Golfo, que estalló el 2 de agosto de 1990.

El 20 de julio de 1987, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 598 (1987), implementada recién el 8 de agosto de 1988, que exige el cese del fuego entre Irán e Irak y el retiro de todas las fuerzas hacia los límites internacionalmente reconocidos.³² Es decir, ordena un cese del fuego, 7 años después de iniciado el conflicto. En el segundo caso, el mismo 2 de agosto de 1990, el Consejo adopta la Resolución 660 (1990) condenando la invasión a Kuwait por parte de Irak.³³ Evidentemente, la caída del Muro de Berlín en noviembre de 1989 había cambiado la relación de fuerzas en el Consejo,

30. El texto completo del Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad, ver <https://www.un.org/es/documents/sc/reglascons.shtml>. Ver documento S/96/Rev.7.

31. Ver Nota de la Presidencia del Consejo de Seguridad (S/2017/507) del 30 de agosto de 2017 con un listado de las nuevas prácticas y medidas acordadas por el Consejo de Seguridad para mejorar la eficiencia y transparencia de su labor y la interacción y el diálogo con los países no miembros.

32. En la Resolución 598 (1987), el Consejo de Seguridad “actuando de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Carta, exige que como primera medida para llegar a un acuerdo negociado, la República Islámica de Irán y el Irak observen una cesación inmediata del fuego, suspendan todas las actividades militares por tierra, mar y aire y retiren sin demora todas las fuerzas hasta los límites internacionalmente reconocidos...”.

33. En la Resolución 660 (1990), el Consejo de Seguridad “alarmado por la invasión de Kuwait el 2 de agosto de 1990 por las fuerzas militares de Irak [...] condena la invasión de Kuwait por Irak (y) exige que el Irak retire de inmediato e incondicionalmente todas sus fuerzas a las posiciones en que se encontraban el 1 de agosto de 1990...”.

que ya no estaba trabado por el veto cruzado entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, y fue lo que permitió la inédita adopción de 12 resoluciones consecutivas por unanimidad en este conflicto bélico y el despliegue de una coalición internacional de 42 Estados bajo el comando unificado de los Estados Unidos, con la autorización expresa del Consejo de Seguridad para el uso de la fuerza ofensivo, mediante la adopción de la Resolución 678 (1990) que contó con el voto favorable de la entonces Unión Soviética.³⁴

Este momento “unipolar” se agudiza luego de la disolución de la Unión Soviética en 1991, que facilita en 1999 la acción unilateral de la OTAN en Kosovo y en Serbia propiamente dicha, sin autorización del Consejo,³⁵ legitimada implícitamente *a posteriori* por la Resolución 1244 (1999)³⁶ con el voto favorable de Rusia. La Resolución establece una OMP compleja y multidimensional que asume la administración provisional de Kosovo (UNMIK)³⁷ y una fuerza multinacional (KFOR)³⁸ para garantizar un entorno seguro.

Del mismo modo, la acción unilateral de los Estados Unidos y el Reino Unido en Irak en 2003, durante la Segunda Guerra del Golfo, fue legitimada implícitamente también *a posteriori* por la Resolución 1483 (2003), adoptada de manera unánime por el Consejo de Seguridad, en la que reconoce a la “Autoridad Provisional de la Coalición” integrada por los Estados Unidos y el Reino Unido en su carácter de Potencias Ocupantes de Irak.³⁹

34. Mediante la Resolución 678 adoptada el 29 de noviembre de 1990, actuando bajo el capítulo VII de la Carta el Consejo de Seguridad “autoriza a los Estados Miembros que cooperan con Irak para que a menos que Irak cumpla plenamente para el 15 de enero de 1991 o antes las resoluciones que anteceden [...] utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990) [...] para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región...”.

35. Un proyecto de resolución presentado por Rusia, China y Namibia instando a un cese del fuego obtuvo solo 3 votos a favor y 12 votos en contra.

36. La Resolución 1244 (1999) en su Anexo 2 establece “el despliegue en Kosovo, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de presencias internacionales eficaces, una civil y otra de seguridad, con un mandato que se determinará conforme al capítulo VII de la Carta, capaces de garantizar el logro de los objetivos comunes”.

37. United Nations Mission in Kosovo.

38. Kosovo Force.

39. La Resolución 1483 (2003) reconoce implícitamente a la Autoridad Provisional de la Coalición en Irak integrada por los Estados Unidos y el Reino Unido que administró

VI. Conflicto entre la Federación de Rusia y Ucrania

A. El antecedente de Crimea en 2014

Esta “pax americana” tiene un punto de inflexión con la anexión de Crimea a la Federación de Rusia en marzo de 2014. El Consejo de Seguridad celebró ocho reuniones sobre el tema sin llegar a un consenso. El 15 de marzo, un día antes de la celebración del referéndum para decidir si Crimea seguía siendo parte de Ucrania con un estatuto de mayor autonomía o era incorporada a la Federación de Rusia, Estados Unidos presentó el proyecto resolución S/2014/189. En sus párrafos preambulares 1º y 3º respectivamente, recuerda la “obligación que con arreglo al artículo 2 de la Carta [...] tienen todos los Estados de abstenerse en sus relaciones internacionales de usar la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de los Estados[...]” y reafirma “que no reconocerá la legalidad de ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza...”. En el párrafo operativo 5º, “declara que el referéndum no puede tener validez y no puede servir de base para ninguna alteración del estatuto de Crimea y exhorta a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer alteración alguna del estatuto de Crimea sobre la base de ese referéndum...”.⁴⁰ El proyecto contó con 12 votos a favor (abstención de China), pero no pudo ser aprobado por el veto de Moscú. El resultado del referéndum celebrado el 16 de marzo ratificó la incorporación de Crimea a Rusia, operándose de hecho una sucesión de Estados.

Ante el veto ruso en el Consejo de Seguridad, Ucrania presentó un proyecto de resolución en la Asamblea General “Integridad territorial de Ucrania” (A/68/L.39) sin recurrir al mecanismo de la Resolución 377 (V) posible-mente pues no contaba con los votos necesarios para convocar a una sesión especial de emergencia. La Resolución fue adoptada por 100 votos a favor, 11 en contra (Bielorrusia, Corea del Norte, Rusia, etc.) y 58 abstenciones

efectivamente Irak por 18 meses hasta su disolución en julio de 2004. El párrafo operativo 4 “insta a la Autoridad a que, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y otras normas pertinentes del derecho internacional, promueva el bienestar del pueblo iraquí mediante la administración efectiva del territorio...”.

40. Proyecto de resolución S/2014/189.

(Argentina, Brasil y Uruguay, entre otros)⁴¹ el 27 de marzo. La Resolución 68/62 en su párrafo operativo 3º “insta a todos los Estados que desistan y se abstengan de cometer actos encaminados a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de Ucrania, incluidos los intentos de modificar las fronteras de Ucrania mediante el uso de la fuerza...” y en su párrafo operativo 5º recalca “que el referéndum celebrado en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol el 16 de marzo de 2014, al no tener validez, no puede servir de base para modificar el estatuto de la República Autónoma de Crimea o de la ciudad de Sebastopol...”.⁴²

B. El conflicto bélico de 2022. Interacción entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General

1. La Resolución 377 (V) “Unión Pro Paz”

El conflicto en Ucrania que estalló el 24 de febrero de 2022 parece ratificar la tendencia iniciada en 2014 con la situación en Crimea en el sentido de un nuevo equilibrio de fuerzas dentro del Consejo y en el mundo. Del mundo bipolar de los largos años de la Guerra Fría, al mundo “unipolar” de la inmediata pos Guerra Fría, el mundo pareciera transitar a hacia un esquema “multipolar” con varios centros de poder, incluida China. ¿Se ha iniciado la “Segunda Guerra Fría”?

La Resolución 377 (V) fue adoptada por la Asamblea General el 3 de noviembre de 1950 bajo el impulso de los Estados Unidos en el contexto de la Guerra de Corea, ante la imposibilidad del Consejo de Seguridad de adoptar medidas debido al veto de la Unión Soviética. Contando la reciente sesión sobre Ucrania, la Asamblea celebró 11 sesiones especiales de emergencia.

Conforme al texto de la Resolución 377 (V), la sesión especial puede ser convocada por la mayoría de los miembros de Naciones Unidas (como sucedió en 1997 en la “Cuestión Palestina”) o como en el caso actual de Ucrania,

41. Ver información de prensa de Naciones Unidas (GA/1493) del 27 de marzo de 2014.

42. Ver texto completo en A/RES/68/262 del 27 de marzo de 2014. Para el debate en la Asamblea General, ver las Actas en documento A/68/PV en <https://www.digitallibrary.un.org>.

a solicitud del Consejo de Seguridad por el voto afirmativo de 9 miembros cualesquiera pues no se aplica el veto. Una vez en sesiones, la Asamblea queda habilitada para emitir recomendaciones para la “adopción de medidas colectivas, incluso en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas...”.

En el caso bajo análisis, la Resolución 377 (V) es activada por el propio Consejo a iniciativa de Estados Unidos y la Asamblea General se convierte en el epicentro del debate del conflicto armado más importante en Europa desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

2. El veto ruso en el Consejo de Seguridad

El 31 de enero de 2022 el Consejo de Seguridad se reunió a pedido de los Estados Unidos, ante el despliegue de 100.000 efectivos rusos en la frontera con Ucrania. Se volvió a reunir los días 23, 25 y 27 de febrero de 2022.

El 22 de febrero, el Presidente Vladimir Putin reconoce la independencia de Donetsk y Lugansk, preanunciando las acciones militares del 24 de febrero. En la sesión del 23 de febrero, el Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres, un día antes de la denominada por Rusia “operación militar especial”, hizo un agónico llamamiento a Moscú para que detuviera las acciones militares.

Debemos distinguir los argumentos jurídicos invocados por Moscú de sus objetivos políticos manifiestos:

Los argumentos jurídicos pueden agruparse en dos categorías: la legítima defensa preventiva y la intervención humanitaria. Dentro de la primera categoría, Rusia alegó el peligro inminente de un ataque armado ucraniano, su rearme convencional, las amenazas de uso de armas biológicas y la intención de Kiev de adquirir capacidad nuclear con fines militares. Dentro de la segunda categoría, Rusia argumentó la protección de 4 millones de ucranianos ruso-parlantes en la zona de Donbass, en el este de Ucrania, ante los temores de genocidio y otros crímenes, es decir, la protección de la “República Popular de Donetsk” y de la “República Popular de Lugansk”.

Sin perjuicio de analizar el proyecto de resolución presentado por los Estados Unidos en el Consejo de Seguridad y de las dos resoluciones adoptadas por la Asamblea General, señalamos lo siguiente:

Con respecto a la legítima defensa preventiva, las diferencias sobre su alcance impidieron que se consensuaran disposiciones sustantivas sobre

la misma en las resoluciones de la Asamblea General destinadas a codificar el derecho sobre el uso de la fuerza. Así, ni la Resolución 2625 (XX) de 1970 “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas” ni la Resolución 3314 (XXIX) de 1974 sobre definición de agresión, contienen una disposición sobre legítima defensa.

Treinta y un años más tarde, en marzo de 2005, el Secretario General Kofi Annan expresa que “las amenazas inminentes están plenamente previstas en el artículo 51, que salvaguarda el derecho inherente de los Estados soberanos a defenderse de un ataque armado. Los juristas han reconocido hace tiempo que esto abarca a un ataque inminente como a un ataque ya ocurrido. Cuando las amenazas no son inminentes sino latentes, la Carta concede autorización plena al Consejo de Seguridad para hacer uso de la fuerza militar, incluso de manera preventiva, para preservar la paz y la seguridad internacionales”.⁴³ Es decir, el Secretario General distingue entre “legítima defensa preventiva”, a la que considera comprendida dentro del art. 51 de la Carta y cuyo ejercicio no requiere por lo tanto de autorización del Consejo, y “ataque preventivo”, para el cual se necesita de una autorización expresa del Consejo de Seguridad.

Por otra parte, la práctica revela que el Consejo hace un análisis caso por caso, siendo difícil establecer la existencia de una norma sobre legítima defensa preventiva aceptada por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. En el caso de Ucrania, si bien no se adoptó el proyecto de resolución estadounidense, 11 miembros del Consejo rechazaron el argumento de la legítima defensa preventiva y 3 se abstuvieron.

Con relación a la “intervención humanitaria”, en septiembre de 2005, en la “Cumbre de Naciones Unidas”, los Estados aceptaron la “responsabilidad de proteger” a su población del genocidio, la “limpieza étnica”, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con los Capítulos VI y VII de la Carta, es decir, con la autorización del Consejo de Seguridad. Representa un consenso mínimo pero establece como condición *sine qua non* la autorización expresa del Consejo.

43. Ver A/59/2005. Informe del Secretario General. “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, p. 33 párrafos 124 y 125.

En el mismo sentido de la necesidad de autorización del Consejo se había expresado el Grupo de Alto Nivel formado por el Secretario General en 2004, al proponer una serie de directrices para “aumentar al máximo la posibilidad de lograr consenso en el Consejo de Seguridad [...] y reducir al mínimo la posibilidad de que un Estado Miembro actúe fuera del seno de éste”.⁴⁴ En el caso *sub examine* no hubo autorización del Consejo de Seguridad.

Los objetivos políticos y de seguridad invocados por Moscú son la desmilitarización de Ucrania, su “desnazificación” que encubre un “cambio de régimen” y finalmente, impedir el ingreso de Ucrania a la OTAN. En cuanto a esto último, las acciones de Moscú parecieran haber producido el efecto contrario, no por el ingreso de Ucrania, que nunca estuvo en la agenda de la OTAN, sino por las solicitudes formales de ingreso presentadas por Finlandia (que comparte una frontera de 1.340 km con Rusia) y Suecia, países caracterizados por su tradición de neutralidad.⁴⁵

El 25 de febrero, Estados Unidos presentó un proyecto de resolución que en sus párrafos operativos 2, 4, 5 y 9 respectivamente “deplora en sus términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania en contravención del artículo 2:4 de la Carta de Naciones Unidas [...]. Decide que la Federación de Rusia retirará de inmediato, por completo y sin condiciones todas sus fuerzas de Ucrania [...]. Decide que la Federación de Rusia revertirá de inmediato y sin condiciones la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas ucranianas de Donetsk y Lugansk el 21 de febrero de 2022 que constituye una violación a la integridad territorial y la soberanía de Ucrania [...]. Condena la violación del derecho internacional humanitario y los abusos de los derechos humanos...”.⁴⁶

44. Ver Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Documento de Naciones Unidas, A/59/565, párrafo 206, p. 64. Ver también “Informe del Milenio del Secretario General”, documento de Naciones Unidas AC.198/2000/10 disponible en www.un.org/spanish/milenio.

45. El 18 de mayo de 2022 los Embajadores Alex Wernhoff y Klaus Korhonen de Suecia y Finlandia entregaron en Bruselas sus solicitudes de ingreso a la OTAN al Secretario General de dicha organización Jens Stoltenberg, quien declaró que las solicitudes presentadas son un “paso histórico”.

46. Ver texto completo del proyecto de resolución en documento S/2022/155 del Consejo de Seguridad.

El proyecto de Resolución obtuvo 11 votos a favor, 3 abstenciones (China, India y Emiratos Árabes Unidos) pero no pudo ser aprobada pues fue vetado por Rusia.⁴⁷ Ante la imposibilidad de tomar una decisión por el veto de un Miembro Permanente, en la sesión del 27 de febrero, el Consejo adopta la Resolución 2623 (2022), por la que “teniendo en cuenta que la falta de unanimidad entre sus Miembros Permanentes [...] le ha impedido ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales [...] decide convocar a un período extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General...”.⁴⁸

El Consejo de Seguridad volvió a ocuparse de la situación en Ucrania el 6 de mayo y por iniciativa de México y Noruega logró consensuar un texto sobre Ucrania. En la Declaración de la Presidencia, el Consejo “expresa su profunda preocupación por el mantenimiento de la paz y seguridad en Ucrania [...] recuerda que en virtud de la Carta de las Naciones Unidas todos los Estados Miembros han asumido la obligación de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos (y) expresa su firme apoyo a los esfuerzos del Secretario General en la búsqueda de una solución pacífica...”.⁴⁹ Como se observa, se omite toda mención al uso unilateral de la fuerza (art. 2:4) y se pone el énfasis en los artículos 2:3 y 33 relativos a la solución pacífica de las controversias.⁵⁰

3. La XI Sesión Extraordinaria de Emergencia de la Asamblea General

De conformidad con la Resolución 2623 (2022) del Consejo de Seguridad, la XI Sesión Extraordinaria de Emergencia de la Asamblea General

47. Durante el año 2022 los Miembros no Permanentes del Consejo de Seguridad son: Albania, Brasil, Gabón, Ghana, India, Irlanda, Kenia, México, Noruega y Emiratos Árabes Unidos.

48. Ver S/RES/2623 (2022).

49. Ver S/PRST/2022/3 Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad del 6 de mayo de 2022.

50. Las “Declaraciones de la Presidencia”, a diferencia de los comunicados de prensa del Consejo de Seguridad, son documentos formales del Consejo, negociados de la misma manera y con el mismo rigor que una resolución, pero a diferencia de esta última, no son operativas y no son sometidas a votación, sino que son adoptadas por consenso. Paradójicamente, en la práctica, muchas veces, debido a la regla del consenso, es más difícil adoptar una Declaración Presidencial que una resolución.

celebró su primera reunión el 1 de marzo manteniendo un total de 9 reuniones. Adoptó dos resoluciones sobre la Cuestión de Ucrania. La Resolución adoptada el 2 de marzo de 2022 “Agresión contra Ucrania” (A/RES/ES-11/1) y la adoptada el 24 de marzo “Consecuencias humanitarias de la agresión contra Ucrania” (A/RES/ES-11/2).

a) Resolución ES-11/1

La primera resolución copatrocinada por 90 países (Argentina) fue adoptada por 140 votos a favor (Argentina), 35 abstenciones y 5 en contra (Rusia, Bielorrusia, Corea del Norte, Eritrea y Siria), exige a Rusia que “retire de inmediato, por completo y sin condiciones todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de las fronteras reconocidas internacionalmente y que revierta sin condiciones la decisión de reconocer la independencia de Donetsk y Lugansk”. El texto deplora también “la participación de Bielorrusia en este uso ilícito de la fuerza contra Ucrania”. Asimismo, todas las Partes deben permitir el paso seguro e irrestricto a quienes buscan salir del país y facilitar la entrada y distribución de asistencia humanitaria.⁵¹ La resolución contiene un lenguaje bastante similar al proyecto de resolución vetado en el Consejo de Seguridad, pero sin perjuicio de su valor político por ser una expresión de la opinión de la mayoría de la comunidad internacional, a diferencia de las decisiones del Consejo adoptadas bajo el Capítulo VII de la Carta, no tiene efectos vinculantes. No obstante, en este caso particular, como se observa, el texto de la resolución tiene un lenguaje atípico pues no es “recomendatorio” sino “conminatorio”.

El Secretario General Antonio Guterres luego de adoptada la resolución formuló declaraciones a la prensa en las que afirmó que “la Asamblea General ha hablado [...] El mensaje es alto y claro: poner fin a las hostilidades en Ucrania, ahora. Silencien las armas, ahora. Abran la puerta al diálogo y la diplomacia, ahora”.⁵²

En síntesis, la Asamblea rechaza los argumentos invocados por Rusia, reafirmando la vigencia del art. 2: 4 de la Carta que prohíbe la adquisición de territorios por la fuerza como una norma imperativa de derecho internacional y, justamente en razón de dicho artículo, establece el no reconocimiento de la independencia de las Repúblicas de Lugansk y Donetsk dado

51. Ver texto completo en A/RES/ES-11/1 del 2 de marzo de 2022.

52. Ver *Noticias ONU*, 2 de marzo de 2022.

que surgen como consecuencia de una violación de una norma de *ius cogens*. Es decir que si bien el reconocimiento de Estado es una decisión discrecional (pero jurídica) de cada Estado y por lo tanto no hay una obligación de reconocer, existe una obligación de no reconocer, cuando el nacimiento de un nuevo Estado viola una norma imperativa de derecho internacional. La resolución reafirma también el principio de integridad territorial y el del respeto de las fronteras internacionalmente reconocidas.⁵³ Merece destacarse, en comparación a la Resolución 68/2 sobre Crimea, que esta última fue adoptada por 100 votos a favor, 11 en contra y 58 abstenciones y fue denominada “Integridad territorial de Ucrania”, mientras que la Resolución ES-11-1, denominada “Agresión contra Ucrania”, obtuvo 140 votos a favor, 5 en contra y 35 abstenciones, con un lenguaje más duro, al hablar explícitamente de agresión, con las consecuencias jurídicas que ello implica.

A cien días del conflicto armado, Rusia no se ha retirado del este de Ucrania, sino por el contrario ha consolidado su posición en esa región teniendo el control efectivo del 20% del territorio ucraniano.

En este contexto merecen destacarse las declaraciones públicas del Presidente Emmanuel Macron de Francia sobre la importancia de “no humillar a Rusia” de modo que cuando cese el combate pueda retomarse la vía diplomática.⁵⁴

Si bien no es posible, a esta altura, predecir el resultado de una futura negociación diplomática, desde el punto de vista del derecho internacional habrá que observar el estatus definitivo que se acuerde a los territorios ocupados por Rusia tanto en 2014 (Crimea) como en 2022 (Donbass) y en qué medida es posible volver al *statu quo anterior* a 2014 como lo desea el Presidente ucraniano Zelenski.

Un análisis jurídico por separado merece la decisión de la OTAN de suministrar apoyo bélico explícito a Ucrania, esto es, si dicha asistencia directa y pública le otorga el estatus de “cobeligerante”.

53. La declaración de independencia hecha por el Parlamento de Ucrania el 24 de agosto de 1991 fue ratificada por referéndum el 1 de diciembre de 1991.

54. El Presidente de Francia, Emmanuel Macron, señaló a medios de prensa franceses el 5 de mayo que “era de vital importancia que no se humillase a Rusia, para que cuando llegue el día que cese el combate, Francia pueda construir canales diplomáticos”; disponible en ElDebate.com del 5 de mayo de 2022.

b) Resolución ES/11-2

En la segunda resolución se repite el patrón de votación de la primera, ya que fue adoptada por 140 votos a favor (Argentina), 5 votos en contra (Rusia, Siria, Eritrea, Corea del Norte y Bielorrusia) y 38 abstenciones (China). Si bien reitera la necesidad del cumplimiento de la Resolución ES-11/1, se focaliza mayormente en los aspectos humanitarios del conflicto y está dirigida a ambas partes y no solamente a Rusia como en la anterior: la resolución pone el acento en la protección de civiles, personal médico y personal humanitario; garantías de acceso humanitario, cumplimiento de los Convenios de Ginebra de 1949; apoyo al financiamiento del Plan de Respuesta Humanitaria de la ONU, continuación del diálogo político entre Rusia y Ucrania y reconocimiento de los esfuerzos del Secretario General. En su último párrafo operativo (14), la resolución “decide suspender temporalmente su undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia y autorizar a la Presidencia a que lo reanude cuando lo soliciten los Estados Miembros”,⁵⁵ de modo que no es necesario una resolución del Consejo de Seguridad ni la solicitud de una mayoría especial de los Estados Miembros para que la Asamblea vuelva a sesionar. El detalle es procesal, pero jurídica y políticamente relevante.

Un proyecto alternativo propuesto por Sudáfrica y apoyado por Moscú que no mencionaba el papel de Rusia en el conflicto pedía el cese negociado e inmediato de las hostilidades para todas las partes en el conflicto y alentaba el diálogo político. Coincidió en general con las cláusulas humanitarias referentes a la protección de los civiles y la evacuación humanitaria. Finalmente, el texto no se votó pues para ser sometido a votación la propuesta requería el apoyo de 2/3 de los Estados y el resultado de la votación de procedimiento fue 50 votos a favor, 67 en contra y 36 abstenciones.

C. Sanciones impuestas a Rusia

Las sanciones impuestas a Rusia no son sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en virtud del art. 41 de la Carta que prevé la aplicación de medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza armada. Las sanciones impuestas por Estados Unidos, Canadá, la Unión Europea y otros

55. Ver texto completo en A/RES/ES-11/2 del 24 de marzo de 2022.

países son medidas unilaterales. A título de ejemplo, las sanciones impuestas por la Unión Europea incluyen la inmovilización de activos de personas físicas y jurídicas, restricciones financieras, restricciones al mantenimiento de relaciones económicas en las zonas de Donetsk y Lugansk no controladas por el gobierno ucraniano, prohibiciones de viaje, embargo de petróleo (con ciertas excepciones y plazos), etc.

Hay diferencias sustantivas con relación a las sanciones aplicadas a Irak entre 1990 y 2003. Las sanciones a Irak fueron adoptadas por el voto de los 15 miembros del Consejo de Seguridad mediante la Resolución 661 (1990), fueron globales (aplicables a todo el territorio de Irak y a todos los sectores) y sin plazo de terminación pero con condiciones para su levantamiento (la destrucción bajo supervisión internacional de todas sus armas de destrucción masiva).

Las sanciones a Rusia son unilaterales, no fueron adoptadas por el Consejo de Seguridad, no son generales sino que apuntan a personas físicas y jurídicas determinadas (la elite dirigente) y a ciertos sectores. Esta modalidad de sanciones procura afectar lo menos posible (no siempre con éxito) a la población civil. Son las denominadas “sanciones dirigidas” o “inteligentes”.

VII. Conclusiones

El fin de la Guerra Fría planteó un desafío a las Naciones Unidas en general y al Consejo de Seguridad en particular. El nuevo escenario mostró la capacidad de adaptación del Consejo a las nuevas circunstancias: el cambio de la naturaleza de los conflictos armados y el surgimiento de nuevas amenazas, sin enmendar la Carta. El Consejo adquiere un nuevo protagonismo político y reinterpreta su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, avanzando a veces, sobre competencias de la Asamblea General e incluso de los propios Estados, incursionando en temas anteriormente considerados exclusivamente de jurisdicción interna.

Las operaciones complejas de mantenimiento de la paz son un intento de respuesta integral al conflicto orientada a atacar sus “causas profundas”. Del mismo modo, las fuerzas multinacionales, cuyo concepto había sido ya anticipado por el entonces Secretario General Boutros Ghali en un “Un Programa para Paz” en 1992, responden a la necesidad de “imponer” la paz

en ciertos conflictos, para generar las condiciones de estabilidad necesarias para “mantener la paz” y luego “construir la paz”.

Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda plantearon el dilema “impunidad” vs “legalidad” ante la comisión de actos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y limpieza étnica. El Consejo privilegió el concepto de responsabilidad penal individual. La adopción del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional resuelven esta disyuntiva.

En el caso de la intervención humanitaria, es decir, la defensa de nacionales de un tercer Estado cuando dicho Estado no quiere o no puede intervenir para detener la violación masiva y sistemática de derechos humanos, plantea otro dilema: “legalidad” vs “legitimidad” ante la oposición de un Miembro Permanente a la intervención armada.

Por otro lado, la adopción de las medidas provisionales previstas en el art. 40 de la Carta (cese del fuego y retiro de tropas a las posiciones anteriores al conflicto) se torna de cumplimiento imposible cuando el agresor es un Miembro Permanente.

Esto nos lleva al primer tema planteado en este trabajo: el contexto histórico político y la relación de fuerzas entre los Miembros Permanentes (cooperación o enfrentamiento) condiciona (y eventualmente paraliza) el proceso de toma de decisiones del Consejo de Seguridad. Las decisiones adoptadas en virtud de la Resolución Unión Pro Paz visibilizan políticamente el conflicto y sensibilizan a la comunidad internacional sin duda, pero no lo resuelven, pues carecen de efectos jurídicamente vinculantes.

Por todas las razones expuestas en este trabajo, creemos necesario avanzar en la reforma del Consejo de Seguridad, tanto en las cuestiones de fondo como en sus métodos de trabajo, de modo de tener un Consejo más representativo, más democrático y más transparente en su proceso de toma de decisiones.

El aumento del número de miembros es esencial para una mayor representatividad. Sin embargo, consideramos que debe aumentarse solo la categoría de miembros no permanentes, de manera de no profundizar aún más las desigualdades ya existentes. Un Consejo más democrático supone la eliminación progresiva o restricción del uso del veto, y, finalmente, un Consejo más transparente, requiere una modificación de sus métodos de trabajo.

Los debates sobre reforma del Consejo de Seguridad, iniciados en 1993, deben apuntar a una arquitectura de seguridad colectiva propia del

siglo XXI que no profundice las desigualdades que solo las excepcionales circunstancias de 1945 pudieron justificar.⁵⁶

Bibliografía

- Corten, Olivier, *The Law Against war: the Prohibition of the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing Ltd, Oxford, 2012.
- Dinstein, Y., *War, aggression and self-defense*, Cambridge University Press, 2002.
- Frank, Thomas, *Recourse to Force: State Action Against Threats an Armed Attacks*, Cambridge University Press, 2004.
- Gray, Christine, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, Third Edition, 2008.
- Kohen, Marcelo, *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge University Press, 2006.
- Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, Second Edition, Nueva York, 2002.

56. El Grupo de Trabajo Abierto de la Asamblea General sobre Reforma del Consejo de Seguridad creado en 1993 tiene en su agenda temas de fondo: aumento del número de miembros y la cuestión del veto y temas de procedimiento: los métodos de trabajo del Consejo de Seguridad.

La regulación de las transferencias de material bélico en el conflicto ruso-ucraniano: el derecho internacional y los riesgos de la proliferación de armas convencionales

*Emiliano J. Buis**

Resumen

El presente artículo se ocupa de analizar los suministros de armamento a Ucrania a la luz del derecho internacional. En particular, a partir de lo dispuesto en el Tratado de Comercio de Armas, en la normativa europea en la materia y en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, se procura examinar si el envío de armamento convencional a Ucrania es lícito o si, eventualmente, con dicha acción es posible alegar que los países que transfieren material bélico serían responsables por haber cometido una violación al orden jurídico vigente.

Palabras clave: Ucrania, Federación Rusa, armas convencionales, transferencias de armas, proliferación.

* Profesor Titular Regular de Derecho Internacional Público (UBA y UNICEN); Profesor de Derecho Internacional Humanitario, Desarme y No Proliferación en varias universidades públicas y privadas de la Argentina y del exterior; Abogado y Licenciado en Letras (UBA), Master en Ciencias Humanas y Sociales (París 1 - Panthéon-Sorbonne), Doctor y Diploma de Posdoctorado (UBA), Investigador del CONICET; Subsecretario de Investigación, Subdirector de la Maestría en Relaciones Internacionales y Director Académico del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario (Derecho UBA); Research Fellow del Center for International Law and Policy (CILRAP); Miembro del Comité para el Concurso Jean Pictet sobre Derecho Internacional Humanitario; ebuis@derecho.uba.ar.

Regulating Transfers of War Material in the Russian-Ukrainian Conflict: International Law and the Risks of Conventional Weapons Proliferation

Abstract

This paper analyzes weapon supplies to Ukraine under international law. In particular, based on the provision of the Arms Trade Treaty, on European regulations on the matter and the Draft Articles on International Responsibility of the State for Internationally Wrongful Acts, an attempt is made to examine whether the delivery of conventional weapons to Ukraine is lawful or if, eventually, it would be possible to claim that countries transferring military equipment are responsible for having committed a violation of the legal order in force.

Keywords: Ukraine, Russian Federation, Conventional Weapons, Arms Transfers, Proliferation.

Introducción

La incursión militar rusa en territorio ucraniano ha despertado una serie de reflexiones críticas respecto del derecho internacional aplicable al uso de fuerza y al derecho internacional humanitario (DIH). En efecto, se trata de poner a prueba un sistema de reglas que, sobre la base de la distinción entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, se encarga de distinguir aquellos comportamientos estatales lícitos –en lo que se refiere al empleo de la fuerza armada y a la conducción de las hostilidades, respectivamente– de las violaciones a la norma. No es objeto de esta contribución discutir las acciones de la Federación Rusa y de Ucrania en el marco del derecho aplicable, lo que ya ha sido llevado adelante en diversos trabajos e informes producidos en los últimos meses.¹ Mi interés aquí, más bien, consiste en analizar, en

1. En particular, nótese el informe elaborado por el grupo de expertos designado, a partir del Mecanismo de Moscú, por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa: OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February

el trasfondo de dichas operaciones en curso, el accionar de terceros Estados que, de una u otra manera, han ofrecido y brindado asistencia militar a Ucrania, mediante la provisión de armas, con el fin de que las tropas rusas se retiren del territorio ocupado.

En el marco de la importancia creciente que tiene para las relaciones internacionales la regulación de un flujo de comercio de armas que no cesa,² ¿puede considerarse que el suministro de armamento clásico –se trate de armas pesadas, pequeñas o ligeras– configura un acto lícito en el derecho internacional contemporáneo, o estamos en cambio frente a situaciones que son contrarias a las normas positivas vigentes? La pregunta, a mi juicio, es relevante porque permite repensar la intervención en las hostilidades por parte de terceros Estados que, comprometiendo su neutralidad, optan por colaborar abiertamente con una de las partes del enfrentamiento. Al mismo tiempo, contribuye a un pensamiento más amplio en torno de los límites jurídicos y extrajurídicos que cabe imponer a las transferencias de armamentos cuando con ellas se afectaría la paz y la seguridad internacionales o se pondría en jaque el respeto de los derechos humanos.

I. El problema bajo análisis: el suministro de armas convencionales

Después de la invasión rusa en Crimea en 2014, los Estados Unidos han brindado una asistencia creciente al gobierno de Ucrania; en

2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, disponible en <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>. [última consulta: 10-06-2022]. Un análisis de los principales aportes del informe puede leerse en Haque, A. A. (2022), “The OSCE Report on War Crimes in Ukraine: Key Takeaways”, Blog *Just Security* (15-04-2022) disponible en: <https://www.justsecurity.org/81143/the-osce-report-on-war-crimes-in-ukraine-key-takeaways/> [última consulta: 15-06-2022]. Acerca de las violaciones del DIH en el conflicto, ver el artículo de Heffes en este mismo volumen.

2. Tan, A. T. H., “The Global Arms Trade”, en Tan, A. T. H. (ed.), *The Global Arms Trade: A Handbook*, Nueva York-Londres, Routledge, 2010, pp. 3-11, en p. 3. En este trabajo, siguiendo a gran parte de la doctrina en el tema, utilizo las expresiones “comercio”, “transferencia”, “suministro” o “provisión” de manera intercambiable para aludir con ellas a la dinámica de traslación de armas –con fines mercantiles o sin que haya ánimo de lucro– a través de fronteras internacionales.

un principio el monto se estimó en más de tres mil millones de dólares pero, con la administración de Biden, se decidió aprobar un presupuesto de mil millones setecientos mil dólares adicionales a lo previsto originalmente.³ Al comienzo esa ayuda se destinó al envío de material no letal y al entrenamiento en defensa, pero pronto, con el recrudecimiento del conflicto, se canalizó hacia el envío específico de armas, en general defensivas pero también de carácter ofensivo (como tanques y aviones de combate).

La mayor parte de los países que integran la Unión Europea (en adelante, “UE”), por su parte, ha decidido transferir armas al territorio ucraniano: entre estas, se incluyen armas pesadas (como tanques T-72) o ligeras (tales como ametralladoras); solo en algunos casos esta pretendida ayuda se ha limitado a equipamiento cuyo uso no produce consecuencias letales. En su mayoría, se trata de armas de potencial defensivo (como armas anti-tanque o anti-aéreas), aunque en algunos casos ciertos países proporcionaron material militar claramente orientado a un uso con fines ofensivos.⁴ Con anterioridad al avance ruso del 24 de febrero de 2022, el rechazo por parte de Alemania a enviar al ejército ucraniano armas ofensivas, manteniendo una posición restrictiva, había generado cierto debate.⁵ De hecho, se ha criticado este gesto por considerarlo contrario a “la unidad del apoyo occidental” frente a la tragedia que vive Ucrania.⁶

En lo que se refiere a las acciones de la UE, precisamente, el Consejo aprobó una resolución inédita el 28 de febrero de este año (Decisión

3. Danssaert, P. & B. Wood, *Russian’s invasion of Ukraine and arms transfer in the framework of international law*, Amberes, International Peace Information Service (IPIS), April 2022, p. 10.

4. Davydenko, D., M. Khvostova & O. Lyman, “How Western offensive weapons can help Ukraine defeat Russia”, European Council of Foreign Relations (ECFR), 30-03-2022, disponible en: <https://ecfr.eu/article/how-western-offensive-weapons-can-help-ukraine-defeat-russia/> [última consulta: 01-06-2022]. Ver también Zademack, S. “Western Weapons in Ukraine”, Blog *Opinio Juris* (8-02-2022), disponible en: <http://opiniojuris.org/2022/02/08/western-weapons-in-ukraine/> [última consulta: 01-06-2022].

5. El 21 de enero, por ejemplo, Alemania había denegado permiso a Estonia para que transfiriera piezas de artillería D-30 Howitzer 152 mm, de origen alemán.

6. Zademack, *idem*, n. 4, p. 2.

2022/338/PESC)⁷ mediante la cual se financiaría la asistencia militar a las Fuerzas Armadas ucranianas por un total de cuatrocientos cincuenta millones de euros, cifra que fue duplicada mediante la Decisión 2022/471/PESC del 23 de marzo.⁸ El 16 de mayo, la Unión Europea (UE) dio luz verde a un financiamiento de mil millones quinientos mil euros para el envío a Ucrania de material bélico diseñado para producir efectos letales. Es la primera vez que la UE sostiene económicamente, de modo conjunto, la provisión de armamento a un tercer Estado.⁹ Todas estas medidas recurren, para imputar el gasto, al Fondo Europeo de Apoyo a la Paz (FEAP), creado en 2021 para la financiación, por parte de los Estados miembros, de diversas acciones de la UE en el marco de la política exterior y de seguridad común “encaminadas a mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional”.¹⁰

Si bien las armas de uso militar como las descritas no están en sí prohibidas y pueden ser empleadas para enfrentarse a situaciones de agresión u opresión,¹¹ en este caso la cantidad de armamento transferido y el contexto que está atravesando el Estado receptor suponen un problema concreto que merece particular atención. De hecho, sabemos que se trata de armas destinadas a un país que sufre un conflicto armado; pero también se nota que, al aprobarse estas medidas, no se han establecido condiciones suficientes de control, supervisión o monitoreo, lo que habilita una serie de dudas respecto de los posibles riesgos que el traspaso de estas armas puede presentar en el terreno. Esto especialmente resulta inquietante si se tienen en cuenta las altas tasas de criminalidad transnacional en Ucrania y

7. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2022/338/oj> (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L60 de 28-02-2022, p. 1).

8. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dec/2022/471/oj> (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L96 de 24-03-2022, p. 43).

9. Clapp, S., “Russia’s War on Ukraine: Bilateral Delivery of Weapons and Military Aid to Ukraine”, *At A Glance*, European Parliamentary Research Service (EPRS), 20-05-2022, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2022\)729431](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2022)729431) [última consulta: 30-05-2022].

10. Mediante Decisión 2021/509/PESC de 22 de marzo de 2021, derogatoria de la Decisión 2015/528/PESC (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L102 del 24-03-2021, p. 14).

11. Kellman, B., “Controlling the Arms Trade: One Important Stride for Humankind”, *Fordham International Law Journal* 37 (3), 2014, pp. 687-731, en pp. 690-691.

la falta de estabilidad regional que se ha venido advirtiendo con respecto a toda la Europa oriental.¹²

Por lo demás, en el conflicto ruso-ucraniano el Informe elaborado por el Grupo de Expertos designados por la OSCE ha identificado una serie de violaciones al derecho internacional relacionadas con el empleo desproporcionado o indiscriminado de armas convencionales. Así, por ejemplo, se han documentado en ese estudio casos preocupantes de empleo de municiones de racimo, de lanzadores de misiles, de fósforo blanco y de armas incendiarias, entre otras.¹³ Si bien el recurso a este armamento por parte del ejército ruso está ampliamente demostrado –en términos del Informe– en muchos casos se deja constancia de que ha habido alegaciones de que muchas de estas armas fueron también utilizadas por Ucrania.¹⁴ Esto, por supuesto, no constituye un dato menor si lo que se plantea es el envío de armamentos a este país.

II. El marco jurídico en materia de comercio de armas

Podría sostenerse que el derecho de asistir a Ucrania militarmente frente a un ataque armado, en la medida en que este Estado se encuentra ejerciendo su derecho inmanente de legítima defensa, está amparado en la noción de legítima defensa colectiva reconocida de modo explícito en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas:¹⁵

12. Hamilton, T., “Articulating Arms Control Law in the EU’s Lethal Military Assistance to Ukraine”, Blog *Just Security* (30-05-2022), disponible en: <https://www.justsecurity.org/80862/articulating-arms-control-law-in-the-eus-lethal-military-assistance-to-ukraine/> [última consulta: 26-05-2022].

13. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, *idem*, n. 1, pp. 41-42.

14. *Ibidem*.

15. La Carta entró en vigor el 24 de octubre de 1945 y constituye aún hoy el instrumento jurídico que sigue estructurando a la comunidad internacional institucionalmente organizada. Su importancia en términos de seguridad internacional es indudable, en tanto consolida el principio de la abstención de la amenaza o uso de fuerza (artículo 2.4) y determina explícitamente algunas de sus excepciones vigentes, como es el caso de la legítima defensa.

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Sin embargo, es sabido que no cualquier acción puede ser admitida en términos de una respuesta lícita ante un ataque armado injustificado, en la medida en que se imponen consuetudinariamente requisitos referidos a la necesidad, la inmediatez y la proporcionalidad.¹⁶ En el caso del conflicto armado ruso-ucraniano, parece claro que la entrega de armamento a Ucrania ha sido vista como una medida adecuada, necesaria y razonable para llevar al restablecimiento de un estado de cosas lícito.¹⁷ Por lo demás, dicha defensa parece ser el único camino posible en el estado actual de cosas, atento a que la posible intervención del Consejo de Seguridad en el asunto –a la que hace referencia el artículo 51– se vislumbra como imposible en términos prácticos: la Federación Rusa –como Estado continuador de la subjetividad de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas– es uno de los miembros permanentes que poseen derecho de veto con relación a las medidas que se puedan adoptar en la materia (artículos 23.1 y 27.3 de la Carta).

En términos más específicos, todo envío de armas convencionales debe cumplir con una serie de patrones y requerimientos que el derecho internacional impone a los efectos de asegurar que no se generen mediante él

16. Acerca de la legítima defensa, ver el estudio monográfico de Bowett, D. W., *Self-Defense in International Law*, Nueva York, Praeger, 1958. Sobre los requisitos propios de su ejercicio, ver Gray, Ch., *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 105-108.

17. Danssaert & Wood, *idem*, n. 3, p. 9.

amenazas a la paz y la seguridad internacionales.¹⁸ Es el caso del reciente Tratado sobre el Comercio de Armas (en adelante “TCA”), que constituye un acuerdo mediante el cual los Estados negociadores convinieron los parámetros internacionales comunes más elevados posibles para armonizar las operaciones mercantiles referidas a armas de tipo clásico.¹⁹

En su artículo 6, el texto del TCA hace explícita una obligación de prohibición impuesta sobre el Estado que pretenda exportar armamento en alguna de las categorías previstas: allí se indica que no se podrá autorizar ninguna transferencia si ella implica una violación de “las obligaciones que le incumben en virtud de las medidas que haya adoptado el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en particular los embargos de armas” (inciso 1) o de otras obligaciones internacionales pertinentes en virtud de los acuerdos vigentes en materia de tráfico ilícito (inciso 2), o incluso si se “tiene conocimiento” de que “las armas o los elementos podrían utilizarse para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil o personas civiles protegidas como tales, u otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales en los que sea parte”.²⁰ Este estándar establecido en el artículo

18. Por “armas convencionales” se comprenden todas aquellas armas clásicas que no entran en la clasificación de armas de destrucción masiva, como ya definió el Informe de la Comisión de Armamentos Convencionales (UN Doc. S/C.3/32/Rev.1, 18-08-1948). Cf. Casey-Maslen, S. & T. Vestner, *A Guide to International Disarmament Law*, Londres-Nueva York, Routledge, 2019, p. 28.

19. 3013 U.N.T.S. 1. El Tratado fue adoptado el 2 de abril de 2013 por Resolución 67/234B de la Asamblea General y entró en vigor el 24 de diciembre de 2014. En la actualidad cuenta con 130 Estados signatarios y 111 Estados Parte. El TCA identifica, en su artículo 2 (1), ocho categorías de armas convencionales: carros de combate, vehículos blindados de combate, sistemas de artillería de gran calibre, aeronaves de combate, helicópteros de ataque, buques de guerra, misiles y lanzamisiles, y armas pequeñas y ligeras. Acerca de la importancia de la negociación del tratado como un punto de inflexión en el tema, puede consultarse Simonet, L., *Le traité sur le commerce des armes: genèse, analyse, enjeux, perspectives du premier instrument juridique consacré à la réglementation des transferts internationaux d'armes conventionnelles*, París, Pedone, 2015.

20. Acerca del alcance de esta prohibición, ver Casey-Maslen, S. A. Clapham, G. Giacca & S. Parker, *The Arms Trade Treaty: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 177-243.

6, como se ve, radica en el “conocimiento” con que se cuenta respecto del eventual empleo de las armas con fines contrarios al derecho internacional. Se trata de un elemento objetivo, sustentado en la información disponible que posee razonablemente un Estado acerca de las circunstancias imperantes.²¹

Por lo demás, y más allá de esa prohibición explícita, el artículo 7 del mismo acuerdo impone, antes de facilitar la entrega de cualquier tipo de armamento clásico, el deber de examinar “de manera objetiva y no discriminatoria y teniendo en cuenta los factores pertinentes” el potencial de que las armas convencionales o los equipos de que se trate:

- a) contribuyesen o menoscabasen la paz y la seguridad;
- b) podrían utilizarse para:
 - i) cometer o facilitar una violación grave del derecho internacional humanitario;
 - ii) cometer o facilitar una violación grave del derecho internacional de los derechos humanos;
 - iii) cometer o facilitar un acto que constituya un delito en virtud de las convenciones o los protocolos internacionales relativos al terrorismo en los que sea parte el Estado exportador; o
 - iv) cometer o facilitar un acto que constituya un delito en virtud de las convenciones o los protocolos internacionales relativos a la delincuencia organizada transnacional en los que sea parte el Estado exportador.

El lenguaje, como se retomará al examinar las normas sobre responsabilidad, apunta a un estudio que tenga en consideración, con carácter previo a la aprobación de una transferencia de armas, la eventual utilización de ellas con el fin de “cometer o facilitar” un acto ilícito. En su segundo inciso, el artículo propondrá la adopción de medidas de mitigación de riesgo para fomentar la confianza en dichas transacciones. Y, además, como termina indicando el inciso 3:

Si, una vez realizada esta evaluación y examinadas las medidas de mitigación disponibles, el Estado parte exportador determina

21. Zademack, *idem*, n. 4, p. 3.

que existe un riesgo preponderante de que se produzca alguna de las consecuencias negativas contempladas en el párrafo 1, dicho Estado no autorizará la exportación.

En nuestro caso de estudio, la mayor parte de los países que pretenden proporcionarle armas a Ucrania son partes del TCA,²² y por lo tanto deben respetar las obligaciones derivadas de su articulado. A pesar de su vocabulario poco preciso,²³ en esencia se trata de un deber de tomar en consideración todos los previsibles efectos que puede generar el envío de armamentos.²⁴ Con una clara indicación teleológica, se exige que los Estados adviertan de manera preliminar las consecuencias de la aprobación de dicho suministro. La razón subyacente es clara: todo beneficio que el Estado pueda obtener de la operación –sea económico, político, militar o de otra índole– no puede dejar de lado ni superar los inconvenientes que se pueden originar en lo que se refiere a la paz, la seguridad y el respeto de los derechos humanos cuando el contexto así lo permita prever. Se trata de los mismos principios que ya habían sido explicitados por otros órganos subsidiarios de las Naciones Unidas, como es el caso del Consejo de Derechos Humanos.²⁵

22. De hecho, todos los países que integran la OTAN lo son, con excepción de Estados Unidos y Turquía. Ambos Estados, sin embargo, lo han firmado, de modo que no pueden realizar acciones que frustren el fin y el objeto del tratado; esta obligación queda clara a partir del artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Viena, 23-05-1969 (e.v. 27-01-1980), 1155 U.N.T.S. 331 (U.N. Doc A/CONF.39/27 [1969]). Ucrania, por su parte, también firmó el acuerdo el 23-09-2014, aunque tampoco lo ratificó todavía.

23. Huttunen, M., *The Arms Trade Treaty: An Interpretive Study*, Master's Thesis, University of Lapland Faculty of Law, 2014, pp. 67-71.

24. Sobre el contenido del artículo 7 del TCA, ver Casey-Maslen, S. A. Clapham, G. Giacca & S. Parker, *idem*, n. 19, pp. 244-285.

25. Consejo de Derechos Humanos, Resolución 24/35. *Repercusiones de las transferencias de armas en los derechos humanos durante los conflictos armados*, 8-10-2013, 24º período de sesiones (A/HRC/RES/24/35), disponible en: <https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/11/Espanol.pdf> [última consulta: 6-06-2022]. En su tercer párrafo resolutivo, el Consejo “*insta* a todos los Estados a abstenerse de transferir armas a los que participen en conflictos armados cuando dichos Estados consideren, con arreglo a sus procedimientos nacionales aplicables y a las obligaciones y normas internacionales que les incumben, que es bastante probable que esas armas

En definitiva, existe una serie de disposiciones expresas que procuran obligar a los Estados a tomar en serio las exportaciones y transferencias de armamentos, exigiendo controles estrictos y medidas de supervisión que permitan dar certeza de que ellas no redundarán en un agravamiento del conflicto ni contribuirán a la comisión de nuevas violaciones del derecho internacional aplicable durante un conflicto armado. Sin embargo, parece claro que el TCA solo brinda un marco genérico sin indicar modos concretos de implementación;²⁶ al mismo tiempo, el TCA tampoco instala institucionalmente funciones claras de supervisión y de control sobre la observancia de sus artículos por parte de los Estados partes.²⁷

En el caso europeo, por lo demás, cabe añadir la existencia de una Resolución previa, que data de fines de 2008, mediante la que se estableció la Posición Común del Consejo en lo que se refiere a los criterios de evaluación de toda exportación de armas (2008/944/PESC).²⁸ El contenido de este documento es, sin duda, semejante a los estándares que luego establecería el TCA y que ya se han comentado. Así, a la hora de definir las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, se deja en claro que los Estados deben tomar una serie de precauciones claras cuando se destinen a un país cuya situación interna esté signada por un conflicto armado. El Criterio 3, por ejemplo, establece que:

Los Estados miembros denegarán las licencias de exportación de tecnología o equipos militares que provoquen o prolonguen conflictos armados o que agraven las tensiones o los conflictos existentes en el país de destino final.

puedan emplearse para cometer o facilitar violaciones o vulneraciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario”.

26. Kierulf, J., *Disarmament under International Law*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2017, p. 211.

27. Ver Worster, W. T., “The Arms Trade Treaty Regime in International Institutional Law”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 36, 2015, pp. 995-1076.

28. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008E0944&from=EN> (*Diario Oficial de la Unión Europea* L335 del 18-12-2008).

Es claro que, en este supuesto, si se pudiera comprobar que el envío de armas clásicas al gobierno ucraniano “prolonga” o “agrava” las hostilidades con la Federación Rusa, entonces se debería concluir que tal suministro está prohibido; desde ya que el lenguaje es vago y resulta difícil probar dicha prolongación o agravamiento. Incluso se ha sostenido que, si bien no aparece claro en la redacción del propio criterio, se trata de una cláusula cuya intención original, cuando se negoció, era evitar que el armamento enviado pudiera contribuir a fomentar una guerra civil o a promover enfrentamientos entre las fuerzas oficiales y grupos rebeldes, y no necesariamente tenía en miras el supuesto de un conflicto armado internacional.²⁹ Ello, por supuesto, en nada afecta la aplicabilidad de su contenido, puesto que la letra del texto deja en claro que el análisis preliminar respecto del destino de cada exportación debe tomar en cuenta toda consecuencia negativa en relación con cualquier situación de violencia armada, sea interna o internacional.

En todo caso, la pauta citada complementa sin duda el Criterio 2, en el que se establece que se deberá negar una licencia de exportación en caso de riesgo manifiesto de que esas armas se empleen “con fines de represión interna” y que se deberá presentar atención y vigilancia cuando se dirijan a un territorio en el que la comunidad internacional haya constatado “graves violaciones de los derechos humanos”.³⁰ Es igualmente relevante, asimismo, el Criterio 7, que incluye la necesidad de tener en consideración el riesgo de que la tecnología o el equipo militar se *desvíen* dentro del país comprador o se *reexporten* en condiciones no deseadas:

Al evaluar la repercusión en el país receptor de la tecnología o del equipo militar cuya exportación se propone y el riesgo de que dicha tecnología o equipo puedan desviarse a un destinatario final no deseado o para un uso no deseado, se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

29. Hamilton, *idem*, n. 12.

30. En general, se comprende que este criterio se refiere a la necesidad de impedir aquellas transferencias de material bélico dirigido a países con antecedentes sistemáticos de violaciones de derechos humanos, algo que –teniendo en cuenta la adhesión de Ucrania a los regímenes internacionales en materia de comercio de armas– no parecería ser de aplicación aquí; cf. Hamilton, *idem*, n. 12.

- a) los legítimos intereses de defensa y seguridad interior del país receptor, incluida su participación en actividades de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas u otras organizaciones;
- b) la capacidad técnica del país receptor para utilizar la tecnología o el equipo;
- c) la capacidad del país receptor para aplicar controles efectivos sobre la exportación;
- d) el riesgo de que la tecnología o el equipo en cuestión sean re-exportados a destinos no deseados, así como el historial del país receptor por lo que se refiere al cumplimiento de las disposiciones de reexportación o al consentimiento previo a la reexportación que el Estado miembro exportador juzgue oportuno imponer;
- e) el riesgo de que la tecnología o el equipo en cuestión se desvíen hacia organizaciones terroristas o a individuos terroristas;
- f) el riesgo de compilación inversa o de transferencia de tecnologías no deseada.

Con este criterio, se intentaba que los Estados tuvieran control fehaciente respecto del destino de sus propias armas, previendo los peligros de una eventual triangulación hacia manos no deseadas.³¹ Leídos estos criterios en conjunto, se advierte que tanto en el TCA como en la Posición Común del Consejo de la Unión Europea se procura sentar las bases de un sistema de control uniforme que brinde la mayor seguridad posible durante la circulación internacional de material bélico convencional, sobre la base de la implementación de exámenes de riesgo referidos a lo que pueda acontecer con cada suministro concreto.

En el caso que nos ocupa, cabría preguntarse entonces si estas normas, con los alcances señalados, impiden el suministro de armamento clásico a Ucrania.

Cabe indicar, en primer lugar, que la situación parece mucho menos incierta en el caso de que se discutiera la entrega de armas a la Federación Rusa. En efecto, teniendo en cuenta que existe cierta opinión consistente que considera que es factible identificar un uso de fuerza ofensivo por parte

31. Sobre la importancia en este tema de las medidas anti-desviación y el modo en que se regulan en el texto del TCA, ver Kellman, *idem*, n. 11, pp. 716-726.

del gobierno ruso –en violación del artículo 2.4 de la Carta de la ONU–, toda entrega de armamento a Moscú resultaría prohibida en virtud de las normas jurídicas mencionadas: esto ha sido manifestado por la doctrina, por ejemplo, con relación a la voluntad expresada por China de contribuir con armas a la causa rusa.³²

En lo que se refiere a la licitud de la transferencia de armamento a Ucrania, sin embargo, el panorama es menos certero. En principio, se ha afirmado que la aplicación del TCA resulta cuestionable como parámetro regulatorio, en tanto el acuerdo se centraría en operaciones y transacciones con fines de lucro (“comercio”) y se excluirían de su aplicación material los obsequios, cesiones o donaciones realizadas por los Estados para cooperar solidariamente con un Estado injustamente agredido. Pero, además, este último aspecto es indicativo del hecho de que, en este caso, la transferencia de armamento –por cualquier medio que se produzca– tiene como explicación que el Estado ucraniano está legitimado a ejercer cierto empleo de la fuerza defensivo ante una incursión extranjera. En este sentido, toda colaboración con el régimen del presidente Volodimir Zelenski podría consistir –y de hecho lo es, si tenemos en cuenta la retórica empleada– en una ayuda imprescindible para el reestablecimiento colectivo del orden europeo. De modo sintético, en el momento de discernir si una transferencia de armamento atentaría contra la paz y la seguridad internacionales, el discurso mayoritario en el contexto ucraniano parece coincidir en que las armas enviadas son útiles para el esfuerzo de consolidar el principal propósito de la ONU (artículo 1.1 de la Carta), permitiéndole a Ucrania una legítima defensa apropiada frente a un ataque armado realizado en contra de los preceptos del artículo 2.4.

No puede adelantarse ninguna respuesta absoluta ni genérica, puesto que habrá que examinar con detalle la cantidad, oportunidad y detalle de las armas que se entreguen en cada caso para advertir sus posibles impactos y,

32. Acerca de la violación del TCA que cometería China si transfiriese armas a Moscú, ver Hamilton, T., “China Would Violate the Arms Trade Treaty If It Sends Weapons to Russia for Use in Ukraine”, Part I - Part II, Blog *Opinio Juris* (6/7-04-2022), disponible en: <http://opiniojuris.org/2022/04/06/china-would-violate-the-arms-trade-treaty-if-it-sends-weapons-to-russia-for-use-in-ukraine-part-i/> y <http://opiniojuris.org/2022/04/07/china-would-violate-the-arms-trade-treaty-if-it-sends-weapons-to-russia-for-use-in-ukraine-part-ii/> [última consulta: 30-05-2022].

por lo tanto, para concluir hacia qué lado de la balanza corresponde orientarse. Así, por ejemplo, si se trata de tipos de armas con uso mayoritariamente defensivo o cuya desviación es extremadamente difícil, no parecería configurarse un obstáculo jurídico para su envío; en cambio, si se tratara de armamento pequeño, más susceptible de ser virado hacia el tráfico ilícito y con menor capacidad de ser controlado,³³ posiblemente habría que pesar las ventajas y desventajas y solo decidir a favor de dicha transferencia si hay considerables garantías de que los riesgos se han podido minimizar al máximo.

La pregunta entonces, frente a cada transferencia, es si con dicho accionar el Estado exportador socava la situación del Estado receptor –prolongando o agravando el conflicto– o si, al contrario, con dichas armas la contribución se limita a ayudarlo en el reestablecimiento de un orden jurídico que fue quebrantado. En otras palabras, ¿debe primar la ayuda a un Estado que fue objeto de un acto de agresión y cuya seguridad es preciso resguardar frente a la potencialidad de que las armas terminen por potenciar el conflicto existente, o no? Es imprescindible, en todo caso, llevar a cabo un detallado escrutinio de estas transferencias a los efectos de examinar su legalidad concreta.³⁴

Finalmente, tratándose de acciones que tienen lugar en el marco de la existencia de un conflicto armado internacional, es preciso recordar también la obligación genérica establecida en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949:³⁵ “Las Altas Partes Contratantes se comprometen

33. Estévez, A., “¿Es legal entregar armas a Ucrania?”, *El Independiente*, 23-03-2022, disponible en: <https://www.elindependiente.com/opinion/2022/03/23/es-legal-enviar-armas-a-ucrania/> [última consulta: 30-05-2022].

34. Es la conclusión a la que arriba Hamilton (2022b), *idem*, n. 12.

35. I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 75 UNTS 31, firmado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950; II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 75 UNTS 85, firmado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 75 UNTS 135, firmado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950; IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 75 UNTS 287, firmado el 12 de agosto de 1949.

a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”. El comentario de 2016, traducido al castellano en 2021, deja en claro que de este compromiso genérico se desprenden obligaciones negativas, es decir, que consisten en un no hacer. Entre ellas, se señala que “de conformidad con el artículo 1 común, las Altas Partes Contratantes deben abstenerse de transferir armas cuando cabe suponer, por conocimiento de hechos o actuaciones pasadas, que las armas se utilizarán para violar los Convenios”.³⁶ Aquí, de nuevo, se postula la necesidad de un examen preliminar y se determina el elemento del “conocimiento” y el cálculo de los potenciales efectos como criterios para evaluar la licitud de una transferencia específica. Así, podría decirse que, si un Estado que evalúa el envío de armas sabe que el Estado receptor comete violaciones sistemáticas del derecho internacional humanitario, es preciso a todas luces interrumpir dichas exportaciones.³⁷

III. El marco jurídico en materia de responsabilidad internacional del Estado

El corpus jurídico en la materia se completa con aquellas normas referidas a las derivaciones de la colaboración de terceros Estados en la comisión de actos considerados violatorios del derecho internacional, que complementan las disposiciones sustanciales identificadas. En lo que hace a nuestro caso de estudio en particular, es de relevancia el artículo 16 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI),³⁸ cuyo texto indica que:

36. Doermann, K., L. Lijnzaad, M. Sassòli & Ph. Spoerri (eds.), *Comentario del Primer Convenio de Ginebra. Convenio (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2021 (edición original en inglés: 2016), disponible en: <https://www.icrc.org/es/publication/comentario-del-primer-convenio-de-ginebra>, párr. 162.

37. Ello aun si en futuros casos sea factible que las armas sean empleadas de modo lícito; cf. Moynihan, H. *Aiding and Assisting: Challenges in Armed Conflict and Counterterrorism*, Londres, Chatham House, 2016, p. 27, disponible en: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2016-11-11-aiding-assisting-challenges-armed-conflict-moynihan.pdf> [última consulta: 10-06-2022].

38. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 56/83, “Proyecto de artículos

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

Estos dos elementos requieren de precisión. En efecto, como se señala en el propio comentario elaborado por la CDI, para que se pueda hablar de una ayuda o asistencia que genere responsabilidad, es imprescindible que el Estado esté al corriente de la situación y lo haga a sabiendas, que la conducta violatoria con la que se contribuye también afecte una obligación que resulte vinculante para el propio Estado que lleva adelante su ayuda, y –además– se añade que esa acción se realice “con miras a facilitar la perpetración del hecho ilícito y facilitarla efectivamente”.³⁹

Nada en el artículo 16 del Proyecto se indica acerca de la forma en que dicha ayuda o asistencia debe realizarse, de modo que se entiende que lo único requerido es la constatación de una contribución causal (causative contribution) al acto ilícito.⁴⁰ Si bien se trata de una clara norma consuetudinaria,⁴¹ subsisten algunas dudas de que una transferencia de armamento implique un caso de “ayuda y asistencia” y, más aún, que ello configure un caso de responsabilidad compartida por lo que pueda acontecer con tales armas.

sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II, 2da parte (A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 2001, pp. 26-31.

39. Asamblea General de las Naciones Unidas (2001), Resolución 56/83, *idem*, n. 37, p. 70.

40. Crawford, J., *State Responsibility. The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 402.

41. Ver Aust, H. Ph. *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 97-191. El carácter consuetudinario del principio fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia, *Caso sobre la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Sentencia del 26-02-2007, ICJ Rep. 43, párr. 420.

Por lo pronto, en términos de derecho internacional humanitario, parece claro que el mero suministro de armas no alcanzaría a constituir una participación directa en las hostilidades. Si bien pueden caber dudas respecto de la afectación del principio de neutralidad –puesto con este acto se estaría apoyando a una parte del conflicto–,⁴² parece difícil pensar que se trata de una intervención militar concreta: a menos que se envíe armamento con la indicación precisa o la orden de su utilización en la comisión de una violación del DIH, es dable sostener que, aun a sabiendas de la existencia de un conflicto en curso o en ciernes, la mera entrega de armas no constituiría en sí una contribución directa al esfuerzo de guerra, puesto que en general el nexo de causalidad entre quien envía armas y quien las emplea de modo potencialmente ilícito no es directo ni habría ningún tipo de control suficiente sobre lo que se haga con dicho armamento *in situ*. Así como el derecho de neutralidad no puede impedir que terceros Estados intervengan a favor de un Estado injustamente atacado,⁴³ el mero suministro de armas tampoco llevaría a considerar *per se* que dichos terceros Estados cambian su *status* jurídico deviniendo partes en el conflicto.

Restaría volver a la cuestión de la responsabilidad derivada y los debates que sobre ella se han producido. En lo que se refiere a la posible “complicidad” por el empleo de esas armas, corresponde indicar que, en general, la entrega de material bélico implicaría “prestar ayuda o asistencia”, pero solo constituiría un caso de responsabilidad conjunta en el caso en que esa provisión sea dirigida con el propósito específico de asistir a un Estado agresor.⁴⁴ Sin embargo, ciertas opiniones consideran que hay que razonar en

42. Ver Bothe, M., “The Law of Neutrality”, en Fleck, D. (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 549-580.

43. Ambos, K., “Will a state supplying weapons on Ukraine become a party to the conflict and thus be exposed to countermeasures?”, Blog *EJIL:Talk!*, 2-03-2022, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/will-a-state-supplying-weapons-to-ukraine-become-a-party-to-the-conflict-and-thus-be-exposed-to-countermeasures/> [última consulta: 05-06-2022].

44. Brownlie, I., *System of the Law of Nations: State Responsibility. Part I*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 191. Acerca de la falta de utilidad del concepto de “complicidad” para pensar la responsabilidad internacional del Estado, ver Corten, O., “La ‘complicité’ dans le droit de la responsabilité internationale: un concept inutile?”, *Annuaire français de droit international* 57, 2011, pp. 57-84. Sobre las complejas preguntas en torno a esta

función de estándares menos rigurosos. Así, algunos señalan que bastaría con demostrar que la ayuda ha sido “deliberada”, sin que ello presuponga necesariamente estar al tanto del fin último y preciso con que dichas armas se emplearán.⁴⁵ Otros, en un sentido semejante, sostienen que alcanzaría de parte del Estado que proporciona las armas una representación consciente (*awareness*), y ya no un verdadero “conocimiento” (*knowledge*): según esta interpretación, si un Estado tiene la percepción de lo que otro está realizando y, no obstante, procede y facilita las armas, con ello debe asumirse que existe, en el hecho, una intención subyacente que acarrearía su potencial responsabilidad.⁴⁶

Estas lecturas más flexibles, sin embargo, no parecen gozar de apoyo mayoritario. Con un sentido mucho más restrictivo, jurisprudencialmente se ha indicado –tal como se ha dicho aquí– que la relación entre el suministro de armas y el uso que de ellas se haga por parte del Estado que las obtuvo es siempre lejana, y que entonces para la determinación de la responsabilidad del Estado proveedor sería necesario entablar una “relación inmediata” entre ambos extremos.⁴⁷ El problema, por supuesto, vuelve a ser práctico. Cuando se trata, por ejemplo, de armas pequeñas o ligeras que circulan de modo más libre, todo el panorama resulta mucho más oscuro.⁴⁸ A la vez, tampoco es sencillo evaluar cuáles serían, en términos concretos, la consecuencia

idea de una responsabilidad compartida, cf. además Quigley, J. “Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility”, *British Yearbook of International Law* 57 (1), 1986, pp. 77-131.

45. Esto ha sido sugerido, para el caso concreto de la asistencia en la comisión de genocidio, por Palchetti, P., “State Responsibility for Complicity in Genocide”, en Gaeta, P. (ed.), *The UN Genocide Convention – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 381-397, en p. 389.

46. Bellal, A., “Arms Transfers and International Human Rights Law”, en Casey-Maslen, S. (ed.), *Weapons under International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 448-471, en p. 453.

47. Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso *Rassheed Tugar c. Italia*, Decisión sobre Admisibilidad (App. No. 2869/93) del 18-10-1995.

48. Boivin, A., “Complicity and Beyond: International Law and the Transfer of Small Arms and Light Weapons”, *International Review of the Red Cross* 87, n. 859, 2005, pp. 467-496. Acerca de los desafíos históricos del derecho internacional para lidiar con este problema de las armas pequeñas y livianas, ver Yihdego, Z., *The Arms Trade and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

del establecimiento de la responsabilidad del Estado que entregó armamento, en términos por ejemplo de reparaciones.⁴⁹

En todo caso, y por lo expuesto precedentemente, parecería que la responsabilidad se configuraría *a priori* con el envío de armas a la Federación Rusa, acusada de violar una norma internacional de carácter imperativo; en cambio, en mi opinión, no necesariamente ocurre del mismo modo con el otorgamiento de material a Ucrania, en particular cuando se trata de armamento defensivo, puesto que el criterio del “conocimiento” necesario respecto de la comisión de un acto ilícito –que parece seguir siendo clave en la materia– no parece cumplirse en la mayor parte de los casos informados, en tanto se espera que el armamento se utilice acotadamente para repeler la presencia rusa y no para violar abiertamente las normas de *ius ad bellum* y *ius in bello* que Ucrania, como es sabido, está obligada a respetar. Por supuesto que, más allá de esto, una cuestión siempre subyacente consiste en preguntarse por el destino o el futuro de esas armas una vez concluido el conflicto armado.

IV. Conclusión: de proliferaciones y riesgos

El año pasado, al examinar el accionar de los diversos Estados, el Grupo de Eminentes Expertos Internacionales y Regionales sobre el Yemen, designado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, denunció la transferencia de armas a ese país, ya que consideró que el suministro de ese material se estaba produciendo sin tener en cuenta los patrones allí documentados de violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos; el Grupo incluso consideró que dichas transferencias podían generar responsabilidad internacional de los Estados que las aprobaran.⁵⁰ ¿Podría concluirse lo mismo con respecto al envío de armas a Ucrania que se ha explorado en este trabajo?

49. Jackson, M., *Complicity in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 168.

50. Consejo de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en el Yemen, incluidas las violaciones y conculcaciones cometidas desde septiembre de 2014*, Informe del Grupo de Eminentes Expertos Internacionales y Regionales sobre el Yemen, 45º período de sesiones (A/HRC/45/6), 2020, párr. 102, p. 19, disponible en: <https://daccess-ods.un.org/tmp/9929178.35712433.html> [última consulta: 2-06-2022].

El conflicto ruso-ucraniano está signado por múltiples proliferaciones, en diferentes andariveles. Por un lado, la Federación Rusa ha recurrido a una proliferación de justificaciones para legitimar su uso de fuerza en territorio ucraniano.⁵¹ Por el otro, Ucrania se ha valido del recurso a variadas instancias jurisdiccionales con el fin de canalizar sus intereses en una proliferación de foros judiciales capaces de considerar a Rusia responsable de actos violatorios del derecho internacional. En este trabajo nos hemos ocupado de una proliferación más patente en términos materiales: aquella que se produce mediante la transferencia de armas hacia Ucrania, que –como se ha visto– podría acarrear como consecuencia una desestabilización de la situación mediante la acumulación amenazante de armamentos con la excusa del desarrollo de un conflicto armado.

Ante la pregunta de si el suministro de armamento en tiempos de conflicto armado internacional supone un hecho internacionalmente ilícito o si, en cambio, constituye un acto soberano que no genera responsabilidad en quien lo lleva adelante, es factible concluir que no hay una respuesta unívoca en el derecho internacional vigente, pues todo depende del contexto en el que dicha actividad tenga lugar. Por lo pronto, en cuanto al accionar en sí, el comercio de armas supone una actividad que, siempre que se examine periódicamente el proceso y se reduzcan al máximo los riesgos de cada transferencia,⁵² no está prohibida por el orden jurídico internacional, a menos por supuesto que el Estado lo haga sabiendo que con ello contribuye a prolongar o a agravar la situación en el territorio al que se dirigen las armas. Estas medidas de examen incluyen mecanismos de control de usuario final y monitoreo de las operaciones con el fin de mitigar los peligros inherentes a una operación de este tipo.⁵³ En lo que se refiere a la identificación de una verdadera responsabilidad internacional por parte del Estado, las incertezas se acrecientan, pues corresponderá probar en cada caso que se tenía el conocimiento de los efectos perjudiciales o negativos que podían ser generados por esa exportación de armas.

51. Ver el artículo de Luterstein en este mismo volumen.

52. Estévez, *idem*, n. 32.

53. Yousif, E. & R. Stohl, “Under Caution: Assessing Arms Transfer Risk in Ukraine”, Washington, Henry L. Stimson Center (07-03-2022), disponible en: <https://www.stimson.org/2022/under-caution-assessing-arms-transfer-risk-in-ukraine/#> [última consulta: 30-05-2022].

Más allá de las normas específicas que he descripto –que en general deben leerse de modo armónico como dispositivos que apuntan a reducir la violencia armada y la conflictividad–,⁵⁴ cabe incluir un último elemento que, a mi juicio, no puede ser dejado de lado en estas reflexiones. Me refiero a la necesidad de dar cuenta de que, en toda conducta internacional, se despliega un compromiso ante el resto de la comunidad internacional, basado en la buena fe, que determina que todo comercio ha de ser llevado adelante de manera responsable.⁵⁵ Esta responsabilidad es clave, y como criterio interpretativo ha sido reconocido en la regulación global establecida por el llamado Arreglo Wassenaar, un mecanismo multilateral de carácter no vinculante que promueve buenas prácticas en torno del control de exportaciones de armas convencionales y materiales y tecnologías de uso dual, al que pertenecen tanto la Federación Rusa como Ucrania y muchos de los Estados interesados en el envío de armas a la región.⁵⁶

Toda operación que, a título oneroso o gratuito, suponga la transferencia de armas de un Estado a otro requiere reposar sobre criterios que, además de jurídicos, son éticos. En tiempos de consagración de los derechos humanos, todo suministro de armas por parte de un gobierno extranjero que contribuye a la violación en determinado territorio de los derechos fundamentales de las personas físicas que allí se encuentran tiene claros efectos desestabilizadores y podría acarrear la responsabilidad de este Estado que proporcionó el material.⁵⁷ Y aquí, además de las nor-

54. Kellman, *idem*, n. 11, p. 731.

55. Erickson, J. L., *Dangerous Trade: Arms Exports, Human Rights, and International Reputation*, Nueva York, Columbia University Press, 2015, pp. 16-19.

56. www.wassenaar.org/introduction/index.html [última consulta: 5-06-2022]. Acerca de la importancia de este foro en términos políticos, ver Corti, R. A., “Acuerdo Wassenaar”, en Sevilla, G. A. & A. S. Bernacchi (eds.), *El desarme y la no proliferación en el escenario argentino*, Buenos Aires, El Autor, 2006, pp. 23-36.

57. Brehm, M., “The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law”, *Journal of Conflict and Security Law* 12, 2007, pp. 359-387. En su 49ª sesión este año, el Consejo de Derechos Humanos trató precisamente un informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en Myanmar focalizado específicamente en el problema de la transferencia de armas, por parte de Estados miembros de la ONU, al gobierno militar; allí se relevaron muchos de los elementos que aquí se han considerado en clave de afectación de los derechos humanos; cf. Consejo de

mas jurídicas citadas, no es posible olvidar los patrones indubitables de moralidad sobre los cuales reposa, en los diversos tratados sobre armas convencionales y otros instrumentos internacionales específicos, la consagración de los derechos humanos como piedra basal del orden vigente.⁵⁸ Ello, al mismo tiempo, debe despertar cierta cautela, que puede poner en tela de juicio un análisis jurídico estricto. Los usos retóricos de la llamada “intervención humanitaria” –mediante la cual ciertos Estados recurrían al argumento de la violación de los derechos humanos para tener injerencia en asuntos soberanos de otros países– pueden aparecer ocultos en otras acciones unilaterales (como el suministro de armas, claro está) en las que, bajo la aparente voluntad del respeto de normas jurídicas fundamentales, se trata de buscar a propósito espacios de caos institucional y desorden público para extraer ventajas políticas.⁵⁹

Bibliografía

- Ambos, K., “Will a state supplying weapons on Ukraine become a party to the conflict and thus be exposed to countermeasures?”, Blog *EJIL:Talk!*, 2-03-2022, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/will-a-state-supplying-weapons-to-ukraine-become-a-party-to-the-conflict-and-thus-be-exposed-to-countermeasures/> [última consulta: 05-06-2022].
- Aust, H. Ph., *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Bellal, A., “Arms Transfers and International Human Rights Law”, en Casey-Maslen, S. (ed.), *Weapons under International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 448-471.

Derechos Humanos (2022), “Enabling Atrocities: UN Member States’ Arms Transfers to the Myanmar Military”, 22-02-2022 (A/HRC/49/CRP.1).

58. La idea de una complicidad, de hecho, “heralds the extension of legal responsibility into areas where States have previously carried moral responsibility but the law has not clearly rendered them responsible for the acts that they facilitate”; Lowe, V. (2007), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 121.

59. El autor agradece la atenta lectura y los pertinentes comentarios de Natalia Luterstein al borrador de este trabajo.

- Boivin, A., “Complicity and Beyond: International Law and the Transfer of Small Arms and Light Weapons”, *International Review of the Red Cross* 87, n. 859, 2005, pp. 467-496.
- Bothe, M., “The Law of Neutrality”, en Fleck, D. (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 549-580.
- Bowett, D. W., *Self-Defense in International Law*, Nueva York, Praeger, 1958.
- Brehm, M., “The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law”, *Journal of Conflict and Security Law* 12, 2007, pp. 359-387.
- Brownlie, I., *System of the Law of Nations: State Responsibility. Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- Casey-Maslen, S. A. Clapham, G. Giacca & S. Parker, *The Arms Trade Treaty: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Casey-Maslen, S. & T. Vestner, *A Guide to International Disarmament Law*, Londres-Nueva York, Routledge, 2019.
- Clapp, S., “Russia’s War on Ukraine: Bilateral Delivery of Weapons and Military Aid to Ukraine”, *At A Glance*, European Parliamentary Research Service (EPRS), 20-05-2022, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA\(2022\)729431](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2022)729431) [última consulta: 30-05-2022].
- Corten, O., “La ‘complicité’ dans le droit de la responsabilité internationale: un concept inutile?”, *Annuaire français de droit international* 57, 2011, pp. 57-84.
- Corti, R. A., “Acuerdo Wassenaar”, en Sevilla, G. A. & A. S. Bernacchi (eds.), *El desarme y la no proliferación en el escenario argentino*, Buenos Aires, El Autor, 2006, pp. 23-36.
- Crawford, J., *State Responsibility. The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Danssaert, P. & B. Wood, *Russian’s invasion of Ukraine and arms transfer in the framework of international law*, Amberes, International Peace Information Service (IPIS) [D/2022/4320/04], 2022.
- Davydenko, D., M. Khvostova & O. Lymar, “How Western offensive weapons can help Ukraine defeat Russia”, European Council of Foreign Relations (ECFR), 30-03-2022, disponible en: <https://ecfr.eu/article/how-western-offensive-weapons-can-help-ukraine-defeat-russia/>

- Doermann, K., L. Lijnzaad, M. Sassòli & Ph. Spoerri (eds.), *Comentario del Primer Convenio de Ginebra. Convenio (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2021 (edición original en inglés: 2016), disponible en: <https://www.icrc.org/es/publication/comentario-del-primer-convenio-de-ginebra>
- Erickson, J. L., *Dangerous Trade: Arms Exports, Human Rights, and International Reputation*, Nueva York, Columbia University Press, 2015.
- Estévez, A., “¿Es legal entregar armas a Ucrania?”, *El Independiente*, 23-03-2022, disponible en: <https://www.elindependiente.com/opinion/2022/03/23/es-legal-enviar-armas-a-ucrania/>
- Gray, Ch., *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Hamilton, T., “China Would Violate the Arms Trade Treaty If It Sends Weapons to Russia for Use in Ukraine”, Part I - Part II, Blog *Opinio Juris* (6/7-04-2022), disponible en: <http://opiniojuris.org/2022/04/06/china-would-violate-the-arms-trade-treaty-if-it-sends-weapons-to-russia-for-use-in-ukraine-part-i/> y <http://opiniojuris.org/2022/04/07/china-would-violate-the-arms-trade-treaty-if-it-sends-weapons-to-russia-for-use-in-ukraine-part-ii/>
- Hamilton, T., “Articulating Arms Control Law in the The EU’s Lethal Military Assistance to Ukraine”, Blog *Just Security* (30-05-2022), disponible en: <https://www.justsecurity.org/80862/articulating-arms-control-law-in-the-eus-lethal-military-assistance-to-ukraine/>
- Haque, A. A., “The OSCE Report on War Crimes in Ukraine: Key Takeaways”, Blog *Just Security* (15-04-2022), disponible en: <https://www.justsecurity.org/81143/the-osce-report-on-war-crimes-in-ukraine-key-takeaways/>
- Huttunen, M., *The Arms Trade Treaty: An Interpretive Study*, Master’s Thesis, University of Lapland, Faculty of Law, 2014.
- Jackson, M., *Complicity in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Kellman, B., “Controlling the Arms Trade: One Important Stride for Humankind”, *Fordham International Law Journal* 37 (3), 2014, pp. 687-731.
- Kierulf, J., *Disarmament under International Law*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2017.

- Lanovoy, V., “Complicity in an Internationally Wrongful Act”, en Nollkaemper, A. & I. Plakokefalos (eds.), *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 134-168.
- Lowe, V., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Moynihan, H., *Aiding and Assisting: Challenges in Armed Conflict and Counterterrorism*, Londres, Chatham House, 2016, disponible en: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2016-11-11-aiding-assisting-challenges-armed-conflict-moynihan.pdf>
- Palchetti, P., “State Responsibility for Complicity in Genocide”, en Gaeta, P. (ed.), *The UN Genocide Convention – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 381-397.
- Quigley, J., “Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility”, *British Yearbook of International Law* 57 (1), 1986, pp. 77-131.
- Simonet, L., *Le traité sur le commerce des armes: genèse, analyse, enjeux, perspectives du premier instrument juridique consacré à la réglementation des transferts internationaux d’armes conventionnelles*, París, Pedone, 2015.
- Tan, A. T. H., “The Global Arms Trade”, en Tan, A. T. H. (ed.), *The Global Arms Trade: A Handbook*, Nueva York-Londres, Routledge, 2010, pp. 3-11.
- Worster, W. T., “The Arms Trade Treaty Regime in International Institutional Law”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 36, 2015, pp. 995-1076.
- Yihdego, Z., *The Arms Trade and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- Yousif, E. & R. Stohl, “Under Caution: Assessing Arms Transfer Risk in Ukraine”, Washington, Henry L. Stimson Center (07-03-2022), disponible en: <https://www.stimson.org/2022/under-caution-assessing-arms-transfer-risk-in-ukraine/#> [última consulta: 30-05-2022].
- Zademack, S., “Western Weapons in Ukraine”, Blog *Opinio Juris* (8-02-2022), disponible en: <http://opiniojuris.org/2022/02/08/western-weapons-in-ukraine/>

La intervención de los tribunales internacionales en tiempo de conflicto armado: la doble dualidad de responsabilidad en los casos entre la Federación Rusa y Ucrania

*Natalia M. Luterstein**

Resumen

El conflicto armado internacional que escaló el 24 de febrero de 2022 con el ataque de la Federación Rusa a Ucrania ha servido de plataforma fáctica en una serie de casos iniciados ante diversas jurisdicciones internacionales con competencia personal tanto sobre Estados como sobre individuos. A la fecha han intervenido la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

En este trabajo se examina el alcance de la actuación de los tribunales internacionales con el objetivo de demostrar de qué manera una misma controversia puede ser “desagregada” y llevada ante diferentes jurisdicciones que aplican regímenes de responsabilidad diferentes. ¿Puede la situación de Ucrania servir de caso de estudio para evaluar la dualidad de responsabilidades en derecho internacional? ¿Cuál es el rol de las jurisdicciones en la determinación de las conductas ilícitas que tienen lugar durante situaciones de hostilidad armada?

* Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UBA, LL.M. en Derecho Internacional Público por The London School of Economics and Political Sciences, Doctoranda en Derecho (UBA), Coordinadora de Investigación del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho, UBA, nluterstein@derecho.uba.ar.

Agradezco las lecturas y comentarios de Emiliano J. Buis y de Ezequiel Heffes.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dualidad de responsabilidades, Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, crimen de agresión, medidas provisionales.

The Engagement of International Tribunals in Times of Armed Conflict: the Double Dual Responsibility in the Disputes Between the Russian Federation and Ukraine

Abstract

The international armed conflict which escalated on 24 February 2022 with the attack by the Russian Federation on Ukrainian territory has served as a factual platform in a series of cases brought before different international tribunals with personal jurisdiction over States as well as individuals. To date, the International Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the International Criminal Court have been involved in such cases.

This short paper examines the scope of the intervention of these international tribunals in order to show the way in which one dispute might be “disaggregated” and brought before various jurisdictions applying different responsibility regimes. Can the Ukrainian situation serve as a case study to examine the notion of duality of responsibilities in international law? Which is the role of the international tribunals in the determination of illegal conduct committed during armed hostilities?

Key words: International Court of Justice, International Criminal Court, European Court of Human Rights, Duality of Responsibilities, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Crime of Aggression, Provisional Measures.

I. La doble dualidad de responsabilidades

La existencia de diversos tribunales con competencias similares permite pensar en la posibilidad de que estos deban entender en casos en los que se superpone, en todo o en parte, la base fáctica, generando una situación en la que elementos de una misma disputa se dividen y son examinados desde

perspectivas diferentes que dependen de la jurisdicción y competencias de cada tribunal.

En el conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania en el que se encuentran interviniendo tribunales que aplican diferentes normas secundarias podría configurarse un supuesto de dualidad de responsabilidades, es decir, la existencia de un hecho internacionalmente ilícito (atribuible a un Estado) y un crimen internacional (imputable a un individuo) que surgen de los mismos sucesos. Se trata de una noción desarrollada por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ") en su sentencia del caso de la Aplicación de la Convención contra el Genocidio de 2007,¹ que también ha sido denominada como una "responsabilidad bifurcada",² "tipos mellizos" de responsabilidad³ o un régimen de responsabilidad dual.⁴

Por otro lado, se puede pensar en otro tipo de dualidad al interior de la responsabilidad estatal, puesto que las conductas de un mismo Estado pueden ser analizadas por dos tribunales internacionales con competencia material diferente. Aquí, la dualidad de responsabilidades no se configura a través de la aplicación de dos regímenes de responsabilidad de sujetos diferentes, sino por la aplicación de un mismo régimen de responsabilidad con relación a la violación de normas primarias distintas, siempre sobre la base de la misma plataforma fáctica.

A. La dualidad de responsabilidad racione personae

Actualmente, tanto la CIJ como la Corte Penal Internacional (en adelante, "CPI") se encuentran examinando las violaciones al derecho internacional

1. CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de 26 de febrero de 2007. *I.C.J. Reports 2007*, p. 43, párr. 163.

2. L. May, *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, y R. J. Hamilton, "State-Enabled Crimes", *Yale Journal of International Law*, 2016, Vol. 41, pp. 301- 346.

3. L. Fletcher, "A wolf in sheep's clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes", en *Fordham International Law Journal*, 2016, Vol. 39, p. 453.

4. B. I. Bonafé, *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

cometidas en el conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania. Ello podría resultar en la determinación de la responsabilidad del Estado ruso y de individuos cuya conducta le sea atribuible por la afectación de la misma norma primaria. Sin embargo, las limitaciones jurisdiccionales de ambos tribunales podrían constituir un obstáculo para que se configure un supuesto de dualidad de responsabilidades, tanto en relación con el crimen de genocidio como con el ámbito del *ius ad bellum* y el crimen de agresión.

1. *El crimen de genocidio*

El asunto que sometió Ucrania a la CIJ el 26 de febrero de 2022 contra la Federación Rusa se basó en la violación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948.⁵ Se trata del cuarto caso contencioso en el que la Corte debe examinar la responsabilidad de un Estado por la violación de la Convención contra el Genocidio.⁶

5. UN Treaty Series, vol. 78, p. 277, 9 de diciembre de 1948, e.v. 12 de enero de 1951.

6. El 26 de febrero de 2007, la CIJ dictó su sentencia en la controversia entre Bosnia Herzegovina contra Serbia (*I.C.J. Reports 2007*, p. 43) y el 3 de febrero de 2015, la sentencia en la controversia entre Croacia y Serbia (*I.C.J. Reports 2015*, p. 3). Actualmente, se encuentra en trámite la acción incoada por Gambia contra Myanmar el 11 de noviembre de 2019. El 23 de enero de 2020 la Corte dictó una orden de medidas provisionales y, a la fecha, las partes ya han presentado sus memoriales sobre las excepciones preliminares. Cabe señalar que, con anterioridad a dichos casos, se había invocado la Convención contra el Genocidio ante la Corte, pero en ninguno de esos asuntos se ingresó en el análisis del fondo. En 1973, Pakistán había demandado a la India ante la Corte sobre la base del artículo IX de la Convención contra el Genocidio argumentando que la transferencia de población hacia Bangladesh constituía una violación a la Convención, así como la intención de Bangladesh de enjuiciar a dichas personas por la comisión de genocidio, debido a que, sobre la base del artículo VI, solamente Pakistán tenía, en todo caso, el derecho de ejercer su jurisdicción. Sin embargo, el asunto fue resuelto antes de que la Corte entendiera sobre el fondo. Asimismo, en 1999, la entonces República Federal de Yugoslavia inició un procedimiento ante la CIJ contra cada uno de los Estados miembros de la OTAN argumentando una violación a la prohibición del uso de fuerza por el bombardeo a Kosovo que había tenido lugar en marzo de ese año. Entre las bases jurisdiccionales, invocó el artículo IX de la Convención contra el Genocidio. Las medidas provisionales solicitadas fueron rechazadas en junio de 1999 y la solicitud principal fue finalmente desestimada en 2004 porque la Corte consideró que en 1999 Serbia y Montenegro no eran Estados miembros de las Naciones Unidas y, por lo tanto, tampoco partes en su

Sin embargo, la solicitud de Ucrania presenta algunos aspectos novedosos para la Corte, pues el planteo no requiere que decida si se ha cometido genocidio (como ocurrió en los casos relativos a la ex Yugoslavia y en el caso aún bajo análisis contra Myanmar), sino que, por el contrario, Ucrania ha requerido que la Corte declare que este Estado no es responsable por la comisión del crimen. En consecuencia, el segundo planteo sostiene que la Federación Rusa había alegado falsamente la comisión de actos de genocidio por parte de Ucrania en Lugansk y Donetsk a fin de justificar el uso de la fuerza en su territorio y llevar a cabo una operación militar especial invocando su deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio.⁷ Sostuvo que ello configuraba una violación de la Convención contra el Genocidio, pues se trataba de una aplicación abusiva y de mala fe de las obligaciones previstas en el artículo I.⁸ Así, justificó la jurisdicción de la Corte en que se había configurado una controversia relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, que ambos Estados habían ratificado, de conformidad con la cláusula compromisoria prevista en el artículo IX.⁹

Estatuto. Finalmente, el asunto incoado en 2002 por la República Democrática del Congo contra Ruanda incluía alegaciones relacionadas con la violación de la Convención contra el Genocidio, pero fue rechazado en la etapa de las excepciones preliminares.

7. En su Solicitud, Ucrania citó una serie de frases de Vladimir Putin y de otros funcionarios de la Federación Rusa que afirmaban que Ucrania había cometido actos de genocidio en las provincias (*oblasts*) de Lugansk y Donetsk para justificar sus operaciones militares. Cf. Ucrania, *Application Instituting Proceedings*, 26 de febrero de 2022, párr. 8. En adelante “Solicitud de Ucrania”. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf> (último acceso: 22/05/2022).

8. Solicitud de Ucrania, párrs. 26-27. El artículo I de la Convención establece: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”.

9. El artículo IX de la Convención contra el Genocidio dispone que “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”. La Federación Rusa (entonces la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) ratificó la Convención el 3 de mayo de 1954, mientras que Ucrania lo hizo el 15

De todas maneras, cabe observar que, en su Solicitud, Ucrania señaló que las falsas alegaciones rusas resultaban más ofensivas e irónicas por el hecho de que parecía que era este Estado quien estaba planificando actos de genocidio en Ucrania en virtud de las matanzas y serias lesiones infligidas a miembros de nacionalidad ucraniana, y que estos actos, vistos de manera conjunta con las declaraciones del presidente Putin, sugerían una intención genocida.¹⁰

Esto quiere decir que, en la hipótesis de que la CIJ ingrese en el análisis del fondo de la Solicitud, salvo que en sus futuras presentaciones Ucrania incluya una petición concreta en ese sentido, en principio no examinaría la responsabilidad de la Federación Rusa por la comisión del genocidio, sino por un ejercicio de las obligaciones de prevenir y sancionar dicho crimen contrario al derecho internacional.¹¹

Por otro lado, la Oficina del Fiscal de la CPI se encuentra investigando la comisión de crímenes de competencia de la Corte en el territorio de Ucrania. Este Estado no ha ratificado el Estatuto de Roma, sino que en 2014 y 2015 depositó dos declaraciones de conformidad con el artículo 12.3 de dicho instrumento, que permite que los Estados que no sean partes del Estatuto consientan la competencia de la Corte de modo específico o *ad hoc* con respecto a los crímenes del artículo 5.¹²

de noviembre de ese mismo año. Cf. *United Nations Treaty Collection*. Disponible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en#EndDec (último acceso: 22/05/2022).

10. Solicitud de Ucrania, párr. 24.

11. El contenido y alcance de la obligación de prevenir el genocidio fueron delineados por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 2007 en donde indicó que, a fin de cumplir con dicha obligación el Estado solo puede actuar dentro de los límites del derecho internacional. Cf. CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), cit., párr. 430.

12. El artículo 12 del Estatuto de Roma dispone: “Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”. En la primera declaración presentada por el gobierno de Ucrania, se aceptó la jurisdicción de la CPI con respecto a los presuntos crímenes cometidos en territorio ucraniano desde el 21

El examen preliminar de la Fiscalía relativo a la situación de Ucrania había sido concluido en diciembre de 2020, antes del comienzo del conflicto armado actual, y versaba sobre los eventos vinculados al conflicto relativo a Crimea y a Ucrania oriental de 2013-2014. En dicho informe, la Fiscalía sostuvo que existían bases razonables para creer que, desde el 26 de febrero de 2014 en adelante, en el período previo y/o en el contexto de la ocupación de Crimea, se habían cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, el Informe señalaba que, a la luz de la capacidad operacional de la Fiscalía, se consultaría con el nuevo Fiscal (que sería elegido en 2021) sobre cuestiones estratégicas y operacionales relativas a la priorización del trabajo de la Fiscalía.¹³

No obstante, frente a la nueva situación causada por el conflicto armado que se inició el 24 de febrero de 2022, el nuevo Fiscal, Karim A. A. Khan, anunció el 28 de ese mes que su Oficina había decidido proceder con la apertura de la investigación formal de la situación de Ucrania, incluyendo la investigación de nuevos crímenes que se hubieran cometido o se estuvieran cometiendo en el territorio de Ucrania. De conformidad con el artículo 15, el Fiscal anunció que solicitaría a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte la autorización para abrir la investigación.¹⁴

de noviembre de 2013 hasta el 22 de febrero de 2014. A través de la segunda declaración, se amplió este período de tiempo de forma abierta para abarcar los presuntos crímenes en curso cometidos en todo el territorio de Ucrania a partir del 20 de febrero de 2014.

13. Oficina de la Fiscalía de la CPI, “Report on Preliminary Examinations Activities 2020”, pp. 68-72. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf> (último acceso: 22/05/2022).

14. Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation”, de fecha 28/08/2022. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> (último acceso: 22/05/2022). El Estatuto no es muy claro en cuanto al procedimiento a seguir en esos casos para la apertura de la investigación, pero la práctica de la Corte ha aplicado el artículo 15, es decir, ha tratado estas investigaciones como iniciadas por la Fiscalía por iniciativa propia, ya que, claramente no ha mediado una remisión de un Estado parte (el Estado que realiza la declaración del artículo 12.3 no adquiere la calidad de parte en el tratado) ni tampoco del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ver, por ejemplo, CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an

El 1 de marzo de 2022, la Fiscalía recibió una remisión de la República de Lituania y, al día siguiente, un grupo coordinado de Estados Partes presentó una remisión conjunta.¹⁵ En consecuencia, el 2 de marzo de 2022, el Fiscal comunicó que había procedido a abrir una investigación de la situación en Ucrania sobre la base de las remisiones recibidas, sin necesidad de solicitar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares, de acuerdo con los artículos 13.a) y 14 del Estatuto.

Si bien a la fecha no se cuenta con información acerca de los crímenes concretos bajo investigación, de acuerdo con los parámetros jurisdiccionales generales conferidos a través de estas remisiones, el alcance de la situación abarca posibles crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos en cualquier parte del territorio de Ucrania por cualquier persona a partir del 21 de noviembre de 2013.

Debido a que la jurisdicción de la CIJ se encuentra delimitada por la Convención contra el Genocidio y no puede incluir otros crímenes, la única forma para que se configure una dualidad de responsabilidades *ratione personae* sería que la CPI incluyera cargos por la comisión de dicho crimen contra personas cuya conducta pudiera ser atribuida a la Federación Rusa de acuerdo a las normas de derecho internacional.¹⁶ Sin embargo, como fuera

Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", 15 de noviembre de 2011, ICC-02/11-14-Corr.

15. El grupo incluyó a República de Albania, Australia, República de Austria, Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Canadá, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Croacia, República de Chipre, República Checa, Reino de Dinamarca, República de Estonia, República de Finlandia, República de Francia, Georgia, República Federal de Alemania, República Helénica, Hungría, República de Islandia, Irlanda, República de Italia, República de Letonia, Principado de Liechtenstein, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Malta, Nueva Zelanda, Reino de Noruega, Reino de los Países Bajos, República de Polonia, República de Portugal, Rumania, República Eslovaca, República de Eslovenia, Reino de España, Reino de Suecia, Confederación Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. A ese primer grupo de Estados se unieron luego Japón y Macedonia del Norte el 11 de marzo, Montenegro el 21 de ese mes y Chile el 1 de abril. Información sobre la "Situación en Ucrania 01/22", disponible en <https://www.icc-cpi.int/ukraine> (último acceso: 22/05/2022).

16. Cf. Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

señalado, la solicitud que Ucrania presentó ante la CIJ no plantea que la Federación Rusa es responsable por la comisión de genocidio, sino por un abuso y aplicación de mala fe de su deber de prevenir y sancionar dicho crimen.

2. Crimen de agresión

El hecho de que Ucrania alegue que la operación militar especial desplegada por la Federación Rusa es una aplicación ilegal del deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio crea un vínculo entre el asunto incoado ante la CIJ y el *ius ad bellum*. Este planteo podría relacionarse con el crimen de agresión en materia de responsabilidad del individuo y, de esta forma, generar un supuesto de dualidad de responsabilidades *ratione personae*. Sin embargo, el alcance de la jurisdicción de ambos tribunales configura un obstáculo para que ello ocurra.

En primer lugar, la CIJ ha expresado su preocupación por el uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa en Ucrania –que consideró que daba lugar a cuestiones graves de derecho internacional– y recordó los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y su propia responsabilidad respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y de la resolución pacífica de controversias, subrayando que todos los Estados deben actuar de conformidad con la Carta y otras normas de derecho internacional, incluyendo el derecho internacional consuetudinario.¹⁷ Sin embargo, admitió que el caso presentado por Ucrania tenía un alcance más limitado restringido a la Convención contra el Genocidio.¹⁸ Por lo tanto, la base jurisdiccional sobre la que se encuentra interviniendo la CIJ impide que este tribunal ingrese en el análisis de la conducta de la Federación Rusa a la luz del *ius ad bellum*.

17. CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 28. En adelante “Orden de 23 de marzo de 2022”. Uno de los jueces señaló que, si bien no estaba convencido de que la Convención contra el Genocidio había sido concebida para permitir que los Estados discutan cuestiones relativas al uso de fuerza, se sintió compelido a votar a favor de las medidas provisionales en razón del sufrimiento terrible que estaba siendo infligido en el pueblo ucraniano para unirse a la Corte en su pedido para que finalizara la guerra. Cf. Declaración del juez Bennouna, párrs. 1-2.

18. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 19.

En segundo lugar, a pesar de que las declaraciones de Ucrania del artículo 12.3 del Estatuto de la CPI involucran a todos los crímenes de su competencia,¹⁹ la investigación en curso de la Fiscalía no podrá versar sobre el crimen de agresión debido a que el artículo 15bis, que regula el ejercicio de la competencia de la Corte sobre este crimen en caso de remisión de Estados partes o de inicio *proprio motu* de la investigación por parte del Fiscal, dispone en su 3er párrafo que “[r]especto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo”.

Ello quiere decir que, a diferencia de los otros crímenes de competencia de la Corte, para que el tribunal pueda ejercer su competencia, se requiere que el crimen haya sido cometido tanto en el territorio de un Estado parte como por nacionales de un Estado parte, lo que implica que no alcanza con que se configure el criterio del territorio o el de la nacionalidad activa de manera alternativa, sino que se deben dar de forma conjunta. Como la Federación Rusa no es un Estado parte ni tampoco realizó una declaración de conformidad con el artículo 12.3, no se encuentran cumplidos los elementos para que la Fiscalía incluya en su investigación el crimen de agresión.²⁰ A ello cabe agregar que

19. Cf. Regla 44.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

20. Se han sugerido diferentes propuestas para llevar adelante un enjuiciamiento por el crimen de agresión. Por ejemplo, en marzo de 2022, un grupo de académicos/as y políticos/as firmaron una Declaración para la creación de un Tribunal Especial para el Castigo del Crimen de Agresión contra Ucrania. Allí se propuso la creación de un tribunal especial sobre la base de los mismos principios que guiaron a los Aliados durante la Segunda Guerra Mundial que llevaron a la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Cf. “Statement calling for the creation of a special tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine”. Disponible en <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf> (último acceso: 23/5/2022). Asimismo, se ha propuesto un tribunal *ad hoc* creado por un acuerdo entre las Naciones Unidas y Ucrania por recomendación de la Asamblea General. Cf. A. Komarov y O. Hathaway, “The best path for accountability for the crime of aggression under Ukrainian and International Law”, en *Just Security*, 11 de abril de 2022. Disponible en <https://www.justsecurity.org/81063/the-best-path-for-accountability-for-the-crime-of-aggression-under-ukrainian-and-international-law/> (último acceso: 23/05/2022); o un tribunal híbrido establecido como parte del sistema judicial de Ucrania, con el apoyo del Consejo de Europa. Cf. K. J. Heller, “The best option: An Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression”, en *Opinio Juris*, 16 de marzo de

ambos Estados deberían haber ratificado la enmienda que incluyó el crimen de agresión, adoptada en 2010 y que entró en vigor en 2017.²¹

B. La dualidad de responsabilidad racione materiae

Ucrania ha solicitado el dictado de medidas provisionales relacionadas con el conflicto armado ante dos jurisdicciones internacionales con competencia personal sobre Estados, pero con diferente competencia material, es decir que se aplican normas primarias diferentes ante cada una de ellas, pero en ambos casos se trata de la responsabilidad del Estado. Como fue explicado en el apartado anterior, ante la CIJ, Ucrania invocó la Convención contra el Genocidio y, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”), el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.²²

Las medidas provisionales son utilizadas frecuentemente en los litigios relacionados con una situación de conflicto armado, puesto que ofrecen una

2022. Disponible en <https://opiniojuris.org/2022/03/16/the-best-option-an-extraordinary-ukrainian-chamber-for-aggression/> (último acceso: 23/05/2022).

21. En su reunión de diciembre de 2017, la Asamblea de Estados Partes activó la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018 (Resolución ICC-ASP/16/Res.5), una vez cumplidos los requisitos establecidos por el proceso de entrada en vigor de la enmienda “agravado” adoptado en 2010, por el cual se adicionaron elementos a lo dispuesto por el artículo 121.5 del Estatuto. Además de que la enmienda entraría en vigor solamente respecto de los Estados que la ratificasen y un año después de su ratificación, ello ocurriría con relación a los “crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes” y “a condición de que se adopte una decisión después del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”.

22. El caso ante el TEDH se vincula solamente con el pedido de medidas provisionales. La Federación Rusa fue expulsada del Consejo de Europa el 16 de marzo, quien resolvió que, desde el 16 de septiembre de 2022, ya no sería considerada como Estado parte de la Convención. Sin embargo, los hechos cometidos con anterioridad a dicha fecha podrán ser analizados por el TEDH. Al respecto, ver J. Crawford, “Ukraine vs. Russia: What the European Court of Human Rights can (and can’t) do?”, en *Justice Info.Net*, 7 de abril de 2022. Disponible en <https://www.justiceinfo.net/en/90187-ukraine-russia-european-court-of-human-rights-can-do.html#:~:text=The%20European%20Court%20of%20Human%20Rights%20was%20the,whose%20auspices%20the%20ECHR%20works%20%E2%80%93%20expelled%20Russia> (último acceso: 23/05/2022).

intervención rápida del tribunal, ya que el dictado de la sentencia relativa al fondo del caso puede tardar varios años.²³

1. Las medidas provisionales dictadas por la Corte Internacional de Justicia

Frente al pedido de medidas provisionales, la CIJ actuó de forma expedita. El 7 de marzo de 2022 se celebró una audiencia para que las partes presentaran sus observaciones orales a la que la Federación Rusa no asistió. Sin embargo, presentó un escrito en el que cuestionó la jurisdicción de la Corte señalando que la Convención contra el Genocidio no regula el uso de la fuerza entre Estados ni el reconocimiento de los Estados y afirmando que la operación militar especial rusa se fundamentaba en la legítima defensa del pueblo ruso y de las Repúblicas Populares del Donbass que habían solicitado su asistencia. Agregó que una referencia al crimen de genocidio no equivale a la invocación de la Convención o a la existencia de una controversia porque la noción de genocidio existe en el derecho internacional consuetudinario y en los derechos internos de Ucrania y la Federación Rusa independientemente de la Convención.²⁴

Tan solo 20 días después de la acción incoada por Ucrania, el 16 de marzo de 2022, la CIJ publicó una orden por la que hizo lugar a las medidas provisionales requeridas.²⁵ De acuerdo con el pedido, ordenó que la Federación Rusa suspendiera las operaciones militares hasta el dictado de la sentencia de fondo y que asegurara que cualquier unidad armada militar o irregular que sea dirigida y apoyada por dicho Estado o cualquier organización o personas que estén sujetos a su control, dirección o influencia no

23. En el caso de Bosnia Herzegovina contra Serbia y Montenegro, la solicitud que dio inicio a los procedimientos fue presentada en 1993 y la sentencia fue dictada 14 años después, en 2007. En el caso de Croacia contra Serbia, la solicitud fue interpuesta en 1999 y la sentencia de la Corte dictada en 2015.

24. Federación Rusa, *Document (with annexes) from the Russian Federation setting its position regarding the alleged "lack of jurisdiction" of the Court in the case*, 7 de marzo de 2022, párrs. 12, 15 y 20. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf> (último acceso: 23/05/2022).

25. Cf. Acta de la audiencia disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-ORA-01-00-BI.pdf> (último acceso: 23/05/2022).

tomase acciones para promover dichas operaciones.²⁶ Asimismo, indicó una medida provisional adicional requiriendo que ambas partes en la disputa aseguraran que la controversia no se agravara.²⁷

Se trata de una orden interesante ya que las medidas no mencionan expresamente el crimen de genocidio, sino que se refieren a la operación militar de manera general. Ello se debe al hecho de que, como fuera explicado, el planteo de Ucrania es un planteo invertido en el sentido de que, a diferencia de casos anteriores, no se solicita que la Federación Rusa se abstenga de cometer el crimen, sino que se declare que Ucrania no ha cometido actos de genocidio.²⁸ Al constituir la base de su jurisdicción, la CIJ analizó los requisitos de las medidas provisionales a la luz de la Convención de 1948.

En primer lugar, consideró que la prueba presentada demostraba que las declaraciones hechas por las partes se refirieron al objeto de la Convención contra el Genocidio de forma suficientemente clara para generar una controversia, permitir que Ucrania invocara el artículo IX²⁹ y establecer la jurisdicción *prima facie* de la Corte. Al respecto, señaló que no era necesario que los Estados se refirieran a algún tratado específico en sus intercambios para poder invocar su cláusula compromisoria, sino que debían aludir con suficiente claridad al tema regulado en el tratado. En este sentido, entendió que las declaraciones indicaban una divergencia de posiciones relativas a si ciertos actos cometidos por Ucrania en las regiones de Lugansk y Donetsk podían ser considerados como genocidio en violación de las obligaciones de

26. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 81.

27. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 82.

28. A modo de ejemplo, cabe recordar que en la controversia entre Bosnia Herzegovina y Serbia y Montenegro, la Corte ordenó como medida provisional que el gobierno de Serbia y Montenegro tomara todas las medidas en su poder para prevenir el genocidio, que garantizara que ninguna unidad militar o paramilitar, o unidades armadas irregulares que pudiera dirigir o apoyar, así como otras organizaciones o personas bajo su control, dirección o influencia, no cometieran actos de genocidio de los artículos II y III de la Convención, y que no tomara ninguna acción y asegurara que no se tomaría ninguna acción que pudiera agravar la disputa relativa a la prevención y sanción del crimen o que dificultara su solución. Cf. CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Orden de 8 de abril de 1993.

29. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 44.

la Convención de 1948, así como si el uso de fuerza de la Federación Rusa para el invocado propósito de prevenir y castigar el genocidio alegado era una medida que podía ser tomada para cumplir con las obligaciones de prevenir y sancionar el crimen contenidas en el artículo I de la Convención.³⁰

En segundo lugar, sostuvo que Ucrania tenía un derecho plausible a no ser sometido a operaciones militares para prevenir o sancionar un supuesto genocidio en su territorio³¹ y que las dos primeras medidas provisionales solicitadas se vinculaban con la preservación de dicho derecho.³² En ese sentido, observó que la prueba presentada en el caso no sostenía las alegaciones de la Federación Rusa respecto de la comisión de genocidio en territorio ucraniano y que resultaba dudoso que, a la luz del objeto y fin de la Convención, este tratado autorizara el uso de fuerza unilateral en el territorio de otro Estado para prevenir o sancionar un supuesto genocidio.³³

En tercer lugar, la Corte consideró que el derecho de Ucrania era de naturaleza tal que un perjuicio a este era capaz de causar un daño irreparable de pérdidas de vida, daños mentales o físicos y a la propiedad y medio ambiente.³⁴ Agregó que la población civil afectada por el conflicto es extremadamente vulnerable y que los ataques habían generado un gran daño material y creado condiciones de vida cada vez más difíciles.³⁵ En consecuencia, consideró cumplido el requisito del riesgo real e inminente de un daño irreparable.³⁶

El caso continuará con las discusiones sobre las excepciones preliminares y, eventualmente, sobre el fondo. A tal fin, la Corte ha ordenado que Ucrania deberá presentar su memorial el 23 de septiembre de 2022, mientras que la Federación Rusa deberá hacerlo el 23 de marzo de 2023.³⁷

30. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 45.

31. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 60.

32. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 62.

33. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 59.

34. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 74.

35. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 75.

36. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 77.

37. CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Orden de 23 de marzo de 2022. No obstante, Ucrania realizó su presentación varios meses antes del vencimiento,

2. Las medidas provisionales dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ucrania acudió también a una jurisdicción internacional de protección de derechos humanos para solicitar medidas provisionales con relación al conflicto armado en virtud de “las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por las tropas rusas en el curso de la agresión militar contra la soberanía territorial de Ucrania”.³⁸

El 1 de marzo de 2022, el TEDH hizo lugar al pedido considerando que existía un riesgo real y continuado de violaciones graves al derecho a la vida, a la prohibición de la tortura y tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y al derecho al respecto a la privacidad y a la vida familiar. En consecuencia, solicitó al gobierno de la Federación Rusa que se abstuviera de llevar a cabo ataques militares contra civiles y bienes civiles, incluyendo residencias, vehículos de emergencia y otros objetos civiles especialmente protegidos, como escuelas y hospitales, y que garantice inmediatamente la seguridad de los establecimientos médicos, su personal y vehículos de emergencia dentro del territorio bajo ataque o sitio de las tropas rusas.³⁹

El 4 de marzo, el Tribunal amplió el alcance de dichas medidas para cubrir la situación de diversas personas individuales que habían solicitado medidas provisionales y que se encontraban en refugios por temor a los

el 1 de julio de 2022. Cf. *Statement of the MFA of Ukraine on the Filing of its Memorial in the Case against the Russian Federation in the International Court of Justice under the Genocide Convention*, disponible en <https://mfa.gov.ua/en/news/zayava-mzs-ukrayini-shchodo-podachi-memorandumu-u-spravi-proti-rosijskoyi-federaciyi-v-mizhnarodnomu-sudi-oon-za-konvencyeyu-pro-zapobigannya-zlochynu-genocidu-ta-pokarannya-za-nogo> (último acceso: 5/07/2022). El 24 de mayo, un grupo de Estados junto con la Unión Europea emitieron un comunicado en el que celebran la orden de medidas provisionales dictada por la CIJ y manifiestan su intención de explorar las opciones existentes para apoyar a Ucrania en el caso ante dicho Tribunal y de considerar la posibilidad de intervenir en los procedimientos. Cf. *Joint statement on Ukraine's application against Russia at the International Court of Justice*, disponible en <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/-/2532254> (último acceso: 24/05/2022).

38. Solicitud N°11055/22, Ucrania vs. Federación Rusa (X), resuelta por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 068 (2022), 01.03.2022.

39. *Idem*.

bombardeos y disparos, sin acceso o con un acceso limitado a comida, atención de salud, agua, higiene, electricidad y otros servicios esenciales para su supervivencia, que necesitaban asistencia humanitaria y evacuación segura.⁴⁰ Así, el Tribunal tomó una medida provisional pedida por un Estado, es decir, en un procedimiento interestatal, y la extendió para ser aplicada en la situación de nacionales de ese Estado.⁴¹

El 1 de abril, a pedido del gobierno de Ucrania, el TEDH extendió las medidas provisionales indicándole a la Federación Rusa que las rutas de evacuación debían permitir que la población civil busque refugio en regiones más seguras.⁴²

El TEDH ya había dictado medidas provisionales en el contexto de un conflicto armado, como por ejemplo en 2008, relativo al conflicto entre Georgia y la Federación Rusa (solicitud N°38263/08), en 2014, relacionado con el conflicto entre Ucrania y Rusia respecto de Crimea (solicitud N°20958/14) y en 2020, relativo al conflicto armado entre Armenia y Azerbaiyán (solicitud N°42521/20). En esos casos, a diferencia del conflicto armado actual, el Tribunal había solicitado a ambas partes del conflicto que aseguraran el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención Europea (al igual que lo hizo la CIJ al requerir a ambas partes en la disputa que aseguren que la controversia no se agravara), mientras que, en las

40. Solicitud resuelta por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 073 (2022), 04.03.2022

41. Si bien no se relaciona directamente con la conducción de hostilidades, cabe mencionar que el 10 de marzo de 2022, una sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgó medidas provisionales solicitadas por dos compañías rusas, el diario ANO RID Novaya Gazeta y el canal de televisión OOO Telekanal Dozhd, y por el editor del diario, Dmitriy Andreyevich Muratov, y la dueña del canal de televisión, Natalya Vladimirovna Sindeyeva, relativas a las interferencias en su cobertura del conflicto armado sufridas por ambos medios de comunicación, como por ejemplo, el bloqueo de información y de materiales con opiniones diferentes al punto de vista de las autoridades rusas, ya que ello les causaba un daño irreparable a su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal indicó al gobierno ruso que se abstuviera de cualquier acción o decisión que tenga por fin el bloqueo y la terminación de las actividades de Novaya Gazeta. Ver Solicitud N° 11884/22. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 084 (2022), 10.03.2022.

42. Solicitud, N°11055/22, Ucrania vs. Federación Rusa (X). Ampliación de medidas provisionales. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 116 (2022), 01.04.2022.

solicitudes de Ucrania, las medidas del TEDH fueron destinadas solamente a la Federación Rusa.

II. Conclusiones

El conflicto armado que escaló con el ataque de la Federación Rusa el 24 de febrero de 2022⁴³ ha sido llevado ante distintas jurisdicciones internacionales como parte de una clara estrategia jurídica de Ucrania. Así, el medio jurisdiccional de resolución pacífica de controversias se encuentra funcionando de manera paralela al desarrollo de las hostilidades que, a la fecha de cierre de este trabajo, no han cesado.

La desagregación de la disputa entre la Federación Rusa y Ucrania permite analizar la posibilidad de una doble dualidad de responsabilidades, tanto respecto de diferentes sujetos como de la aplicación de distintas normas de fondo.

Con relación al primer supuesto, que en este trabajo se denominó dualidad de responsabilidades *ratione personae*, las limitaciones jurisdiccionales de los tribunales intervinientes obstaculizan la determinación de la responsabilidad del Estado y de individuos por los hechos internacionalmente ilícitos y crímenes internacionales del genocidio y de agresión.

Con respecto al segundo supuesto, la dualidad de responsabilidades *ratione materiae*, tampoco sería posible pensar en la determinación de la responsabilidad de la Federación Rusa en tanto Estado por la violación de la Convención contra el Genocidio en virtud del planteo de Ucrania ante la CIJ ni por la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que el TEDH solamente ha intervenido en una instancia cautelar. De todos modos, cabe observar que las medidas provisionales ordenadas en ambas jurisdicciones no han sido cumplidas, lo que, en sí mismo, es una violación del derecho internacional.

En el contexto de un conflicto armado, Ucrania ha recurrido a la jurisdicción internacional con el fin de buscar otras formas de presionar a la Federación Rusa y de establecer su posición ante la comunidad internacional. El abanico de posibilidades que ofrece el ordenamiento internacional

43. Con relación a la clasificación del conflicto armado y el debate sobre su inicio, ver Heffes en este volumen.

implica la existencia de una doble dualidad de responsabilidades y amplía de esta forma las herramientas jurídicas con las que cuentan los Estados.

Bibliografía

Doctrina

- Bonafé, B. I., *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Crawford, J., “Ukraine vs. Russia: What the European Court of Human Rights can (and can’t) do?”, en *Justice Info.Net*, 7 de abril de 2022.
- Fletcher, L., “A wolf in sheep’s clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes”, en *Fordham International Law Journal*, 2016, Vol. 39, pp. 447-531.
- Hamilton, R. J., “State-Enabled Crimes”, *Yale Journal of International Law*, 2016, Vol. 41, pp. 301-346.
- Heller, K. J., “The best option: An Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression”, en *Opinio Juris*, 16 de marzo de 2022.
- Komarov, A. y Hathaway, O., “The best path for accountability for the crime of aggression under Ukrainian and International Law”, en *Just Security*, 11 de abril de 2022.
- May, L., *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

Jurisprudencia

- CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Orden de 8 de abril de 1993.
- CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de 26 de febrero de 2007. *ICJ Reports 2007*, p. 43.
- CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de 3 de febrero de 2015. *ICJ Reports 2015*, p. 3.

- CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Orden de 16 de marzo de 2022.
- CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Orden de 23 de marzo de 2022.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”, 15 de noviembre de 2011, ICC-02/11-14-Corr.
- TEDH, Solicitud N°11055/22, *Ucrania vs. Federación Rusa (X)*, resuelta por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de marzo de 2022.
- TEDH, Solicitud resuelta por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2022.
- TEDH, Solicitud N°11884/22, 10 de marzo de 2022.
- TEDH, Solicitud N°11055/22, *Ucrania vs. Federación Rusa (X)*. Ampliación de medidas provisionales, 1 de abril de 2022.

Tratados internacionales

Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, UN Treaty Series, vol. 78, p. 277, 9 de diciembre de 1948, e.v. 12 de enero de 1951.

Otros documentos internacionales

Albania, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Canada, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Estados de Micronesia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Islas Marshall, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia y Unión Europea, *Joint statement on Ukraine’s application against Russia at the International Court of Justice*, 24 de mayo de 2022. Disponible en

- <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/-/2532254>
Federación Rusa, Document (with annexes) from the Russian Federation setting its position regarding the alleged “lack of jurisdiction” of the Court in the case, 7 de marzo de 2022. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf>
- Oficina de la Fiscalía de la CPI, “Report on Preliminary Examinations Activities 2020”. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>
- Oficina de la Fiscalía de la CPI Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation”, de fecha 28/08/2022. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>
- Statement calling for the creation of a special tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine. Disponible en <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>
- Ucrania, *Application Instituting Proceedings*, 26 de febrero de 2022. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>
- Ucrania, *Statement of the MFA of Ukraine on the Filing of its Memorial in the Case against the Russian Federation in the International Court of Justice under the Genocide Convention*, 1 de julio de 2022, disponible en <https://mfa.gov.ua/en/news/zayava-mzs-ukrayini-shchodo-podachi-memorandumu-u-spravi-proti-rosijskoyi-federaciyi-v-mizhnarodnomu-sudi-oon-za-konvenciyeyu-pro-zapobigannya-zlochynu-genocidu-ta-pokarannya-za-nogo>

El conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania: un breve análisis acerca del derecho internacional humanitario aplicable

*Ezequiel Heffes**

Resumen

El derecho internacional humanitario (DIH) es un conjunto de reglas que busca limitar los efectos de los conflictos armados, protegiendo a aquellas personas que no participan o que han cesado de participar en los combates y regulando los medios y métodos que utilizan las partes, sean Estados o grupos armados organizados. El DIH, que también suele llamarse “derecho de los conflictos armados”, incluye (y diferencia) en su ámbito de aplicación dos tipos de conflictos: aquellos internacionales entre dos Estados y los conflictos armados sin carácter internacional, que involucran a un Estado luchando contra un grupo armado organizado, o a grupos armados enfrentándose entre sí. A pesar de que la gran mayoría de los conflictos que ocurren en la actualidad tienen una naturaleza no internacional, desde 2014 a la actualidad se ha desarrollado un conflicto armado internacional entre la Federación Rusa y Ucrania. Este artículo analiza cómo el DIH aborda tal situación, describe las normas específicas aplicables y examina algunas cuestiones relativas a su cumplimiento.

* Doctor en Derecho Internacional por la Universidad de Leiden; LL.M. en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos por la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights; Abogado por la Universidad de Buenos Aires; Investigador visitante, Universidad de Georgetown. Este artículo es escrito en la capacidad personal del autor y no vincula a ninguna institución; ezequielheffes@gmail.com.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario, Convenios de Ginebra de 1949, Protocolos Adicionales de 1977, Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Conflicto Armado Internacional.

The Armed conflict Between the Russian Federation and Ukraine: A Brief Analysis About the Applicable International Humanitarian Law

Abstract

International Humanitarian Law (IHL) is a set of rules that seeks to limit the effects of armed conflicts, protecting those who do not participate or who have ceased to participate in the fighting and regulating the means and methods used by the parties, be they States or organized armed groups. IHL, also often referred to as the “law of armed conflict”, includes (and differentiates) within its scope two types of conflicts: international conflicts between two States, and non-international armed conflicts involving a State fighting an organized armed group, or armed groups fighting each other. Although the vast majority of conflicts occurring today are non-international in nature, from 2014 to the present, an international armed conflict has developed between the Russian Federation and Ukraine. This article discusses how IHL addresses such a situation, describes the specific rules applicable and examines certain issues related to compliance.

Keywords: International Humanitarian Law, 1949 Geneva Conventions, 1977 Additional Protocols, Customary International Humanitarian Law, International Armed Conflict.

I. Introducción y clasificación del conflicto armado

El derecho internacional humanitario (DIH) es una rama del derecho internacional público que busca limitar los efectos de los conflictos armados en los individuos. Por medio de diversas normas consuetudinarias y convencionales, este régimen jurídico tiene como objetivo principal la protección de aquellas personas que no participan en los combates, o que han

cesado de participar en ellos, limitando los medios y métodos que utilizan Estados y grupos armados organizados.¹

El DIH reconoce dentro de su ámbito de aplicación dos tipos de conflictos armados: aquellos de carácter internacional (CAIs), en los cuales participan exclusivamente Estados,² y los conflictos armados no internacionales (CANIs), que encuentran un Estado enfrentando militarmente a un grupo armado organizado, o a grupos armados luchando entre sí. Dado que la Federación Rusa y Ucrania son Estados, el conflicto armado entre ellos, que comenzó en 2014,³ se rige por el DIH aplicable a los CAIs. Se aplican, de esta forma, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, su Protocolo Adicional I de 1977, de los que ambos Estados son parte, así como las normas pertenecientes al DIH consuetudinario.⁴ Es importante destacar, como ha

1. En tal sentido, el DIH (o *jus in bello*) no determina la legalidad del uso de la fuerza armada por una parte al conflicto, cuestión que se encuentra regulada por el *jus ad bellum/jus contra bellum*. El DIH, en tal sentido, se aplica una vez que el conflicto ha comenzado. Para más información al respecto, K. Okimoto, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Portland, Hart, 2011; y CICR, “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”, 1. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf> (último acceso: 23/5/2022). Existen otras ramas de derecho internacional público que también se aplican en conflictos armados, como es el caso del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Esto, sin embargo, no será analizado en el presente artículo.

2. Los Convenios de Ginebra se aplican “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”, mientras que el Protocolo completa dichos Convenios para situaciones de CAIs. Convenios de Ginebra de 1949, artículo 2. Véase también Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 1(3).

3. Geneva Academy, RULAC. “International Armed Conflict in Ukraine”. Disponible en <https://www.rulac.org/browse/conflicts/international-armed-conflict-in-ukraine#collapse2accord> (último acceso: 23/5/2022).

4. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 5. Disponible en <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf> (último acceso: 23/5/2022). A su vez, existen otros tratados relevantes aplicables en el CAI en Ucrania. En materia de bienes culturales, ambos Estados son parte de la Convención de La Haya de 1954 sobre Bienes Culturales, así como de su Protocolo I, mientras que existen otros tratados específicos relativos al uso de ciertas armas que vinculan a las dos partes. Estos

explicado el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que en este tipo de conflictos “no es necesario que el uso de la fuerza armada entre las partes alcance un determinado nivel de intensidad” o duración.⁵ Además, la existencia de un CAI se determina por los hechos que ocurren en el campo de batalla, y no por la intención subjetiva de las partes beligerantes.⁶ Es indiscutido que parte del territorio de Ucrania ha sido ocupado por la Federación Rusa,⁷ lo cual deriva en la aplicación de obligaciones específicas entre este último Estado y la población civil que habita en dichos territorios.

Tomando como punto de partida el CAI entre la Federación Rusa y Ucrania y, por lo tanto, que el DIH se aplica a ambas partes, este artículo analiza el contenido de dicho régimen jurídico, y concluye presentando ciertos desafíos prácticos relativos a su cumplimiento. Las siguientes páginas no representan un estudio exhaustivo de la cuestión, y simplemente buscan presentar una breve aproximación al conflicto en cuestión y al DIH aplicable.

incluyen al Protocolo II de la Convención de Armas Convencionales (CAC) sobre el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (1980); el Protocolo III de la CAC sobre armas incendiarias (1980); el Protocolo V de la CAC sobre los Restos Explosivos de Guerra (2003); el Protocolo I de la CAC sobre fragmentos no detectables (1980); el Protocolo IV de la CAC sobre armas láser cegadoras (1995); la Convención sobre la Prohibición de las Armas Biológicas (1972); y la Convención sobre la Prohibición de las Armas Químicas (1993). La Convención de Ottawa de 1997 sobre las minas terrestres antipersonas solo obliga a Ucrania. CICR, “Treaties, States Parties and Commentaries”. Disponible en https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByTopics.xsp#view:_id1:_id2:_id260:repeat1:1:labelAnchor (último acceso: 23/5/2022).

5. CICR, *Comentario del Primer Convenio de Ginebra. Convenio (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, Buenos Aires, CICR, 2021 (Primera edición en español, traducido de la versión en inglés de 2016), 77.

6. Geneva Academy, RULAC, “International Armed Conflict in Ukraine”; y M. Sassòli, *International Humanitarian Law. Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, p. 169.

7. Este es el caso, por ejemplo, de Crimea, donde la Federación Rusa se encontraba presente con anterioridad a febrero de 2022. El artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907 establece que “[s]e considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad está establecida y en condiciones de ejercerse”.

II. El DIH y la protección de personas

El DIH aplicable al conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania puede desglosarse en dos categorías. Por un lado, existen reglas que regulan la conducción de las hostilidades por las partes al conflicto, que también incluyen restricciones a la posible elección de armas.⁸ Por el otro, como se mencionó con anterioridad, el DIH protege a aquellas personas que no participan, o que han dejado de participar en las hostilidades. Esto comprende a la población civil, a las personas heridas y enfermas, a aquellas que han fallecido o a las que pertenecen a una parte y han caído en manos del enemigo. Las siguientes subsecciones examinarán estas reglas en detalle.

a. El DIH y la conducción de las hostilidades

El DIH contiene tres principios cardinales que regulan la forma por la cual un Estado parte de un CAI puede llevar a cabo operaciones militares, lo que se denomina comúnmente como “conducción de las hostilidades”. Estos principios son los de distinción, proporcionalidad y precaución, y se encuentran codificados en el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 y en el DIH consuetudinario.⁹

El principio de distinción establece que, al momento de atacar, las partes deben distinguir en todo momento entre civiles y bienes civiles, por un lado, y combatientes y objetivos militares, por el otro.¹⁰ En consecuencia, solo pueden dirigir sus operaciones contra objetivos militares,¹¹ y esto se

8. Véase nota 4 para mayor información acerca de los tratados aplicables en materia de armas.

9. El CICR también ha reconocido que “[l]os ataques realizados con nuevas tecnologías y medios cibernéticos también deben respetar” el DIH. C. Droege, “Armed conflict in Ukraine: a recap of basic IHL rules”, *Humanitarian Law & Policy Blog*, 17 de marzo de 2022. Disponible en <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/03/17/armed-conflict-in-ukraine-a-recap-of-basic-ihl-rules/> (último acceso: 23/5/2022).

10. El CICR ha reconocido que es parte de la costumbre internacional la obligación de las partes de “distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques solo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados”. Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 1.

11. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 48.

aplica para “cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea”.¹² La población civil solo puede ser atacada si participa directamente en las hostilidades, y mientras dure tal participación.¹³ Si este no fuera el caso, atacar deliberadamente a la población civil constituye un crimen de guerra.¹⁴ En caso de duda acerca de la condición de una persona, el DIH explicita que “se la considerará como civil”.¹⁵ Además de proteger a las personas civiles, este régimen jurídico establece una prohibición a los ataques contra los bienes civiles, a menos que “por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”.¹⁶ Al igual que con respecto a los individuos, en caso de duda debe presumirse que se trata de un bien civil.¹⁷ Ejemplos de objetos civiles incluyen viviendas, escuelas y hospitales. El DIH también reconoce que existen ciertos bienes civiles que poseen una protección específica, como son aquellos indispensables para la supervivencia de la población civil,¹⁸ los bienes culturales¹⁹ o las instalaciones

12. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 49(3). Véase también Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 6.

13. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 51(3).

14. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 85(3)(a); y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, artículo 8 (2) (b)(i)-(ii).

15. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 50(1).

16. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 52(2).

17. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 52(3).

18. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 54. Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 54.

19. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 53. Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 38.

que contienen fuerzas peligrosas.²⁰ Es importante reparar en que, de acuerdo al DIH, la evaluación de si se han quebrantado dichas normas no se funda en los resultados de los ataques. En otras palabras, lo relevante no es si se destruyó un bien civil, o qué categoría de personas fuera herida o muerta, sino qué y quién fue el objetivo del ataque²¹ (y cómo dicho ataque se llevó a cabo, como se verá a continuación). Atacar deliberadamente a la población civil, así como a bienes civiles, es una violación al DIH.

El principio de proporcionalidad refiere a la prohibición que tienen los Estados parte de un CAI de lanzar un ataque cuando se prevea que causará “incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.²² En términos prácticos, tanto la Federación Rusa como Ucrania tienen la obligación de llevar a cabo una evaluación previa a conducir un ataque que permita concluir que no se espera que las pérdidas y los daños a la población civil superen la ventaja militar prevista. A su vez, deben suspender o cancelar un ataque “si se advierte que el objetivo no es militar o si es de prever que el ataque” causará tales pérdidas y daños.²³ Si estas fueran claramente excesivas, el ataque en cuestión podría constituir un crimen de guerra.²⁴

20. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 56. Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 42.

21. M. Sassòli, “Ukraine Symposium – Results of a First Enquiry Into Violations of International Humanitarian Law in Ukraine”, *Articles of War Blog*, 14 de abril de 2022. Disponible en <https://lieber.westpoint.edu/results-first-enquiry-violations-ihl-ukraine/> (último acceso 23/5/2022). OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 27.

22. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 51(5)(b). Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 14.

23. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 57(2)(b); y Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 19.

24. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, artículo 8 (2)(b)(iv).

Finalmente, ambos Estados deben tomar precauciones tanto al conducir un ataque como contra los efectos de los ataques llevados a cabo por el adversario. La Federación Rusa y Ucrania, así, deben tener un cuidado constante a fin de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.²⁵ Esto conlleva “hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar” no son civiles,²⁶ y “tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar, o al menos reducir, todo lo posible” los daños incidentales a las personas y bienes civiles.²⁷ Tales precauciones pueden incluir, por ejemplo, dar aviso del ataque con antelación y por medios eficaces a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.²⁸ Asimismo, el DIH prohíbe el uso de cualquier tipo de arma que cause “males superfluos o sufrimientos innecesarios”,²⁹ y que su uso cause efectos indiscriminados.³⁰ También, ambos Estados deben evitar situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas.³¹

25. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 57(1). Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 23.

26. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 57(2)(a)(i). Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 16.

27. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 57(2)(a)(ii). Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 17.

28. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 57(2)(c); y Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 20.

29. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 35(2). Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 70.

30. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 51. Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 71.

31. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 58(b). Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 23.

A pesar de la indiscutida obligación de aplicar estas normas humanitarias, diferentes organizaciones e instituciones han encontrado evidencia de violaciones cometidas en el transcurso del CAI.³² Al 10 de junio de 2022, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos tenía registradas 9.585 víctimas civiles en el marco del CAI, número que incluye 4.339 personas fallecidas y 5.246 heridas.³³ La mayoría de estas víctimas, la Oficina aclara, fueron causadas “por el uso de armas explosivas con una amplia área de impacto, incluyendo bombardeos de artillería pesada y sistemas de cohetes de lanzamiento múltiple, y ataques de misiles y aéreos”.³⁴ La misión llevada a cabo bajo el mandato de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) agregó, tomando en cuenta los registros del Alto Comisionado, que “[l]as armas y municiones utilizadas en zonas densamente pobladas hacen especialmente inverosímil que se hayan respetado las obligaciones en materia de precaución”.³⁵ A su vez, la misión afirmó que:

[m]ás allá de los casos concretos en los que se pudieron constatar violaciones, es inconcebible que tantos civiles hubieran resultado

32. Vale mencionar que también se han identificado situaciones de respeto. Por ejemplo, se ha afirmado que “Ucrania cuenta con un sistema bien desarrollado de refugios, incluso en las estaciones de metro que se encuentran a gran profundidad, lo que ha sin duda contribuido a que el número de personas civiles muertas en ciudades como Kiev y Khar-chiv sea relativamente bajo, en comparación con la cantidad de destrucciones. Ucrania respeta así una obligación de la parte que defiende en virtud del DIH”. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 35. Con respecto a las medidas tomadas por Ucrania para proteger bienes culturales, véase p. 39 del mismo informe.

33. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Ukraine: civilian casualty update 10 June 2022”, 10 de junio de 2022. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/news/2022/06/ukraine-civilian-casualty-update-10-june-2022> (último acceso 12 de junio de 2022).

34. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Ukraine: civilian casualty update 10 June 2022”.

35. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 30.

muerdos y heridos, y que tantos objetos civiles –incluyendo casas, hospitales, bienes culturales, escuelas, edificios residenciales de varios pisos, edificios administrativos, instituciones penitenciarias, estaciones de policía, estaciones de agua y sistemas de electricidad– hubieran sido dañados o destruidos si Rusia hubiera respetado sus obligaciones de DIH en términos de distinción, proporcionalidad y precauciones al llevar a cabo las hostilidades en Ucrania.³⁶

El pedido de las autoridades ucranianas a la población civil para que se armaran “espontáneamente” en la lucha contra la Federación Rusa también fue un tema de atención para la misión. En su informe notó, en particular, que dicho llamado no fue apropiado en virtud del DIH, ya que hizo que dichas personas perdieran la protección contra los ataques sin necesariamente adquirir la condición de combatiente.³⁷

b. Personas protegidas por el DIH

Además de contener normas que regulan la conducción de las hostilidades, el DIH protege ciertas categorías de individuos, como es el caso de las personas heridas y enfermas, aquellas que fallecieron, los náufragos que no participan en las hostilidades, y los prisioneros de guerra³⁸ y otras personas

36. M. Sassòli, “Ukraine Symposium – Results of a First Enquiry Into Violations of International Humanitarian Law in Ukraine”, *Articles of War Blog*, 14 de abril de 2022. Disponible en <https://lieber.westpoint.edu/results-first-enquiry-violations-ihl-ukraine/> (último acceso 23/5/2022). OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 26.

37. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 35.

38. El artículo 4 del Convenio de Ginebra III de 1949 define a prisioneros de guerra como aquellas “personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

- 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas;

privadas de la libertad,³⁹ así como a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. Es una obligación de las partes de satisfacer las necesidades básicas de la población bajo su control. Si esto no ocurriera, los Estados deben permitir y facilitar la ayuda humanitaria.⁴⁰ La Federación Rusa y Ucrania, en tanto partes de un CAI, tienen la obligación de respetar la vida e integridad

- 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:
 - a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
 - b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
 - c) llevar las armas a la vista;
 - d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;
- 3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora;
- 4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan [...];
- 5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se benefician de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional;
- 6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra”.

Véase, además, los artículos 43 y 44 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, aplicables al conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania.

39. En tal sentido, el DIH de CAIs contiene reglas específicas que regulan las condiciones de detención y aseguran el acceso al CICR a las personas detenidas.

40. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 70. Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Regla 55.

física y moral de tales personas, debiendo ser protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.

En particular, dichos Estados tienen la obligación de recoger y asistir a las personas heridas y enfermas, que incluye tanto a aquellas que son miembros de las fuerzas armadas contrarias, así como a civiles. El DIH prohíbe estrictamente todo atentado contra su vida y persona. El Convenio de Ginebra I de 1949 establece, a su vez, que se deben respetar al personal sanitario⁴¹ y a los establecimientos fijos (hospitales) y las unidades sanitarias móviles.⁴² Dicho Convenio también protege a aquellas personas que han fallecido, afirmando que las partes deben velar por que se entierren “honrosamente” y que sus sepulturas sean respetadas.⁴³ Este tema ha sido foco de discusión en el ámbito internacional, ya que se han identificado en las redes sociales numerosas imágenes de combatientes y civiles fallecidos, lo que indica que sus restos no estarían siendo tratados con el respeto que así merecen en virtud del DIH.⁴⁴

Los prisioneros de guerra –una categoría que se encuentra protegida y regulada de forma explícita (y exhaustiva) en el Convenio de Ginebra III de 1949, deben ser tratados con dignidad, y están resguardados contra la tortura y los tratos inhumanos. Asimismo, están protegidos “en todo tiempo [...] contra los insultos y la curiosidad pública”.⁴⁵ La mencionada misión de la OSCE encontró que, a pesar de que la Federación Rusa y Ucrania tuvieron dificultades al comienzo del conflicto en el manejo de los prisioneros de guerra, ambas partes declararon su voluntad de cumplir con el Convenio III.⁴⁶ Sin embargo, también agregó que estos Estados violaron el DIH al

41. Convenio de Ginebra I de 1949, 75 UNTS 31, artículo 24.

42. Convenio de Ginebra I de 1949, 75 UNTS 31, artículo 19.

43. Convenio de Ginebra I de 1949, 75 UNTS 31, artículo 17.

44. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 9.

45. Convenio de Ginebra III de 1949, 75 UNTS 135, artículo 13.

46. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 11.

no permitir que el CICR visite a dichas personas detenidas.⁴⁷ De acuerdo al Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, los “mercenarios” no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra⁴⁸ y, por lo tanto, quedan excluidos de las protecciones específicas que estas categorías acarrearán.

El Convenio de Ginebra IV protege, por su parte, a las personas civiles que, “en cualquier momento de la manera que sea, estén [...] en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.⁴⁹ Diferencia, dentro de su ámbito de aplicación, a territorios que se encuentran ocupados de aquellos que no lo están. El conflicto analizado contiene ambos escenarios, ya que es indiscutido, por ejemplo, que Crimea se encontraba ocupada por la Federación Rusa antes de febrero de 2022, y se ha avanzado con respecto a la posibilidad de que este Estado ejerza una ocupación por *proxy* a través de las autoproclamadas Repúblicas de Lugansk y Donetsk.⁵⁰ En los territorios ocupados, entre otras cosas, el Estado ocupante debe tomar medidas “que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, en orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”.⁵¹ Además, el Convenio de Ginebra IV prohíbe “[l]os traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro

47. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 11.

48. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3, artículo 47.

49. Convenio de Ginebra IV de 1949, 75 UNTS 287, artículo 4.

50. N. Kalandarishvili-Mueller, “Russia’s ‘Occupation by Proxy’ of Eastern Ukraine – Implications under the Geneva Conventions”, *Just Security Blog*, 22 de febrero de 2022. Disponible en <https://www.justsecurity.org/80314/russias-occupation-by-proxy-of-eastern-ukraine-implications-under-the-geneva-conventions/> (último acceso 23/5/2022). Véase también M. Sassòli, “Application of IHL by and to Proxies: The ‘Republics’ of Donetsk and Luhansk”, *Articles of War Blog*, 3 de marzo de 2022. Disponible en <https://lieber.westpoint.edu/application-ihl-proxies-donetsk-luhansk/> (último acceso 23/5/2022).

51. Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, artículo 43.

país, ocupado o no”.⁵² Este artículo es de fundamental importancia para el CAI en cuestión, ya que ha habido reportes de deportaciones forzadas desde los territorios ocupados hacia la Federación Rusa.⁵³

Finalmente, el DIH también establece ciertos signos distintivos que sirven para identificar a personas, bienes y lugares protegidos. Aunque su protección proviene de su carácter civil, los Convenios de Ginebra codifican y regulan el uso de los emblemas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

III. Ideas finales

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar” los Convenios de Ginebra “en todas las circunstancias”, afirma el artículo común 1 de dichos tratados. Es difícil, si no imposible, terminar este breve artículo sin reconocer lo obvio: las partes de cualquier conflicto armado, sea de carácter internacional o no internacional, quebrantan ciertas normas internacionales. Obtener un escenario de pleno respeto al DIH es prácticamente imposible por numerosas razones, y violaciones han sido documentadas en numerosos contextos, como el informe de la OSCE lo demuestra.

Esto no implica, sin embargo, que las partes violen al DIH en su totalidad. Debido a que gran parte de la atención pública se ha centrado en documentar tales transgresiones, y a atribuir las a entidades o individuos, poca atención (y reconocimiento) se ha dado al hecho de que situaciones de respeto también pueden encontrarse. A pesar de que hemos llegado a creer que los conflictos armados se rigen exclusivamente por el caos y el desorden, este no es necesariamente el caso. Organizaciones humanitarias, por ejemplo, han sido capaces de acceder a la población civil afectada por el conflicto, llevar a cabo sesiones de diseminación de DIH con las partes y visitar personas detenidas, en línea con lo que establece dicho régimen jurídico. En un escenario global en el cual el DIH se encuentra cuestionado desde diferentes lugares, es imperioso reconocer que situaciones de respeto existen.

52. Convenio de Ginebra IV de 1949, 75 UNTS 287, artículo 49.

53. OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”, p. 23.

Bibliografía

- CICR, “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf>.
- CICR, *Comentario del Primer Convenio de Ginebra. Convenio (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, Buenos Aires, CICR, 2021 (Primera edición en español, traducido de la versión en inglés de 2016).
- Droege, D., “Armed conflict in Ukraine: a recap of basic IHL rules”, *Humanitarian Law & Policy Blog*, 17 de marzo de 2022.
- Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 2005.
- Geneva Academy, RULAC, “International Armed Conflict in Ukraine”. Disponible en <https://www.rulac.org/browse/conflicts/international-armed-conflict-in-ukraine#collapse2accord>.
- Kalandarishvili-Mueller, N., “Russia’s ‘Occupation by Proxy’ of Eastern Ukraine – Implications under the Geneva Conventions”, *Just Security Blog*, 22 de febrero de 2022. Disponible en <https://www.justsecurity.org/80314/russias-occupation-by-proxy-of-eastern-ukraine-implications-under-the-geneva-conventions/> (último acceso 23/5/2022).
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Ukraine: civilian casualty update 10 June 2022”, 10 de junio de 2022. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/news/2022/06/ukraine-civilian-casualty-update-10-june-2022> (último acceso 12 de junio de 2022).
- OSCE, “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine Since 24 February 2022 by Professors Wolfgang Benedek, Veronika Bílková and Marco Sassòli”. Disponible en <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>.
- Okimoto, K., *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Portland, Hart, 2011.
- Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 UNTS 3.
- Sassòli, M., *International Humanitarian Law. Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019.

- Sassòli, M., “Ukraine Symposium – Results of a First Enquiry Into Violations of International Humanitarian Law in Ukraine”, *Articles of War Blog*, 14 de abril de 2022. Disponible en <https://lieber.westpoint.edu/results-first-enquiry-violations-ihl-ukraine/> (último acceso 23/5/2022).
- Sassòli, M., “Application of IHL by and to Proxies: The ‘Republics’ of Donetsk and Luhansk”, *Articles of War Blog*, 3 de marzo de 2022. Disponible en <https://lieber.westpoint.edu/application-ihl-proxies-donetsk-luhansk/> (último acceso 23/5/2022).

Comentario bibliográfico

Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi. Laurence Bourgoing-Larsen. Paris, Editions Pédone, 2020.

*Mónica Pinto**

Laurence Bourgoing-Larsen es una jurista francesa y profesora de derecho internacional público en la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne, conocida para el mundo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En efecto, Laurence ha dado clases en la Maestría en Relaciones Internacionales y en la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y lo ha hecho a través de la cooperación con el Centro Franco-Argentino de Altos Estudios de la UBA. Sus clases sobre derechos humanos en el sistema europeo son recordadas por sucesivos grupos de maestrandos. Habla español con mucha soltura y su personalidad franca, fresca y alegre la ha transformado en una interlocutora habitual de nuestro medio.

Laurence ha trabajado intensamente el derecho internacional de los derechos humanos y especialmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y ha dejado sus conclusiones e impresiones en obras valiosas que permiten que estudiantes y estudiosos de otras latitudes, generalmente extranjeros respecto del castellano de nuestros instrumentos y nuestros órganos, puedan conocer el SIDH y sus productos. Entre esas obras destaca *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme* (2008), que escribiera en colaboración Amaya Úbeda de Torres y con prólogo de don Sergio García Ramírez, entonces presidente de la Corte IDH, cuya influencia es clara en la visión de Laurence.

La obra que comentamos, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi* (*Las tres cortes regionales*

* Profesora emérita, UBA.

de derechos humanos en contexto. Una justicia que no era obvia), es un estudio comparativo de las tres cortes regionales, que acusan diferencias, probablemente debido a sus contextos, pero que revelan asombrosas semejanzas. Es justamente esto último lo que las Cortes asumieron cuando el 8 de diciembre de 2008 se reunieron por vez primera en Estrasburgo e invitaron también a académicos; luego el 18 de julio de 2018 en San José y el 28 de octubre de 2019 en Kampala.

El libro intenta reflejar las razones y las dinámicas que confluyeron en la creación de las tres instancias judiciales regionales, los procesos que condujeron a su evolución institucional, la manera en que interpretan sus textos de base y cómo los aplican. Como lo indica la autora, un interrogante guía este recorrido: ¿de qué manera la Soberanía de los Estados (así en mayúsculas en el texto) se conjuga con la obligación de proteger a su Majestad los derechos?

Laurence explica que quiere incursionar en la creación de las cortes para mostrar las interacciones recurrentes entre la *Historia Grande* –entendiendo por tal el telón de fondo de la Segunda Guerra Mundial, la Guerra Fría, la descolonización– y las *historias particulares*, las de cada continente. Los motivos que subyacen a cada creación son, según la autora, distintos.

De particular interés es su visión del modo reactivo en que Europa organiza su sistema en tanto que en América se trata de lo contrario, de un modo proactivo.

Es interesante que le ponga nombre y apellido a quienes desempeñaron roles sustanciales que permitieron el logro de las tres cortes. Así desfilan Pierre-Henri Teitgen, “el genio creativo”, Kéba MBaye, “el defensor de la ética”, a quienes podrían sumarse Tom Buergenthal y Pedro Nikken, como surge de un capítulo posterior. También subraya la participación del Comité Jurídico Interamericano y de la Comisión Internacional de Juristas.

El título primero trata sobre la evolución de las tres cortes y subraya las diferencias –cada una de ellas se ocupa de un catálogo distinto de derechos protegidos–, pero también las similitudes en su funcionamiento. Laurence señala que las transformaciones no son lineales y se ocupa separadamente de la eficacia y de la legitimidad de los tres tribunales. En relación con lo primero, señala la fragilidad de los edificios sistémicos y se ocupa de elaborar sobre ello, además de considerar episodios específicos como el de los coroneles griegos, el retiro de la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH por Fujimori, o el régimen de Kagamé en Ruanda. Además de la fragilidad, Lau-

rence se ocupa de la complejidad de estos edificios sistémicos y del modo en que ello determina a los tres sistemas. Si en el campo de la efectividad la falta de universalidad de los sistemas africano e interamericano cuenta, en el de la eficacia, la capacidad de los tres sistemas para adaptarse a los cambios contextuales es notable. Se refiere luego a la “legitimidad aleatoria”, una legitimidad normativa y una legitimidad sociológica. Varias páginas se ocupan de la elección de los derechos, señalando diferencias y matices entre los tres sistemas en el ámbito de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y también en materia de género. En cambio, respecto de la elección de quienes aplicarán estos sistemas en caso de reclamo –esto es, respecto de la elección de los jueces–, los matices son realmente distintos en los tres sistemas. Las apreciaciones de la autora se detienen en la cuestión del sexo de los jueces. Aquí queda claro, señala Laurence, que el poder de los intereses soberanos se mantiene intacto.

El segundo título trata de la interpretación y en dos capítulos se ocupa de la liberalización y de sus efectos; nos conduce por los caminos de los sistemas regionales, inicialmente el europeo y el interamericano, y su necesidad de interpretar los textos normativos en contextos políticos y jurídicos singulares. El principio de no regresividad, el del efecto útil, el *pro persona*, las interpretaciones extensivas propias del sistema interamericano, entre otros, desfilan en la pluma de la autora. Del mismo modo, las relaciones entre los sistemas nacionales y el regional respectivo, la deferencia o la ignorancia, son consideradas. Laurence concluye que la liberalización es la gramática común de las tres cortes. También se ocupa de sus efectos y si bien lo hace respecto de las tres, mucho hay en relación con la producción interpretativa de la Corte de San José, desde la desaparición forzada de personas en la sentencia de Velásquez Rodríguez contra Honduras de 1988 hasta las decisiones sobre justicia transicional en Barrios Altos contra Perú en 2001 o la exigibilidad del derecho del trabajo en Lagos del Campo contra Perú de 2017. En suma, las tres tuvieron políticas jurisprudenciales que tenían en mira el principio *pro persona*.

El título tercero se dedica a la aplicación y trata de las sinergias de la incitación y del control. La internacionalización de los derechos constitucionales o la constitucionalización de los derechos humanos es lo que da motivo al primer análisis, para continuar con las dinámicas dialógicas. Las sinergias del control apuntan a los órganos políticos y a su rol en el cumplimiento por parte de los Estados de las sentencias que les conciernen. Acá

las diferencias son notorias entre los tres sistemas. El Consejo de Ministros del Consejo de Europa no tiene análogo en los otros dos sistemas. La Corte de San José intenta cubrir el déficit con creatividad, según la autora. Y nada hay en el radar de la Corte Africana.

En sus conclusiones, Laurence Bourgogue-Larsen nos señala que entre el pasado y el presente se encuentra “la irreductible soberanía” de los Estados, de cara al futuro, la indispensable vigilancia y la necesaria resistencia. El tiempo permitirá comprobar si la justicia de los derechos humanos terminará estando a remolque de los Estados y cumpliendo sus deseos o si se rebelará a la deconstrucción perniciosa de los derechos y continuará construyendo jurisprudencias progresistas.

Yo agregaría que, a estas alturas, nuestra creencia está en esto último, pero que, como señaló Laurence, son necesarias la vigilancia y la resistencia. En esa medida, los seres humanos que actúan los sistemas son fundamentales.

En síntesis, un gran libro que plantea la óptica comparativa en cuestiones estructurales de los tres sistemas, que vale la pena leer.

Además, la edición de Pédone, cuidada, estética, cómoda, suma al libro, objeto precioso que valoramos.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Aplicación práctica de la justicia restaurativa en procesos penales en el fuero nacional y federal

*Marina Soledad Lolo Doval**

Resumen

En el presente trabajo voy a analizar cómo se abre paso normativa y jurisprudencialmente a la justicia restaurativa en los procesos penales que tramitan en el fuero nacional y federal –a partir de la conciliación y la reparación integral–; cuáles son las posibles consecuencias prácticas, ventajas y desventajas de la utilización de estos mecanismos de solución de conflictos.

Palabras clave: justicia restaurativa, métodos alternativos de resolución de conflictos, conciliación, reparación integral, mediación, métodos autocompositivos, legislación, jurisprudencia, derecho procesal penal.

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho con Orientación en Derecho Penal (2007, UBA); Diploma de Honor. Se especializó en Administración de Justicia (2017/9, UBA); aprobó el Programa de Actualización en Litigación Penal (2018, UBA). Actualmente es Jefa de Despacho (interina) de la Defensoría General de la Nación con funciones en la Defensoría Pública Oficial N°2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Capital Federal. Se desempeñó como Defensora *Ad Hoc* y Defensora Pública Coadyuvante. Adicionalmente, y de manera constante, se capacitó en distintas áreas a fin de adquirir conocimientos para aplicar en las labores cotidianas. Este trabajo nació en la culminación de la Especialización en Administración de Justicia, con cuyo cuerpo docente está muy agradecida; marinaldoval@hotmail.com.

Practical Application of Restorative Justice in Criminal Proceedings in the National and Federal Courts

Abstract

In the present work, I am going to analyze how normative and jurisprudential steps are made for restorative justice in criminal proceedings that are processed in the national and federal courts –based on conciliation and comprehensive reparation; what are the possible practical consequences, advantages and disadvantages of using these conflict resolution mechanisms.

Keywords: Restorative Justice, Alternative Methods of Conflict Resolution, Conciliation, Comprehensive Reparation, Mediation, Self-composition Methods, Legislation, Jurisprudence, Criminal Procedural Law.

I. Justicia restaurativa¹

a. Concepto

Aún se discute sobre la imposición de una pena, sus fines y funciones.

Genéricamente, coexisten dos sistemas² en la solución de conflictos³ penales. Uno infraccional, en el cual la respuesta del Estado, frente a la comisión de un delito, implica el ejercicio del poder punitivo sobre una persona (física o jurídica), a partir de la imposición de una pena que se presenta como retribución por el hecho cometido o como mecanismo preventivo e intimidatorio para comportamientos futuros. El conflicto penal

1. Proporciona “un esquema de pensamiento alternativo para abordar la situación de conflicto de índole penal y abarca al mismo tiempo prácticas y programas restauradores” (K. Battola, *Justicia restaurativa. Nuevos procesos penales*, Córdoba, Ediciones Alveroni, 1ª edición, 2014, p. 67).

2. Ver A. Bovino, *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, 1ª edición, Editores del Puerto, 2005, pp. 111-112, llamado también modelo de justicia punitiva y reparatoria.

3. Ver, específicamente, el capítulo “Derribando barreras conceptuales”, punto 3, Derecho y violencia, en R. Entelman, *Teoría de conflictos*, Ed. Gedisa, 2002, pp. 60-61.

es expropiado a las partes, tiene lugar entre el Estado y la persona (física o jurídica), la víctima no participa, y los procesos son de corte inquisitivo o inquisitivos morigerados.⁴

Otro sistema es el restaurativo o reparador. Aquí, frente a la comisión de un delito, se propician soluciones alternativas. ¿Alternativas a qué? A la imposición tradicional de una pena. Se instauran distintos métodos autocompositivos o rehabilitadores⁵ (conciliación, reparación del daño, mediación)⁶ en los cuales las partes gestionan el conflicto y lo solucionan. La víctima ocupa un papel central,⁷ pese a que se reconoce que no es la única

4. La coerción penal “tiene un sesgo netamente inquisitivo y se construye sobre la base de la expropiación del conflicto criminalizado. El estado sustituye a uno de los protagonistas de la controversia (la víctima) y decide por él, quitándole todo poder decisorio y vedándole la posibilidad de cancelar el curso de la criminalización del autor del delito. El estado se hace dueño del derecho a sancionar penalmente y se transforma en el único titular del *ius puniendi*. Existe, por tanto, una obligación estatal de castigar, que es inexorable en los sistemas que consagran el principio de legalidad procesal, en virtud del cual la acción penal no es disponible por su titular y debe ser promovida en todos los casos hasta las últimas consecuencias. Como consecuencia de la expropiación del conflicto, y en la medida en que el interés de la víctima no cuenta en su solución, la situación de esta pasa a ser una mera excusa para habilitar el ejercicio del poder punitivo” (M. Silvestroni, *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª edición, 2004, pp. 69-70).

5. Son “considerados instrumentos para efectivizar procesos restaurativos, aunque la Justicia Restaurativa es más amplia en tanto es una concepción, un enfoque que guía la utilización de aquellas [...] Restauración a través de reparación, perdón, reconciliación, requiere entender el valor de la participación como diálogo, como espacio social donde sujetos también sociales, puedan hablar, ser escuchados, desplegar su voz la propia palabra. Diálogo en el sentido de conversar –versar con otro–, sin sustitución por otro, ni imposición de una idea, ni colonización de algún discurso moral o jurídico que se vuelva dominante”. (S. Greco, “Procesos autocompositivos en el sistema penal. Reparación, conciliación, mediación. Justicia restaurativa. La reforma procesal para la justicia nacional y federal”. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/11/doctrina44334.pdf>).

6. “La mediación tiene un aspecto educativo fundamental basado en el diálogo y la comunicación para la recomposición del entramado social y el establecimiento de una relación pacífica futura” (G. Fariña, “Algunas reflexiones relacionadas con lo que entendemos por resultado exitoso en mediación”, publicado en *Revista de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación*, Lima, 2000).

7. “Un nuevo principio político que informa el derecho procesal penal latinoamericano –este principio no ha adquirido demasiada relevancia en nuestro país aún– es el de autonomía de la víctima. Por tal entendemos la nueva relación que definen los códigos entre

afectada por el delito, porque también lo es la comunidad.⁸ Aquí el conflicto penal no es expropiado a las partes, sino que, por el contrario, son ellas las que lo resuelven, en procesos mixtos o adversariales, bajo el principio de mínima intervención penal.

La justicia restaurativa fue definida en el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa por la ONU en 2006 como “una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo”.

Se trata de una “metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucran a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad”.⁹

b. Fundamentos

La justicia restaurativa, para la doctrina, nació en la década del 70 con el resurgimiento de la víctima.¹⁰ Sin embargo, fue determinante, además, la verificación empírica de que –en los casos concretos– el ejercicio directo de poder punitivo no resuelve nada porque opera cuando ya se verificó una afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno.¹¹

De este modo, el proceso penal culmina con una sentencia que impone una decisión que normalmente no repara el conflicto de base.

víctima y procedimiento penal, en una tendencia que ha dejado de ser una ‘moda’ política criminal, como la ha calificado algún autor, para convertirse en un nuevo lineamiento estructural que atraviesa los códigos más modernos” (A. Bovino, *op. cit.*, p. 103).

8. “Para la justicia restaurativa, el crimen es definido como una herida a la comunidad, un daño a las relaciones, las relaciones dañadas son tanto causa como efecto del crimen [...] Los elementos principales de la justicia restaurativa son los daños, las necesidades, las obligaciones y la participación”. (S. Greco, *op. cit.*).

9. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

10. K. Battola, *op. cit.*, p. 68.

11. Ver diferencia entre bien jurídico afectado y tutelado en E. Zaffaroni; A. Alagia; A. Slokar, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2ª edición, 2002, pp. 483-494.

Además, existieron también razones prácticas¹² que alentaron el uso de mecanismos autocompositivos, vinculadas con la congestión del sistema de justicia penal, el uso indiscriminado de la prisión –sea como medida cautelar o cumplimiento de pena–, la lamentable imposibilidad de brindar no solo un buen servicio¹³ sino también soluciones de calidad y la consecuente ineficacia para dar respuesta a las víctimas.¹⁴

Entonces, los métodos alternativos de resolución de conflictos penales, arribaron, además, con el fracaso comprobado del ejercicio del poder punitivo del Estado.¹⁵

c. Consagración normativa

Hay documentos internacionales que propician la utilización de métodos alternos.

Las Reglas sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (“Re-

12. A. Ledesma, “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal”, *Revista Pensar en Derecho* N°13, ISSN (versión electrónica): 2314-0194, año 2018, pp. 33-92.

13. La “judicialización de los medios con que el estado brinda protección y tutela en los casos de conflicto o carencia, extiende hacia los grupos vulnerables una zona del estado –la jurisdiccional– que es tradicionalmente deficiente y que, por múltiples motivos, parece no ser capaz de hacer frente a la explosión del litigio que experimentan en el mundo los sistemas jurisdiccionales”; C. Peña González, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/o2%201y2Juridica06.pdf.

14. La víctima es “un protagonista principal del conflicto social junto al autor y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido” (J. Maier, *Derecho procesal penal, parte general, sujetos procesales, Tomo II*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª edición, 2003, p. 611).

15. Si bien relata la experiencia en Chile, no menos cierto es que “todo proceso penal es selectivo y, en consecuencia, de lo que se trata es de hacerlo consciente y deliberadamente selectivo a fin de adecuar, política y criminalmente, la utilización del instrumento penal” (C. Peña González, *op. cit.*). La “crisis de legitimación que padece actualmente la justicia penal y, más especialmente, la pena estatal, ha contribuido a generar la necesidad de nuevas transformaciones para solucionar estos problemas” (A. Bovino, *op. cit.*, pp. 113-114).

glas de Brasilia”), impulsan el uso de formas alternativas de resolución de conflictos (sección 5ta.).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, “Reglas de Tokio” (5.1), los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad de las Américas (III. 4) y los Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal¹⁶ tienen previsiones al respecto.

Los códigos procesales de América Latina, si bien con algunas variantes, han optado por su regulación.¹⁷ El proceso restaurativo encuentra consagración constitucional en los arts. 18 y 28 CN. A nivel nacional, la constitución de la provincia de Entre Ríos promueve estas prácticas alternativas para la gestión de los conflictos locales (art. 65). Los códigos procesales penales de diferentes jurisdicciones del país también regularon procesos restaurativos, no adversariales.¹⁸

El CPP de la provincia de Buenos Aires (ley 11.922), prevé la cuestión al momento de tratar las cuestiones vinculadas con la víctima del delito.¹⁹ “Lo atinente a la situación de la víctima, y en especial la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quién aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad de” ejercer la acción penal, seleccionar la coerción personal, individualizar la pena y en la ejecución penal (art. 86). A su vez, antes de proceder al archivo, se debe considerar la composición de la víctima. Así es que “el imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia” (art. 56 bis). Pueden celebrarse acuerdos patrimoniales para el resarcimiento de la víctima (art. 87).

16. https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_S.pdf

17. Ver G. Rúa y L. González, “Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio”, publicado en *Revista Sistemas Judiciales*, N°20, en pp. 99-124.

18. Ver detalle actualizado en el mapa de acceso a la justicia, en <https://www.cnaj.gov.ar/cnaj/>

19. Tienen un formato similar en Salta, Santiago del Estero y Santa Fe.

En el CPP CABA (ley 2.303) la fiscalía tiene como objetivo “arribar a la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realización del juicio” (art. 91); siendo uno de sus deberes “propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos legalmente previstos” (inc. 4). Las vías alternativas tienen lugar, en cualquier momento de la investigación preparatoria (art. 204). La fiscalía puede lograr el avenimiento (cfme. art. 266) –acuerdo sobre pena y costas– y, en casos de acción privada o pública cuando se verifique “una mejor solución para las partes”, una instancia oficial de mediación o composición; indicando obstáculos para la procedencia de la mediación (acciones dolosas, cuyas imputaciones estén referidas a delitos contra la vida, la integridad sexual, lesiones gravísimas, o bien cuando tuvieren lugar dentro de un grupo familiar conviviente –cfme. art. 8 de la ley 24.417–; y no procede respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo o no hayan pasado dos años desde la firma del mismo en otra investigación). El acuerdo de mediación o composición implicará la resolución definitiva del conflicto. Prevé la suspensión del juicio a prueba aún durante el debate (art. 205).

El CPP de Catamarca (ley 5.097), establece que “antes de disponer medidas de instrucción, el Juez podrá oír en contradicción a los interesados, si lo creyese útil al descubrimiento de la verdad” (art. 174); pudiendo interpretarse esta norma como un permiso para que las partes resuelvan directamente el conflicto que dio origen a la causa.

El CPP de Chaco (ley 965-N, antes ley 4.538), relaciona los criterios de oportunidad con la posibilidad de que en el caso se empleen mecanismos alternativos (art. 8.3); salvo “cuando esté comprometido el interés de un menor de edad, víctima del hecho o de víctima de violencia de género. Para su aplicación se considerará especialmente la composición con la víctima, reparando el daño”. El art. 431 prevé la conciliación, enunciando a la reparación integral como una consecuencia de aquella y no como un mecanismo autónomo. Excluye también “delitos con grave violencia física o intimidación sobre las personas; aquellos que tengan su origen en situaciones de violencia de género o domésticas y todos los que impliquen un delito contra la integridad sexual en cualquiera de sus formas”.

El CPP de Chubut (ley 5.478), tras reconocer la participación ciudadana (art. 5) y los derechos de las víctimas (art. 15) dispone que los jueces –al resolver el conflicto– buscarán “contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social” (art. 32). La fiscalía es la titular de la acción

penal (art. 37) y le consigna criterios de oportunidad (art. 44). Prevé la conciliación (art. 47) y la reparación integral (art. 48); quedando la ejecución en un juez civil (art. 401).

El CPP de Córdoba (ley 8.123) prevé como criterio de oportunidad la conciliación entre las partes y el acuerdo resarcitorio ante la existencia de daño (art. 13 bis.5).

El CPP de Corrientes²⁰ (ley 6.518 y 7.066), instaaura un sistema acusatorio (art. 2), propone resolver los conflictos con la mejor solución legalmente prevista (art. 22), promoviendo la participación ciudadana (art. 23). La fiscalía puede disponer de la acción penal pública “por cumplimiento de acuerdos de conciliación o reparación integral” (art. 32.b); salvo casos de delitos cometidos por funcionarios públicos, o en ejercicio de sus funciones, contextos de violencia de género, o delitos motivados en razones discriminatorias. También y como facultad de la fiscalía, puede ésta autorizar (siempre que no existan razones de seguridad e interés público que lo hicieren desaconsejable) que el imputado y la víctima “realicen una mediación o acuerdos conciliatorios o de reparación integral, en los casos de delitos de instancia privada, de delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas, de amenazas simples, de lesiones dolosas leves y de lesiones culposas” (art. 36). Prevé que, durante el emplazamiento, y, antes de la audiencia de control de la acusación, “la defensa podrá presentar al fiscal un acuerdo conciliatorio o de mediación” (art. 297). Establece que “en el proceso por delito de acción pública bajo las reglas de la acción privada, no procede la audiencia de conciliación. Si el caso fuere de los previstos en el artículo 36, el juez, de considerarlo conveniente, dará intervención a la oficina especializada en mediación” (art. 372). Pueden las personas jurídicas –por intermedio de sus representantes– celebrar acuerdos de conciliación o reparación (art. 404).

El CPP de Entre Ríos (ley 9.754 modificada por ley 10.317) reconoce ya en el art. 1. G los derechos de la víctima. Y, si bien la fiscalía es titular de la acción penal pública, puede facilitarse la “conciliación entre las partes”, “el expreso pedido de la víctima” y la “reparación del perjuicio causado por

20. Ver <https://inecip.org/noticias/corrientes-inicia-la-puesta-en-marcha-del-sistema-acusatorio/>, el 1 de septiembre de 2020 comenzó a regir en la IV Circunscripción Judicial.

parte del imputado”; a través de acuerdos patrimoniales (art. 80). En tanto el art. 204.c.4 sostiene como una de las finalidades de la investigación penal preparatoria “comprobar la extensión del daño causado por el hecho”. Es más, el art. 211, prevé –antes de decretar la apertura de causa– una audiencia previa donde la fiscalía “podrá oír a los interesados si estimare posible una conciliación”.

El CPP de Jujuy (ley 5.623, modificada por las leyes 5.906 y 6.033) establece que la fiscalía (Ministerio Público de la Acusación) es la titular de la acción penal, “sin perjuicio de la participación que se concede a la víctima o a los ciudadanos” y puede “aplicar criterios de oportunidad en cualquier etapa del proceso, especialmente a través de aquellos institutos que propiciaren la reparación a la víctima; sin perjuicio de propender a la economía procesal mediante el juicio abreviado u otro mecanismo dispuesto a tal fin” (art. 89). Prevé un criterio de oportunidad específico “en los casos de lesiones leves, cuando haya existido conciliación o la víctima exprese desinterés en la persecución penal, salvo cuando esté comprometido el interés de un menor de edad” (art. 101.5). Enfatizando –respecto de todos los criterios allí enunciados– que para ser aplicados “se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su defensor”. Prevé también que el imputado pueda solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad, sosteniendo que “el compromiso de reparación [...] se sujetará a las reglas sustantivas y adjetivas del derecho privado” (art. 102). La sección segunda se titula “conciliación” (e incluye además la reparación) y la tercera “mediación penal” dando así lugar a la regulación de institutos no adversariales en la normativa instrumental de la provincia. La conciliación puede tener lugar respecto de delitos patrimoniales sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, lesiones leves y delitos culposos; y no procederá para delitos “que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo” (art. 104). Mientras que, en los mismos casos en que procede la conciliación, “la reparación integral y suficiente ofrecida por el imputado podrá ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y la fiscalía no invocara razones justificadas de interés público prevalente en la persecución” (art. 105). Establece que los legitimados para solicitar la mediación son las partes, desde la promoción de la acción penal hasta el requerimiento de elevación a juicio con imputaciones

que prevean hasta 6 años de prisión y/o multa; especialmente en: “a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad; b) Causas cuyo conflicto sea de contenido patrimonial; c) Causas por delitos culposos”. No se aplicará el procedimiento a casos de violencia familiar, delitos dependientes de instancia privada con víctimas menores de 18 años, cuando los imputados sean funcionarios públicos y los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio de sus funciones (art. 106). Luego indica el procedimiento (art. 107 y 110), la función del mediador (art. 108), el plazo máximo y los principios a seguir (art. 109) hasta la finalización del procedimiento (art. 110).

El CPP de La Pampa (ley 2.287), en la sección segunda, prevé “situaciones especiales”. Enuncia criterios de oportunidad, y, en 4) del art. 15 establece su aplicación “cuando haya conciliación entre las partes y el imputado haya reparado en su totalidad el daño causado, en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos”. Luego, dentro del Título III, conclusión de la Investigación Fiscal Preparatoria, prevé la conciliación por “reparación del daño” en una audiencia y así la extinción de la acción penal (art. 292).

El CPP de Mendoza (ley 6.730) prevé la conciliación y la reparación como causales de sobreseimiento (art. 353.6 y .9). Luego, dentro de los actos preliminares del juicio común, establece que en la audiencia preliminar existe la posibilidad de que se aplique un criterio de oportunidad “cuando se hubiere solucionado el conflicto y restablecida la armonía social o cuando hubiera habido acuerdo reparatorio o reparación integral” a pedido de la fiscalía (art. 364).

El CPP de Misiones (Ley XIV – N° 13) prevé que “las partes” pueden solicitar la aplicación de criterios de oportunidad cuando “e) existe conciliación entre los interesados, y el imputado reparó los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad, de interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad; f) existe conciliación entre los interesados y el imputado en los delitos culposos, lesiones leves y/o amenazas, salvo que existan razones de seguridad, de interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad” (art. 60). Es más, respecto al segundo supuesto, exige que “es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o

firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación” (art. 61). Establece además que una de las finalidades de la investigación formal es “e) comprobar la extensión del daño causado por el delito” (art. 201).

En Neuquén, en 2014, la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal implicó una nueva forma de mirar la solución de controversias. Se estableció que la finalidad principal del proceso está en la solución del conflicto; más allá que en la aplicación de una pena o el cumplimiento ritual de determinadas formas sacramentales.²¹ El CPP de Neuquén (ley 2.784) tras reconocer la participación ciudadana (art. 4) establece que los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto “a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. La imposición de la pena es el último recurso” (art. 17). Establece la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad “5) Cuando exista conciliación entre las partes; o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente, o se repare el daño en la medida de lo posible”; no siendo procedente “en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él” (art. 106). También postula que la finalidad de la investigación preparatoria es “arribar a la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas” (art. 123). Ya en los albores, y luego de la valoración inicial, le confiere a la fiscalía la posibilidad de remitir las actuaciones a “una instancia de conciliación o mediación” (art. 131.3); con control de la decisión por parte de la víctima (art. 132). Durante la etapa intermedia, en la audiencia de control de la acusación, la defensa “podrá proponer una reparación concreta, siempre que no hubiere fracasado antes una conciliación, o instar el sobreseimiento, siempre que para ello no deban discutirse cuestiones que son propias del juicio oral” (art. 168).

21. Esto fue puesto de manifiesto por la propia escuela de capacitación del Poder Judicial de Neuquén: “el nuevo proceso establece una finalidad diferente (solucionar el conflicto) que genera desafíos laborales diferentes e interacciones con los involucrados distintas”. Así también proclama “el brindar soluciones alternativas a la investigación y el juicio en aquellos casos en los que víctima y acusado estén de acuerdo y no exista un interés social comprometido”, en L. Lorenzo, “Uso del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén. Ley 2.784”, disponible en <http://200.70.33.130/images2/Prensa/2014/ Penal/usonuevocodigo.pdf>.

El CPP de Río Negro (ley P 2.107) prevé la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad, previa audiencia con la víctima, “5º. Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado en la medida de lo posible, el perjuicio causado, en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos. 6º. En los delitos dependientes de instancia privada cuya pena máxima sea de prisión de hasta quince (15) años, con una única víctima o víctimas múltiples del mismo hecho siempre que haya existido un proceso de mediación exitoso concluido con el avenimiento de las partes, en el cual la o las víctimas o sus derecho-habientes consientan de modo expreso la extinción de la acción penal. Quedan exceptuados todos los delitos dependientes de instancia privada cuyas víctimas sean menores de dieciséis (16) años de edad. 7º. En los delitos de acción pública cuya pena máxima sea de prisión de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, con una única víctima o víctimas múltiples del mismo hecho siempre que haya existido un proceso de mediación exitoso concluido con el avenimiento de las partes en el cual la o las víctimas o sus derecho-habientes consientan de modo expreso la extinción de la acción penal”; no siendo procedente “si el delito fue cometido por un funcionario público, en el ejercicio de su cargo o por razón de él” (art. 172). Dispone, también, que la instrucción tendrá por finalidad, “5º. Comprobar la extensión del daño causado por el delito” (art. 179).

En el CPP de Salta (ley 7.690), hay un capítulo referido a las partes, dentro del cual, hay un título sobre los derechos de las víctimas, en el que están previstos los acuerdos patrimoniales (art. 104). Se establece que “la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenida en cuenta” (art. 103) en distintas etapas del proceso: ejercicio de la acción, al seleccionar la coerción personal, individualización de la pena y ejecución.²² En el libro segundo, dentro de las disposiciones de la investigación penal preparatoria, están previstos los criterios de oportunidad (art. 231) –que pueden aplicarse durante todo el proceso y hasta el requerimiento de elevación a juicio (art. 234)–, condicionando dos supuestos (insignificancia y caso de delito culposo) a que “el imputado haya reparado el daño ocasionado, firmando un acuerdo con la víctima en ese sentido o

22. En el mismo sentido, Buenos Aires, Santiago del Estero y Santa Fe.

afianzando suficientemente esa reparación”. Está prevista la mediación (art. 235) pudiendo la fiscalía de oficio o a petición de parte someter el conflicto a ese mecanismo alternativo; estableciéndose que el procedimiento se regirá por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad e imparcialidad; no siendo procedente para delitos con pena mayor a 6 años en abstracto, cuando el autor sea funcionario público y se requiera esa calidad en el sujeto activo, que el delito sea cometido en perjuicio de la administración pública, cuando la víctima fuera menor de edad (salvo leyes 13.944 y 24.270), cuando se trate de delitos contra la vida, la integridad sexual, contra los poderes públicos y el orden constitucional, en casos de robo, y, en casos de violencia de género. Y, bajo los mismos supuestos de procedencia, está prevista la conciliación (art. 237).

El CPP de San Juan (ley 1.851-0) prevé una sección específica sobre modos alternativos de resolución de conflictos; estableciendo que, en función de aquellos, la fiscalía puede disponer de la acción de la penal. Los autorizados son: Criterios de oportunidad; Conversión de la acción; Conciliación; Mediación; Reparación integral del perjuicio; y Suspensión del proceso a prueba. Indica que su aplicación puede ser solicitada por la fiscalía de oficio o pedido de parte, y, obtura la posibilidad de aplicación directa por parte del Juez ya que debe existir “acuerdo expreso previo” entre fiscalía y defensa (art. 33). Al igual que en otras jurisdicciones, no es procedente en casos de delitos cometidos por funcionarios públicos, o en ejercicio de sus funciones, contextos de violencia de género, o delitos motivados en razones discriminatorias. A lo que agrega que no se pueden celebrar acuerdos –salvo juicios abreviados– en casos donde se hayan usado armas sin distinción si son de fuego o aptas para el disparo, ni “en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal” (art. 34). Luego, al regular los criterios de oportunidad, en casos de hechos insignificantes y culposos, “el imputado debe reparar el daño ocasionado; o firmar un acuerdo de reparación con la víctima o afianzar suficientemente la reparación del daño” (art. 35). Posteriormente, de manera específica, trata la conciliación, a partir de acuerdos conciliatorios que habilita celebrar hasta la audiencia de control de la acusación “en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existen lesiones gravísimas o resultado de muerte”; y no procede cuando se trate

de delitos con pena en abstracto mayores de 6 años, haya sido cometido por funcionario público o en perjuicio de la administración pública, cuando la víctima sea menor de edad (excepto los previstos en leyes 13.944 y 24.270), sean delitos contra la vida, la integridad sexual, contra los poderes públicos y el orden constitucional (art. 40). El acuerdo debe presentarse ante la fiscalía y, si no hay oposición, ante el juez para su homologación en una audiencia. Si hubiera oposición de la fiscalía, el superior, de ésta puede revisar. Cumplido el acuerdo, se extingue la acción penal; de lo contrario, la víctima o la fiscalía pueden solicitar se reanude la investigación (art. 41). Regula también la mediación, a los efectos de lograr un acuerdo conciliatorio, la fiscalía puede –de oficio o a petición de parte– someter el conflicto a mediación hasta el cierre de la investigación penal preparatoria; debiendo dar intervención a un mediador oficial. El “procedimiento de mediación no puede exceder el plazo de treinta (30) días y se rige por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad e imparcialidad” (art. 42). Cuando se arribe a un acuerdo, “el mediador oficial a cargo de la mediación lo debe comunicar al fiscal interviniente dentro del plazo de tres (3) días”. En caso de cumplimiento, se extingue la acción penal y el imputado debe ser sobreseído; en caso contrario, “se debe eliminar toda referencia de éste del legajo del fiscal y del expediente de garantías y no puede ser utilizado como fuente ni como medio de prueba” (art. 43). En casos de lesiones leves; hurto simple; estafas, defraudaciones especiales, defraudaciones agravadas, con excepción del fraude en perjuicio de administración pública, defraudaciones menores, usura; daño simple; y libramiento de cheques sin provisión de fondos; en el mismo plazo de procedencia que la conciliación, el imputado podrá proponer a la fiscalía, la reparación integral (art. 44). Cumplida la obligación, debe dictarse el sobreseimiento (art. 45). También pueden utilizarse en casos de flagrancia (art. 433).

El CPP de Santa Fe (ley 12.734) confiere a las partes la posibilidad de “acordar el trámite que consideren más adecuado en cualquier etapa del procedimiento”; siempre “privilegiando los objetivos de simplicidad y abreviación”. Prevé la conciliación como criterio de oportunidad (art. 19.5) “en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad”, y en “los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad,

interés público, se encuentre comprometido el interés de un menor de edad, se hubiesen utilizado armas de fuego para la comisión, o se tratara de un hecho delictivo vinculado con la violencia de género” (art. 19.6), en este último caso es necesario que “el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación”. Indica que, a los fines de lograr la conciliación, “se establecerán procesos de mediación entre los interesados [...] asegurando la dignidad de la víctima, del imputado y la igualdad de tratamiento de ambos” (art. 20). Señala que “en todos los casos en los que la víctima haya aceptado la aplicación del criterio de oportunidad, se entiende que renunció a su derecho a concurrir como querellante exclusivo” (art. 21). Cuando regula el capítulo referente a la víctima,²³ establece que “la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor o partícipe, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta” al momento del ejercicio de la acción, selección de la medida de coerción, al individualizar la pena y en la ejecución (art. 83).

El CPP de San Luis (ley VI-152, B.O. 3/9/21) establece que la solución del conflicto primario debe propender a “restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social” y que “la imposición de una pena es el último recurso” (art. 18). Prevé la conciliación como criterio de oportunidad (art. 93. e). En la valoración inicial, le confiere a la fiscalía la posibilidad de remitir lo actuado a “una instancia de conciliación” (art. 108. c). En el título II trata todo aquello referido a la conciliación (art. 223) y a la reparación integral (art. 224), y en qué casos estos métodos de solución no resultan procedentes (art. 225).

El CPP de Santa Cruz (ley 2.424) en un capítulo regula la extinción de las acciones y de las penas. Establece que la acción y la pena se extinguen por la conciliación homologada judicialmente (art. 47.1). Indica que “existe conciliación cuando el imputado/a y la víctima llegan a un acuerdo sobre la reparación del daño o resuelven el conflicto que generó la contravención y siempre que no resulte afectado el interés público o de terceros”. Puede concretarse en cualquier estado del proceso (art. 48).

23. En el mismo sentido, Buenos Aires, Salta y Santiago del Estero.

En el CPP de Santiago del Estero (ley 6.941), “la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quién aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad” de ejercer la acción penal, seleccionar la medida de coerción, individualizar la pena, y en la ejecución (art. 103).²⁴ La fiscalía “procurará racionalizar y otorgar eficacia a sus intervenciones pudiendo aplicar criterios de oportunidad en cualquier etapa del proceso, especialmente a través de aquellos institutos que propiciaren la reparación a la víctima; sin perjuicio de propender a la economía procesal mediante el juicio abreviado u otro mecanismo dispuesto a tal fin” (art. 60). Pueden celebrarse acuerdos patrimoniales (art. 104).

El CPP de Tierra del Fuego (ley 168), prevé que –con los mismos requisitos de procedencia de la suspensión del juicio a prueba– se puede derivar el caso al Centro de Mediación Judicial para iniciar un proceso que ponga fin al conflicto (arts. 161, 168, 178); cuyo efecto será el sobreseimiento (arts. 309 inc. 7, 331).

El CPP de Tucumán²⁵ (ley 6.203 nuevo texto consolidado ley 8.268) prevé la conciliación y mediación en casos de penas máximas de 6 años, en hechos delictivos con motivo familiar, de convivencia o vecindad salvo violencia doméstica; y delitos contra la propiedad sin violencia física salvo que sea cometido por funcionario público en ejercicio de funciones. La fiscalía instará “resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social” (art. 5 *ter*); siempre con intervención de la víctima (art. 5 *quater*), mientras que el cumplimiento del acuerdo permite el sobreseimiento del imputado.

A su vez, del relevamiento normativo realizado, surge que, en todas las jurisdicciones, la conciliación es central en los procesos por delitos de acción privada.

En definitiva, los procesos restaurativos en la mayoría de los ordenamientos instrumentales del interior del país, ingresan a partir de

24. En el mismo sentido, Buenos Aires, Salta y Santa Fe.

25. Ver <https://inecip.org/noticias/el-nuevo-codigo-procesal-de-tucuman-entro-en-vigencia-en-toda-la-provincia/>, el 1 de septiembre de 2020, comenzó a regir en todo el territorio provincial.

regulaciones específicas de los criterios de oportunidad, o como reglas de disponibilidad de la acción penal o bien se instituyen como una de las finalidades del proceso antes de que éste avance a la etapa plenaria, están circunscriptos normalmente a una tipología de casos²⁶ y, normalmente excluyen, entre otros, delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

La consecuencia, siempre es la misma, el cumplimiento del acuerdo –en cualquiera de los procedimientos autocompositivos– extingue la acción penal, y debe disponerse el sobreseimiento del imputado.

Finalmente, en el orden nacional y federal el CPPF (ley 27.482) reconoce la participación ciudadana (art. 23). Establece como pauta hermenéutica para la resolución de conflictos, el restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social (art. 22). Prevé como regla de disponibilidad de la acción, a la conciliación (art. 30.c); salvo que “el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias” o incompatible con previsiones de política criminal. Luego, establece que el imputado y la víctima pueden celebrar acuerdos conciliatorios “en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte”; que se presentan ante el juez para su homologación, si correspondiere, en una audiencia. Acreditado el cumplimiento, se extingue la acción penal (art. 34). Caso contrario, la víctima o la fiscalía pueden solicitar la reapertura de la investigación. Hasta la audiencia de control de la acusación, el imputado y su defensa podrán proponer la conciliación y reparación integral (art. 279.d) –previstas como causales de sobreseimiento (art. 269. g)–, debiendo la acusación determinar el daño cuya reparación se reclama (art. 274.e). Las personas jurídicas pueden proponer acuerdos conciliatorios (art. 343).

26. “La conciliación entre autor y víctima y la reparación representan hoy soluciones posibles para desplazar a la coacción penal o para suavizarla” solo en algunos supuestos (J. Maier, *op. cit.*, p. 635).

II. Las leyes 27.063, 27.147 y 27.482. Resolución 2/19, implementación parcial

a. Cronología

Hasta la sanción de la ley 27.063 no había previsiones normativas en el orden nacional y federal que trajeran consigo institutos propios de la justicia restaurativa, como sí contenían algunas legislaciones provinciales y en América Latina.

El 4 de diciembre de 2014 (B.O. 10 de diciembre de 2014), el nuevo CPP estableció disposiciones vinculadas con la conciliación y la reparación integral como causales de sobreseimiento (art. 236. g, ley 27.063).

El 10 de junio de 2015, se sancionó la ley 27.147 (B. O. 18 de junio de 2015) que reformó el Código Penal e incorporó como causales extintivas de la acción penal a la conciliación y a la reparación integral del daño (art. 59 inc. 6º); consagrando así normativamente a la justicia restaurativa en el código de fondo.²⁷

Luego, el Decreto de Necesidad y Urgencia PEN 257/2015, del 24 de diciembre de 2015, postergó la implementación del nuevo CPP (ley 27.063).

Fue entonces que, desde la doctrina y la jurisprudencia, se comenzó a cuestionar la efectiva vigencia de los métodos autocompositivos previstos como causales extintivas de la acción penal en el Código Penal, poniéndose en duda la posibilidad de que sean aplicados en los casos concretos llamados a resolver.

El 6 de diciembre de 2018, la ley 27.482 –actual CPPF– (B. O. 07 de enero de 2019) no modificó el estado de situación al respecto, sino que confirmó las previsiones de la ley 27.063.

Mientras que el 13 de noviembre de 2019, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPF (B.O. 19 de noviembre de 2019), consideró implementar institutos compatibles con el CPPN (ley 23.984) para permitir “un mayor goce de las garantías constitucionales para todos

27. “La puesta en jaque de los modelos infraccionales no puede ser más que celebrada” (J. C. Rúa, “Sobre la operatividad y algunos efectos inesperados de la regulación federal de las formas alternativas de resolución de conflictos penales”, *El Debido Proceso Penal*, Vol. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 1ª edición, 1ª reimpresión, 2019, p. 21).

los justiciables de manera uniforme en todo el territorio nacional”; y así fue que, entre otros artículos, se dispuso la implementación del art. 22 y 34, vinculados con esta temática (Resolución 2/19).

La característica central del nuevo sistema procesal, es la oralidad, y, en sintonía con la mayoría de las provincias del país y la región,²⁸ la reforma implica transparencia, inmediatez, resolución pública de las decisiones, propendiendo, en definitiva, no solo a un cambio cultural en el interior del sistema de justicia penal nacional y federal, sino también a su eficiencia.

Ahora bien, la ley 27.147 fue sancionada cuando muchas provincias ya aplicaban métodos autocompositivos para resolver conflictos penales. Seguramente, entre otras cuestiones, el legislador tuvo en miras garantizar el principio de igualdad. Es que, de otro modo, imputado/víctima tendrían posibilidades diferenciadas de resolver su conflicto según la jurisdicción en la cual el hecho se hubiera cometido, circunstancia ésta que resultaba inadmisibles y dejaba a la jurisdicción nacional/federal sin la posibilidad de implementar justicia restaurativa en los casos concretos.

b. Definiciones

La conciliación²⁹ resulta de un acuerdo entre las partes. La RAE la define como un “acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado”.

Es más, el CPCyCN (art. 36) contiene el instituto de la conciliación, aclarando que “la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento”.

28. “Las reformas procesales penales se han diseminado rápidamente [...] son, posiblemente, la transformación más profunda que los procesos penales latinoamericanos han experimentado en sus casi dos siglos de existencia. Si bien estas reformas no han sido exactamente iguales en todas las jurisdicciones, los reformadores han descrito a estas reformas en términos similares, como una movida de un sistema inquisitivo a uno acusatorio o adversarial” (A. Alliaud, *Audiencias preliminares al juicio oral*, CABA, Ediciones Didot, 1ª edición, 1ª reimpr. 2017, p. 22).

29. Constituye “en el ámbito del derecho procesal [...] un fenómeno que excede, y hasta cierto punto transgrede, el sistema de conceptos construido en derredor del proceso” (Peña González, *op. cit.*).

Para la doctrina,³⁰ el CPPF, se refiere de manera indistinta al acuerdo conciliatorio (resultado de la conciliación), de la actividad propiamente dicha tendiente a conciliar y de la audiencia de conciliación.

La conciliación está prevista como una regla de disponibilidad de la acción (art. 30.c); puede ser adoptada hasta la audiencia de control de la acusación (art. 279.d), y acreditado el cumplimiento del acuerdo, el sobreseimiento se impone (art. 269.g).

Sea como acuerdo o actividad participan imputado y víctima.

Y, para que sea procedente, hay condiciones (art. 34):

- Necesidad de un acuerdo entre la víctima y el imputado;
- El hecho debe tener un contenido patrimonial y haber sido cometido sin grave violencia sobre las personas (caso de delitos dolosos);
- No debe haber producido lesiones gravísimas o el resultado muerte (caso de delitos culposos);
- Los acuerdos deben ser homologados judicialmente, en audiencia.

Ahora bien, en la reparación integral la cuestión es diferente.³¹

El CCyC (art. 1737) define que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. Y, la RAE la define como una modalidad de satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito que consiste en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.³²

30. S. Greco, *op. cit.*

31. Reparación es “deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, y, para ello, colocar al mundo en la posición que tenía antes de comenzar el hecho punible [...] en numerosas oportunidades, solo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico del daño o indemnización patrimonial” (J. Maier, *op. cit.*, p. 604).

32. “Sin embargo, debemos tener en cuenta el especial contenido que tiene el concepto de reparación en el derecho penal, que no debe asimilarse, sin más, a una indemnización civil. El concepto de reparación que se propone no debe confundir con el pago de una suma de dinero. La reparación se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima –v.gr., la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, trabajo gratuito, etc.–. Se trata de abandonar un modelo de justicia punitiva para adoptar un modelo de justicia reparatoria” (A. Bovino, *op. cit.* p. 111).

Reparación integral, entonces, implica el cumplimiento por parte del imputado de las prestaciones relativas a la obligación de resarcir satisfactoriamente todas las consecuencias producidas de modo indebido por el hecho ilícito que se le atribuye,³³ sin estar condicionada o limitada a una clase de delito o bien jurídico en particular.³⁴

Se discute si es unilateral, si requiere el consentimiento de la víctima, y que sucede cuando ésta se opone.³⁵ Si bien la reparación integral implica un hacer por parte del imputado, la víctima debe ser oída. Lo mismo, respecto de quien asume el daño causado y manifiesta voluntad de repararlo.

Toda vez que las normas que regulan la reparación integral no contemplan ningún requisito (arts. 269.g, 274.e y 279.d), deberá valorarse en cada caso concreto la voluntad de la víctima, si su pretensión es efectivamente reparada y las posibilidades con las que cuenta el imputado. Hay que tener siempre presente que –en algunas circunstancias– la aplicación de estos mecanismos autocompositivos puede, incluso, dar lugar a medidas con cierto vestigio punitivo respecto de quien asume la responsabilidad de reparar.³⁶ Es más, en la práctica, hay fiscalías que se oponen a la utilización de mecanismos alternos, entre otras cuestiones, por registrar el imputado antecedentes penales; cuando no hay un fundamento legal que promueva tal impedimento porque además la intervención de la fiscalía es al solo de efecto de controlar la legalidad del acto, su opinión no es vinculante.³⁷

33. A. Ledesma, *op. cit.*, pp. 33-92.

34. C. Sueiro, “La reparación del daño en nuestro sistema penal argentino”, *El Debido Proceso Penal*, Vol. 3, Buenos Aires, Hammurabi, 1ª edición, 1ª reimposición, 2020, p. 49.

35. S. Greco, *op. cit.* “Para pensar la admisibilidad de la reparación unilateral, habría que distinguir casos en que el damnificado se muestre indiferente, no participe y el procesado es consciente que dañó y se ofrece a repararlo. De aquel que no hace ninguna conexión con lo que hizo ni con lo que provocó y tiene como única intención conseguir la impunidad. Más aún cuando el damnificado se expide en contra de aceptar la reparación”.

36. “Algunos esperan –cuando menos vaticinan para un futuro más o menos lejano– una privatización del derecho penal; la reparación toma allí el lugar de la pena y desplaza no solo esa reacción sino en general la aplicación del Derecho Penal; la composición privada del conflicto, en cambio, toma el lugar del procedimiento penal” (J. Maier, *op. cit.*, p. 590).

37. M. Soberano, “Reparación integral y conciliación en la jurisprudencia actual”, en *Jurisprudencia de Casación Penal, Justicia Nacional*, Vol. 1, Buenos Aires Hammurabi, 1ª edición, 2016, pp. 197-230.

En definitiva, el CPPF abre paso a un sistema acusatorio de tipo adversarial.³⁸ Y, en ese marco, con ambos mecanismos alternativos,³⁹ el proceso penal nacional y federal se transformó permitiendo la composición del conflicto a partir de la aplicación práctica de la justicia restaurativa, confiriéndole a la víctima un papel trascendental, como sujeto del proceso / titular de intereses; más allá de que se constituya o no como parte querellante.

Pese a lo anterior, y a la Resolución 2/19 de la Comisión Bicameral, aún hoy, en la justicia nacional y federal, se discute si la conciliación y la reparación integral son directamente operativas o necesitan una ley procesal que reglamente acabadamente su aplicación.

Entiendo que ambos mecanismos alternos pueden y deben aplicarse a conflictos concretos con la legislación vigente. Incluso, en los casos de flagrancia del CPPN (ley 27.772), regulados también en el CPPF.⁴⁰

Es más, aunque se pretendiera indicar que el CPPN no tiene prevista una audiencia de “control de la acusación” y que por ello no podría materializarse la justicia restaurativa a través de la conciliación y la reparación

38. “El binomio principio acusatorio y dinámica adversarial es el que funda la especial forma de trabajo de los nuevos sistemas, que todavía necesita mucho esfuerzo para pasar del diseño normativo [...] al universo de prácticas que constituye la justicia penal” (L. Moreno Holman, *Teoría del caso*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 1ª ed., 5ª reimpression, 2017, p. 15). Es que “un juez del sistema adversarial no busca la verdad, sino que la exige a los acusadores. Y éstos no cumplen con tal (estricta, que se expresa con la carga de la prueba), entonces no queda otro camino que la absolución, es decir, el rechazo de la acusación” (A. Binder, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, México, Coordinación Editorial, 1ª edición, 2014, p. 21). “La experiencia histórica ha demostrado de modo inequívoco la imposibilidad del sistema de enjuiciamiento inquisitivo para garantizar en un grado aceptable el respeto de los derechos humanos de las personas. En consecuencia, la única opción posible si pretendemos establecer un procedimiento penal que no vulnere las exigencias mínimas del Estado de derecho, consiste en la transformación de las prácticas de la justicia penal a través de la realización de los principios sustanciales derivados del sistema acusatorio” (A. Bovino, *op. cit.*, p. 38).

39. G. Álvarez y E. Highton consideran que el establecimiento de procedimientos alternativos da lugar a un nuevo paradigma de Justicia (S. Greco, *op. cit.*).

40. D. Mascioli, “Nuevo paradigma en materia penal, conciliación y reparación integral del daño”, en *Cómo litigar en el proceso de flagrancia*, Bs. As. Buenos Aires Hammurabi, 1º Edición 1ª edición, 2018, ppág. 231-247.

integral; una solución posible sería sostener que, como mecanismos alternativos al juicio oral, su utilización no demanda la disposición de ningún otro procedimiento específico,⁴¹ resultando procedentes en la misma oportunidad procesal en la que pudiera ser viable la suspensión de juicio a prueba⁴² o el juicio abreviado.⁴³

c. Aplicación práctica. Jurisprudencia

Del relevamiento efectuado, se puede verificar que la vigencia de la conciliación y la reparación integral –en el ámbito nacional y federal– como manifestaciones concretas de la justicia restaurativa, aún es discutida por la doctrina y en tribunales, pese al dictado de la Resolución 2/19 de la Comisión Bicameral que dispuso la implementación de algunos artículos del CPPF que no resultan incompatibles con el CPPN.

Se pueden distinguir tres interpretaciones, las que –por razones metodológicas– voy a clasificar en restringida, intermedia y de garantía.

Para una perspectiva restringida, la norma de fondo remite a la legislación procesal, y ante la ausencia adjetiva, no podrían ser utilizados la conciliación y la reparación integral como mecanismos alternativos de resolución de conflictos.⁴⁴

Por otro lado, una visión intermedia, indica que la Resolución 2/19 de la Comisión Bicameral implementó, entre otros, los arts. 22 y el 34, ambos vinculados con esta temática. De esta manera, esas normas permitirían contar con una herramienta procesal para la adopción de métodos alternativos de resolución de conflictos permitiendo “el ejercicio de la conciliación en el marco del proceso penal” regulando entonces “el camino procesal para el ejercicio de una causal de extinción de la acción penal prevista en el código sustantivo”. Por lo que, desde esta perspectiva, la conciliación está

41. M. Soberano, *op. cit.*

42. TOCF N°6, sentencia del 10 de marzo de 2017, *Carrazana*, causa N°13.411/2012, entre otros.

43. M. Lauría Masaro y L. Montenegro, *Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional, en estudios sobre jurisprudencia*, MPD, 2016.

44. G. Aboso, *Código Penal, 5ta. Edición*, Montevideo - Buenos Aires, Ed. B de F, 2019, p. 405.

implementada con las limitaciones del art. 34; mientras que, la reparación integral –desde lo formal– no sería operativa.

Sin embargo, una postura de garantía, respetuosa del principio de legalidad, igualdad y *pro homine*, debe admitir que la conciliación y la reparación integral son plenamente operativas.⁴⁵

Aunado a ello, las leyes orgánicas de los ministerios públicos, arts. 42 inc. d) ley 27.149 (defensa) y 9 inc. e) ley 27.148 (fiscal), establecen que sus integrantes deben intentar la conciliación, aplicar mecanismos alternativos de resolución de conflictos y procurar el restablecimiento de la armonía; no encontrándose supeditados a la vigencia plena del CPPF.⁴⁶

A estas alturas, ninguna duda cabe que el CPPF goza de autoridad decisiva, debe ser considerado al momento de peticionar y resolver; más allá de su implementación parcial; circunstancia ésta que no hace más confirmar la postura adoptada.

45. J. L. Alvero, S. Ibáñez, “La Operatividad de la Extinción de la Acción Penal por Conciliación o Reparación Integral del Daño. Análisis del Art. 59 inc. 6° del C.P”. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46952.pdf>, en igual sentido C. Clarey, F. E. Vásquez Pereda, “La viabilidad en la aplicación de la conciliación y la reparación integral. Estudio sobre las causales de extinción de la acción penal previstas en el art. 59 inc. 6° del Código Penal de la Nación”, publicado en DPyC 2018 (marzo), 09/03/2018, 122. Cita Online: AR/DOC/278/2018, J. C. Rúa, C. Sueiro, Soberano, *op. cit.*

46. Es más, abonan esta postura, las referencias jurisprudenciales de hace tiempo, que, si bien están vinculadas con la vigencia de la ley 27.063, resultan plenamente aplicables para entender el valor del CPPF, en su totalidad. La CFCP, Sala I, sentencia interlocutoria del 31 de agosto de 2015, *Romano, Luis Eugenio*, causa 4943/2014, sobre el nuevo código, puntualizó que “el juez ha de ceñirse a la voluntad popular exhibida en las normas de derecho producidas por el Congreso de la Nación, salvo que aquellas colisionen con la Constitución Nacional. No como aplicación directa de éste en tanto aún no fue puesto de vigencia sino como un conjunto de principios que han de tenerse en cuenta para justificar las medidas que se adopten”. Al poco tiempo, la CNCC, Sala II, sentencia interlocutoria del 25 de septiembre de 2015, *Arias, Héctor Ricardo*, causa 61.537/2014, reg. 489/15, concluyó que las pautas contenidas en el CPPF “no pueden menos que resultar [...] orientadoras de la actividad estatal de los distintos poderes, en el sentido de que, pese a la pendiente entrada en vigencia, marcan la dirección hacia la que se dirige el nuevo esquema instrumental para la aplicación de la ley penal” (La jueza López González, en disidencia parcial, postuló la aplicación de esta doctrina en CNACC, Sala V, mediante sentencia interlocutoria del 08 de octubre de 2015, *Hatamleh, Ahmad*, causa 21355/2011).

Se puede concretar entonces la justicia restaurativa⁴⁷ a partir de la reparación integral y la conciliación (art. 59 inc. 6° CP), plenamente operativas en casos en trámite; en el ámbito nacional y federal con la legislación vigente.

Y, por imperio del principio de retroactividad de la ley penal más benigna en materia procesal pueden ser aplicadas aun cuando la fecha de comisión del hecho sea anterior a su publicación en el boletín oficial.

Veamos cronológicamente.

–TOCC N°7, sentencia del 26 de noviembre de 2015, *Fernández*, causa N°635/2014, declaró extinguida la acción penal por reparación integral (art. 59 inc. 6° CP) y sobreseyó al imputado.

La mayoría del Tribunal sostuvo que constitucionalmente debe interpretarse a las reglas del CP “como pautas mínimas de garantía” que “rigen en todo territorio” y “pueden ser mayormente desarrolladas por las legislaturas locales”, con la ley procesal respectiva; razón por la cual la reparación –como causa de extinción de la acción penal– es directamente operativa.

–TOCC N°1, sentencia del 30 de noviembre de 2015, *González*, causa N°41.258/2012, concluyó que el art. 59 inc. 6° CP estableció una “causal obstativa del progreso de la acción, no se encuentra regulada ninguna limitación sustancial a su ejercicio, solo dependiendo su otorgamiento judicial a la prueba rendida y de su verificación en juicio”.

En relación con la reparación integral y la consecuente extinción de la acción, indicó que “debe ser declarada por el juez que la constate [...] ante la sola alegación de la defensa, sin que dependa del consentimiento fiscal” porque no es un principio de oportunidad reglado.⁴⁸

47. Implica “dejar de lado la lógica penal de que ante la comisión de un hecho delictivo la única respuesta estatal posible es el castigo. [...] intentar trabajar el ámbito de la criminalidad con el binomio conflicto/reparación antes que con el binomio delito/pena. [...] prestar atención a los daños sociales acaecidos en lugar de la mera aplicación de la norma de manera coactiva” (G. Fava, “Las prácticas consensuales y el aporte a la justicia penal nacional del programa de resolución alternativa de conflictos de la DGN”, *La Trama*, Revista Interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos, <https://www.mpd.gov.ar/pdf/prac/FAVA,%20Gabriel,%20Las%20practic%20consensuales...%20Rev.%20La%20Trama.pdf>).

48. En el mismo sentido, C. Sueiro, M. Soberano, *op. cit.*, TOCC N°24 (unipersonal), sentencia del 31 de julio de 2019, *Fernández*, causa N°45815/2019, entre otros.

–TOCC N°20, sentencia del 11 de diciembre de 2015, *Eiroa*, causa N°39.889/2014, sobreescribió al imputado por el delito de administración fraudulenta, porque acordó con la víctima en una conciliación en el SECLO.

La jueza Mallo, si bien adhirió al voto del Dr. Vega, en relación con la vigencia de la norma y la homologación del acuerdo conciliatorio, manifestó sus reparos, desde la justicia restaurativa, a la intervención judicial en las conciliaciones.

Entendió que “puestos a actuar como buenos árbitros independientes –imparciales e imparciales– la cuestión traída a examen carece de un elemento esencial que justifica la intervención judicial, esto es, la existencia de un trance real. Habiendo las partes en igualdad de armas conciliado el entuerto que diera lugar a la más extrema intervención con la que cuenta el Estado, la misma ya carece de legitimidad y solo contribuye a crear nuevos ámbitos de conflicto”.

–TOC N°13 rechazó una excepción de falta de acción por reparación integral (art. 59 inc. 6° CP) en el entendimiento de que la entrada en vigor de la ley 27.147 se encontraba supeditada a la puesta en funcionamiento del CPP (ley 27.063). La defensa recurrió. La CNCCC, Sala de Turno, sentencia del 21 de diciembre de 2015, *Cuevas Contreras*, causa 19.151/2015, reg. 1150/2015, si bien sostuvo que la vía intentada resultaba inadmisibles, el juez Morín, en disidencia, se pronunció reafirmando su voto en *Arias*.⁴⁹

–TOCC N°15, sentencia del 11 de febrero de 2016, *Ruiz*, causa N°49.061/14 se dio una singularidad. El damnificado consintió la reparación, arribando a un acuerdo conciliatorio. La fiscalía se opuso a la homologación (las normas procesales no resultarían aplicables). El Tribunal no hizo lugar a la extinción de la acción penal (voto de Llerena –consideró que la víctima no había sido firme en su decisión– y Decaria –no están contemplados los modos alternativos–); sin embargo, acordaron que la conciliación resulta procedente como modo de extinción de la acción (voto de Martín y Llerena).

Para el juez Martín⁵⁰ “una causal de extinción de la acción penal vigente para todos los habitantes del país no puede ser inaplicada por los jueces

49. CNCC, Sala II, sentencia interlocutoria del 25 de septiembre de 2015, *Arias, Héctor Ricardo*, causa 61.537/2014, reg. 489/15.

50. Reiterado en TOCC N°26, sentencia del 11 de octubre de 2016, *A.D.J* causa N°26.772/2016.

de alguna jurisdicción con la excusa de falta de regulación procesal [...] No homologar el acuerdo realizado en paridad, sin sometimiento de ninguna de las partes sobre otra, implica además de mantener habilitada la vía punitiva hacia el imputado, sumar afectaciones a la otra parte involucrada en el conflicto privándola de obtener el beneficio acordado e imponiéndole la obligación de seguir sujeta a un proceso penal imbuido en la cultura del trámite del que no podrá esperar más que nuevas molestias y nuevas afectaciones”. Estas audiencias no son distintas a las celebradas “en otros fueros. El juez tiene por obligación, no sustituir a las partes ni oficiar como conciliador en el conflicto, sino chequear que el acuerdo arribado entre aquellas no ha sido hecho en un marco de sometimiento o dominación”. Se debe “acreditar que ha habido una conciliación [...] y que han arribado a un acuerdo que posee por efecto la conclusión del proceso penal”.

La jueza Llerena sostuvo que, en las soluciones alternativas, la víctima “debe estar empoderada para decidir en forma libre, y reconociéndole el derecho de solucionar el conflicto”. En el caso, consideró que no surgía claramente que el conflicto entre las partes estuviera solucionado y que la presunta damnificada estuviera empoderada.

Finalmente, el juez Decaria rechazó en el entendimiento de que la ley procesal vigente no contempla el principio de oportunidad, la conciliación ni la reparación integral como causales extintivas de la acción penal.

–CNACC, Sala V y VI, se pronunciaron el 21 de abril y 31 de agosto de 2016, *GRS y Giampaolletti*, causas N°50.621/11 y 12.750/14; respectivamente.

En ambos casos, el juzgado de instrucción había rechazado la conciliación como forma de extinción de la acción penal. Contra esta decisión, la defensa interpuso recurso de apelación. Si bien, por mayoría, ambas salas rechazaron, confirmando las decisiones impugnadas; las disidencias son relevantes.

En el primer caso, la jueza López González sostuvo que la nueva normativa permite una “mayor participación de la víctima en aquellos delitos en que ella es fundamentalmente damnificada y que asume un rol de trascendencia, al poder decidir por sí, evitando la expropiación de su conflicto. En la actual tendencia de política criminal relacionada con las soluciones alternativas de los conflictos, los actores y operadores judiciales deben cumplir con el objetivo de que las partes lleguen a una alternativa de resolución que propenda a la paz social”. El art. 59 inc. 6° del CP –absolutamente operativo– es “una ley vigente en todo el territorio nacional. La legislación

local no tiene margen para desoír sino, únicamente, para reglamentar con un mayor alcance a nivel de garantías, lo que el código sustantivo acuerda expresamente”.

En el segundo caso, el juez Bunge Campos consideró que no aplicar el art. 59 inc. 6° CP por la postergación de la implementación procesal implica “una interpretación *in malam partem* de la posibilidad de aplicar una norma de fondo que extingue la acción penal, otorgándole a un decreto del Poder Ejecutivo una potestad de la que carece”. Recordó que el art. 2 CP “establece que se aplicará siempre la ley más benigna”.

–TOCC N°20, sentencia del 29 de septiembre de 2016, *Costa*, causa N°78.050/2014 homologó el acuerdo conciliatorio entre las partes y sobreseyó al imputado (art. 59 inc. 6° CP).

Sostuvo que no se puede dejar de aplicar una norma sustantiva aduciendo “la inexistencia de una vía procesal operativa. Como ha dicho la Corte Suprema invariablemente, los jueces no pueden dejar de decidir aduciendo falencias normativas cuando existe un precepto legal cuyo texto es claro y preciso (Fallos 248: 33). La ausencia de tal vía procesal, cuando se trata de aplicar una norma que involucra un derecho constitucional como es el de poner fin al proceso, debe ser establecida por el propio tribunal”.

Seguidamente, postuló el procedimiento que seguiría en estos casos a futuro. Presentado el acuerdo, el tribunal hará un examen de admisibilidad (cfme. art. 34 del CPP, ley 27.063). Si es procedente, convocará a una audiencia, con la presencia del imputado y su defensa, el presunto damnificado, y con notificación a la fiscalía que evaluará sobre la necesidad de concurrir. El Tribunal se limitará a constatar que el acuerdo fue correctamente comprendido y aceptado en forma voluntaria, así que, si no existiera alguna oposición fiscal, que debiera ser ponderada, satisfecho el convenio, se homologa y dicta el sobreseimiento.

–TOCC N°26,⁵¹ sentencia del 11 de octubre de 2016, en *A.D.J.* causa N°26.772/2016, por mayoría homologó el acuerdo conciliatorio, declaró extinguida la acción penal y dispuso el sobreseimiento del imputado.

En el contexto de un delito contra la propiedad, víctima y ofensor arribaron a un acuerdo conciliatorio. La fiscalía se opuso porque entendió

51. Con la misma argumentación resolvió el mismo Tribunal, el 13 de octubre de 2016 *G.D.J.*, causa N°19.190/2016.

que sería una forma de ejercer un principio de oportunidad, no vigente (ley 27.063).

El Tribunal, en cambio, sostuvo que la conciliación y la reparación integral son causas de extinción porque fue “decidido por el propio Congreso Nacional al incorporar el art. 59.6 al CP” y que “la posible mora del legislador local no puede de ninguna manera ser un obstáculo”.

–TOCF N°6, sentencia del 25 de noviembre de 2016, *V.G.P.*, causa 25.020/2015 resolvió por mayoría hacer lugar a la solicitud de la defensa y celebró una audiencia de conciliación. La fiscalía se opuso porque no existían normas procesales vigentes que la regularan.

El Tribunal, en cambio, postuló que la conciliación está “vigente para todos los habitantes del territorio de nuestro país” por estar en el Código Penal.

Indicó que la posición de la fiscalía, “conlleva inexorablemente a la frustración de la operatividad de un precepto de derecho sustantivo que permitiría disolver el conflicto y evitar la reacción punitiva estatal”.

Aplicó al caso justicia restaurativa porque “resolver a favor de la continuidad del poder punitivo, en un caso donde las partes pueden llegar a resolver un conflicto que no habría aparejado graves consecuencias, implicaría [...] que todos los involucrados estuviesen en peor condición, [...] en vez de resguardar sus derechos” (voto de la jueza Roqueta al que adhirió el juez Martínez Sobrino).

–TOCF N°6, sentencia del 10 de marzo de 2017, *Carrazana*, causa N°13.411/2012. Varios funcionarios públicos habían sido imputados por el delito de defraudación contra la administración pública. La defensa solicitó una audiencia de reparación integral (art. 59 inc. 6° CP). La fiscalía se opuso porque no existía norma vigente que la reglamentara. El Tribunal, por mayoría, hizo lugar a la solicitud.

Tras enfatizar –nuevamente– la absoluta vigencia de las causales de extinción de la acción, agregó cuestiones vinculadas con el federalismo y con la calidad de funcionario público de los imputados.

Indicó que no aplicar el art. 59 inc. 6° CP por decisión de la legislatura local afecta “no solo el sistema federal sino también el principio constitucional de igualdad ante la ley” pudiendo “incurrir en una denegación de justicia”.

Es más, “que los imputados sean funcionarios públicos no obsta la aplicación del instituto [...] la ley nada dice al respecto y por ende no corresponde introducir excepciones que no se encuentran contempladas en la norma”

sin con ello afectar el principio de legalidad (voto de la jueza Roqueta al que adhirió el juez Martínez Sobrino).

Concluyó que no había óbice para aplicar supletoriamente la audiencia del art. 293 CPPN para que los jueces –sin sustituir a las partes ni oficiar de conciliadores– puedan oírlos y así verificar que hayan celebrado el acuerdo con voluntad libre y sin vicios.

–TOCF N°6 (unipersonal), sentencia del 21 de marzo de 2017, *V.G.P.* causa N°25.020/2015, homologó el acuerdo, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó a los imputados.

Indicó que el consentimiento fiscal era improcedente porque “es un requisito que impone el art. 76 bis del CP no así el 293 del CPPN” utilizado supletoriamente para resolver.

Concluyó que cuando hay acuerdo entre partes “debe regir el principio político criminal de *ultima ratio* ya que el legislador nacional al momento de sancionar la ley 27.147 ha previsto la posibilidad de que los protagonistas de un conflicto penal puedan acudir a la vía de la conciliación o reparación integral del daño para solucionarlo” (jueza Roqueta).

Contra esa decisión, la fiscalía interpuso recurso de casación, motivando la intervención de la CFCF, Sala IV, el 29 de agosto de 2017.

Los jueces Hornos y Borinsky consideraron procedente la conciliación (art. 59 inc. 6° CP). Entendieron que “la conciliación va de la mano con la reparación del daño causado”. El sentido de la reforma procesal fue “incorporar vías alternativas de resolución del conflicto, así como de instaurar criterios de oportunidad que mejor se adecúen a los principios constitucionales de proporcionalidad, racionalidad y *última ratio*”.

Indicaron que la ley 27.147, vigente y operativa, es “una ley sancionada y promulgada por el Congreso Nacional [...] y, por tanto, rige de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Código Penal. No es óbice para ello, la remisión de la norma a las leyes procesales correspondientes, porque las vicisitudes de la implementación de un código adjetivo no pueden impedir la aplicación de dos causales de extinción de la acción penal que se encuentran vigentes en el código de fondo”.

Definieron que “la reparación será integral cuando objetivamente aparezcan satisfechas las demandas materiales de la víctima y cuando subjetivamente se logre satisfacer a todas las personas afectadas por el hecho. Sólo en este caso podrán considerarse cumplidos los objetivos de la norma y contribuir a la paz social”.

–CNCP, Sala II, sentencia del 22 de mayo de 2017, *Verde Alva*, causa 25.872/2015, definió los alcances de la participación de la víctima.

En relación con los institutos del art. 59 inc. 6º CP sostuvo que son aplicables y garantizan la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal. La “conciliación y la reparación integral, para funcionar adecuadamente, exigen la participación y el consentimiento de la víctima, es decir, que en ambos casos debe existir un acuerdo, cuyo contenido puede variar” según el caso. Las partes deben asumir “un papel activo en la estrategia y solución de los casos”; extremo aquí no verificado.

–TOCC Nº30 (unipersonal), sentencia del 5 de junio de 2017, *S.M.C.*, causa Nº36.718/2015, hizo lugar al planteo de la defensa, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó a la imputada.

El Tribunal sostuvo que si bien la instrumentación de las causales de extinción de la acción penal del art. 59 inc. 6º CP se encuentran reguladas en el CPP (ley 27.063) –cuya vigencia se encuentra suspendida–, no las “desacredita como parte del ordenamiento penal vigente [...] puesto que así las tornaríamos inoperativas hasta la expectante entrada en vigor de las reglas propias de su funcionamiento”. Lo contrario, podría provocar “resoluciones inequitativas de acuerdo a la diferente jurisdicción en la que el suceso resulte investigado, toda vez que, la extinción de la acción penal, con motivo de la conciliación o la reparación integral del perjuicio provocado ya se encuentra formalmente regulada para la resolución de los conflictos en Códigos Procesales Penales vigentes en otras provincias de nuestro país” (voto del juez Friele).

–TOCF Nº1 de Córdoba, sentencia del 10 de agosto de 2017, *P.M.E.*, causa Nº91007317/2007 declaró extinguida la acción penal (art. 59 inciso 6º CP) y sobreseyó al imputado por el delito de malversación de caudales públicos.

El Tribunal sostuvo que “debe primar el interés de la víctima a la vez que damos por extinguida la acción penal por el esfuerzo resarcitorio del imputado”. Se “priorizó la reparación integral del querellante”, puesto que seguramente una condena “no hubiera reportado satisfacción a la pretensión de la víctima, ni representado al Estado como persecutor de los fines preventivos generales y especiales a favor de la sociedad” (voto de los jueces Falcucci y Díaz Gravier).

–TOCC Nº30 (unipersonal), sentencia del 29 de septiembre de 2017, *B.A.S.*, causa Nº77.397/2016, resolvió homologar el acuerdo conciliatorio.

El Tribunal señaló que el art. 59 inc. 6º CP se inserta “en el nuevo paradigma del sistema de enjuiciamiento penal receptado por la ley 27.063 –aún no vigente– en la que las soluciones alternativas tienen un rol destacado como herramientas para resolver” el conflicto penal.

Resulta relevante “decidir si la conciliación o reparación integral del perjuicio [...] contempla dos supuestos distintos (conciliación o reparación) o si por el contrario uno (conciliación) y otro (reparación integral del perjuicio) son equivalentes”.

“Si el objetivo de la reparación integral del perjuicio se relaciona con los intereses de la víctima y funciona como un medio alternativo para superar el conflicto que, de otro modo, podría llevar a la aplicación de otra clase de sanción, el acercamiento de las partes –víctima e imputado– en el marco de un acuerdo de conciliación y de entendimiento para lograr aquella reparación, torna lógico considerar que se trata de un único supuesto, un acuerdo en el que el imputado asume un compromiso de reparación. La importancia del rol atribuido a la víctima en el actual sistema de enjuiciamiento [...] lleva a pensar [...] que la reparación integral del perjuicio no podría ser considerada como un acto unilateral del imputado prescindente de un acuerdo con la víctima”.

–TOCC Nº6, sentencia del 23 de octubre de 2017, *P.J.A.*, causa Nº c. 57.029, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó al imputado.

El Tribunal indicó que “una norma adjetiva –sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Ejecutivo– cuya vigencia se encuentra demorada por cuestiones de implementación, no puede frustrar la operatividad de una causal extintiva de la acción penal contenida en una ley sustantiva, sancionada por el Congreso de la Nación y vigente en todo el país, que permite resolver el conflicto de forma alternativa a la sanción penal”.

Lo contrario, “implicaría violar el principio de igualdad ante la ley –artículo 16 de la CN–, puesto que los habitantes sometidos a un ámbito federal o nacional estarían impedidos de acceder a una pacífica solución del conflicto, por cuestiones vinculadas a una tardía implementación de una norma procesal”.

–CNCCC, Sala II, sentencia del 22 de noviembre de 2017, *Almada*, causa Nº48462/2014, sobreseyó a los imputados.

Tras indicar que se trata de una sentencia definitiva, y con remisión a *Verde Alba*, la reparación integral, está vigente y debe ser aplicada. Determinó que, en el caso, la oposición fiscal, no consideró “ninguna razón atendible”.

–TOCC N°2 (unipersonal), sentencia del 29 de noviembre de 2017, *Trujillo*, causa N°48462/2014, homologó el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, declaró extinguida la acción penal por conciliación, a partir de un pedido de disculpas⁵² y sobreseyó.

Las nuevas causales de extinción de la acción están vigentes “aún en razón de su falta de regulación en concreto, puesto que así las tornaríamos inoperativas hasta la expectante entrada en vigor de las reglas” de su funcionamiento. Lo contrario, implicaría “arribar a resoluciones inequitativas de acuerdo a la diferente jurisdicción en la que el suceso resulte investigado”.

–Con motivo de un recurso fiscal (consideró al art. 59 inc. 6° CP, no operativo), la CNCCC, Sala I, sentencia del 12 de diciembre de 2017, *Fernández*, causa N°635/2014, declaró inoficioso el tratamiento de la vía por basarse en un agravio conjetural, confirmando la resolución del Tribunal que declaró extinguida la acción penal y sobreseyó al imputado.

–TOCC N°30 (unipersonal), sentencia del 19 de abril de 2018, *R.G.E.*, causa 27592/2015, homologó el acuerdo conciliatorio, a partir de un pedido de disculpas, extinguió la acción penal y sobreseyó al imputado (juez Rizzi).

Sostuvo que el art. 59 inc. 6° CP es operativo, deberá la jurisprudencia progresivamente reglamentar “la aplicación de esta posibilidad extintiva de la acción penal”.

Respecto a la reparación integral precisó que en general abarca “una reparación monetaria o en valores, pero también puede referirse a la restitución de cosas o del estado en que se encontraban antes del hecho ilícito. No obsta en principio, que, en el marco de la conciliación, el damnificado consienta una reparación por un valor objetivamente menor en que el daño pueda medirse, incluido en este concepto el daño moral”.

Explicó que la conciliación y la reparación integral son diferentes, es la relación “que hay entre la parte y el todo. Toda reparación integral implica conciliación, pero puede haber conciliación sin reparación integral, en caso en que la víctima lo consienta o se trate de delitos no patrimoniales”.

52. “Son resultados restaurativos, la reparación, la restitución, el perdón y el servicio a la comunidad, siempre y cuando se encaminen a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente. Es esta específica finalidad lo que marca el sentido de lo restaurativo de prácticas que también suelen utilizarse con la limitada finalidad de terminar con el proceso penal” (S. Greco, *op. cit.*).

–TOCC N°30 (unipersonal), sentencia del 24 abril de 2018, *B.C.D.*, causa N°74.210, declaró extinguida la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

El Tribunal entendió que las causales son plenamente operativas. Ratificó la vigencia del principio de igualdad, para concluir que de no ser así “la realización de todo acto tendiente a la culminación de este proceso, redundaría en un inútil dispendio jurisdiccional, toda vez que las partes han adelantado fundadamente sus posturas”.

–JNM N°3, sentencia del 8 de mayo de 2018, *L.E.I.*, causa N°77.761 declaró extinguida la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

Ratificó que son plenamente operativas las disposiciones del Código Penal, y, que de lo contrario se violaría el principio constitucional de igualdad ante la ley, puesto que el damnificado aceptó la reparación integral “dando así por finalizado el conflicto”.

–JNCC N°29, sentencia del 10 de mayo de 2018, *Biscardi Banchemo*, causa N°52.172/2017 (jueza Rodríguez).

La defensa pidió una audiencia para ofrecer una solución alternativa, el juzgado rechazó (consideró que no se encontraban vigentes). Recurrió la decisión y acompañó un acta de acuerdo entre las partes, entregándole al tribunal el dinero al que se había comprometido para solicitar luego el sobreseimiento del imputado. El juzgado lo sobreseyó, pero fundó su decisión en la ausencia de tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta, no lo hizo por aplicación directa de la justicia restaurativa al caso, aunque citó al damnificado para entregarle el dinero.

–JNPE N°11, sentencia del 18 de mayo de 2018, *Daloi*, causa N°19.446/2014 sobreseyó al imputado.

El fallo entendió que el art. 59 inc. 6° CP está vigente y operativo, es “una ley penal más benigna que la vigente a la fecha de comisión de los hechos [...], consecuentemente, corresponde su aplicación retroactiva” (jueza Straccia).

–CNPE, Sala A, sentencia del 24 de mayo de 2018, *P.M.L.*, confirmó la resolución impugnada por la fiscalía (que entendió que la norma no resulta aplicable porque no está vigente el CPP, ley 27.063).

La alzada consideró que la norma se aplica al caso “sin que su operatividad dependa de la vigencia de otra de carácter procesal” (juez Repetto).

–TOCC N°30 (unipersonal), sentencia del 24 de mayo de 2018, *PRA y Otros*, causa N°5.372, homologó el acuerdo, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó a los imputados.

Son vigentes y operativos los modos alternativos de resolución de conflicto del art. 59 inc. 6º del CP. Se insertan “en el nuevo paradigma del sistema de enjuiciamiento penal receptado por la ley 27.063 –aún no vigente– en la que las soluciones alternativas tienen un rol destacado como herramientas para resolver el llamado conflicto penal como concepto que [...] aparece reemplazando la noción de infracción penal o normativa”.

–CF de Córdoba, Sala B, sentencia del 4 de junio de 2018, *M.J.*, causa 36.165/2016, revocó la resolución que rechazó la reparación integral del perjuicio y dispuso el cumplimiento de la ley de víctimas, Nº27.372.

Sostuvo que “la reparación integral del perjuicio constituye una causal de extinción de la acción penal plenamente operativa”. Para su procedencia, “no resulta necesario que concurra a la vez conciliación, dado que constituyen instituciones alternativas”, según el art. 59 inc. 6º CP, ello significa “que la procedencia de esta causal extintiva se limita –en lo que hace a la norma de fondo– a requerir la efectiva reparación integral del daño, siendo indiferente el consentimiento de los restantes actores del proceso”.

Concluyó que “la naturaleza del delito de defraudación cuanto el bien jurídico tutelado, admitiría en principio, la aplicación en concreto de la reparación integral del perjuicio como causal de extinción de la acción penal”.

Finalmente indicó que previo a todo debe darse “cumplimiento a las prescripciones de la ley 27.372”.

–TOC de San Juan, sentencia del 19 de junio de 2018, *Mugnos*, causa Nº95001092, por unanimidad, sobreesayó al imputado por la extinción de la acción penal (jueces Echegaray y Tucumán).

Sostuvo que “conforme al principio de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 2 del CP) resulta de aplicación obligada al caso en examen, el sistema instaurado por la ley 27.147 –modificatoria del art. 59 del CP– garantizando de esta forma el precepto de que la ley más benigna no puede ser restringida en su retroactividad. Ello al margen de la ausencia de reglamentación de dicha normativa, lo que de ninguna manera puede jugar en contra del imputado”.

–TOPE Nº2 (unipersonal), sentencia del 29 de junio de 2018, *Z.C.F.*, causa Nº41.474/2016, dispuso la donación de la suma ofrecida, declaró extinguida la acción penal y sobreesayó al imputado.

Cabe reafirmar el carácter sustantivo y operativo del art. 59 CP, pues “la falta de reglamentación de una ley no veda la posibilidad de ponerla en práctica” (juez Lemos).

–TOPE N°1 (unipersonal), sentencia del 06 de julio de 2018, *S.W.N.*, causa N°7016/2014, resolvió declarar extinguida la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

El CPPN –aplicable al caso– “no establece condicionamiento alguno ni prevé el cumplimiento de otro recaudo especial para que la causa de extinción resulte operativa” (juez Farah). Con lo cual, “la conciliación ha operado efectivamente, tanto en lo que se refiere al contenido patrimonial de la conducta que se atribuye al imputado, en virtud del pago integral al damnificado de la suma de dinero que habían convenido [...] como al interés social [...] en razón de la actividad comunitaria que viene realizando el imputado”.

–TOPE N°2 (unipersonal), sentencia del 02 de agosto de 2018, *CF y otra*, causa N°19.700/2016, suspendió la acción penal por un año y fijó la realización de reglas de conducta.

Aunque remita “a una reglamentación aún no sancionada no priva al mismo de su naturaleza operativa. Toda norma que reconoce un derecho es directamente operativa”. El art. 59 inc. 6° CP “consagra el derecho del imputado a extinguir la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio”.

Ratificó que el art. 59 inc. 6° CP –derecho a extinguir la acción penal– es directamente operativo puesto que consagrado “constitucional o legalmente un derecho, por vía de principio no empece a su operatividad la falta de reglamentación, la cual, en el caso concreto, deberá responder a la creación jurisprudencial que se estime aplicable”.

Sostuvo que, respecto a la oportunidad de su introducción, “se habrá de consagrar la interpretación más amplia, de manera de tutelar en forma efectiva el derecho de que se trata, máxime ante la ausencia de toda regulación al efecto. El único requisito en ese sentido, que va de suyo, es la vigencia de la respectiva acción penal”.

Indicó también que “dos bienes jurídicos son tutelados: la fe pública y el patrimonio. La reparación integral del perjuicio, como causal de extinción de la acción penal, debe tanto abarcar uno como otro bien jurídico respetando el orden de prelación que surge del propio título en el que está inserta la norma. Respecto al perjuicio patrimonial [...] tal reparación debe ser lo más amplia posible en relación a la víctima atento la calificación legal de “integral” que exige la norma”.

La reparación integral del bien jurídico fe pública “debe estar integrada por la realización de tareas no remuneradas a favor del Estado o conductas similares”

Finalmente, señaló que la reparación integral puede importar “tiempos diferentes por los distintos ofendidos por el delito (víctima, particular y Estado) y la misma solo podrá extinguir la respectiva acción penal con su cumplimiento total”. Corresponde entonces, “la suspensión del procedimiento a las resultas del cumplimiento de tareas comunitarias, con suspensión asimismo del plazo de prescripción de la acción penal” (juez Losada).

–CNCC, Sala VI, sentencia del 24 de agosto de 2018, *S.L.A.*, causa N°15.121/2018, resolvió –por mayoría– revocar la decisión del juzgado que rechazó extinguir la acción penal por conciliación y sobreseer al imputado –pese a la conformidad fiscal.

La alzada entendió que el art. 59 inc. 6° CP “resulta aplicable sin que su operatividad dependa de la vigencia de otra norma de carácter procesal”. Está vigente “aunque la ley 27.063 esté postergada en su implementación, nada impide la aplicación del Código Penal, ni afecta derechos constitucionales”. Sostener lo contrario, podría constituir “una interpretación *in malam partem* de la posibilidad de aplicar una norma de fondo que extingue la acción penal, otorgándole a un decreto del Poder Ejecutivo una potestad de la que carece” ya que no puede suspender la aplicación de una ley de fondo.

“Una causal de extinción de la acción penal vigente para todos los habitantes del país no puede ser inaplicada por los jueces de alguna jurisdicción con la excusa de falta de regulación procesal (en este caso, porque se postergó su implementación). No homologar el acuerdo realizado en paridad, sin sometimiento de ninguna de las partes sobre otra, implica además de mantener habilitada la vía punitiva hacia el imputado, sumar afectaciones a la otra parte involucrada en el conflicto privándola de obtener el beneficio acordado e imponiéndole la obligación de seguir sujeta a un proceso penal imbuido en la cultura del trámite del que no podrá esperar más que nuevas molestias y afectaciones”.

Refirió que “el juez tiene por obligación, no sustituir a las partes ni oficiar como conciliador en el conflicto, sino chequear que el acuerdo arribado entre aquellas no ha sido hecho en un marco de sometimiento o dominación de una parte sobre la otra”. Si ello está acreditado, la conciliación es “la solución posible”. En las soluciones alternativas, “la presunta víctima o parte damnificada debe estar empoderada para decidir en forma libre” y debe reconocérsele “el derecho a solucionar el conflicto de la mejor forma posible que haga a sus derechos”.

Los métodos alternativos y los criterios de oportunidad se adecuan “a los principios constitucionales de proporcionalidad, racionalidad, *ultima ratio*” y responden “a las directrices sobre resolución alternativas de conflictos contenidas tanto en instrumentos internacionales como nacionales”.

La víctima es un protagonista esencial, las leyes 27.147 y 27.063 le han dado un papel preponderante, incorporando “mecanismos del derecho privado como formas de reemplazar las sanciones penales”.⁵³ Para “auxiliar a la víctima a obtener la reparación que merece según el daño que ha sufrido o la disculpa del agresor”.

Finalmente, “los jueces no pueden dejar de decidir aduciendo falencias normativas, cuando existe un precepto legal cuyo texto es claro y preciso”.

–JNM N°7, sentencia del 24 de octubre de 2018, C.S., causa N°7688, homologó el acuerdo conciliatorio y sobreseyó al imputado.

–TOCF de Santa Cruz (unipersonal), sentencia del 05 de noviembre de 2018, *Loyola*, causa N°32003281, homologó el acuerdo conciliatorio y sobreseyó a la imputada.

Sostuvo que la ley 27.147 “no contiene condiciones suspensivas y resultando una ley de fondo [...] deviene plenamente operativa, no siendo razonable desde la lógica jurídica que su operatividad dependa [...] de la normativa procesal” de cada jurisdicción.

Respecto a la calidad de funcionaria pública de la imputada, indicó que el art. 59 inc. 6° CP “a diferencia del artículo 76 bis del mismo cuerpo normativo, no establece como impedimento para su procedencia la calidad del funcionario público del enjuiciado, por lo que la postura esgrimida por la Sra. Fiscal General, en la medida en que no encuentra fundamento en norma positiva alguna, afecta el principio de legalidad”.

–CNCP, Sala II, sentencia del 03 de diciembre de 2018, *Benítez*, causa N°69.634/2018, hizo lugar al recurso de la defensa y sobreseyó al imputado.

Fundó que la decisión es equiparable a definitiva por sus efectos. Sostuvo que “no se encuentra controvertido por ninguna de las partes que el imputado y la víctima han arribado a un acuerdo concreto sobre la reparación del perjuicio ocasionado” resultando “razonable el acuerdo conciliatorio”.

53. En el mismo sentido, J. Maier, *op. cit.*, pp. 590 y 635. En contra de esta posición, C. Sueiro, *op. cit.*, p. 49.

–JNCC N°13, sentencia del 12 de diciembre 2018, *Onco*, causa N°35.737, homologó el acuerdo, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó al imputado.

Aunque la vigencia de la ley 27.063 se encuentre suspendida, la conciliación y reparación integral, están vigentes puesto que el decreto “no ha modificado la ley 27.147 que reformó el Código Penal y lo incorporó mediante el art. 59 inciso 6°”. Así es que “siendo que se investiga [...] un delito de índole patrimonial en el que no medió violencia, y, que además no se encuentra comprometido en modo alguno el interés público”, el instituto invocado resulta aplicable.

Específicamente, indicó qué significan los métodos alternativos⁵⁴ y cuáles son sus fundamentos, puesto que “la legislación reciente va en sintonía con reconocida doctrina que [...] se manifiesta a favor de que, casos como el que nos ocupan, sean tratados por fuera del ámbito penal,⁵⁵ propiciando métodos alternativos de resolución de conflictos, mediante los cuales la víctima sea –verdaderamente– escuchada y pueda recibir una respuesta que realmente los repare, un marco en el cual se respetaría su voluntad, evitando recurrir a métodos violentos, como la pena y la cárcel”; dado el carácter de *última ratio* del derecho penal.

–JF N°3 de La Plata (unipersonal), sentencia del 8 de febrero de 2019, *Rojas Parraguez*, causa N°18.155/2015, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó al imputado.

54. Se trata de que, “quien vive un acontecimiento victimizante tenga oportunidad de verbalizar lo sucedido, su manera de entender y vivir los perjuicios sufridos, en un espacio preparado para la escucha, tenga la oportunidad de recuperar cierto sentimiento de control sobre su propia vida, que el delito viene a afectar. Que ambos participen de un intercambio facilitado, en una instancia individual primero, pensar, reflexionar, definir y proponer, para luego consensuar con el otro, ciertos intercambios materiales o simbólicos que les permita restituir el sentido de equilibrio y de igualdad relacional, alterados por el delito. En el mejor de los casos, el proceso puede provocar que los responsables no solamente asuman la responsabilidad, sino que también experimenten una transformación cognitiva y emocional que mejore su relación con la comunidad y, dependiendo de las circunstancias particulares, con la víctima y la familia de esta” (S. Greco, *op. cit.*).

55. “Hay cantidades de conflictos que no pueden canalizarse a través del sistema judicial” (G. Fariña en https://www.youtube.com/watch?v=Byd2GLvye_s). Y, “el sistema jurídico es un método violento y no pacífico de resolución de controversias. Violento, porque recurre al uso o a la amenaza de la fuerza” (R. Entelman, *ob. cit.*, p. 60).

El damnificado y la fiscalía “han prestado el consentimiento a la reparación ofrecida” que ya fue materializada “por lo que se ha de declarar, en virtud de lo dispuesto por el inc. 6º del art. 59 del Código Penal, extinguida la acción penal” y el sobreseimiento del imputado.

–CNCCC, Sala I, sentencia del 26 de marzo de 2019, *J.R.A.*, causa 78.461/2018, por mayoría, revocó la decisión recurrida y dispuso que el juez de grado convoque a la audiencia de reparación del daño solicitada por la defensa (jueces Lucero y López).

Es que, le asiste razón “en cuanto a la vigencia y operatividad de la norma que contempla el instituto en cuestión y a que el ordenamiento no exige ningún requisito para su procedencia”.

–JF N°7, sentencia del 10 de abril 2019, *Ivasetá*, causa N°2253/2019, hizo lugar a la conciliación e impuso que el imputado realice treinta horas de limpieza en las formaciones del ferrocarril con graffitis (juez Casanello).

Sucede que “tanto acusación como defensa han citado copiosa jurisprudencia que avala la aplicabilidad de tal facultad prevista en el código de fondo de manera pretoriana. El juzgado acuerda con tal postura”.

El cumplimiento del acuerdo permitirá la extinción de la acción penal (art. 59 inc. 6º CP) “son las partes quienes deberán procurar llevar a cabo todas las acciones tendientes a la realización integral de la reparación con los parámetros hasta aquí delimitados a efectos de lograr la solución armónica, eficaz, veloz y pacífica del conflicto”.

–JNCC N°3, sentencia del 16 de abril de 2019, *Ureta*, causa N°29.919/2013, sobreseyó a los imputados –art. 59 inc. 6º CP– (jueza Alliaud).

Las partes arribaron a un acuerdo, y, procede el sobreseimiento de los imputados porque “ha dejado de existir impulso de la acción penal pública (y aun la privada)”. Los “acusadores, tanto el MPF como la Querrela, solicitan en forma unánime el sobreseimiento de los imputados por la extinción de la acción penal”.

–JNM N°6, sentencia del 24 de abril de 2019, *B.V.*, causa N°11.564/2017, homologó el acuerdo entre las partes.⁵⁶

56. Ver, JNM N°1, sentencia del 7 de octubre de 2019, *B. V.*, causa N°12.692/2017, hizo extensiva la homologación del acuerdo efectuado por las partes en la causa del JNM N°6, declaró extinguida la acción penal por conciliación y sobreseyó a la imputada (juez Von

Sostuvo que si bien hay dos posiciones en relación con la vigencia del art. 59 inc. 6º CP, no repercute en el caso “pues ambas partes convergen en la vigencia de dicha norma”.

–TOCC N°5 (unipersonal), sentencia del 25 de abril de 2019, *Aliaga Zamora*, causa N°35.722/2017, homologó el acuerdo conciliatorio, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó a la imputada (jueza Ruiz López).

Tras reconocer que la extinción de la acción penal por conciliación es un derecho, sostuvo que su efectiva aplicación “no puede depender de la exigencia de un requisito inexistente en la letra de la ley. Las deducciones sobre el espíritu de esa ley no condicen con la inacción del poder legislativo, que en más de tres años no restó vigencia al instituto, ni sumó requisitos. El devenir de la conciliación fue tributario del impacto de la suspensión del código procesal ya promulgado y con fecha de entrada en vigencia. La sorpresiva decisión del Poder Ejecutivo aportó más confusión de la que merece la situación concreta de la conciliación”. Es “irrebatible, que los derechos que consagran las normas vigentes en todo el territorio de nuestro país deben ser aplicados por los tribunales, aunque carezcan de un correlato procesal”. Lo contrario, podría lesionar el principio de igualdad contenido en el art. 16 CN, argumento “ineludible en favor de la vigencia en todo el país de la extinción de la acción penal por conciliación. La remisión a los ordenamientos procesales que hace el Código Penal, definitivamente no obsta a la aplicación de ese instituto”.

Así es que “la conciliación se ha concedido en un desigual tipo de delitos: intimidación pública; apropiación de cosa ajena; robo agravado;

Leers). Tras indicar que el art. 59 inc. 6º CP es plenamente operativo, citó que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación dictó la Resolución 813/2018, aprobó el Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos, con el fin de promover la desjudicialización de casos en que interviniesen menores de edad en conflicto con la ley penal. Entonces, “si en la justicia penal de adultos la conciliación es posible, como lo demuestra su aplicación por distintos tribunales –tanto en la etapa de instrucción como en la etapa de debate–, en la justicia penal juvenil, a la luz de las normas especiales analizadas, la aplicación de dicho instituto deviene pertinente en el cumplimiento del mandato convencional que impone la desjudicialización de los jóvenes sometidos a proceso, pero de un modo que permita la reintegración del joven a su medio, fortaleciendo sus valores de respeto por los derechos y libertades de terceros, enseñándole a convivir con responsabilidad y tolerancia”. En el mismo sentido, JNM N°1, sentencia del 18 de julio de 2019, *Fennema*, causa N°47217/2018.

defraudación a la administración pública; falsificación de documento privado equiparable a público; lesiones leves y graves; cheques sin fondo; defraudación; hurto; estafa; malversación de caudales públicos; administración fraudulenta, entre otros”. Operó en un amplio “espectro penal”.

El “carácter de *última ratio* del derecho penal exige la preeminencia de los principios de legalidad; ley penal más benigna y *pro homine*, garantizando la igualdad ante la ley y, en especial, estar a la interpretación que más favorezca la resolución del conflicto. Entiendo que al ser tan joven este instituto en esta jurisdicción, son entendibles los titubeos procesales”.

Sostuvo que el dictamen fiscal no es vinculante, e indicó que “los operadores del servicio de administración de justicia no pueden ser indiferentes, ni ignorar el dolor que supone la cárcel en sí misma y el plus de sufrimiento existente ahora, reconocido por los propios responsables de la supervisión de los reclusos en los institutos carcelarios. Déficit y deuda verdadera del Estado con la comunidad. Cuyo incumplimiento supone un quebrantamiento de orden constitucional”. “Una pena desproporcionada en relación al injusto reprochado es ilegal e inhumana y no puede ser utilizada como razón de política criminal bajo riesgo de afectar derechos y garantías consagrados en el sistema interamericano de derechos humanos”.

–CNCCC, Sala II, sentencia del 9 de mayo de 2019, *Maritato*, causa N°5516/2016, rechazó el recurso de casación interpuesto por la fiscalía y confirmó la resolución recurrida (jueces Morin y Sarrabayrouse), que declaró extinguida la acción penal y sobreseyó al imputado tras presentar el acuerdo de reparación integral arribado.

Los modos de extinción de la acción penal del art. 59 inc. 6° CP están vigentes. Es que, el art. 34 CPP (ley 27.063) “ofrece pautas para que las partes y los jueces apliquen aquellos institutos. Como puede apreciarse, se trata de una solución que implica asumir cierta tarea de creación del derecho para definir primero y completar después una laguna técnica del sistema”.⁵⁷

–TOCF de Comodoro Rivadavia, sentencia del 17 de mayo de 2019, *Burgos*, causa N°15499/2014, por mayoría, homologó el acuerdo conciliatorio,

57. CNCCC, Sala II, sentencias del 05 de septiembre de 2019 en *Berón*, causa N°5434/2016 y *López Jean*, causa N°8313/2017; resolvió del mismo modo. En el primero, la imputación era por lesiones graves, y en el segundo por robo en poblado y en banda.

declaró extinguida la acción penal y sobreseyó a los imputados (jueces Guanziroli y Reynaldi).

El CPPN no establece requisitos especiales para la procedencia del art. 59 inc. 6° CP, resultando plenamente aplicable.

El principio *pro homine* “reconoce el derecho a los justiciables para alcanzar un acuerdo conciliatorio que acabe con el conflicto y toda vez que ninguna norma procesal coarta el beneficio y el silencio no puede interpretarse en contra del derecho, permite aplicar el instituto”.

El principio *in dubio pro reo* “impregna desde antiguo toda la legislación penal y procesal en nuestro país en la materia y tampoco puede soslayarse para aplicar en el caso, cuando la alteración en el ejercicio de la acción penal, ocurre según prevé el art. 5 del CPP, expresamente por una ley de fondo específica”.

Finalmente establece que no es un obstáculo el hecho que los imputados sean funcionarios públicos porque “cuando quiso el legislador lo sancionó, mas no lo impone ahora para el caso el precepto, sino que consagra con amplitud el beneficio”.

–TOCC N°30, sentencia del 24 de mayo de 2019, *Anso*, causa N°52.678/2018, extinguió la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

Enfatizó la importancia que tiene el acuerdo de la víctima. Sostuvo que el damnificado aceptó la reparación y “el formal pedido de disculpas [...] dando así por finalizado el conflicto”.

–CNCCC, Sala II, sentencia del 12 de junio de 2019, *Ortega*, causa N°15427/2017, por mayoría, rechazó el recurso de casación interpuesto por la fiscalía y confirmó la resolución recurrida (jueces Sarrabayrouse y Morin) que hizo lugar al planteo de la defensa y sobreseyó al imputado extinguiendo la acción penal (art. 59 inc. 6° CP).

El art. 59 inc. 6° CP se encuentra vigente. La “ley de flagrancia no incluyó esta regla de caducidad para los planteos de conciliación o reparación integral previstos como forma conclusiva del proceso en el art. 59 inc. 6° del CP, cuando, en rigor de verdad, el legislador podía perfectamente haberlo hecho”.

–TOCC N°5 (unipersonal), sentencia del 25 de junio de 2019, *Acosta*, causa N°18.108/2019, sobreseyó por conciliación a la imputada.

Sostuvo el Tribunal que el “conflicto se vio superado de forma eficaz tras el diálogo y la comprensión entre los partícipes en el conflicto. No se

advirtió motivo alguno para no aceptar ese acuerdo” ya que la causal de extinción de la acción penal del art. 59 inciso 6º CP “se encuentra plenamente vigente, es operativa y debe ser aplicada”.

Con el art. 59 inciso 6º CP, el legislador “mostró su voluntad de que esa norma estuviera dirigida a todos los habitantes del país. No afecta [...], la mora de la implementación”.

–JNCC N°60, sentencia del 11 de julio de 2019, *Madeira*, causa N°66957/2017, hizo lugar al pedido de la defensa y sobreseyó a los imputados (juez Schelgel).

Citando a *Verde Alba* sostuvo que el Juez debe “verificar que el consentimiento de la víctima esté fundado y haya prestado su conformidad libremente” con la reparación integral. La fiscalía pudo argumentar que “el interés público está particularmente comprometido”, no prestar conformidad; y no lo hizo.

–TOCC N°5 (unipersonal), sentencia del 12 de julio de 2019, *Cabrera*, causa N°62445/2017, homologó el acuerdo conciliatorio, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó al imputado (jueza Ruíz López).

La causal de extinción de la acción penal del art. 59 inciso 6º CP “se encuentra vigente, es operativa y es aplicable” al caso. El legislador pretendió esa norma se aplique “a todos los habitantes del país”.

La mora en la implementación, “no afecta a la concesión de la conciliación porque las reglas generales de los ordenamientos procesales locales pueden suplirlas”.

Lo contrario, viola el principio de igualdad, “los jueces no deben eludir la aplicación de los procedimientos sustantivos actuales, con el pretexto de ausencia de específicas normas procesales locales [...] una de las funciones de la administración de justicia es garantizar la aplicación de las leyes”.

La fiscalía no demostró “la legitimidad de posponer sin plazo cierto la aplicación de un artículo vigente del Código Penal” en todo el país.

–JNM N°7, sentencia del 15 de julio de 2019, *Hucal*, causa N°35.267/2018, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó al imputado.

Resolvió que el joven obtendrá “un pronunciamiento liberatorio” pues cumplió “acabadamente con las pautas condicionantes”.

–JNM N°1, sentencia del 18 de julio de 2019, *Fennema*, causa N°47217/2018, homologó el acuerdo, extinguió la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

No aplicar la conciliación violaría el principio de igualdad, no es posible “arribar a resoluciones dispares” según la jurisdicción.

Hay que “promover la desjudicialización de casos en que interviniesen menores de edad en conflicto con la ley penal [...] de un modo que permita la reintegración del joven a su medio, fortaleciendo sus valores de respeto por los derechos y libertades de terceros, enseñándole a convivir con responsabilidad y tolerancia”.

–TOCC N°24 (unipersonal), sentencia del 31 de julio de 2019, *Fernández*, causa N°45815/2019, homologó el acuerdo conciliatorio, extinguió la acción penal y sobreseyó a los imputados.

El principio de legalidad, “debe aplicarse respecto de los institutos que sirven de límite a la persecución penal” y la conciliación es operativa “más allá de la falta de implementación del código, pues lo contrario afectaría el principio de legalidad” y el “de igualdad ante la ley –perjudicando a los imputados que son juzgados en lugares en los que aún no se encuentra operativo–.”

Como “en el nuevo código la conciliación no ha sido regulada dentro de los criterios de oportunidad” no se requiere el consentimiento fiscal, sino el acuerdo de la víctima (ley 27.372).

–JNM N°3, sentencia del 20 de agosto de 2019, *Benítez*, causa N°17086/2019, extinguió la acción penal por conciliación y sobreseyó al joven.

La “continuación del proceso se vería reñida con la garantía Constitucional de igualdad ante la ley y de contradicción en el proceso (arts. 16, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)”.

–TOPE N°3 (unipersonal), sentencia del 27 de septiembre de 2019, *Canonaco*, causa N°71849/2014, sobreseyó a los imputados.

“Se debe realizar una interpretación *in bonam partem* de la leyes penales y procesales penales que garanticen en mayor medida la efectivización de los derechos que asisten a a/los enjuiciado/s durante el proceso que [...] se refieren al respeto de los principios de legalidad, inocencia, *pro homine* y *ultima ratio*”.

No puede el ejercicio de un derecho quedar suspendido por falta de regulación local puesto que “no corresponde realizar una interpretación de las leyes procesales que dejen sin efecto el mandato federal” sin afectar el principio de igualdad.

Los “principios enunciados, no pueden verse socavados por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 de la CN)”. Es operativo el art. 59 inc.

6º CP “a través de las leyes procesales correspondientes que, a la fecha, resultan ser las que emanan del CPPN actual”.

–JNM N°2, sentencia del 07 de octubre de 2019, *Salveti*, causa N°73068/2018, reg. 18381, homologó el acuerdo conciliatorio.

La falta de regulación procesal “no es óbice para aplicar” la conciliación y la reparación integral. Máxime cuando el régimen penal de la minoridad establece que “los Estados fomentarán las resoluciones alternativas a la imposición de una pena privativa de la libertad”.

–JNCC N°13, sentencia del 13 de noviembre de 2019, *Mamani*, causa 8674/2019, extinguió la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

El “poder legislativo ha expresado la conveniencia de encontrar salidas alternativas al Derecho Penal, respecto de casos de poca relevancia, entendiéndolo al delito como conflicto y no como infracción hacia la sociedad”.

Habiendo las partes llegado a un acuerdo, “el Estado debe retirarse del conflicto, que –por cierto– ya no existe”.

–JNCC N°63, sentencia del 26 de mayo de 2020, *Romero*, causa 82876/2020, homologó el acuerdo, declaró extinguida la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

La conciliación es aplicable al caso “conforme lo disponen los art. 22 y 34 del CPPF –actualmente vigente–, según la resolución N°2/19” de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPPF.

Si bien “el último de los artículos mencionados, establece que la víctima e imputado podrán realizar acuerdos conciliatorios en los casos de ‘delitos patrimoniales cometidos sin grave violencia sobre las personas...’ y, en éste, [el imputado] se encuentra procesado por un delito contra la libertad –coacción– [...] la solución resulta ajustada a derecho [...] toda vez que del acuerdo presentado surge que el conflicto entre el damnificado e imputado se vio superado con el pedido de disculpas, que la víctima fue debidamente informada de las consecuencias”, siendo ratificado por la fiscalía que dictaminó favorablemente.

–La CNCCC, Sala IV, sentencia del 19 de junio de 2020, *Matrostéfano*, causa 32019/2018, homologó el acuerdo conciliatorio, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó a los imputados.

Una causa en trámite, “no constituye un obstáculo para la aplicación del instituto”.

La opinión de la fiscalía “cuando se contraponga con la de víctima y se den los supuestos del art. 34 no será vinculante”.

–JF Gualeguaychú, sentencia del 25 de junio de 2020, *Aybar*, causa 1581/2020, homologó el acuerdo e impuso la obligación de donar la suma ofrecida al Hospital Centenario de Gualeguaychú.

Con cita del art. 22 del CPPF, el Juzgado sostuvo que el tipo penal imputado “encuentra su fundamento en la protección del bien jurídico ‘salud pública’, lo que se erige como constitutivo de un interés social”.

Desde esa perspectiva, ese delito “puede quedar comprendido en la alternativa reparatoria” del art. 59 inc. 6º CP, siendo “la solución que mejor se adecúe al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social (conf. art. 22 del CPPF)”. Ello “se corresponde con la entelequia de la justicia restaurativa” que “tiene en miras que el encausado responda de forma directa con el daño causado”.

La reparación se dirige al sistema de salud por la vinculación “entre la reparación ofrecida con el riesgo que habría provocado el hecho cometido, y siendo que la propagación de la epidemia tiene incidencia directa sobre los recursos económicos del sistema de salud local [...]. Y además de esa manera, se satisface el objetivo de brindar un servicio de justicia acorde con la significación de la infracción y comprometido con el medio local en que opera”.

–JNCC N°51, sentencia del 23 de julio de 2020, *Moreno*, causa N°30.205/2020, homologó el acuerdo, declaró extinguida la acción penal, sobreseyó a los imputados y ordenó la libertad de quien se encontraba en detenido. Se acordó que los imputados pidieran disculpas como condición de un acuerdo conciliatorio.

–JF de Río Grande (Sec. Penal N°2), sentencia del 31 de julio de 2020, *Quintana Artigas*, causa 5058/2020, hizo lugar a la reparación integral.

Las soluciones alternativas están legalmente previstas y se erigen como “un obstáculo procesal a la respuesta punitiva”. Estableció que “el modelo de justicia restaurativa [...] admite la reparación del daño causado por la infracción penal, colocando al imputado en un rol activo en la proposición y materialización de medidas que propendan a la reposición del orden público alterado”.

–CSJN, sentencia del 27 de agosto de 2020, *Oliva*, causa 9963/2015, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia impugnada que había rechazado la homologación de un acuerdo conciliatorio firmado por la víctima y el imputado.

Se remitió al dictamen del PGN, quien indicó que el art. 34 CPPF había sido implementado, por lo que, con “el mencionado cambio legislativo, lo

resuelto en esta causa ya no puede mantenerse por sus fundamentos, razón por la cual [...] V.E. debe dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y ordenar el dictado de uno nuevo con arreglo a la normativa vigente”.

–TOCC N°19 (unipersonal), sentencia del 31 de agosto de 2020, *Mora Amaro*, causa 24880/2020, extinguió la acción penal y sobreseyó a las personas imputadas.

Existen “dos cuestiones insoslayables para la aplicación del instituto que se analiza: por un lado, la opinión favorable de la víctima, y por el otro, la entidad del delito endilgado a los imputados –de contenido patrimonial cometido sin grave violencia sobre las personas–. La concurrencia de estas dos circunstancias permitieron [sic] hacer lugar al acuerdo conciliatorio”.

–TOCC N°5 (unipersonal), sentencia del 2 de octubre de 2020, *Aramburu*, causa 21478/2020, homologó el acuerdo conciliatorio y supeditó la resolución final del expediente hasta que se acreditara el total y efectivo cumplimiento de las pautas acordadas.

–TOCC N°4 (unipersonal), sentencia del 3 de noviembre de 2020, *Fernández*, causa N°4109/2020, con relación a un imputado con antecedentes penales que pretende conciliar en otro proceso que el “art. 34, CPPF, no establece ningún obstáculo a la homologación del acuerdo que no sea el del tipo de delito de que se trate [...] Nada dice de los antecedentes de las personas que pueden presentar un acuerdo o siquiera de alguna condición personal o de cualquier otro factor externo al proceso; la norma tampoco prevé que el juez interrogue al imputado acerca de sus condiciones personales en la audiencia, mucho menos que se dé lectura al certificado de antecedentes. Nada impide, según la ley, que una persona a la que le fue concedida una *probation* pueda presentar un acuerdo, ni tampoco que lo haga otra que registra una condena en suspenso o haya cumplido pena; nada impide que una persona pueda volver a conciliar un segundo proceso, o un tercero, o todos los que pueda”.

–JNM N°6, sentencia del 26 de marzo de 2021,⁵⁸ causa 16369/2020, declaró extinguida la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

–JF de Gualeguaychú, sentencia del 20 de abril de 2021, *Giménez*, causa N°4358/2020, homologó el acuerdo de reparación integral.

58. Homologó el acuerdo el 4 de marzo de 2021.

Estableció que el tipo penal de encubrimiento de contrabando “puede quedar comprendido en la alternativa reparatoria contemplada en el art. 59 inc. 6º del Código Penal en miras a resolver el conflicto suscitado, dando preferencia a la solución que mejor se adecúe al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social (conf. art. 22 del C.P.P.F.)”.

–JNM N°5, Sec. N°13, sentencia del 5 de agosto de 2021,⁵⁹ *IC y AZ*, causa 16109/2021, declaró extinguida la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado.

–TOM N°2 (unipersonal), sentencia del 1 de septiembre de 2021, *Ruiz y otros*, causa N°21240/2021, homologó el acuerdo de conciliación, declaró extinguida la acción penal y dictó el sobreseimiento de los imputados.

Sostuvo que “el desconocimiento por parte del sistema penal del acuerdo arribado por los actores, no solo implicaría mantener vivo un conflicto ya resuelto, sino que además se convertiría en una potencial fuente de nuevos conflictos entre esos mismos actores”.

“La aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos en la justicia penal juvenil es una alternativa adecuada, para generar en ellos la responsabilidad por sus propias acciones y la conciencia de las consecuencias ante los demás, favoreciendo, en su reparación, una postura activa tanto de parte de la víctima como del ofensor”.

“La reforma introducida al Código Penal abre a nivel federal las puertas a la implementación y aplicación de prácticas restaurativas tan importantes y necesarias en los procesos juveniles. Esta reforma no solo es un mecanismo que permite extinguir la acción penal, sino que también podemos decir que es una práctica restaurativa que nos permite devolver a las partes el conflicto e introduce a la víctima al proceso penal: su voz es escuchada”.

III. Consecuencias prácticas

Así las cosas, lo cierto es que el art. 22 del nuevo Código Procesal Federal, implementado en noviembre de 2019, a nivel nacional y federal, se erige como un nuevo paradigma en materia de solución de conflictos penales.

59. Homologó el acuerdo el 7 de julio de 2021.

Este artículo coloca en cabeza de todos los litigantes el deber⁶⁰ de buscar “soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”.

De esta manera, se pretende humanizar el proceso, que deje de ser un trámite tedioso, un verdadero castigo para los contendientes.

Esta nueva perspectiva, nos interpela a analizar la comisión de delitos como verdaderos conflictos sociales, en los que el orden fue conmovido a partir de una acción contraria a la norma.

Para poder restaurar se requiere una mirada multicausal y un abordaje complejo porque se va más allá de la imposición de una sanción, se trata de brindar una solución pacífica y adecuada a cada caso. En palabras de Ángela Ledesma, “un traje a medida”.⁶¹

Una interpretación adecuada de la norma indica que se espera que todos los actores involucrados en el trámite del proceso penal procuren soluciones alternativas a la imposición de una sanción.

Un enfoque restaurativo entonces considera el daño producido por la transgresión a la ley como un conflicto social, dando lugar a que las víctimas ejerzan personalmente sus derechos, participando de la práctica restaurativa de manera activa, y que a partir de las necesidades que le han surgido con motivo de la comisión del delito, propongan maneras en que pueden ser atendidas, con miras a solucionar pacíficamente la controversia que dio lugar al proceso judicial.

60. “De la lectura del referido artículo 22 del C.P.P.F. no puede sino interpretarse que nos encontramos ante una norma de carácter imperativo para los organismos públicos que intervienen en el proceso penal [...]. La elección del término ‘procurarán’ por parte del legislador [...] no es azaroso y evidencia que se espera, por parte de los representantes de los órganos públicos encargados de realizar el trámite penal, una conducta activa tendiente a la resolución del conflicto por vías alternativas a las de la sanción penal, y no una simple consideración o evaluación de las alternativas que le sean propuestas. Resulta evidente, en ese sentido, la existencia de una voluntad legislativa de desmontar el modelo actual de gestión retribucionista de la conflictividad social, que considera el castigo del autor del acto disvalioso como la única respuesta estatal posible” (JF de Río Grande, Sec. Penal N°2, sentencia del 31 de julio de 2020, *Quintana Artigas*, causa 5058/2020).

61. Ver su exposición en el Ateneo “Nuevo Código Procesal Penal Federal ¿Qué son las OMAS?”, organizado por INECIP el 15 de diciembre de 2021.

De esta manera, se les devuelve el conflicto a las partes para que, a través de distintos mecanismos (facilitación del diálogo, escucha activa, empatía), sean ellas mismas quienes los resuelvan ajustando a sus propias necesidades la solución del caso.

Ahora bien, este mecanismo, como cualquier otro, tiene ventajas y desventajas⁶² que los operadores debemos sopesar a los fines de poder analizar si su utilización puede traer luces o sombras en nuestra labor cotidiana.

Para quienes entendemos que hay que abrir paso a este nuevo método de resolución de conflictos penales, como se verá, son pocas las desventajas advertidas y están relacionadas específicamente con la extensión del mecanismo, su configuración y ejecución.

Sin pretender agotar el universo de cuestiones que pueden llegar a surgir en el camino, y sabiendo que el método aún es perfectible,⁶³ voy a enumerar, en primer lugar, las ventajas y luego las desventajas de la utilización de la justicia restaurativa en los procesos penales que tramitan por ante la justicia nacional y federal.

a. Ventajas:

- la intervención judicial es mínima; facilitadora del acuerdo y ejerciendo el control del cumplimiento;
- reducción de costos sociales y políticos en la tramitación de procesos judiciales;
- utilización de diferentes mecanismos para abordar los conflictos de manera integral;
- no hay una renuncia al ejercicio del poder punitivo del estado puesto que, en caso de incumplimiento, el proceso continúa tramitando a partir de los mecanismos clásicos de resolución.
- se humaniza el proceso;
- tiende a haber una mayor flexibilización y desformalización; dando la ritualidad un paso al costado;

62. Vale la pena aclarar que tanto las ventajas como las desventajas tienen peso por sí, y que en la enumeración no existe orden de prelación.

63. K. Battola, *Justicia restaurativa. Nuevos procesos penales*, Córdoba, Ediciones Alveroni, 1ª edición, 2014, pp. 126-131.

- se puede verificar una propensión al compromiso implícito (o explícito, incluso, a veces) de no reiteración de conductas dañinas similares (sobre todo, en la justicia penal juvenil).⁶⁴
- participación voluntaria del imputado y la víctima, personalmente involucrados en la resolución del conflicto.
- participación social y comunitaria que la justicia restaurativa permite a través de una variedad de mecanismos reconocidos legalmente y que atienden adecuadamente la responsabilidad de niños, niñas y adolescentes en conflictos jurídico-penales.⁶⁵
- utilización de la comunicación a partir del diálogo como facilitador principal en la construcción de todo el proceso restaurativo.⁶⁶
- promueve resultados que fomentan la responsabilidad individual y colectiva;
- se busca un equilibrio en la satisfacción de los intereses de cada uno de los litigantes;
- proporciona un esquema de pensamiento alternativo para abordar la comisión de un delito reduciendo los sentimientos de venganza y frustración en las víctimas.
- como la solución precisamente es dada por las partes, la reparación del daño puede abarcar un sinnúmero de situaciones (pecuniario, pedido de disculpas, promesa de no repetición, compensación, etc.) que, *a priori*, no se encuentran taxativamente determinadas en norma alguna; sino

64. Ver directrices de Justicia Juvenil, N°28 y 29, declaradas de interés jurídico por la legislatura porteña (declaración 83/2020, del 28/05/2020).

65. Declaración sobre justicia restaurativa en el sistema penal juvenil, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), 20 de diciembre de 2021.

66. "... la comunicación entre las partes se dificulta en los ámbitos judiciales debido a los procesos burocráticos de los que resultan que la víctima y el victimario puedan verse en el juicio oral y público, es decir, en un momento de culminación del proceso. El trámite contencioso ofrece un escaso marco para la palabra de los protagonistas. De los expedientes judiciales, surge la escasa intervención de los sujetos en las actuaciones legales, la cual es reemplazada por el lenguaje técnico-jurídico y por los operadores del aparato judicial" (K. Battola, *Justicia restaurativa. Nuevos procesos penales*, Córdoba, Ediciones Alveroni, 1ª edición, 2014, p. 129). También en la Declaración citada en la nota 66, se recomienda el uso de un lenguaje sencillo y comprensible para dar a conocer derechos, obligaciones y consecuencias de quienes intervienen en los procesos.

por el contrario son las partes las encargadas de diseñar la solución restaurativa para su caso.

- al haber, en principio, un marco normativo, se encuentra garantizado el respeto de los derechos constitucionales y convencionales de los litigantes y de la sociedad en su conjunto.
- la utilización del mecanismo es factible en casos de imputados con antecedentes penales puesto que no hay un óbice legal para su procedencia fundado en este tópico.⁶⁷
- relacionado con lo anterior, a su vez, permite que quien opte por este mecanismo no sea estigmatizado por el sistema debido a que, cumplido el acuerdo / formalizada la reparación integral, se extingue la acción penal y quien era imputado, resulta sobreesido; de manera tal que, no queda ninguna huella en los registros de antecedentes de ese sujeto.

b. Desventajas:

- en el modelo actual propuesto luce acotado solo a algunos tipos de delitos.⁶⁸

67. TOCC N°4 (unipersonal), sentencia del 3 de noviembre de 2020, *Fernández*, causa N°4109/2020. En la declaración citada en la nota 66, se indica que se debe garantizar, mediante los planteos defensoristas correspondientes, que la reiteración de infracciones al régimen penal cometidas por una persona adolescente no se configure como un obstáculo para valorar la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad e instaurar que se considere un elemento a tener en cuenta únicamente a efectos de realizar un mejor seguimiento y control de aquellas.

68. Por eso resulta alentador que se extienda su utilización hacia otros tipos de delitos más complejos (ver JF de Gualguaychú, sentencia del 20 de abril de 2021, *Giménez*, causa 4358/2020 en el cual, en el marco de un control vehicular, personal de la gendarmería requisó un automóvil en una ruta. Durante el procedimiento se constató que dentro del rodado se transportaban cartones de cigarrillos de origen extranjero. Además, se verificó que la persona que manejaba el vehículo no contaba con la documentación habilitante. De esa manera, la persona fue imputada por el delito de encubrimiento de contrabando. En el marco de esas actuaciones, ofreció un acuerdo de reparación integral: se comprometió a donar una suma de dinero a un hospital. Fiscalía y defensa solicitaron la homologación del acuerdo; lo que así resolvió el Juzgado). Así también, se debe tener en cuenta que el uso de la justicia restaurativa para ciertos tipos de delito es más controvertido que para otros. Lo que es más controvertido es que en cada contexto determinado depende de ciertos factores, incluyendo las características de la comunidad, el contexto cultural y la

- falta de preparación adecuada/resistencia de los operadores del sistema, tanto la regulación como la ejecución debe necesariamente recaer en personas expertas en esta materia. A su vez, sería deseable que haya más capacitaciones vinculadas con estos asuntos.⁶⁹
- no debe perderse de vista que la regulación de estos institutos debe recaer en profesionales que verdaderamente comprendan los postulados de la justicia restaurativa debido a que una deficiente regulación puede generar una pérdida de eficacia real del mecanismo aplicado en los casos concretos.
- y, como consecuencia de lo anterior, a su vez, hacer un mal uso de los postulados de la justicia restaurativa, trasladándole problemas propios del sistema tradicional al restaurativo, siendo importante tener en cuenta que, en el modelo propuesto, el primero de ellos sigue funcionando y que este enfoque alternativo/restaurativo es un complemento bien diferenciado de aquel.⁷⁰

naturaleza del programa. El uso de la justicia restaurativa en casos de violencia doméstica y abuso sexual, por ejemplo, es a menudo controvertido. Algunos abogados de justicia restaurativa la ven como adecuada, con sujeción a prácticas y garantías cuidadosamente consideradas, para todo tipo de delitos, y abogan por la extensión de los programas de justicia restaurativa a la violencia doméstica y al abuso sexual. Otros, incluyendo algunas organizaciones de mujeres, han expresado preocupaciones de que un método restaurativo pueda volver a victimizar a las víctimas femeninas y no proporcionan denuncias adecuadas del comportamiento ofensivo (Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa por la ONU en 2006, p. 45). Es más, “hoy en día algunas comunidades cuentan con alternativas restauradoras para tratar las formas más graves de violencia criminal”; H. Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books y Centro Evangélico Mennonita de Teología Asunción (CEMTA), 2010, p. 6.

69. Recientemente, en la declaración citada en la nota 66, AIDEF, entendió indispensable comprometerse, entre otras cuestiones, a organizar capacitaciones y actividades de difusión y concientización respecto a la justicia restaurativa en el sistema penal juvenil. También asumió la necesidad de instruir a sus integrantes en herramientas de negociación, mediación y conciliación para la gestión de conflictos.

70. “... un programa que está integrado en el sistema puede correr el riesgo de que su orientación de justicia restaurativa se diluya en beneficio de la rapidez administrativa” (Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa por la ONU en 2006, p. 44).

IV. Desafíos

Hemos visto, entonces, que pesan más las ventajas que las desventajas a la hora de evaluar la puesta en marcha de este enfoque alternativo; es necesario a estas alturas desarrollar políticas públicas para facilitar el acceso a la justicia con instancias orientadas a la búsqueda de soluciones restaurativas, y así iniciar un camino de transformación.

Ahora bien, las experiencias prácticas relevadas permiten dar cuenta que no basta con la consagración normativa, sino que la clave está fundamentalmente en el compromiso de los operadores que la llevamos a la práctica.

Cada uno de nosotros –como actores del sistema– debemos asumir el compromiso y capacitarnos para poder cumplir con los estándares instaurados por los nuevos procesos penales adversariales, a partir de las experiencias de América Latina y las distintas provincias de nuestro país, y así sentar las bases de la puesta en marcha del CPPF.

Es necesario que –a través de la práctica y el conocimiento– podamos adquirir herramientas y destrezas, para poder participar con éxito de esta gran transformación del sistema de administración de justicia penal.

En definitiva, la implementación del CPPF, busca una mayor eficiencia, con base en la oralidad, contradicción, simplicidad, celeridad, concentración, desformalización, inmediatez y resolución pública de los conflictos.

El camino no será fácil. Seguramente, habrá resistencias de sectores acostumbrados a la lógica del trámite, del expediente, aunque no redunde en mejores resultados.

Gabriel Anitua, en agosto de 2019, en el VII Congreso de Ejecución Penal, postuló un gran desafío en el panel “Pensar la prisión, investigación y alternativas de intervención”, cuando manifestó la necesidad de una investigación empírica para incidir en las políticas de reducción del uso de la cárcel desde el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial; y destacó la importancia de la investigación teórica para pensar alternativas al uso de la prisión.

En octubre de 2018, en el marco del Programa Justicia 2020, si bien referido a la temática penal juvenil, se brindaron unas pautas de actuación, para darle contenido a la justicia restaurativa. Se aprobó el Protocolo de Mediación Penal Juvenil y Acuerdos Restaurativos, en los cuales –entre muchas otras definiciones– se sostuvo que la mediación penal juvenil y/o los

acuerdos restaurativos no son una mera cuestión procesal atendible únicamente por cada provincia. Por el contrario, constituyen un modelo de abordaje diferente del conflicto juvenil acorde con los estándares internacionales de Derechos Humanos, que puede implicar una alternativa al proceso o una salida anticipada; destacándose que, para abordar este tipo de temáticas, se requiere una sólida formación profesional.⁷¹

Para que estas prácticas restaurativas puedan finalmente instalarse, reitero, cada uno de nosotros como operadores vamos a tener que dejar de lado las tradiciones aprehendidas cuya aplicación nos llevó a la ineficiencia del sistema, y, a tener que estar pensando hoy cómo dar una respuesta de calidad, acorde a las necesidades reales y actuales.

Todo esto se está forjando. Se han puesto en jaque muchos postulados tradicionales. Tenemos que asumir compromisos y capacitarnos. Es bienvenido que así sea. Se deben plantear estas discusiones para poder avanzar en la resolución de los casos.

No voy a olvidar cuando allá por el 2005 cursaba la materia anual sobre derecho penal, y, su titular indicaba que el derecho penal buscaba presos y el derecho civil pesos para que pudiéramos diferenciar los sistemas normativos. En ese momento, las cuestiones aquí abordadas eran impensadas.⁷² Y no fue tanto el tiempo que pasó.

Si bien reporta otro fuero, vale tener en cuenta el Informe Nacional de Oralidad Efectiva (oralidad en procesos civiles según el programa de justicia 2020), la tasa de conciliación –que surge de conocer cuántos juicios finalizan por acuerdo sobre la cantidad total de los casos finalizados– alcanzó el 49%. Este dato implica que los más de 12.600 juicios terminados entre las 14 jurisdicciones, más de 6.000 finalizaron por acuerdos.⁷³ Aquí, claramente, podemos visualizar el nudo central de la obra *Sí, de acuerdo. El arte de negociar sin ceder*, y es que, al momento

71. <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/practicas-restaurativas-la-justicia-penal-juvenil/> <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/practicas-restaurativas-la-justicia-penal-juvenil/>

72. “En el futuro inmediato son escasas las posibilidades de ingresar al sistema penal soluciones conciliatorias o reparatorias [...] entre autor y víctima, y procedimientos tendientes a que estas soluciones tengan activa realización práctica, en una medida considerable” (J. Maier, *op. cit.*, p. 634).

73. Fuente, *Diario Judicial*, 15/08/19.

de resolver un conflicto, debe estarse a los intereses de las partes y no a las posiciones.

Entiendo que la capacitación y la responsabilidad individual son la clave del éxito del sistema procesal y de los modos alternativos de resolución de conflictos que –desde la normativa y alguna jurisprudencia– se pretende implementar de manera progresiva para resolver casos concretos.⁷⁴

Por eso, y más allá de todo lo que falta por andar, celebro tener un espacio para plantear la discusión, el contenido de los fallos relevados, y que los postulados de la justicia restaurativa permitan resolver casos concretos en la justicia nacional y federal. Ojalá sea por convicción y no por la necesidad instrumental de descongestionar el sistema judicial penal.

Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo, *Código Penal*, 5ª edición, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2019.
- Alliaud, Alejandra, *Audiencias preliminares al juicio oral*, CABA, Ediciones Didot, 1ª ed., 1ª reimpr., 2017.
- Alvero, José Luis, Ibáñez, Sebastián, “La Operatividad de la Extinción de la Acción Penal por Conciliación o Reparación Integral del Daño. Análisis del Art. 59 inc. 6º del C.P.”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46952.pdf>.
- Battola, Karina, *Justicia restaurativa. Nuevos procesos penales*, Córdoba, Ediciones Alveroni, 2014.
- Binder, Alberto, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, México, Coordinación Editorial, 1ª edición, abril 2014.

74. Va a ser necesario “cambiar el paradigma del juez. Ya no aquel que dicta sentencia y aplica el derecho, sino un juez comprometido con la resolución de los problemas de las partes, más cerca de ellos, con la capacidad de demostrar comprensión sin necesidad de compartir lo que las partes le confían. Un juez con la habilidad de dar contención y que ayude a mitigar el dolor de quienes se encuentran en una contienda. Un juez que no piense que la conciliación está exclusivamente orientada a lograr evitar que una causa más llegue a sentencia, sino que pueda aprovecharse la oportunidad para ofrecerle a cada una de las partes en particular, y a la sociedad en general, mucho más que un acuerdo”; G. Fariña, “El poder transformador de la mediación y la conciliación desarrollada en sede judicial”, *Revista de Mediación*, 2015, 8, 2, e2 (7 páginas), p. 7.

- Bovino, A., *Principios políticos del procedimiento penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- Clarey, Camila; Vásquez Pereda, Fernando E., *La viabilidad en la aplicación de la conciliación y la reparación integral. Estudio sobre las causales de extinción de la acción penal previstas en el art. 59 inc. 6° del Código Penal de la Nación*, Publicado en DPyC 2018 (marzo), 09/03/2018, 122. Cita Online: AR/DOC/278/2018.
- Entelman, Remo, *Teoría de conflictos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Fariña, Gustavo, “Algunas reflexiones relacionadas con lo que entendemos por resultado exitoso en mediación”, *Revista de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación*, Lima, 2000.
- Fariña, Gustavo, https://www.youtube.com/watch?v=Byd2GLvye_s.
- <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/practicas-restaurativas-la-justicia-penal-juvenil>/<https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/practicas-restaurativas-la-justicia-penal-juvenil/>
- Fariña, Gustavo, “El poder transformador de la mediación y la conciliación desarrollada en sede judicial”, *Revista de Mediación*, 2015, 8, 2, e2 (7 páginas).
- Fava, Gabriel Carlos, “Las prácticas consensuales y el aporte a la justicia penal nacional del programa de resolución alternativa de conflictos de la DGN”, *La Trama, revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, <https://www.mpd.gov.ar/pdf/prac/FAVA,%20Gabriel,%20Las%20practicas%20consensuales...%20Rev.%20La%20Trama.pdf>.
- Greco, Silvana, “Procesos autocompositivos en el sistema penal. Reparación, conciliación, mediación. Justicia restaurativa. La reforma procesal para la justicia nacional y federal”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/11/doctrina44334.pdf>.
- http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=87 (consulta el texto actualizado de los códigos procesales penales de las distintas jurisdicciones).
- Lauría Masaro, Mauro y Montenegro, Lucía, *Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional, en estudios sobre jurisprudencia*, MPD, 2016.
- Ledesma, Ángela, “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal”, *Revista Pensar en Derecho* N°13, **ISSN (versión electrónica): 2314-0194**, año 2018.

- Lorenzo, Leticia, “Uso del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén. Ley 2784”, <http://200.70.33.130/images2/Prensa/2014/ Penal/ usonuevo-codigo.pdf>.
- Maier, Julio, *Derecho procesal penal, parte general, sujetos procesales*, Tomo II, 1ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- Mascioli, Diego, “Nuevo paradigma en materia penal, conciliación y reparación integral del daño”, en *Cómo litigar en el proceso de flagrancia*, Buenos Aires, Hammurabi, 1ª edición, 2018.
- Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del caso*, 1ª ed., 5ª reimpression, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.
- Newsletter de jurisprudencia penal del MPD.
- Peña González, Carlos, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/o2%201y2Juridica06.pdf
- Rúa, Gonzalo y González, Leonel, “Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio”, en *Revista Sistemas Judiciales*, N°20.
- Rúa, Juan Carlos, “Sobre la operatividad y algunos efectos inesperados de la regulación federal de las formas alternativas de resolución de conflictos penales”, *El Debido Proceso Penal*, Vol. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 1ª edición, 1ª reimpression, 2019.
- Silvestroni, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª edición, 2004.
- Soberano, Marina, “Reparación integral y conciliación en la jurisprudencia actual”, en *Jurisprudencia de Casación Penal, Justicia Nacional*, Vol. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1ª edición, 2016,
- Sueiro, Carlos C., “La reparación del daño en nuestro sistema penal argentino”, *El Debido Proceso Penal*, Vol. 3, Buenos Aires, Hammurabi, 1ª edición, 1ª reimpression, 2020,
- Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- Zehr, H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books y Centro Evangélico Mennonita de Teología Asunción (CEMTA), 2010.

Explorando escenarios pospandemia: lo posible, lo probable, lo deseable *

*Alejandro Pelfini***

*Guillermo Jensen****

Resumen

En el presente escrito exploraremos tres escenarios pospandemia: uno más reactivo, otro más adaptativo y finalmente uno más transformativo, basado en el aprendizaje colectivo. Estos escenarios tienen relación con los procesos políticos, sociales y económicos que se vienen desarrollando en marco de la llamada globalización. Sostenemos que estos procesos caracterizados por la vulnerabilidad, la interdependencia y la crisis de la gobernanza global se encontraban ya presentes antes de la pandemia y la misma solo los ha acentuado. Finalmente, evaluaremos cuáles de estos escenarios resultan más posibles, probables y deseables.

Palabras clave: pandemia, globalización, escenarios.

* Una versión anterior de este texto fue publicada en el Volumen I de la obra colectiva Estudios sobre Pandemia, Sociedad y Derecho, Buenos Aires, IJ Editores, 2021.

** Lic. en Sociología (USAL) y Dr. en Sociología (Universität Freiburg, Alemania); Director de Posgrados en Facultad de Cs. Sociales de la Universidad del Salvador, Investigador Asociado, Programa de Estudios Globales, FLACSO-Argentina; pelfini.alejandro@usal.edu.ar.

*** Abogado; Magíster en Ciencia Política y Sociología (FLACSO-Argentina); Doctor en Derecho (UBA); Docente Adjunto en Teoría del Estado (UBA); gjensen@derecho.uba.ar.

Exploring Post-Pandemic Scenarios: the Possible, the Likely, the Desirable

Abstract

In this paper we will explore three post-pandemic scenarios: one more reactive, another more adaptive, and, finally, a more transformative one, based on collective learning. These scenarios are related to the political, social and economic processes that have been developing in the framework of the so-called globalization. We maintain that these processes characterized by vulnerability, interdependence and the crisis of global governance, were already present before the pandemic and it has only accentuated them. Finally, we will evaluate which of these scenarios are most possible, probable and desirable.

Keywords: Pandemic, Globalization, Scenarios.

I. Introducción

Ya nadie duda de que vivimos en tiempos globales, pero la globalización sigue siendo una noción algo genérica, imprecisa, que al caracterizar casi a todos los fenómenos sociales de nuestro tiempo termina por no explicar casi nada. La pandemia generada por el COVID-19 es sobre todo un fenómeno de alcance global, que ha tornado visible la interconexión existente entre personas, instituciones, bienes y servicios.

Sin embargo, la evidencia sobre los crecientes alcances de lo global no ha favorecido respuestas igualmente globales a la crisis generada por la pandemia. Paradójicamente, la expansión inicial del coronavirus por los aeropuertos de las grandes ciudades del mundo, vinculada a los enormes flujos de personas por migraciones y turismo, no ha favorecido, en general, respuestas coordinadas ante la expansión descontrolada del virus. ¿Por qué sucedió esto?

Un primer paso para avanzar hacia una respuesta es precisar de qué hablamos cuando hablamos de globalización. La estabilización (mas no solución) de la crisis generada por la pandemia nos brinda la posibilidad de reflexionar con información y perspectiva sobre lo que ha acontecido en los últimos dos años.

II. Algunas precisiones sobre pandemia y globalización

Algunos rasgos de esta dimensión global de la pandemia se han agudizado notablemente, al mismo tiempo que muchas de las respuestas a las crisis generadas parecieron desconocer esta dimensión global del fenómeno. En un contexto de crisis sanitaria global, la interdependencia e interconectividad se manifiesta tanto en el vínculo entre las sociedades y las naciones, como entre sociedad y naturaleza. Al mismo tiempo, las primeras reacciones frente a la expansión del COVID-19 se caracterizaron por una llamativa persistencia de respuestas particularistas desde el Estado-nación, así como de los clivajes clásicos entre naciones desarrolladas y en vías de desarrollo, centrales y periféricas.

No deja de resultar extraño que cuando la “globalización” ocupa un lugar central en la autocomprensión epocal de grandes grupos sociales, y siendo la pandemia un fenómeno intrínsecamente global, se haya extendido un modo casi exclusivamente particularista de afrontarla. Esto conllevó enormes dificultades para desplegar acciones coordinadas: a pesar de los esfuerzos de las escasas y debilitadas instituciones de gobernanza internacional como la OMS, vienen prevaleciendo respuestas nacionales que suelen ser apresuradas, autónomas y autocentradas, dando cuenta de los que Hartmut Rosa denomina aceleración desincronizada como característica central de la actual fase de la Modernidad.¹

La pandemia del COVID-19 es un fenómeno intrínsecamente global justamente porque encarna dos características fundamentales de la globalización o de la globalidad: por un lado, el aumento de la interdependencia y

1. “Por más que nos encontremos frecuentemente con la afirmación de que en la sociedad moderna, más o menos, ‘todos los procesos’ son susceptibles de aceleración social o aumento de ritmo, resulta obvio que esto no es cierto [...] hay muchos que, o bien no pueden acelerarse (como, por ejemplo, la mayoría de los procesos naturales o geológicos), o no se han acelerado hasta el momento, o incluso han desacelerado, a veces precisamente como consecuencia de la dinamización. Más aún, incluso teniendo solamente en cuenta la gama de fenómenos que sí se aceleran, es evidente que lo hacen en diferente grado. Esto, a su vez, resulta en fricciones y tensiones inevitables en la frontera entre instituciones, prácticas y procesos lentos y rápidos”, Rosa, Hartmut, *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 120.

de la complejidad; y, por otro, la simultaneidad de las interacciones a partir de una inédita comprensión de tiempo y espacio.²

A diferencia del uso extendido en el sentido común, proponemos entender aquí a la globalización como un escenario, un ámbito de acción y representación de una escala significativamente más vasta que la que fue corriente hasta ahora y que por primera vez en la historia de la humanidad alcanza al globo, al planeta en su totalidad. Esta conceptualización difiere de la corriente dominante en la apreciación de la globalización, que la reduce a un proceso autónomo producto de decisiones y acciones intencionales de actores concretos e identificables (sea el mundo de las finanzas, los ideólogos del Pentágono, las Naciones Unidas o determinadas ONG) que produciría desigualdades, diferencias y exclusiones inéditas.

Por el contrario, si recordamos que globalización y sociedad mundial son –con Luhmann, por ejemplo– fundamentalmente comunicación e interacción, lo que se agudiza en un escenario global es la frecuencia, visibilidad y densidad de las interacciones deslocalizadas; es decir, fuera del espacio inmediato de actuación. Tal como demuestra M. Mann, las redes transnacionales y globales se multiplican sumándose a las redes locales, nacionales e internacionales ya existentes, sin por ello hacerlas desaparecer, sino, por el contrario, hasta fortaleciéndolas en algunos aspectos.³ Ahora bien, la mera existencia de este escenario a nivel estructural, si bien condiciona a los actores intervinientes, no es suficiente para volverlo consistente y efectivo. Esto depende de que este escenario de interacción sea, a su vez, percibido y fortalecido por los actores en instituciones, legislación y mecanismos de toma de decisión que tienen en cuenta sus características esenciales (interdependencia y simultaneidad).

III. Vulnerabilidad, interdependencia y gobernanza global

Más allá de todas las variantes existentes en el debate en torno a la globalización, así como entre la posición de los entusiastas que aluden a la

2. Harvey, David, *The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Massachusetts, Blackwell, 1991.

3. Mann, Michael, “Has Globalization Ended the Rise and Rise of the Nation-state?”, en Held, D. y Mc Grew, A. (eds.), *The Global Transformations Reader*, Cambridge, Polity Press, 2003 (2da. ed.), pp. 135-146.

novedad y originalidad de la misma, o los escépticos que destacan su continuidad con procesos y fenómenos de larga data, existe un consenso más o menos extendido en que la misma va de la mano con una serie de fenómenos que, a su vez, se ven agudizados por la misma expansión de la pandemia del COVID-19.

El primero de esos fenómenos es el de la *vulnerabilidad* estructural, no solo ante amenazas externas, sino ante riesgos autogenerados. La superposición de escalas de acción y comunicación, así como de redes de diverso alcance, no hace más que desafiar toda forma de linealidad y de armonía mecánica entre las mismas. Tal como planteó Ulrich Beck, lo novedoso es que los peligros y riesgos a los que nos enfrentamos son cada vez menos de carácter externo sino que son autogenerados; es decir, producidos por el mismo progreso técnico y crecimiento económico.⁴ Por lo tanto, debemos abocarnos crecientemente a atender las externalidades y los efectos colaterales, en lo que se denomina reflexividad. Aunque sus causas puedan ser inciertas, la creciente frecuencia de nuevos virus y sus mutaciones está ligada a la expansión demográfica, la densidad poblacional y la explotación de espacios naturales y la reducción de ecosistemas, particularmente en regiones como el Sudeste Asiático y China.

Los riesgos y peligros que anteriormente podían enviarse a algún depósito residual también se globalizan y se vuelven en contra de sus mismos generadores (efecto boomerang). De este modo la vulnerabilidad deja de ser un accidente que le sucede a otros⁵ sino que pasa a ser una condición que se universaliza afectando no solo a los menos favorecidos y más expuestos a riesgos y catástrofes. Solo de este reconocimiento de la vulnerabilidad o fragilidad, que en varias fases de la vida los humanos tenemos y que nos pone en una relación de interdependencia radical con los otros y con el entorno,⁶ es posible promover una ética del cuidado como ideal regulativo para orientar la interacción social entre vulnerables y no entre poderosos y fuertes sobre la que se basó buena parte de la reflexión ética en la Modernidad Occidental.⁷

4. Beck, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

5. Paperman, Patricia y S. Laugier, *Le souci des autres, éthique et politique du care*, Paris, EHESS, 2005.

6. MacIntyre, Alasdair, *Animales racionales y dependientes*, Barcelona, Paidós, 2001.

7. Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad*, Barcelona, Herder, 1995.

La *interdependencia*, como el aumento de la interacción más allá de los ámbitos inmediatos, la diferenciación de funciones y la división del trabajo transnacional, así como el aumento de los intercambios en general, sea de mercancías, personas y mensajes, conducen a un aumento exponencial de la misma. La autonomía y la autarquía resultan en este contexto impensables. Los costos de actuar o no actuar en determinada dirección se comparten entre las partes. La interdependencia es quizás aún más aguda respecto de cuestiones ambientales o relativas a la conservación de bienes públicos globales.

Además de estas formas más conocidas de interdependencia, la pandemia da cuenta de una forma extrema de interdependencia entre sociedad y naturaleza que se empieza a dar en el llamado Antropoceno. Esta es una categoría introducida desde la geología por Paul Crutzen y que designa a una nueva era geológica en la que el ser humano se convierte en el principal factor de transformación de la misma naturaleza borrando así las fronteras entre esta y el mundo social. De este modo, las crisis o catástrofes en un ámbito se trasladan al otro en forma directa convirtiéndose en una multicrisis civilizatoria; es decir, no solo de un modelo de desarrollo o un modo de acumulación, sino de todo un modo de vida que se manifiesta como insostenible.⁸

Finalmente, tenemos la *crisis de gobernanza global*. Tal como se planteaba con la idea de “aceleración desincronizada”, desglobalización y globalización coexisten y se suceden, así como diferentes son las dimensiones que en un momento determinado se globalizan y aceleran. De la misma manera que el mercado en general se desterritorializa con facilidad, y la sociedad civil es capaz de expresarse instalando preocupaciones y demandas de la humanidad en su conjunto, nos encontramos con que el sistema político o el Estado en particular apenas logran gestionar y regular cuestiones más allá

8. “Lejos de la idea de falsa autonomía a la que conduce el individualismo liberal, hay que entender que somos seres interdependientes y abandonar las visiones antropocéntricas e instrumentales para retomar la idea de que formamos parte de un todo, con los otros, con la naturaleza. En clave de crisis civilizatoria, la interdependencia es hoy cada vez más leída en términos de ecoddependencia, pues extiende la idea de cuidado y de reciprocidad hacia otros seres vivos, hacia la naturaleza”; Svampa, Maristella, “Reflexiones para un mundo post-coronavirus”, *Nueva Sociedad*, abril 2020, <https://nuso.org/articulo/reflexiones-para-un-mundo-post-coronavirus/>.

del ámbito del Estado-nación. Tampoco resulta posible a la mayoría de los gobiernos influir en los mecanismos de gobernanza internacional, que, al fin de cuentas, no dejan de responder a los intereses originales de sus miembros y donantes principales.

Por un lado, la globalización avanza en una dimensión virtual acoplada a la digitalización, el capitalismo informacional, la circulación de mensajes, algo que con Bauman podríamos llamar lo “líquido”, la extensión de derechos y de criterios de semejanza e identidad más allá de lo territorial en clave estatal-nacional. Por otro lado, la debilidad de los organismos internacionales, de la cooperación y la ausencia de instituciones de gobernanza global deja vacante el espacio de la regulación y coordinación de políticas que pongan a la humanidad y a los bienes públicos globales en su centro.

De este modo, se ha hecho manifiesta la dificultad para la coordinación de respuestas sanitarias y de colaboración (vinculadas a estrategias de vacunación, por ejemplo) y la facilidad con que algunos países han perseverado en retóricas y prácticas nacionalistas, algunas hasta negacionistas, de dudosa efectividad para luchar contra una pandemia cada vez más extendida en tiempo y el espacio.

En toda su crudeza la pandemia del COVID-19 no solo muestra los límites y contradicciones de una globalización signada por la aceleración asincrónica, sino que también nos está dejando algunas paradojas que invitan a reflexionar por su curiosidad.

En marcado contraste con otras crisis sanitarias en la historia, sus primeros afectados no fueron necesariamente los sectores sociales más precarios y los países más pobres o periféricos. Por el contrario, su concentración inicial se dio en viajeros y población relativamente privilegiada; fueron las grandes ciudades los focos principales y los países desarrollados los más afectados en un principio. Recién luego de unos meses el virus se fue extendiendo a otros países y grupos sociales menos favorecidos, hasta llegar a la situación actual donde los países denominados “periféricos” registran las mayores tasas de contagio y defunciones. Con el paso del tiempo y la expansión del virus, los países con mejores sistemas de salud y mayor coordinación entre gobiernos y sociedad civil han logrado controlar ciertos aspectos de la pandemia. Países con menos recursos para acceder a vacunas, sistemas de salud más endebles y con mayor descoordinación entre actores políticos y sociales, por el contrario, han sufrido cada vez más los efectos de una pandemia extendida en el tiempo y el espacio.

Otro fenómeno que se contrapone con la “normalidad” conocida es la repentina y algo efímera revalorización de profesiones y actividades que pasan a ser consideradas “esenciales”, que anteriormente eran mal remuneradas y poco prestigiosas (en algunos casos lo siguen siendo). Nos referimos a los trabajadores de la salud, el personal de seguridad, la recolección de residuos, los docentes de educación básica, entre otros. También se produjo una valorización de las relaciones de proximidad, en el comercio cercano, en tareas de cuidado, que en otro tiempo no eran más que vínculos anónimos y signados por la indiferencia y que en poco tiempo pasaron a ser percibidas como claves para nuestra supervivencia y bienestar.⁹ Queda aún por conocer si esa revalorización de determinados oficios dejará de ser algo discursivo y circunstancial, para transformarse en algo más permanente y estructural.

En tercer lugar, la aceleración de la interdependencia produjo, de facto y repentinamente, la virtualización en muchos aspectos de nuestras vidas. Un aspecto clave en este sentido es la digitalización de las comunicaciones, del trabajo y el comercio, con toda su ambivalencia: facilitando la conectividad y la apertura; pero, a la vez, abriendo espacio al control y la vigilancia y reduciendo la calidad y densidad de esas interacciones. Las dos caras de la virtualización pueden verse con nitidez si nos enfocamos en el ejemplo de la educación universitaria.¹⁰ Si por un lado ha posibilitado y hasta favorecido interconexiones entre personas e instituciones, lo ha hecho a costa de que las mismas sean cada vez menos personales, profundas y “resonantes” según la terminología de Rosa.¹¹

9. Sassen, Saskia, “COVID-19: el enemigo invisible de la globalización”, Santiago de Chile, Universidad Mayor, abril 2020 <https://www.youtube.com/watch?v=m7FO1LJSUic>.

10. Sobre esta problemática, ver Salvadores de Arzuaga, Carlos I., “La educación universitaria hoy: Perspectivas y desafíos para la formación jurídica”, *Estudios sobre Pandemia, Sociedad y Derecho*, Buenos Aires, IJ Editores, 2021.

11. Para Rosa, “Si la aceleración es el problema, entonces quizás la resonancia sea la solución [...] Mi tesis es que lo importante en la vida es la calidad de la relación con el mundo [...] la diferencia central entre la vida buena y una menos buena puede traducirse como el interrogante acerca de la distinción entre relaciones con el mundo logradas y malogradas”, Rosa, Hartmut, *Resonancia. Una sociología de la relación con el mundo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2019, pp. 15-20.

IV. Pandemia y posverdad

Además de estos fenómenos, que ya han sido destacados por los primeros análisis que se fueron multiplicando a medida que la crisis del COVID-19 se iba expandiendo y consolidando como una realidad estable, queremos detenernos en una cuestión no menos relevante que apenas resulta mencionada y que tiene que ver la construcción de la esfera pública: el modo tan evidente en que la pandemia pone sobre el tapete la cuestión de la llamada posverdad.

La pandemia en curso no necesariamente desenmascaró los cada vez más numerosos discursos basados en la posverdad, tal y como lo habíamos considerado inicialmente.¹² Lo que sí se volvió evidente (particularmente al inicio de la pandemia) es la centralidad que tuvieron y tienen aún las disputas por los datos sanitarios, los argumentos en favor o en contra de restricciones a la movilidad y, en general, la percepción de la gravedad y complejidad de la crisis. La posverdad es un neologismo que en 2016 fue elegido por el Diccionario Oxford como la palabra del año (“post-truth”) debido a su creciente presencia en la comunicación política y que “denota circunstancias en que los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública, que los llamamientos a la emoción y a la creencia personal”.¹³ Según la RAE, la posverdad es una “distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales” y encuentra que los demagogos serían maestros de la posverdad.¹⁴ No es casual que la difusión del término se haya dado junto a la expansión de partidos antisistema en Europa, el referéndum por el Brexit en Reino Unido y la victoria de Donald Trump en las elecciones presidenciales de noviembre de 2016 en EE.UU.

No fue accidental que las respuestas iniciales más erráticas y poco efectivas a la expansión del coronavirus fueran, justamente, las que mostraron

12. En un breve artículo anterior, publicado a inicios de la pandemia, habíamos planteado esta cuestión en forma más tajante. Cfr. Pelfini, Alejandro, “El Coronavirus desenmascara la posverdad”, Observatorio Social del Coronavirus, CLACSO, 2020.

13. “Relating to circumstances in which people respond more to feelings and beliefs than to facts”, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/post-truth> (recuperado el 5/5/2021).

14. <https://dle.rae.es/posverdad> (recuperado el 6/5/2021).

líderes que hacen culto de la posverdad y de los discursos del odio, desde Hungría hasta Filipinas, desde el “virus chino” de Trump a la “gripecita” de Bolsonaro en Brasil. Esas respuestas iniciales quedaron presas del negacionismo y del particularismo nacionalista que creía poder librar al propio país de este flagelo, simplemente apelando a la voluntad del gobernante. Recién con el hecho consumado de una incontenible explosión de contagios se produjo un retroceso de este tipo de enfoques sobre la pandemia y se comenzaron a tomar algunas medidas más seriamente enfocadas a enfrentar una crisis sanitaria que se expandió muy rápidamente.

Más tarde que temprano, esta actitud negacionista se vio confrontada por la cruda realidad de la pandemia, que al tiempo que acrecentaba los peligros para la salud de los ciudadanos también debilitaba la economía y productividad en esos países. A la fecha, la mayoría de los gobiernos han convergido en estrategias de regulación por la vía de protocolización de las actividades laborales y sociales, con mayor énfasis en la información sobre cuidados que en imposición de restricciones muy severas. Todo esto, claro, con particularidades según el país y ante el horizonte de avance sostenido de los procesos de vacunación masiva.

La crudeza del virus terminó haciendo superflua la retórica provocativa y burlona con su facticidad brutal: el COVID-19 posee una tasa de contagio como ningún otro virus existente y cuenta con una importante tasa de letalidad, como quedó demostrado en países desarrollados y con sistemas de salud más robustos que el promedio mundial como Italia, Gran Bretaña y España, y luego los mismos EE.UU.

Esto nos recuerda otro modo de designar a la posverdad: en Alemania, la palabra del año 2016 seleccionada por la Sociedad para el Idioma Alemán (GfdS) fue una similar, pero más precisa: “postfaktisch”; es decir, más allá de los hechos, que se vuelven anecdóticos. En un constructivismo radical, lo que importa son las creencias y las emociones en torno a los hechos, que al fin de cuentas se terminan construyendo. Para ello se dispone de toda una parafernalia de trolls, fake news, algoritmos para producir mensajes segmentados según los más variados perfiles valorativos e ideológicos.¹⁵

15. Arias Maldonado, Manuel, “La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, N°173, pp. 27-54 (2016). doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.01>. Sobre la creciente influencia de las TIC

La gravedad de la pandemia no ha logrado detener esta fruición por la hipercomunicación y la redundancia: hacia mediados de 2020 ya se extendían en distintos países una serie de teorías conspirativas sobre el origen de la pandemia, planteos antivacunación, difusión de los efectos benéficos de diversos medicamentos y hasta manifestaciones con comprensibles reclamos contra las restricciones impuestas por los gobiernos, pero que en algunos casos terminaron siendo instrumentalizados por grupos antisistema.¹⁶

A pesar de tantos embates, ante la dramática fuerza de la facticidad de la pandemia, las respuestas que se han demostrado como más equilibradas, racionales y efectivas son aquellas que toman en serio los hechos y que descansan en el conocimiento que ofrece la ciencia, los expertos en salud pública y en un constante aprendizaje ciudadano sobre el tema. Ciencia que no apuesta necesariamente a la búsqueda de una verdad única y definitiva, sino a una situada y práctica, reflexiva, revisable y colaborativa. Un tipo de conocimiento no orientado primordialmente al progreso material y tecnológico ni a la voluntad de poder, sino puesto al servicio de la vida como bien supremo. Ese conocimiento se debería sustentar en expertos, asesores y consultores que no provengan únicamente del campo de las ciencias naturales, sino que contribuyen con un conocimiento del mundo político y social, de los efectos de cambios sociales repentinos y de qué tipo medidas se pueden sostener en el tiempo y cuáles no.¹⁷

en la política contemporánea, ver Bercholc, Jorge, *Big Data, algoritmos y nuevas tecnologías de la información y comunicación: efectos en el sistema político e institucional*, Buenos Aires, Aldina, 2020.

16. Concretamente, el 29/08/2021 una manifestación en Berlín frente al Reichstag generó “Estupor en Alemania por el amago de ‘toma’ del Reichstag por ultraderechistas”, Agencia EFE, <https://www.publico.es/internacional/protestas-berlin-estupor-alemania-amago-toma-reichstag-ultraderechistas-vergueenza.html>, Consultado el 01/05/2020.

17. Feierstein, Daniel, *Pandemia. Un balance social y político de la crisis del COVID-19*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2021.

V. Tres escenarios pospandemia: ¿repliegue, adaptación o transformación?

A pesar de que aún estamos transitando la pandemia del COVID-19, cuyos efectos y daños definitivos son difíciles de calcular con precisión, el horizonte que proporciona la vacunación masiva en muchos países nos impulsa a reflexionar en torno a posibles escenarios de un mundo pospandemia.

La profundidad de la crisis global, así como los inéditos efectos de la pandemia en la vida cotidiana y en el funcionamiento del capitalismo en general, nos impulsan a intentar bosquejar escenarios más allá de temas como la disponibilidad de vacunas, la recomposición de sistemas públicos de salud y la cooperación internacional más inmediata. Teniendo en cuenta que la pandemia es un desafío civilizatorio mayor, nuestra reflexión se centra en las capacidades reales de aprendizaje en situaciones límite y de la capacidad de transformación de sociedades enteras ante situaciones traumáticas en las que los seres humanos y otros seres vivos comparten una inédita vulnerabilidad estructural.

La experiencia acumulada en otras crisis globales, que fueron más allá de una crisis económica y que incluyeron desafíos a la salud pública o grandes guerras como la crisis de 1873 o de 1919, muestra que el sistema internacional y determinadas sociedades han introducido cambios importantes en sus modelos de desarrollo y organización política, tal como lo demuestran los economistas Branko Milanovic¹⁸ y más recientemente Thomas Piketty.¹⁹ Es bastante posible que surjan cambios importantes en los modos de producción, consumo y estilos de vida, mostrando una vez más la capacidad del mismo capitalismo y la modernidad de adaptarse y repensarse.

Nada de esto está garantizado, sino que depende de la reflexión y luego de la acción política y social conjunta para impulsar estas mismas transformaciones. Más aún, lo que se vislumbra a primera mano no es precisamente auspicioso ya que, como sostuvimos inicialmente, tiende a perseverarse en las reacciones defensivas en el marco del Estado-nación y en el apuro por

18. Milanovic, Branko, *Desigualdad mundial. Un nuevo enfoque para la era de la globalización*, México, FCE, 2016.

19. Cfr. Piketty, Thomas, *Capital e Ideología*, Buenos Aires, Paidós, 2019, pp. 89-159.

volver a una normalidad que está más cerca de la raíz del problema que enfrentamos que de su solución.

De este modo, no se terminan de percibir los tres desafíos principales que instala el COVID-19 en el marco de la globalización: *a)* la necesidad de reconocer la vulnerabilidad como dato estructural del cual apenas es posible librarse; *b)* el asumir a la interdependencia como origen de la crisis, pero también como condición de posibilidad de cualquier estrategia de superación de la misma y *c)* reducir las asincronías del movimiento de la globalidad.

La reacción generalizada durante el primer año de la pandemia, y por lo tanto uno de los escenarios posibles para la pospandemia, es el *repliegue particularista*.²⁰ No obstante y a pesar de algunos esfuerzos por generar mayores niveles de cooperación internacional (sobre todo en la fabricación y provisión de vacunas), las medidas gubernamentales y los reclamos ciudadanos muestran una continuidad con el “business-as-usual”, promoviendo una vuelta a la normalidad con refugio en el Estado-nación, desconociendo –tal como en otros asuntos de política– las implicancias globales de la misma pandemia y su interdependencia estructural. Un ejemplo poco auspicioso en este sentido ha sido el acaparamiento por las grandes potencias de la mayor parte de producción de vacunas, con la consecuente e injusta asimetría en su distribución.

Ante este panorama y más allá del repliegue particularista, resulta más interesante explorar otros escenarios, que descansan más en la capacidad agencial y reflexiva de los seres humanos, y hasta en cierta “liberación cognitiva” de los afectados.²¹ Escenarios que difícilmente se delinean en las decisiones de gobiernos y empresas urgidos por las demandas sanitarias y el descontento ciudadano, pero que son esbozadas por intelectuales, organizaciones religiosas y de la sociedad civil, así como también por empresas de vanguardia en la innovación tecnológica y en la industria de la defensa.

Es posible distinguir dos alternativas en el escenario del repliegue: una opción centrada en la *adaptación*, entendida como un ajuste de las propias

20. Este repliegue tuvo su expresión en casos muy notorios y ya aludidos como en los Estados Unidos gobernados por Trump, el Brasil de Bolsonaro o, en una fase inicial, el México de López Obrador.

21. McAdam, Doug, *Political Process and the Development of Black Insurgency, 1930-1970*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

preferencias e intereses a la nueva complejidad del entorno, y una segunda opción más exigente, relacionada con un proceso de *aprendizaje colectivo*, vinculado a la revisión de la validez de esas preferencias e intereses en base a una obligación moral para reducir el daño.²²

En primer lugar, ¿cómo podría concebirse entonces un *escenario primordialmente adaptativo*, en el que los tres ámbitos sociales fundamentales (Estado, mercado y sociedad civil) desarrollen un ajuste comunicacional ante un entorno más complejo y desafiante, sin por ello replantear o abandonar completamente prácticas sedimentadas ya probadas como dañinas? Básicamente, en el *plano internacional* se plantea un fortalecimiento del multilateralismo, y un Estado más presente en lo nacional, pero a la vez que invierte en salud pública, está más atento a la securitización y las restricciones sociales que impone la gestión de la pandemia.

Desde el *mercado* puede esperarse un mayor proteccionismo comercial e inversión pública, una profundización de la digitalización y la promoción de la cooperación científica. Todo esto sin alterar la protección de la propiedad intelectual y, en cierto modo, una recuperación de la economía productiva y de los llamados servicios y bienes esenciales frente a la financiarización. Poniendo el foco en la *sociedad civil*, se promovería el consumo responsable, la subsidiariedad y el cuidado de sí mismo, con atención por el desarrollo sustentable más que por la Ecología Integral.²³ Es probable que todas estas adaptaciones se manifiesten en el marco de un régimen democrático no demasiado diferente a los actuales, de baja intensidad en la participación, representado más que representativo.

Por el contrario, una reacción más exigente y con mayor potencial transformador implica un proceso de aprendizaje colectivo más profundo, que requiere no solo promover la negociación y la cooperación internacional, sino generar espacios de articulación y gobernanza global centrados en la provisión y conservación de bienes públicos, la reducción de riesgos y la prevención de catástrofes. En un plano nacional la apuesta más exigente se

22. Sobre el concepto de Aprendizaje Colectivo, ver Pelfini, Alejandro, “Las tres dimensiones del aprendizaje colectivo”, *Persona & Sociedad*, Vol. XXI, N°3, 2007, pp. 75-89.

23. Sobre la tensión y los debates entre los paradigmas de Desarrollo Sustentable y Ecología Integral, ver Beling, Adrián y Vanhulst, Julien, *Desarrollo non sancto. La religión como actor emergente en el debate global sobre el futuro del planeta*, México, Siglo XXI, 2019.

refleja en un Estado que centra sus políticas públicas en torno a la noción de cuidados y en la reducción de desigualdades y de dificultades de acceso a bienes públicos.

En el ámbito de la producción y el consumo, se refleja en promover una logística de recorridos cortos, de comercio y producción de cercanía; el fortalecimiento de pequeñas ciudades (“Ciudad de 15 minutos”, como se las comienza a denominar), economía orientada a la satisfacción y revalorización de actividades “esenciales”. Esto quizás implique una agudización de las disputas Norte/Sur en torno a la propiedad intelectual y patentes. La sociedad civil se constituiría, a su vez, en base a una red de *prosumidores*, según la terminología de J. Rifkin,²⁴ donde emerge lo *glocal*, y se expanden redes de cuidado del otro y del entorno, sensibles a las diferencias entre personas y comunidades. También daría lugar a espacios de transformabilidad, de exploración del posdesarrollo y el decrecimiento,²⁵ en un marco general de politización que da cuenta de una democratización fundamental en términos de igualdad y acceso.

Finalmente, nos preguntamos ¿cuál es la escala o el espacio primordial para desplegar este escenario más exigente? La pandemia hace evidente que ni una globalización triunfante (escenario adaptativo) ni la desglobalización intencional (una primera reacción defensiva) ofrecen respuestas adecuadas, debido a que apenas permiten que se perciban los nexos de interdependencia estructural y simultaneidad. Esta falta de percepción aumenta la vulnerabilidad ante la pandemia, y aún más la de aquellos que pretenden enfrentarla en solitario.

Lo global está para quedarse como escenario, sobre todo si pensamos en la crisis ambiental global en el marco del Antropoceno. El tipo de problemas a enfrentar asociados sobre todo a las dificultades en la provisión y conservación de bienes públicos, así como a la prevención y el manejo de catástrofes naturales y humanitarias, no parecen poder enfrentarse

24. Gente que produce y consume sus propias cosas, que aporta a una red determinada cuando tiene excedente y que toma de la misma cuando necesita un recurso en particular. Rifkin, Jeremy, *La sociedad de coste marginal cero*, Barcelona, Paidós, 2014.

25. Lessenich, Stephan, *La sociedad de la externalización*, Barcelona, Herder, 2019; Brand, Ulrich y Wissen, Markus, “Nuestro bonito modo de vida imperial. Cómo el modelo de consumo occidental arruina el planeta”, *Nueva Sociedad* N°279, enero-febrero de 2019, pp. 25-32.

adecuadamente ni en solitario, ni dentro de las fronteras de un territorio específico. No obstante, el intento de compensar la falta de espacios de regulación e institucionalidad global no debería llevarnos a replicar estructuras estatales en un plano mayor, según una especie de federalismo de escala ampliada. El cosmopolitismo algo ingenuo, propio de un universalismo abstracto, puede ser tan forzado y limitante como el encierro particularista.²⁶

Para muchos de los análisis más sofisticados y actuales en los estudios globales, la globalidad no implica la gestación de un espacio único, universal y estandarizado sino la superposición, revitalización y devaluación de espacios y escalas de acción diversas o de menor magnitud.²⁷ En este sentido, mucho más fecunda y realista parece la apuesta por la *escala glocal* que combine la sensibilidad y preocupación por cuestiones planetarias y ligadas a la supervivencia de la humanidad, en conjunto con las posibilidades concretas de intervención en un ámbito próximo y limitado.²⁸ Si bien esta opción no tiene al Estado-nación como institución primordial, esto no implica su marginación o que el mismo no pueda seguir siendo una instancia relevante de transformación.

VI. Evaluando escenarios: entre lo posible, lo probable y lo deseable

Llegados a este punto, no podemos demorar más la pregunta: ¿cuál de estas alternativas tiene más posibilidades y de qué depende que prevalezca? La reacción hacia el repliegue particularista ha sido la primera el suceder y, si bien ha perdido algo de fuerza con el trascurso de la pandemia, es siempre

26. Held, David y Archibugi, Daniele, *Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance*, Stanford University Press, California, 1995.

27. Entre otros, Appadurai, Arjun, *Modernity at large: Cultural dimensions of globalization*, Minnesota, University of Minnesota Press, 1996; Latour, Bruno, Cara a cara con el planeta. Una nueva mirada sobre el cambio climático alejada de las posiciones apocalípticas, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018; Schwengel, Hermann y Boike Rehbein, *Theorien der Globalisierung*, Constanza, UVK, 2008.

28. Robertson, Ronald, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London, Sage, 1992.

una posibilidad a tener en cuenta, ya que tiene sus adherentes. Ha sido posible, es menos probable, pero no es para nada deseable a largo plazo.

El escenario adaptativo por su parte parece asentarse en bases más estables. Desde hace tiempo el capitalismo y la Modernidad han venido dando muestras de su capacidad de adaptación y renovación incluso, incorporando sus críticas más radicales, como muestran Boltanski y Chiapello en *El Nuevo Espíritu del Capitalismo*.²⁹ De ahí que no sea descabellado pensar en que la respuesta adaptativa sea la opción más probable, ya que se da casi mecánicamente desde los sistemas expertos, las grandes corporaciones (sobre todo las ligadas a la digitalización) y los actores políticos que piensan en plazos cortos.

En cambio, el más exigente aprendizaje colectivo tiende a depender de un fortalecimiento y activación de movimientos sociales y de ciudadanía política, así como del robustecimiento y expansión de una consciencia sobre la vulnerabilidad e interdependencia que implica la globalización. Esa respuesta se desarrollaría hacia un Green New Deal Global, que rebase el horizonte de un mero plan de ayuda y prevención de riesgos sanitarios. Mejor aún sería avanzar hacia un Pacto Ecosocial del Sur, donde la reflexión social sobre la justicia social se articule a la justicia ambiental en un diálogo Norte-Sur.³⁰ Una reflexión en donde el reconocimiento de la interdependencia y de la vulnerabilidad estructural sea orientado por una ética del cuidado y de la reparación.

Sin duda, esta opción es la que probablemente no triunfe en el corto plazo, pero a la luz de lo que está en juego, es la más urgente y necesaria. No es descabellado pensar que en el mediano plazo este escenario logre expandirse al nivel de la consciencia respecto de la vulnerabilidad e interdependencia que caracterizan la actual etapa de globalización. Esto, aunque no tenga efectos inmediatos, podrá eventualmente favorecer un cambio en las mentalidades y estructuras en el futuro. No es poco: es probable que con la mera concientización no alcance, pero sin ella no podremos transformar el mundo que habitamos.

29. Boltanski, Luc y Chiapello, Éve, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Akal, 2002.

30. Pacto Ecosocial Latinoamericano (pactoeosocialdelsur.com) (consultado el 30/04/2021).

Bibliografía

- Appadurai, Arju, *Modernity at large: Cultural dimensions of globalization*, Minnesota, University of Minnesota Press, 1996.
- Beling, Adrián y Vanhulst, Julien, *Desarrollo non sancto. La religión como actor emergente en el debate global sobre el futuro del planeta*, México, Siglo XXI, 2019.
- Beck, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.
- Bercholz, Jorge, *Big Data, algoritmos y nuevas tecnologías de la información y comunicación: efectos en el sistema político e institucional*, Buenos Aires, Aldina, 2020.
- Boltanski, Luc y Chapiello, Éve, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Akal, 2002.
- Brand, Ulrich y Wissen, Markus, “Nuestro bonito modo de vida imperial. Cómo el modelo de consumo occidental arruina el planeta”, *Nueva Sociedad* N°279, enero-febrero de 2019.
- Harvey, David, *The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Massachusetts, Blackwell, 1991.
- Held, David y Archibugi, Daniele, *Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995.
- Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad*, Barcelona, Herder, 1995.
- Latour, Bruno, *Cara a cara con el planeta. Una nueva mirada sobre el cambio climático alejada de las posiciones apocalípticas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.
- Lessenich, Stephan, *La sociedad de la externalización*, Barcelona, Herder, 2019.
- McAdams, Doug, *Political Process and the Development of Black Insurgency, 1930-1970*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.
- MacIntyre, Alasdair, *Animales racionales y dependientes*, Barcelona, Paidós, 2001.
- Mann, Michael, “Has Globalization Ended the Rise and Rise of the Nation-state?”, en Held, D. y Mc Grew, A. (eds.), *The Global Transformations Reader*, Cambridge, Polity Press, 2003 (2da. ed.).
- Paperman, Patricia y Laugier, S., *Le souci des autres, éthique et politique du care*, Paris, EHESS, 2005.
- Pelfini, Alejandro, “Las tres dimensiones del aprendizaje colectivo”, *Persona & Sociedad*, Vol. XXI, N°3, 2007.

- Pelfini, Alejandro, “El coronavirus desenmascara la posverdad”, *Observatorio Social del Coronavirus*, CLACSO, 2020.
- Rifkin, Jeremy, *La sociedad de coste marginal cero*, Barcelona, Paidós, 2014.
- Robertson, Roland, *Globalization, Social Theory and Global Culture*, London, Sage, 1992.
- Rosa, Hartmut, *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- Salvadores de Arzuaga, Carlos I., “La educación universitaria hoy: Perspectivas y desafíos para la formación jurídica”, Reflexión Introdutoria en *Estudios sobre Pandemia, Sociedad y Derecho*, Buenos Aires, IJ Editores, 2021.
- Sassen, Saskia: “COVID-19: el enemigo invisible de la globalización”, Santiago de Chile, Universidad Mayor, abril 2020 <https://www.youtube.com/watch?v=m7FO1LJSUic>.
- Schewengel, Hermann y Boike, Rehbein: *Theorien der Globalisierung*, Constanza, UVK, 2008.
- Svampa, Maristella: “Reflexiones para un mundo post-coronavirus”, *Nueva Sociedad*, abril 2020.

Ética aplicada a la contratación pública administrativa

*Pedro R. Iphais**

Resumen

En el presente trabajo se pretende destacar la importancia de realizar reflexiones en torno a la ética aplicada al momento del dictado de resoluciones administrativas en general y, en particular, al momento de adoptar decisiones relacionadas con el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional en Argentina. Más allá del “boom” de lo que se conoce como ética pública, pensar en términos éticos en la resolución de cualquier asunto puede contribuir en calidad, previsibilidad, coherencia y aclaraciones conceptuales y, en definitiva, coadyuva a alcanzar la excelencia en las funciones del servicio civil.

Palabras clave: ética aplicada, ética pública, ética aplicada a la función administrativa, régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional.

* Abogado Especialista en Derecho Tributario (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA), Egresado del Programa de Actualización y Profundización en Derecho Penal Tributario (UBA) y del Curso Superior en Contrataciones de la Administración Pública (EACAE); Perito Abogado del Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializados en Casos de Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública, Corte Suprema de Justicia de la Nación; piphais@csjn.gov.ar.

Applied Ethics in the Contractual General Regimen for the Public Administration Offices

Abstract

The purpose of this paper and work is to highlight the importance of thinking over the applied ethics when passing administrative resolutions, in general, and, in particular, when adopting decisions related to the Contractual General Regimen for the Public Administration Offices in Argentina. Beyond the “boom” of what is known as public ethics, thinking in ethical terms in the resolution of any matter can contribute to quality, predictability, coherence and conceptual clarifications and, ultimately, contributes to achieving excellence in the functions of the civil service.

Keywords: Applied Ethics, Applied Ethics for the Public Administration Offices, Contractual General Regimen for the Public Administrative Offices.

I. Introducción

En las líneas siguientes me propongo analizar el funcionamiento de la ética aplicada a la función administrativa en general y, en particular, de la ética aplicada a la contratación pública administrativa. Para ello se analizan tres casos importantes de ética aplicada: la ética pública, que ha sido objeto de profusos análisis doctrinarios y considerada de manera expresa en el derecho positivo,¹ la ética aplicada al razonamiento judicial y la ética aplicada a la función administrativa.

Corresponde destacar que, a partir del auge de la llamada ética pública, tanto el Derecho Internacional como el Derecho Interno de muchas naciones han sido atravesados por el fenómeno de la positivización de postulados

1. La doctrina española define a la ética pública como “ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos” (Rodríguez Arana, Jaime, “Sobre ética pública en la Administración Pública”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo IX, Año 2002, p. 59). En Argentina basta con ver el texto de la Ley N°25.188, “ley y ética en el ejercicio de la función pública”.

éticos. En el presente trabajo se parte, como premisa, de considerar que la ética pública no es más que un supuesto de ética aplicada, para luego examinar si resulta comparable y se relaciona con aquella que rige otros campos de actividad íntimamente relacionados, como la ética aplicada al razonamiento judicial y al momento del dictado de actos administrativos.

Luego de un análisis de los citados casos de ética aplicada, propongo ver el alcance de cada uno y la posible existencia de relaciones entre ellos. Para finalizar se analizarán situaciones particulares relacionadas concretamente con el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, por ser uno de los aspectos de la actividad administrativa que ha recibido mayor atención.

En particular, más allá del avance de la llamada ética pública como exposición de principios que deben regir la conducta de los funcionarios públicos, no se han detectado mayores análisis sobre la forma en la cual se utilizan las teorías de ética normativa al momento del dictado o el análisis posterior de resoluciones administrativas.

En consecuencia, considero que un análisis desde el punto de vista de la filosofía moral² puede resultar de utilidad. Simplemente espero despertar algún interés sobre las reflexiones en torno a la ética aplicada en este campo particular, por considerar que pueden aportar calidad y previsibilidad en las resoluciones y, además, aportar un marco de coherencia y claridad conceptual.

Como primera medida, siendo que el presente trabajo refiere a la filosofía moral, resulta necesario introducir algunos conceptos básicos y luego realizar una referencia a la discusión sobre relaciones entre derecho y moral. Aclaro que no se tratan todas las posturas ni existe pretensión de agotar esta discusión, sino que solo se utilizan aquellas que, a mi entender, permiten plantear una suerte de *impasse* que permita hacer a un lado esta discusión

2. Corresponde aclarar que en el presente trabajo los términos ética y moral son utilizados como sinónimos. El vocablo *ethiké* procede del griego *ethos*, que significa “hábito”, “costumbre” o “carácter”. La ética es entonces la disciplina del conocimiento que estudia las actitudes, hábitos y costumbres del ser humano, sistematizando dichos actos y estableciendo las formas deseables de actuación. El término moral deriva del término latino *mosmoris*, que significa “hábito” o “costumbre” o “que tiene buenas costumbres”. En consecuencia y más allá de que existan discusiones sobre las diferencias entre ambos conceptos, etimológicamente significan lo mismo.

a efectos del presente texto. En este esfuerzo, intentaré dejar aclarado qué entiendo por Directrices y Principios a los fines del presente trabajo.

II. Los tres niveles de la filosofía moral

El estudio de la ética presenta tres niveles diferenciables.

1. *La metaética*

La metaética funciona a nivel analítico; estudia la naturaleza de los razonamientos y juicios morales y su justificación. Se enfrenta al problema de la justificación lógica de los juicios de valor y al modo en que los mismos pueden considerarse asequibles a la razón humana.

En este nivel teórico se analiza el tipo de significado que caracteriza a los términos éticos –como “bueno”, “justo”, “correcto” y sus opuestos– y el significado de los juicios de valor –como “la pena de muerte es injusta”–, ya que la posibilidad de justificar racionalmente los juicios valorativos depende de qué clase de juicio son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan típicamente para formularlos.³

Existe un gran número de teorías que se han desarrollado con el fin de establecer el significado de los términos éticos, su naturaleza y el carácter lógico de los juicios de valor.

La principal distinción se da entre aquellas teorías que consideran que los enunciados éticos tienen naturaleza descriptiva de determinado tipo de hechos y las teorías llamadas no descriptivistas.

Para los primeros, los juicios de valor tienen significado cognoscitivo y pueden ser verdaderos o falsos –llamados descriptivistas–. Se agrupan bajo esta idea las teorías naturalistas, objetivas y subjetivas y las no naturalistas, dentro de las cuales destaca el intuicionismo.

3. Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2da. edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003, p. 354.

Las teorías no descriptivistas consideran en cambio que los enunciados éticos no están destinados a enunciar propiedades físicas. No se producen con el fin de transmitir información sino con otros objetivos, por ejemplo, influir en la conducta de los seres humanos; en consecuencia, pueden no ser verdaderos o falsos; dentro de estas teorías podemos destacar el emotivismo y el prescriptivismo.

2. *La ética normativa*

La ética normativa se encarga de “formular y justificar (suponiendo que ello sea posible) juicios morales y determinar qué acciones o instituciones son buenas o justas”.⁴ Se encarga de establecer a nivel abstracto las nociones de lo bueno y lo correcto, recibiendo en algunos casos cierta influencia de parte de la metaética, porque suscribir a alguna de las teorías sobre la naturaleza de los juicios morales puede llevar a consagrar determinados valores. Pero usualmente, “la metaética no nos dice qué principios morales debemos defender, sino cuál es la naturaleza de los principios éticos que defendemos”.⁵

Siguiendo a Farrell corresponde señalar: “Hay tres teorías éticas normativas que dominan el panorama de la filosofía moral: dos son éticas del deber, y la tercera es una ética del carácter”.⁶

Las teorías éticas del deber establecen a nivel abstracto un catálogo de deberes morales que son el deontologismo y el consecuencialismo. La llamada ética del carácter es la ética de la virtud.

2.A. *El deontologismo*

El deontologismo contiene un catálogo de conductas expuestas como prohibiciones, que consisten en actos considerados intrínsecamente incorrectos. La corrección o incorrección de una acción se establece con total independencia de los efectos que produzca.

4. *Ibid.*, p. 354.

5. Farrell, Martín D., “La ética de la función judicial”, en *Función Judicial. Ética y Democracia*, Malem, J.; Orozco, J. y Vázquez, R., Barcelona, Ed. Gedisa, 2003.

6. *Ibid.*

Las concepciones deontológicas exigen a los agentes abstenerse de hacer el tipo de cosas que son malas, con independencia del resultado que produzcan y “...aun cuando éstos prevean que su negativa a realizar estas cosas les producirá claramente un mayor daño (o menor bien)”.⁷

Kant, considerado el máximo exponente del deontologismo, postula que las obligaciones morales son mandatos absolutos, que nacen como obligaciones autoimpuestas y resultan universalizables, lo que equivale a decir que los principios fundamentales puedan ser adoptados por todos.⁸ La moral encuentra su fundamento absoluto en la razón, que actúa libre e incondicionadamente. La razón es un elemento interno de la práctica moral que consiste en la actividad voluntaria del sujeto como uso práctico de la razón. Este uso práctico de la razón, es decir, las acciones determinadas volitivamente, configuran el principio de la acción.

De este modo, las obligaciones morales provienen de mandatos producidos *a priori* por la razón; no se producen *a posteriori* porque entonces tendrían un origen empírico y externo a la razón, perdiendo su carácter incondicional.

Estos mandatos imperativos son universales, por provenir de la razón como facultad de lo universal, e incondicionados o categóricos, constituyendo deberes absolutos. En base a su carácter universal y categórico, las reglas morales solo pueden ser formales, dado que los mandatos se presentan vacíos de materia o contenido.

“La fórmula de la ley universal exige no solo que formulemos un principio universal que incorpore una descripción del acto válida para un acto determinado. Exige que la máxima, o principio fundamental, de un agente sea tal que éste pueda ‘quererla como ley universal’.”⁹

Más allá de haber recibido críticas en torno al formalismo, dado que según algunos autores el imperativo categórico no identificaría principios de deber y se encontraría vacío de contenido, la obra de Kant sigue siendo la teoría que, de manera más influyente, afirmó la existencia de principios morales universales adoptados sin condicionamientos.

7. Davis, Nancy, “La deontología contemporánea”, en *Compendio de ética*, Singer, P., Madrid, Ed. Alianza, 2004, p. 293.

8. Onora, O’Neill, *La ética kantiana*, <http://cursofilosofiamoral.blogspot.com/2010/06/la-etica-kantiana-onora-oneill.html>

9. *Ibid.*

En definitiva, el deontologismo define lo correcto con total independencia de lo bueno. La felicidad es buena, pero no cualquier conducta que maximice la felicidad es correcta. “Por más que una conducta X produzca un estado de cosas A, y por más que este estado de cosas A sea el que contenga mayor felicidad posible, todavía debo preguntarme si la conducta X es la conducta correcta, y si no lo es, entonces no puedo llevar a cabo A, porque al deontologista no le preocupan solo los estados de cosas, sino –muy especialmente– la relación del agente con los estados de cosas”.¹⁰

Analiza entonces los medios empleados, con total independencia del fin a lograr.

2.B. El consecuencialismo

El consecuencialismo, en cambio, es una teoría ética que sostiene la prioridad de lo bueno (aquel estado de cosas que maximiza la utilidad general) sobre lo correcto. Dicho en otros términos, lo bueno trae consigo lo correcto. No existe una conceptualización de lo correcto como algo distinto de lo bueno. Para un consecuencialista lo correcto es, simplemente, maximizar lo bueno.

La versión más conocida es el utilitarismo, donde lo bueno es la felicidad, con lo cual lo correcto es maximizar la felicidad.

No existen entonces mayores restricciones para la persecución de lo bueno. Simplemente el fin de la acción tiene que estar justificado y, a su vez, el medio a emplear tiene que ser aquel que mejor produzca el fin buscado, teniendo en cuenta una ecuación de costo-beneficio.

2.C. La ética del carácter

La llamada ética del carácter es la ética de la virtud. Surge a partir de la primera obra escrita sobre la temática, *Ética nicomáquea* o *Ética a Nicómaco*, escrita por Aristóteles en el siglo IV a. C., que recopila las enseñanzas de otros sabios. Según el autor, no es más que una porción del saber de la ciencia política, que parte de conocer la naturaleza del hombre, sus diferentes caracteres y formas de conducta, conocimientos que se corresponden con

10. *Ibid.*

el objeto de estudio de la ética, que sistematiza dichos actos y define formas deseables de actuación.

La ética del carácter clasifica las formas de comportamiento. Se identifican con virtudes aquellos actos que resultan positivos o convenientes al ser humano sin perjudicar al autor o a terceros; son ejemplos la honestidad, la justicia, la libertad, el honor, la prudencia.

La virtud es una disposición adquirida que parte de actuar en función de una deliberación racional, acorde a quien realiza la acción y que consiste en adoptar el justo medio como equilibrio moderado de dos extremos defectuosos.

Toda posible acción humana puede encuadrar en tres supuestos: una acción por exceso, la otra por defecto y la tercera por el punto medio, que contiene una parte de las otras acciones en exceso y en defecto. El punto medio o justo medio se identifica con la virtud como equilibrio moderado entre ambos extremos.

Las virtudes se identifican con la excelencia, han sido designadas por la tradición con el nombre de excelencias. No se dan por naturaleza, sino que resultan hábitos que se adquieren actuando de acuerdo a la recta razón.

3. La ética aplicada

Por último, la ética aplicada como tercer nivel de la filosofía moral utiliza los conceptos e instrumentos desarrollados por la ética normativa para el análisis de cuestiones controvertidas en determinadas áreas del comportamiento humano. De forma tal que el contenido de los juicios morales que se aplican va a estar determinado por la teoría de ética normativa que se adopte.

Como ejemplos de la ética aplicada podemos citar la ética de la función judicial, la ética ambientalista, la ética tecnológica y la bioética. En este trabajo postulo la existencia de cuestiones controvertidas que se relacionan con la función administrativa en general y, en particular, con el régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional en Argentina, que pueden ser abordados a partir de la filosofía moral.

Si bien es cierto que, en este campo, la realización de análisis desde la ética aplicada no puede darnos respuestas precisas respecto a lo que los agentes deben hacer, ayuda a identificar problemas y ofrece la posibilidad de abordarlos aportando claridad conceptual.

III. La tesis de los derechos y la discusión relativa a la conexión entre derecho y filosofía moral

Realizar un análisis de ética aplicada nos lleva, de manera inmediata y necesaria, a la discusión que se ha presentado en torno a las relaciones entre el derecho y la filosofía moral.

Sobre todo, porque, como se verá a lo largo del trabajo, se valora la consideración realizada por Ronald Dworkin¹¹ en torno al valor de los derechos y su prevalencia sobre consideraciones de utilidad, que implica consecuencias sobre la ética normativa.

Un tratamiento de la ética aplicada a la función administrativa o a la función judicial adoptando todo o parte de la tesis de Dworkin supone analizar si, como postula el autor, el razonamiento moral y filosófico forma parte de las resoluciones administrativas y de las sentencias judiciales y, por lo tanto, integra el concepto de derecho; o si, por el contrario, es una herramienta externa que permite detectar problemas y brindar algún tipo de orientación.

Por ello, más allá de que no es mi objetivo centrarme en la discusión sobre estas relaciones entre derecho y moral, corresponde realizar una referencia a la postura del autor y a su crítica. Luego intentaré demostrar que el análisis propuesto puede resultar de interés y utilidad cualquiera sea la postura que se sostenga en torno a las relaciones entre derecho y filosofía moral.

En definitiva, intentaré explicar por qué –a mi criterio– esta discusión puede obviarse en el tema puntual que me propongo tratar. Dicho en otros términos, aspiro a que el tema tratado en este trabajo pueda ser de alguna utilidad para quienes sostienen una u otra posición.

Dworkin¹² postula la integración de la filosofía moral al concepto de derecho. En resumidas cuentas, el autor entiende que, en la práctica judicial, la forma en la cual el derecho se aplica y se acepta u obedece demuestra que la filosofía moral interviene en el derecho y forma parte de él. Básicamente, porque en la aplicación del derecho intervienen tanto normas como directrices y principios, que no tendrían lugar en el positivismo jurídico, dado que este solo identifica normas.

11. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2da. ed., 1989.

12. *Ibid.*

Según el autor, las directrices muestran objetivos sociales que se deben alcanzar porque se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad, dando razones para decidir en un sentido determinado e informan a las normas jurídicas, de forma tal que la literalidad de la norma puede ser desatendida por un juez cuando viola un principio de importancia en el caso específico.

Es así como el razonamiento jurídico invoca y utiliza principios que son desarrollados lentamente por los tribunales mediante un largo proceso de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales y, por ello, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, porque los principios juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en casos difíciles. Bajo estas premisas sostiene que la tesis central del positivismo –la separación entre derecho y moral– es falsa.

Desde el positivismo, una mirada crítica de esta perspectiva ha sido producida por Genaro Carrió, quien sostiene que la crítica de Dworkin es solo aparente, porque el propio crítico se mueve dentro del positivismo. La regla de reconocimiento proveniente de la teoría de Hart no solo permite identificar normas, sino también estándares y principios que forman parte del sistema.

En particular, Carrió aclara que el análisis sobre la forma en que el derecho se aplica realizado por Dworkin proviene de un estudio descriptivo sobre el funcionamiento constitucional de los Estados Unidos. Por ello, la tesis de integración del derecho y la filosofía moral parte de un dato fáctico, motivado en el hecho de que la Constitución norteamericana ha incorporado algunos estándares y principios como criterios últimos de validez. En este sentido, sostiene que el análisis realizado por Dworkin tiene una base fáctica, más que necesaria o conceptual.¹³

Dado que el presente trabajo se basa en el análisis de determinados casos de ética aplicada, corresponde dejar en claro que tanto los derechos individuales como las directrices y principios que serán citados a lo largo del mismo se encuentran incorporados a nuestro sistema jurídico. Por tal

13. “...esa conexión, por estrecha que sea, no es necesaria ni conceptual, sino solo contingente. Depende del hecho de que las prácticas de los jueces del sistema muestran que ellos aceptan y aplican como criterios de validez jurídica, estándares morales incorporados a la Constitución”, Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cuarta edición, Abeledo Perrot, 2011, p. 346.

motivo el análisis que propongo puede realizarse sin necesidad de adoptar una postura determinada sobre la función de la ética en el derecho.

En última instancia, el análisis de ética aplicada que intento realizar deberá ser visto como un análisis realizado desde la ética, sobre cuestiones controvertidas en un ámbito determinado.

El presente trabajo intenta resaltar el valor que puede aportar la realización de un análisis a partir de la ética aplicada. Permite a quienes toman decisiones, resuelven o dictaminan en la práctica casos relacionados con la función pública en general, y en particular con la función administrativa, identificar la teoría de la ética normativa que motiva su decisión, resolución, dictamen o sentencia. Además, pretendo que el presente trabajo brinde herramientas tendientes a demostrar las reglas generales de aplicación de una u otra teoría ética a los casos particulares.

En definitiva, rescata el valor de identificar los postulados correspondientes a la ética normativa que se utilizan al resolver casos y, en particular, se exponen ejemplos correspondientes al régimen de contrataciones públicas, por considerar que un análisis de ética aplicada puede aportar claridad a uno de los ámbitos más cuestionados de la actividad administrativa.

1. Sobre el sentido y alcance de los principios jurídicos

No podemos desconocer que la discusión sobre la cual se alertó en el punto anterior tiene un fuerte impacto con relación al sentido y alcance de los principios jurídicos.

Conforme fuera adelantado por Dworkin, los principios son preceptos que hacen referencia a la justicia y la equidad, cuyo enunciado no determina las pautas o condiciones para su aplicación, sino que son aplicables en función de su peso específico. Informan a las normas de manera tal que su significado literal puede ser desatendido por un juez cuando resulta contrario a un principio de importancia. Como hemos visto, para este autor el razonamiento jurídico involucra principios que los tribunales van creando a lo largo del tiempo mediante la reiteración de precedentes. De este modo los principios morales forman parte del derecho. Junto a los principios existen *directrices* que especifican objetivos sociales que deben alcanzarse y se consideran socialmente beneficiosos.¹⁴

14. Ronald Dworkin, *op. cit.*, en nota 11, p. 72.

Carrió¹⁵ critica esta postura al sostener que la crítica de Dworkin al positivismo es inexacta, porque la regla de reconocimiento de Hart posee una textura abierta que permite identificar tanto reglas específicas como *standards* y *principios*. No existe además diferencia lógica entre los mismos. Solo forman parte del sistema aquellos principios que, identificando pautas, objetivos o exigencias de justicia o equidad, funcionan como reglas de segundo nivel, que sirven para ajustar, ampliar o restringir las reglas de primer nivel.

Conforme fuera adelantado, más allá de pretender resaltar el valor de un análisis realizado desde la ética normativa, entiendo que esta discusión puede darse por zanjada en el caso, porque la positivización en general, el fortalecimiento del catálogo de derechos y garantías constitucionales y el fenómeno de normativización de postulados éticos, significó la incorporación de *principios* en muchos países y, en particular, en nuestro sistema jurídico.

En consecuencia, me permitiré referir las *directrices* para identificar objetivos y los *principios* como preceptos que, expresando elementos constitutivos e ideas fundamentales del sistema, brindan criterios integradores, explican cómo deben interpretarse y aplicarse los distintos institutos y, por último, brindan justificación y otorgan legitimidad a la adopción de resoluciones y a la aplicación de las leyes.¹⁶

IV. La positivización de postulados éticos

La preocupación por erradicar prácticas corruptas en el funcionamiento de los Estados ha llevado a que en la década del 90 varios países utilizaran instrumentos normativos para consagrar postulados éticos, con el fin de encauzar el comportamiento de sus funcionarios públicos en general y de determinadas prácticas administrativas en particular. Este fenómeno se conoció como “juridización” o “positivización” de postulados éticos. De este modo se incorporaron principios éticos a los sistemas jurídicos de distintos países. La Argentina no fue una excepción.

15. Carrió, Genaro R., *op. cit.*, en nota 13, p. 354.

16. Esta manera de identificar a los principios parte de la idea de Jacobucci, en su obra *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma SRL, 2002. pp. 57-61.

Respecto de la aplicación de la ética al sector público, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que “El Estado Nacional y aun la Administración Pública más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional teleológica y ética por excelencia.” (P.T.N., Dictamen 233:372 Expte. No 5611/96, entre muchos otros).

De este modo todos los funcionarios y agentes de los tres poderes del Estado, así como los particulares que se relacionan con ellos, se encuentran sujetos a determinados deberes éticos que hoy se encuentran positivizados.

La tendencia consistente en positivizar postulados éticos se vio reflejada en Argentina. La reforma constitucional de 1994 incorporó un artículo que refiere expresamente a la ética pública y, además, se suscribieron Tratados Internacionales que consagran determinados principios. Pero debe destacarse que existieron disposiciones éticas contenidas en la Constitución histórica de 1853. A partir de este tipo de normas nuestra doctrina ha sostenido que el presupuesto ético es esencial a la democracia.¹⁷

A título de ejemplo podemos citar lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución originaria, que actualmente está comprendido en el artículo 66, en cuanto dispone que ambas Cámaras deben dictar su reglamento interno y cuentan con facultades para “... corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación...”.

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las cláusulas constitucionales que regulan incompatibilidades de funcionarios públicos descansan en “una razón de orden ético, que no puede interpretarse extraña al sistema jurídico general que rige a la función pública argentina”.¹⁸

Conforme fuera expuesto en la reforma de 1994 se incorporó al texto constitucional la mención expresa de “ética pública”. El artículo 36 dispone: “... atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en

17. Conf. Sagüés, Néstor Pedro, *El factor ético, presupuesto de la democracia*, ED, 81-868.

18. Causa “Lamas Emilio M. c/ Banco Mercantil Río de la Plata Me Montevideo”, JA, T° 29 (1975), p. 9; y “Pérez Sánchez, Luis - acumula exptes. 2187/93 – ex SI.GEP. y/o SI.GE. NA. s/ Recurso de Hecho”, 6 de Mayo de 1997; Nro. Interno: P516XXIX; T. 320, P.

grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

A su vez existen normas de derecho internacional, incorporadas a nuestro derecho con jerarquía superior a las leyes, que incorporan principios y postulados éticos aplicables a la función pública. En particular, estos principios tienen impacto en la Contratación Pública Administrativa en relación a la cual se brindarán ejemplos al final de este trabajo.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Ley N°24.759 (B.O. 17/01/1997), incorpora en materia de contrataciones públicas diversas normas operativas, modificatorias ellas del régimen general hasta entonces vigente.

En tal sentido, conforme al art. III de la mencionada Convención, nuestro país debe “considerar la aplicabilidad de medidas [...] destinadas a crear, mantener y fortalecer [...] sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas” (inc. 5°) y “... Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones”.

En fecha 18/10/2000 fue publicada en el Boletín Oficial la Ley N°25.319, que aprueba la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”, mediante la cual los Estados firmantes se obligan a tipificar el delito de cohecho a un funcionario público extranjero y crear un régimen de responsabilidad para las personas jurídicas que cometan este tipo de delitos.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por medio de la Ley 26.097, (B.O. 09/06/2006), dispone en su artículo 9 que cada Estado adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, para prevenir la corrupción, generar cooperación entre los países firmantes y la obligación de rendir cuentas por parte de los funcionarios.

Los sistemas deberán comprender publicidad y difusión relativa a procedimientos de contratación pública; la formulación previa de las condiciones de participación en los procedimientos de selección y la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública.

Además, deberán proveer mecanismos eficaces de revisión, en sede administrativa y judicial de lo resuelto por las autoridades administrativas y, fundamentalmente, promover la existencia de declaraciones de interés por parte de los funcionarios respecto de determinadas contrataciones públicas y procedimientos de preselección.

En nuestro derecho interno, mediante el Decreto 41/99 (B.O. 03/03/99), se creó un Código de Ética para la Función Pública que identificó el fin de la función pública con el bien común. “El fin de la función pública es el bien común y los funcionarios tienen el deber primario de lealtad con su país a través de las instituciones democráticas de gobierno”. Esta norma incorpora como principios generales los siguientes: probidad, prudencia, justicia, templanza, idoneidad y responsabilidad.

El legislador cumplió el mandato contenido en el artículo 36 de la Constitución Nacional con el dictado de la Ley 25.188 (B.O. 01/11/99), de Ética en el Ejercicio de la Función Pública. Esta norma establece un conjunto de deberes, principios de comportamiento ético y prohibiciones aplicables sin excepción a todas las personas que ejerzan la función pública, ya sea en forma permanente o transitoria, en los tres poderes que comprenden el Estado. Crea un régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades y sanciona con nulidad absoluta los actos dictados en violación al mismo. Instaura un régimen de declaraciones juradas patrimoniales y reglamenta la recepción de obsequios por parte de los funcionarios.

Por su parte, la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional N°25.164 (B.O. 08/10/99) establece también deberes, prohibiciones e incompatibilidades en sus artículos 23 a 25, por medio de los cuales se establece la obligatoriedad de actuar conforme a principios éticos.

A través del Decreto N°1172/03 se dictó el reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, para la publicidad de gestión de intereses en el ámbito del PEN, para la elaboración participativa de normas, el acceso a la información pública para el PEN y de reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos. En tal norma se permite incluso identificar a los responsables de los procedimientos y establecer

mecanismos que aporten transparencia en la gestión de actos de gobierno, haciendo hincapié en la participación ciudadana. La audiencia pública constituye una instancia en los procesos de toma de decisiones, a cuyo fin cualquier persona afectada o que tenga un interés particular o general podrá poner en conocimiento o manifestar su perspectiva sobre el tema a decidir en forma particular o general. Esta opinión pese a no ser vinculante deberá ser considerada.

La Ley 27.275 (B.O. 29/9/2016) sobre el acceso a la información pública establece que se deben publicar en forma periódica y por medios digitales en formatos abiertos “g) El listado de las contrataciones públicas, licitaciones, concursos, obras públicas y adquisiciones de bienes y servicios, especificando objetivos, características, montos y proveedores, así como los socios y accionistas principales, de las sociedades o empresas proveedoras”.

Durante el año 2017 fueron dictadas dos normas tendientes a evitar conflictos de intereses. El Decreto N°201/2017 (21/03/2017) prevé que la representación en juicio del Estado Nacional será ejercida por la Procuración del Tesoro de la Nación –que posee un cierto grado de independencia técnica en función de lo dispuesto por la Ley 24.467– en los procesos de cualquier naturaleza en que sea parte un organismo o entidad comprendida en el Sector Público Nacional definido en el artículo 8° de la Ley N°24.156, en los que el presidente de la Nación, el vicepresidente de la Nación, el jefe de Gabinete de ministros o cualquier ministro del Poder Ejecutivo Nacional o autoridad de igual rango, tenga en relación a una de las partes en el proceso, sus representantes legales o letrados patrocinantes.

El Decreto N°202/2017, sancionado también en fecha 21/03/2017, menciona en sus considerandos que, de acuerdo a las Convenciones Internacionales suscriptas por la Argentina, las contrataciones públicas deben ejecutarse en un marco de transparencia e integridad, publicidad de los actos e igualdad de tratamiento entre oferentes y proveedores competidores.

En particular ordena en su artículo 1°: “Toda persona que se presente en un procedimiento de contratación pública o de otorgamiento de una licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio público o privado del Estado, llevado a cabo por cualquiera de los organismos y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8° de la Ley N°24.156, debe presentar una ‘Declaración Jurada de Intereses’ en la que deberá declarar si se encuentra o no alcanzada por algún

supuesto de vinculación, respecto del Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros...” y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo Nacional, o las autoridades encargadas de la contratación del trámite.

Cuando se encuentre presente alguno de los supuestos de vinculación, el organismo o entidad en cuyo ámbito se desarrolle el respectivo procedimiento deberá aplicar los siguientes trámites y procedimientos:

a) Comunicar la “Declaración Jurada de Intereses” a la Oficina Anticorrupción y a la Sindicatura General de la Nación dentro de los tres (3) días de recibida; b) Arbitrar los medios necesarios para dar publicidad total a las actuaciones en su página web y en la de la Oficina Anticorrupción; c) Adoptar, de manera fundada y dando intervención a la Oficina Anticorrupción y a la Sindicatura General de la Nación, al menos uno de los siguientes mecanismos:

- I. Celebración de pactos de integridad.
- II. Participación de testigos sociales.
- III. Veeduría especial de organismos de control.
- IV. Audiencias Públicas.

d) El funcionario con competencia para resolver y respecto del cual se hubiera declarado alguno de los vínculos precedentemente señalados, deberá abstenerse de continuar interviniendo en el referido procedimiento.

A su vez el 1 de diciembre de 2017 fue publicada en el Boletín Oficial la Ley N°27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas. A partir de su sanción, la Argentina cumple con estándares y compromisos asumidos internacionalmente.

Mediante este régimen se afirma que, la adecuación de la conducta principios éticos no solo corresponde a los funcionarios públicos, sino también a los particulares cuando se relacionan con el Estado. Instauration de la responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas –sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal– por la comisión de actos de corrupción, puntualmente por delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balance e informes falsos.

En función de lo expuesto y sin pretensión de ser taxativo, entiendo que en el ordenamiento positivo argentino se han plasmado los siguientes principios aplicables a la función pública:

Justicia, equidad, igualdad, razonabilidad, publicidad, concurrencia, competencia, transparencia y juridicidad.

Templanza, honorabilidad, honestidad y probidad, rectitud, dignidad, idoneidad, prudencia y responsabilidad.

Por último, encontramos directrices como la eficacia y eficiencia en la satisfacción de los intereses públicos, que se encuentran plasmadas en las Leyes N°24.156 y 25.188.

V. Breve mención a los códigos de ética judicial

A la par del fenómeno de la ética pública, o aun antes, comenzaron a surgir códigos de ética judicial. En el marco de la Organización de las Naciones Unidas, en el año 1985, se procedió al dictado de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura y en el año 2002 los principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial.

Tanto en Europa como en América se han producido documentos a nivel regional que buscan la adopción de determinadas pautas básicas. En particular, en mérito a la brevedad, me limitaré a mencionar el Código Iberoamericano de Ética Judicial reformado en 2014; este instrumento enuncia una serie de virtudes en forma de principios destinados a reglar la conducta de los magistrados, tanto al momento del ejercicio de su cargo como en su vida privada.

Estos principios son el de independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia, equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto, prudencia, diligencia y honestidad. En definitiva, plasman una serie de virtudes que se traducen en deberes, considerados esenciales para la conducta de los magistrados.

En nuestro sistema debe mencionarse el Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero (1998), el de la Provincia de Corrientes (1998), el de la Provincia de Formosa (1998), el Código de Ética Judicial de la Provincia de Santa Fe (2002) y el Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Considero que el objetivo de estos Códigos es regular la conducta de los magistrados, enunciando una serie de virtudes en forma de principios que integran el núcleo ontológico de la función judicial. Por ello, entiendo necesario aclarar dos extremos, a saber:

- En primer lugar, no constituyen ni forman parte de una teoría de ética normativa especial o particular, sino que son simplemente supuestos de ética aplicada.
- En segundo término, como ética aplicada, consagran los postulados de la ética de la virtud.

VI. La ética pública como ética aplicada

La llamada ética pública funciona a mi juicio del mismo modo que aquella dedicada al comportamiento de los jueces. Como ética aplicada y puesta en práctica en el ámbito público, encuentra su fundamento en la teoría ética de la virtud. Postula que la toma de decisiones se encuentre fundamentada en valores o actos positivos.¹⁹ La ética pública muestra aquellos principios, valores y virtudes deseables para ser aplicados a la función pública.

Quando los principios se asocian a las virtudes éticas, se establece un compromiso por lo público como resultado de la convivencia social del ser humano. En toda norma ética hay una deliberación previa, seguida de una decisión sobre lo que se considera conveniente [...] Se entiende que una persona posee ética cuando logra establecer para sí mismo un conjunto de virtudes que se tornan principios bajo los cuales rige su conducta.²⁰

Por ello entiendo que la ética pública engloba un conjunto de mandatos de moralidad en forma de principios, que traducen virtudes, sirven como guía en el actuar de las personas y que, en el caso de nuestro sistema, adoptan además el carácter de principios jurídicos y funcionan de la manera expuesta en el punto anterior.

Para la teoría ética de la virtud, la práctica ética deseada es aquella en la cual las acciones se acompañan de las virtudes, de este modo la persona

19. En la antigua Grecia, se vinculaba a los ciudadanos virtuosos con el ejercicio de la política y de cargos públicos. Es decir, desde aquel entonces se postulaba que los dirigentes políticos debían interiorizar valores.

20. Diego Bautista, Oscar, "De la ética a la ética pública", *Revista IAPEM*, mayo-agosto 2013 (85). pp. 83-103. ISSN 1665-2088. En <https://eprints.ucm.es/23538/>

se halla en un estado activo, que le permite ser consciente de sus actos. “*Estar en acto* significa que el sujeto es dueño de la situación. Que domina los deseos conforme a la recta razón [...] Los principios éticos son una elección para estar en acto día a día en las relaciones con los demás...”²¹

Ahora bien, la ética pública se aplica inexorablemente al ejercicio de la función pública en los tres Poderes de un Estado de Derecho, motivo por el cual es aplicable tanto al administrador como al legislador y al Poder Judicial.

De acuerdo a sus postulados, los funcionarios de los tres poderes del Estado deben poseer plena conciencia de su conducta y realizar actos concretos orientados hacia el interés de la sociedad aplicando los principios éticos.

Sin embargo, considero que la ética de la virtud no constituye un criterio independiente y dotado de autonomía para analizar la corrección, bondad, y procedencia de las resoluciones administrativas o judiciales particulares. Una decisión administrativa justa se identificará con alguna de las virtudes y receptorá los principios, pero el carácter de un funcionario no puede servir como criterio para analizar la procedencia de una resolución.

Para realizar este tipo de análisis adquieren mayor valor las teorías éticas del deber, que brindan parámetros para establecer lo bueno y lo correcto en casos puntuales. Estas teorías, que sirven para establecer un catálogo preciso de nuestros deberes morales, fueron enunciadas más arriba en el punto II.

Ello más allá de que los principios de la ética pública resultan identificables en resoluciones administrativas y sentencias judiciales.

VII. La ética aplicada al razonamiento judicial

Expuestas sucintamente las teorías de la ética normativa corresponde afirmar, siguiendo a Farrell,²² que en un país como el nuestro en el cual la Constitución Nacional tiene incorporado un amplio catálogo de derechos

21. *Ibid.*

22. Farrell, *op. cit.* En nota 5.

firmemente establecidos, la teoría que se aplica a la función judicial es el deontologismo, porque a los jueces no se les pide, por ejemplo, que maximicen la felicidad en general, sino que garanticen el respeto de los derechos.

Dworkin²³ sostiene que los derechos son cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad, de forma tal que los jueces deben preocuparse por resguardar los derechos, sin que importen las consideraciones de utilidad. Esto no quiere decir que el juez deba maximizar el respeto del mayor número de derechos, sino que tiene que resguardar los derechos en los casos que son puestos en su consideración.

Por ello el juez puede resolver mediante razonamientos consecuencialistas solo en casos excepcionales en los cuales se produzcan conflictos de derechos de igual jerarquía. Se puede invocar y realizar un razonamiento consecuencialista cuando, identificados los dos derechos en juego, se establece que son de igual jerarquía y no pueden satisfacerse todos en un caso concreto. En estos casos y de forma subsidiaria el juez puede realizar consideraciones de utilidad.

Además, un juez puede utilizar razonamientos consecuencialistas cuando el reconocimiento de un derecho produzca efectos de extrema gravedad. Todo juez debe hacer un cálculo de consecuencias al momento de resolver.

En la mayoría de los casos, el reconocimiento de un derecho no puede producir consecuencias catastróficas, pero aun los deontologistas sostienen que una teoría que no toma en cuenta ninguna consecuencia sería irracional y loca, así la aplicación del deontologismo debe quedar sin efecto en caso de *horror moral catastrófico*.

En cualquier caso lo que los tribunales deben hacer es fundar, en forma explícita, por qué en un caso concreto y bajo qué causal de excepción relegan el reconocimiento de un derecho en base a consideraciones de utilidad.

VIII. La ética aplicada a la función administrativa

Farrell considera que existen determinados actos realizados en busca de la utilidad general, concebidos para producir más beneficio que

23. *Op. cit.* En nota 11.

daño, en los cuales los argumentos de utilidad pueden servir para restringir derechos. Se trata de casos que denomina "... secundarios en un ordenamiento jurídico: determinar la dirección del tránsito vehicular por ejemplo".²⁴ Entonces parecen identificar un conjunto de casos, en los cuales la utilidad resultaría suficiente como justificación, y por ello los califica como secundarios.

Sin embargo, si este tipo de actos pueden identificarse con aquellos que se cumplen en ejercicio de la función administrativa, rige sobre ellos el derecho administrativo, lo cual torna inexacta dicha consideración, al menos en el caso del derecho argentino.

En nuestro país, la administración pública no puede afectar en forma efectiva o potencial derechos individuales, ni derechos de incidencia colectiva. Esto es así porque en nuestro sistema jurídico en general y en el derecho administrativo en particular rige el principio de juridicidad, que exige que "... todo el accionar del Estado se someta al ordenamiento jurídico considerado como un todo".²⁵

Lo medular de estos casos *secundarios* sería entonces que no están en juego derechos individuales. Esto es así porque la pretensión especial en contra de cualquier acto o ley surge cuando están en juego los derechos individuales de los particulares.

El Principio de Juridicidad tiene especial impacto en el derecho administrativo. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "... es inherente a la función administrativa que esta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esta sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos [...] El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en el que el propio Estado se encuentra inmerso, como lo ha señalado esta Corte...".²⁶

24. Farrell, *op. cit.* En nota 5.

25. Julio Rodolfo Comadira, "El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger", *El Derecho Administrativo (EDA)*, 2015, p. 75.

26. CSJN Fallos 315:2771 "Serna de López, Helena María c/ Bahuoffer Martha Beatriz s/ recurso de hecho).

Ahora bien, el derecho administrativo es una “... rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”.²⁷ La nota que distingue a esta rama del derecho es su caracterización como un régimen exorbitante, en base al cual la administración goza de prerrogativas en la consecución de exigencias de interés público.

Pero a estas exigencias de interés público se oponen los derechos y garantías individuales contenidas en nuestro sistema, con lo cual el régimen exorbitante debe consistir en buscar el equilibrio entre el interés público y estos derechos y garantías.

La Ley N°25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública a la cual nos hemos referido, además de consagrar normativamente principios y pautas éticas, dispone la obligación de los funcionarios públicos de respetar el ordenamiento (art. 2 inc. a), y además de “Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular” (art. 2 inc. c).

Es decir, la ponderación del interés público es una directriz que se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento. Por ello la doctrina entiende que debe considerárselo como una pauta de interpretación de la relación jurídico-administrativa, en la inteligencia de que ese interés engloba los intereses de cada ciudadano.²⁸

Pero, en principio, el interés público no puede anteponerse a los derechos subjetivos de los administrados. Sentado ello, corresponde precisar que, según mi criterio, los llamados *casos secundarios* o, en otros términos, aquellos casos en los cuales las consideraciones sobre la utilidad o los razonamientos consecuencialistas pueden prosperar en la función administrativa, son aquellos en los cuales no se afectan efectiva o potencialmente derechos de los administrados. Estos casos coinciden con aquellos en los cuales el *interés general* engloba al *interés simple* de un administrado.

27. Gordillo, Agustín A., *Procedimientos administrativos, comentada y anotada con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002, T. I, p. 3.

28. Comadira, Julio Rodolfo, *op. cit.* En nota 25.

El interés simple no es más que el interés común a todos los habitantes de que se cumpla con lo dispuesto en el ordenamiento.

Estos son los casos en que pueden prosperar consideraciones de utilidad. Pero el Principio de Juridicidad lleva a la administración al debido respeto de los derechos de los administrados, con lo cual sostengo que no pueden afectarse derechos en base a consideraciones de utilidad.

La categoría de “interés legítimo” como “interés personal y directo”²⁹ del administrado es útil para analizar la legitimación de los planteos, pero a efectos del presente trabajo no resulta sustancial. Lo que importa a efectos de un análisis de los actos realizados en función de la ética aplicada, en especial de la aplicación del deontologismo como teoría ética normativa, es el respeto por los derechos individuales y en consecuencia que se evite afectarlos, sea en forma efectiva o potencial.

IX. Ética aplicada respecto del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional

Dentro de las funciones de la administración, la contratación pública posee una gran dimensión económica, dado que generalmente significa una porción sustancial del producto bruto interno de los Estados modernos.

Se ha considerado que “la compra de bienes y servicios por los organismos oficiales para sus propios fines es un elemento esencial del funcionamiento de los Estados, ya que asegura los recursos que permiten a los gobiernos llevar a cabo su labor y tiene por ende repercusiones de primer orden para las principales partes interesadas de la Sociedad. La contratación pública es un importante aspecto del comercio internacional”.³⁰

29. El alcance del significado de “interés personal y directo”, de acuerdo a nuestra jurisprudencia engloba una afectación actual o potencial, de un derecho individual o de incidencia colectiva, de carácter esencial, patrimonial o moral. Aun puede darse el caso en que el interés resulte ser subjetivo, en el sentido de que dependa de una manifestación particular del interesado (conf. Gordillo, Cap. IV “El interés legítimo”, https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo4.pdf).

30. Organización Mundial del Comercio, acta final que incorpora la ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, aprobada por medio de la Ley 24.425 (B.O. 05/01/1995).

Sucedo que las contrataciones de la administración pública han sido identificadas como una de las actividades más vulnerables de la administración.³¹ Además, cuando el común de la gente piensa en el fenómeno de la corrupción, piensa también en las contrataciones del Estado.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional actualmente vigente fue sancionado por medio del decreto delegado N°1023/2001³² y se encuentra reglamentado por medio del Decreto N°1030/2016.

En su artículo 1 consagra una directriz, al decir que el régimen "... tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad". De este modo hace suyos los objetivos de economía, eficacia y eficiencia previstos en la Ley de Administración Financiera N°24.156.

Luego incorpora principios a los cuales deben adecuarse la gestión de las contrataciones, desde el llamado hasta la finalización del contrato:

- a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado.
- b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes.
- c) Transparencia en los procedimientos.
- d) Publicidad y difusión de las actuaciones.
- e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones.
- f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Estos principios enuncian pautas fundamentales del sistema y, a su vez, afirman la vigencia de determinados derechos y garantías en favor de los administrados.

31. De este modo ha sido destacado por la Sociedad Civil Poder Ciudadano, haciendo referencia a que no solo se ven afectadas por la falta de transparencia sino también por la falta de eficiencia (Poder Ciudadano, "Contrataciones públicas vulnerables", Buenos Aires, 2006, p. 24, www.poderciudadano.org).

32. Este decreto fue dictado en el marco de la delegación legislativa producida por Ley N°25.414 y derogó los artículos 55 a 63 de la vieja ley de contabilidad N°23.354/56.

Ahondar en el análisis del régimen de contrataciones excedería el objeto del presente trabajo, motivo por el cual a continuación me limitaré a analizar algunas resoluciones y dictámenes desde la ética aplicada, a efectos de identificar de qué manera se postulan los principios de la ética de la virtud que vinculó a la ética pública y cómo se aplican las teorías éticas del deber.

1. La ética y su relación con la buena fe

Hemos visto que la ética pública se aplica tanto a quienes ejercen la función pública como a los particulares que se relacionan con la administración. Conforme ha sido expuesto más arriba, se considera que el Estado Nacional es una entidad ética y se imponen determinados deberes morales a quienes se relacionan con él.

La gestión del interés público requiere que tanto funcionarios como quienes se relacionan con la administración actúen conforme a principios éticos. La honorabilidad y honestidad forman parte de ellos, sirviendo de base al concepto de buena fe.

Nuestro Máximo Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en este sentido, en un caso en el cual Agua y Energía Sociedad del Estado declaró resuelto por pérdida de confianza un contrato de consultoría, en tanto el presidente y el vicepresidente de una de las compañías que formaban un consorcio de consultoras contratado habían reconocido haber realizado un pago indebido a funcionarios con parte del anticipo recibido.

Llegado el caso al Tribunal, en función de la interposición de un recurso ordinario de apelación por el consorcio de consultores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó en claro:

... que el principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura (Fallos, 312:1725, considerando 10). Dicha premisa sirve de base, a su vez, a otras dos. Por un lado, hace exigible a la administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar (Fallos, 310:2278, considerando 9°). Como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la ad-

ministración en la realización de un fin público. [...] 16) Que, en suma, la rescisión del contrato de consultoría 734 halló sustento en diversas disposiciones examinadas, y, al mismo tiempo, a una razón de interés general, como lo es aquel que tiene la comunidad en que las gestiones de la administración pública, sean realizadas por sí misma o mediante la colaboración de los particulares, se encuentren presididas por el respeto a la buena fe, a la ética, y a la transparencia que hacen nada menos que a la forma republicana de gobierno.

De este modo los mandatos de prudencia y buena fe comprendidos en la ética pública, que responden a la teoría normativa ética de la virtud, funcionan justificando el accionar de la administración y como pauta que marca la improcedencia de determinadas acciones, legitimando una resolución administrativa que fue revisada y confirmada en el caso por la justicia. Del mismo modo funciona el principio de transparencia, cuyo contenido engloba el respeto de la publicidad, la concurrencia y la igualdad.

2. La selección de los procedimientos de contratación

Los procedimientos de contratación son procedimientos administrativos de preparación de la voluntad contractual, que tienen por objeto principal la selección del contratista.

La selección del contratista debe hacerse por regla general mediante el procedimiento de licitación pública o de concurso público. La licitación se realiza cuando el criterio de selección dependa primordialmente de factores económicos y el concurso público cuando estos factores sean primordialmente no económicos.

Estos procedimientos son además preferentes y pueden aplicarse aun en los supuestos en los cuales la normativa autoriza excepciones. Esto es así en tanto permite conjugar de la mejor manera posible los derechos de los administrados, con la directriz que manda satisfacer el interés público con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, coadyuvando al desempeño eficiente y al logro de los resultados requeridos por la sociedad.

De este modo, el procedimiento que permite conciliar el interés público contenido en las directrices del sistema con los derechos de los

administrados es la regla, y solo puede ser dejado de lado en las circunstancias excepcionales que el propio cuerpo legal indica.

Dentro de estas circunstancias excepcionales se destaca el procedimiento seguido en circunstancias de emergencia,³³ correspondiendo distinguirla de la urgencia. Los casos de emergencia son causados por “... accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que hubiesen creado una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometen la vida, la integridad física, la salud, seguridad de la población o las funciones del Estado Nacional”.³⁴ Las situaciones de urgencia por su parte, deben ser actuales, concretas, manifiestas e impostergables y deben obedecer a circunstancias imprevistas –lo que excluye el obrar negligente de la propia administración–; las causales deben ser objetivas.

En nuestro país abundan las situaciones en las cuales se invoca la urgencia y emergencia. En particular, las razones de emergencia pública, demostradas a partir de causales objetivas, permiten en determinados supuestos desplazar la aplicación de la teoría de ética normativa deontologista por consideraciones de utilidad. Esto es así en tanto la contratación directa desplaza la aplicación de los principios de concurrencia, competencia, igualdad y transparencia, en procura de satisfacer rápidamente la necesidad pública identificada con el bienestar de la mayoría, en el marco de una emergencia.

Existen en particular situaciones contenidas en el ordenamiento. Pero lamentablemente la pandemia originada por el virus COVID-19 ha generado una regulación particular. Corresponde referirnos sucintamente al régimen general, para luego analizar las normas particulares generadas en función del coronavirus.

33. El art. 25 inc. d) apartado 5 del dto. 1023/2001 establece que podrá procederse a la contratación directa, como excepción al procedimiento de licitación pública: “Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad”.

34. Deni, C. B., “Contrataciones directas en la normativa nacional. Los supuestos de urgencia y emergencia. Diferencias conceptuales y normativas”, *Diario DPI Administrativo*, N°113, 31.05.2016.

2.A. El tratamiento de los supuestos de emergencia contenidos en el Régimen de Contrataciones

Conforme ha sido expuesto, el principio de juridicidad conlleva que, en la práctica administrativa, los derechos de los administrados no puedan dejarse de lado en función de consideraciones de utilidad.

En tales condiciones, cuando exista una situación de emergencia demostrada a partir de parámetros objetivos, a resultas de la cual se torne imprescindible dejar de lado los procedimientos que permiten mayor concurrencia y respecto de los derechos de los administrados, puede utilizarse el régimen de excepción, que busca paliar la situación excepcional optimizando el bienestar general.

De acuerdo a lo expuesto, en el régimen que hemos llamado general³⁵ no puede utilizarse el procedimiento de emergencia en supuestos extraños a los previstos en la norma. Cuando se omite el procedimiento de licitación pública sin que se encuentre presente un supuesto que habilita la excepción, o cuando esta circunstancia no se justifica en un acto administrativo, se afecta tanto el interés público como los derechos de los sujetos que no han podido ser oferentes. En tales condiciones la propia administración ha producido resoluciones y su máximo organismo asesor dictámenes, identificadas claramente con el deontologismo como teoría de ética normativa, en resguardo de los derechos de los administrados conciliándolos con las directrices del sistema.

Como ejemplo corresponde citar la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación, máximo organismo asesor de la Administración, en un Dictamen de fecha 10 de julio de 2001.³⁶ En este caso, la Coordinadora de la Dirección Nacional de Emergencias Sociales del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación solicitó al Director General de Administración la compra urgente de determinados elementos, destinados a paliar las múltiples necesidades requeridas, como consecuencia de la emergencia climática que existía en varias localidades.

En el anexo del menorándum se indican, como objeto de la contratación solicitada, 20.000 chapas galvanizadas, 6.000 colchones y 5.000

35. Art. 25 inc. d, apartado 5 dto. 1023/2001, citado en nota 29; art. 19 dto. 1030/2016.

36. Dictamen sin número, 10 de julio de 2001. Expte. PTN N° 20-00940/2001. Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente (Dictámenes 238:9).

frazadas. Se pidió cotización el día 29 de diciembre, que debía ser presentada el día 3 de enero de 2001.

Dos empresas a las cuales se citó expresamente presentaron ofertas y, sin más trámite, se solicitó la asignación presupuestaria a efectos de adquirir chapas a una de ellas por una suma total de \$276.000.

En el caso, sin que se desconozcan las razones de emergencia invocadas por el Ministerio, la contratación se realizó por fuera del procedimiento contenido en la normativa aplicable. Este procedimiento está destinado a preservar el interés público, de manera conjunta con los derechos de los administrados.

En efecto, en ese momento el procedimiento de contratación directa por urgencia se encontraba previsto en el artículo 56 de la Ley de Contabilidad, reglamentado por el artículo 26 del dto. N°436/2000, que establecía como condición para utilizar dicho procedimiento que la urgencia responda a circunstancias objetivas, y su magnitud deberá ser tal que impida la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno y, también, que deberán ser debidamente fundamentadas por la autoridad competente que autorice el procedimiento.

Por ello, teniendo en cuenta que en el caso no se había dictado ningún acto administrativo y que se había incumplido las normas sustanciales del procedimiento de contratación, se postuló la nulidad de la compra efectuada.

El reclamo de la cancelación de la factura por parte de quien entregó los bienes debía realizarse entonces de acuerdo a la teoría del enriquecimiento sin causa.

De este modo las consideraciones de utilidad contenidas en el pedido realizado por la Dirección Nacional de Emergencias Sociales del Ministerio de Desarrollo Social fueron desoídas en función de la violación de las normas sustanciales de procedimiento, que han sido dictadas en procura de conciliar el interés público con los derechos de los particulares.

Corresponde aclarar que, tanto en la práctica administrativa como judicial, se han analizado una infinidad de casos en los cuales, por medio de actos administrativos se aprueba la cancelación de facturas que no se encuentran respaldadas por un procedimiento de contratación válido. Se trata de la figura conocida como “legítimo abono”, que se basa en la prohibición de la existencia de un enriquecimiento sin causa.

Como es sabido, el derecho administrativo se integra en nuestro derecho con la necesaria revisión judicial de los actos de la administración.

Por ello corresponde citar como ejemplo lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *García, Julio Héctor y Otros c/Estado Nacional* (Fallos: 335:1288), en el cual estableció que: “es un principio uniformemente aceptado que la omisión de la licitación pública, cuando ella es requerida por la ley, vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación” y, por añadidura, el contrato celebrado con el contratista, ya que “las distintas formalidades de que se reviste dicho acto constituyen verdaderas garantías para los intereses en juego, tanto los públicos de la Administración, como los privados, de los proponentes”.

En consecuencia, y más allá de las particularidades que surgen del carácter exorbitante del Derecho Administrativo, de directivas propias y de la necesaria conjugación del interés público con los derechos de los administrados, resulta claro que, al analizar los procedimientos de contratación y la excepcionalidad de la aplicación de aquellos que restringen derechos –aun en situaciones de emergencia– nos llevan a postular que el deontologismo es la teoría de ética normativa aplicable al razonamiento contenido en los Actos Administrativos.

Existen, sin embargo, supuestos excepcionales que pueden llevar a anteponer consideraciones de utilidad, pero deben ser analizados como tales.

2.B. El régimen de emergencia originado por el COVID-19

Lamentablemente, en nuestro sistema, tantas declaraciones de emergencia han llevado a que no sorprenda demasiado la aparición de un régimen específico en función de la pandemia originada por el virus COVID-19. No hay dudas de que la emergencia existe en el caso, pero ya existía un procedimiento de emergencia en el régimen de contrataciones previsto en el Decreto N°1023/2001, a partir del cual podían llevarse adelante los procedimientos de contratación necesarios.

En tal sentido, corresponde destacar que el régimen de emergencia motivado por la pandemia se enmarca en la Ley N°27.541,³⁷ de “Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública”, que había declarado la emergencia hasta el 31 de diciembre de 2020 en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria

37. B.O. 23/12/2019.

y social, conteniendo una delegación de facultades al Poder Ejecutivo Nacional como tantas otras leyes. Se trató entonces de una ley de emergencia y delegación de facultades legislativas amplia, cuya particularidad radica en la aparición del virus.

Así las cosas, la grave pandemia originada por el coronavirus motivó el dictado de un primer decreto de necesidad y urgencia N°260/2020,³⁸ mediante el cual facultó al Ministerio de Salud a efectuar “la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender a la emergencia [...] sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional”. Además, amplió la emergencia declarada por la Ley N°27.541 al plazo de un año contado a partir de día del 12 de marzo de 2020.

Luego el 18/03/2020 se publicó en el boletín oficial el DNU N°287/2020. Básicamente dispone que, durante el plazo que dure la emergencia, declarada por Ley N°27.541 y ampliada por medio del DNU N°260/2020, los organismos y entidades comprendidos en el artículo 8 incisos a) y b) de la Ley N°24.156 estarán facultados para realizar contrataciones directas de los bienes y servicios necesarios para atender a la emergencia, sin sujeción a lo dispuesto por el dto. delegado N°1023/2001 y su reglamentación. Es decir que se exceptúa de cumplimiento del régimen no solo a elementos de uso médico, sino también a todo elemento cuya necesidad surgió con la pandemia.

Luego, la emergencia del DNU N°260/2020 fue prorrogada hasta 31/12/2021 por DNU 167/2021.

De este modo surge necesario indagar si la existencia de un régimen de emergencia dispuesto en una norma de alcance general, más allá de las probadas causales de naturaleza objetiva que la causaron, significa abandonar el deontologismo como principal teoría de ética aplicada a la función administrativa. Dicho en otros términos, si una norma de alcance general puede disponer, en un determinado marco de la actividad administrativa motivado por la emergencia, que deben imperar consideraciones de utilidad por sobre las garantías de los administrados.

Para ello deberán analizarse las características principales del régimen. Se trata de un supuesto en el cual la emergencia se encuentra tasada por una norma de alcance general, que en principio antepone la atención de sus causas a los derechos individuales de los administrados previstas en el régimen

38. B.O. 12/03/2020.

de contrataciones de la Administración Pública Nacional. La emergencia lleva a priorizar en este caso la salud de la población, anteponiéndola a las garantías que el régimen prevé en resguardo de los derechos individuales.

Este régimen específico no derogó al general que referimos más arriba. Los casos de contratación directa por emergencia ya se encontraban previstos en el dto. delegado N°1023/2001 y su reglamentación por el dto. N°1030/2016 y continúan estándolo, porque ambos regímenes coexisten.

Debe recordarse que ambos procedimientos son excepcionales, porque en nuestro derecho la regla es la licitación pública (conf. art. 24 dto. 1023/2001 y art. 15 de su reglamentación).

Sucede que en el caso de las normas originadas en los DNU N°260/2020 y N°287/2020 (me permitiré denominarlas “normas COVID-19”), la emergencia ya se encuentra tasada por las disposiciones de alcance general. Esta circunstancia excluye, al momento de seleccionar el método de contratación, el análisis relativo a la existencia de causales objetivas que imponen la necesidad de dejar de lado los procedimientos de regla recurriendo a uno excepcional.

En particular el problema no se da tanto en la existencia de las causales que motivan la emergencia, dado que son claras, de público y notorio conocimiento. La cuestión que puede generar dificultades es la amplitud del régimen excepcional, cualquier bien o servicio que pueda considerarse necesario para atender a la emergencia sanitaria encuadra en los DNU. Entonces deberá en cada caso relacionarse la contratación con la atención a la emergencia originada por el COVID-19.

Las normas COVID-19 establecieron que correspondía al Jefe de Gabinete de Ministros establecer los principios y pautas que regirían los procedimientos. Por Decisión Administrativa N°409/2020 (B.O. 18/03/2020), se establecen los lineamientos del procedimiento especial. Esta norma dispuso como primera medida que debía respetarse la aplicación de los Principios previstos en el artículo 3 del Decreto 1023/2001.

Es decir que, dentro del procedimiento de emergencia, al igual que sucede en el régimen general, deben respetarse los principios y garantías contenidos en el artículo 3 del Decreto N°1023/2001, en la medida dada por los parámetros que surgen del régimen.

Además, ordena la aplicación del sistema de precios testigos establecido en la resolución SIGEN N°36/17, cuando el monto de la contratación supere el monto contenido en la misma. Se deberá informar a la SIGEN la orden de compra dentro de los 10 días de notificada.

El funcionario competente –y responsable a tenor de la remisión a lo dispuesto en el artículo 3 del dto. 1023/200– se establece en función de lo dispuesto en el cuadro Anexo al art. 9 del reglamento establecido por dto. 1030/2016, que regula en función de los montos comprendidos por el funcionario competente para aprobar la contratación.

2.C. Veamos cuáles son, entonces, las principales diferencias entre uno y otro régimen

Como se expuso más arriba, la primera diferencia es entonces que en las llamadas “normas COVID-19” la emergencia se encuentra tasada de antemano por el Poder Ejecutivo. Con la sola invocación de la necesidad de atender una contratación en el marco de la emergencia se abstraen del régimen de contrataciones.

En el régimen general, todo procedimiento de contratación debe resolverse en un acto administrativo, dictado de conformidad a la Ley N°19.549. De acuerdo a las “normas COVID”, no hay acto administrativo de llamado a la contratación ni aprobación de un pliego de bases y condiciones particulares.

En el régimen general la unidad requirente participa del procedimiento y coadyuva a delimitar correctamente la voluntad administrativa al contratar. El sector que identifica la existencia de una necesidad es el más idóneo para analizar cuándo y cómo esa necesidad es satisfecha. En el régimen de los DNU 260/2020 y 287/2020, inexplicablemente la unidad requirente no participa del procedimiento. La unidad operativa de contrataciones es responsable de todas las etapas del mismo.

Mientras que en el régimen general toda la contratación tramita bajo el sistema COMPR.AR, de acuerdo a las “normas COVID”, los expedientes se inician en la plataforma gestión documental electrónica (GDE), y se vinculan con el sistema COMPR.AR, para invitar a tres proveedores registrados en el SIPRO. Ello mientras que el sistema invita de manera automática a todos los proveedores registrados.

Debe aclararse que la actualización del SIPRO (sistema de proveedores) se encuentra suspendida por medio de la comunicación ONC N°07/2020.

De acuerdo al régimen general, el informe de evaluación de las ofertas deberá expedirse sobre las condiciones de admisibilidad de las ofertas y establecer un orden de mérito. Este informe es impugnabile. De acuerdo a las “normas COVID”, la UOC emite un informe de evaluación de las ofertas

recomendando la resolución a adoptar. Si la oferta cumple con las especificaciones y es seleccionada por precio, puede no establecer un orden de mérito. Este informe no es impugnabile por parte de los participantes.

En el régimen del Decreto N°1023/2001 y cc., cuando un procedimiento fracasa debe iniciarse uno nuevo. El fracaso debe declararse por medio de un acto administrativo. Las “normas COVID” disponen que cuando el procedimiento resulte fracasado “el titular de la jurisdicción podrá seleccionar en forma directa al proveedor”.

De acuerdo a lo expuesto, si bien el régimen dispuesto a resultas de los DNU N°260/2020 y 287/2020 hace suyos los principios establecidos en el régimen general, con el necesario resguardo de garantías que ello implica, prescinde del dictado de actos administrativos. Esta circunstancia es de gravedad, porque deja abierta la posibilidad de que la administración funcione arbitrariamente, o que existan procedimientos cuyo resultado determine la sola voluntad del funcionario.

El acto administrativo (y en particular lo que se conoce como “teoría del acto”) permite, a partir de sus elementos esenciales, conocer la finalidad, la adecuación de su objeto, la causa y la motivación como la expresión de las consideraciones de hecho y derecho que llevan a su dictado, presentes en el caso concreto. De este modo, a resultas de las normas de emergencia motivadas en la pandemia, la falta de exigencia del dictado de actos administrativos, más que al desconocimiento de los derechos de los administrados en función de consideraciones de utilidad, es una puerta abierta de par en par a la posibilidad de que exista arbitrariedad.

La arbitrariedad es el peor de los males. La inexistencia de actos administrativos no permite cotejar los elementos del acto e impide lisa y llanamente el objetivo descripto al inicio de este trabajo, desde que imposibilita analizar o razonar en términos éticos. Estas puertas abiertas a la arbitrariedad pueden significar la violación de los derechos de los administrados, pero el análisis de los actos de la administración deberá realizarse en cada caso en concreto y excede el marco del presente trabajo.

2.D. ¿Qué ha sucedido en la práctica?

La práctica administrativa ha generado una gran variedad de procedimientos. Dentro de ellos encontramos supuestos en los cuales los funcionarios han producido actos suficientes para posibilitar su análisis.

Un ejemplo se da en el expediente 2020-299927795-APN-DCME MECCYT, el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología realizó una contratación directa de cuadernillos impresos con fines pedagógicos para prevención del COVID-19.

El expediente se inicia mediante el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), pero se vinculó el expediente a la plataforma COMPR. AR. Al sistema se incorporaron el pliego, la presentación de las ofertas y el acto de apertura de las ofertas, pero más importante aún, se dictó y agregó el acto de adjudicación.

Más aún, en el caso, más allá de que podría haberse invocado solo las “normas COVID” la contratación se realizó de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 inc. d) punto 8. dto. 1023/2001.

Es decir, los funcionarios actuantes, teniendo la posibilidad de prescindir del dictado de un acto invocando las “normas COVID-19”, han resuelto la contratación de acuerdo al régimen general, realizando una contratación interadministrativa con la firma Correo Oficial de la República Argentina S.A. y notificando a los interesados en el procedimiento.

Esta circunstancia demuestra que la realización de un análisis desde la ética aplicada sigue siendo posible aun en el caso de las normas de emergencia COVID-19 y que, en el caso, el procedimiento administrativo realizado involucró un razonamiento –trazable a partir del acto– en el cual se aplican las normas generales del sistema al momento de resolver una contratación. En el caso, de acuerdo al ordenamiento, se seleccionó a una sociedad anónima cuyo único accionista es el Estado nacional, utilizando un supuesto distinto a la emergencia tasada en los DNU N°260 y N°287, que permite realizar una contratación directa en función de consideraciones de utilidad.

Es decir, la administración utiliza un supuesto de excepción distinto a la emergencia y lo fundamenta de acuerdo a lo previsto en el ordenamiento. En consecuencia, a los fines de este análisis, puede considerarse que anteponer consideraciones de utilidad a los derechos de los administrados sigue siendo excepcional. Al menos lo es en casos como el citado en el cual se procedió al dictado de actos administrativos dentro de un marco de legalidad, que permiten cotejar la realización de un razonamiento, en base al cual se desplaza el procedimiento que resguarda derechos en supuestos expresamente habilitados.

X. La subsanación de defectos en las ofertas, ¿significa la aplicación de la teoría consecuencialista?

En el caso particular de las contrataciones administrativas, suelen presentarse supuestos en los cuales entran en pugna derechos de igual jerarquía.

Este tipo de conflictos suele suceder luego de la presentación de las ofertas, en torno a la posibilidad de subsanar defectos contenidos en las mismas. En particular dispone el artículo 17 del Decreto N°1023/2001:

El principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° de este régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

El principio de concurrencia, procura en este caso brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.

Por su parte, el derecho de igualdad de trato a los concurrentes prohíbe otorgar ventajas improcedentes a los interesados oferentes. A su vez la normativa impone que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación y enumera determinados defectos que no resultan subsanables.³⁹

Además, este conflicto debe resolverse teniendo en cuenta el deber de los oferentes de mantener las ofertas por el plazo determinado en los pliegos,⁴⁰ conjugado con el principio de informalismo a favor de los administrados.

39. Artículo 66 del decreto N°1030/2016.

40. “Impera el principio de inmodificabilidad de las ofertas a partir del instante fijado para el cierre de la presentación de propuestas. Con anterioridad a ese momento, los

En tal sentido se ha permitido la subsanación de defectos que no resulten esenciales, esto es, que no constituyan aquellos elementos que deban ser sujetos a comparación en la evaluación de las ofertas. Las propuestas con deficiencias u omisiones pueden ser saneadas a través de presentaciones complementarias, pero con un límite muy claro: solo los defectos formales insustanciales podrán ser salvados por esa vía, no así los que se verifiquen en los aspectos esenciales de las propuestas (precio, calidad y cantidad de las prestaciones, etc.), todo ello en aras de permitir una mayor concurrencia, sin afectar el derecho de igualdad.

De este modo ha sido considerado por la Procuración del Tesoro de la Nación mediante el Dictamen N°173/2016. 27 de julio de 2016. Expte. PTN N°So4:0056015/15. Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación (Dictámenes, 298:159), en el cual se considera legítima la subsanación de un defecto en la actualización de la inscripción en el sistema de proveedores (SIPRO).

Pero en este caso, ¿la respuesta surge de un razonamiento consecuencialista?

Puede pensarse aquí que permitir la subsanación de un defecto, modificando una oferta, maximiza la posibilidad de la administración de obtener ofertas que satisfagan el interés general y, en consecuencia, que contribuyan en mayor medida a lograr mayor bienestar en los integrantes de la comunidad.

No debe perderse de vista que las características del derecho administrativo, su carácter exorbitante y la interpretación en función del interés público comprometido, que trae aparejada la necesaria compatibilización con los derechos e intereses de los particulares, proviene de directrices y principios propios del sistema.

No obstante, conforme se desprende del dictamen del organismo asesor, la posibilidad de lograr mayor concurrencia puede resultar finalmente en un medio para satisfacer y maximizar los beneficios de la sociedad. Pero en cada caso procederá siempre y cuando pueda compatibilizarse con el

proponentes podrán, en principio, modificar sus ofertas o presentar otras sustitutivas". Horacio Diez, "La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado", Revista *Rap*. http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/la_inmodificabilidad_de_las_of.html

derecho de igualdad de los oferentes, que constituye en definitiva un límite infranqueable.

En consecuencia, los derechos de los administrados –oferentes en el caso– son, en los términos de Dworkin,⁴¹ verdaderas cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad.

XI. Conclusiones

A lo largo del trabajo se ha analizado el funcionamiento de supuestos importantes de ética aplicada. Como tales, en cada supuesto se define la aplicación a casos puntuales de algunas de las teorías de la ética normativa.

De este modo se delineado el funcionamiento de la ética pública, que incluye mandatos de moralidad para el comportamiento de funcionarios públicos y magistrados y se ha analizado el funcionamiento de la ética aplicada a las funciones judicial y administrativa.

La llamada ética pública, como ética aplicada al comportamiento de los funcionarios públicos y puesta en práctica en el ámbito público, encuentra su fundamento en la teoría ética de la virtud. Postula que el accionar de los funcionarios y agentes se encuentre fundamentado en valores o actos positivos. Del mismo modo funcionan los “Códigos de Ética Judicial” a los que me referí sucintamente.

A su vez los particulares que se relacionan con los poderes del Estado deben respetar los mismos principios éticos.

En definitiva, la ética del comportamiento postula que los funcionarios públicos y magistrados deben establecer para sí mismos un conjunto de virtudes que se tornan principios bajo los cuales deben regir su conducta. Engloba un conjunto de mandatos de moralidad, que traducen virtudes, sirven como guía en el actuar de las personas. Como hemos visto, en el caso de nuestro sistema, muchos de ellos adoptan además el carácter de principios jurídicos.

La ética pública se relaciona con la ética aplicada al comportamiento de funcionarios administrativos y judiciales, dado que sus postulados son aplicables a los tres poderes del Estado. Todos los funcionarios deben poseer plena

41. Ronald Dworkin, *op. cit.* En nota 11.

conciencia de su conducta y realizar actos concretos orientados hacia el interés de la sociedad aplicando los principios éticos.

De este modo los principios comprendidos en la ética pública, que responden a la teoría normativa ética de la virtud, funcionan como ideas constitutivas y fundamentales del sistema, que aportan criterios interpretativos e integradores y además legitiman el accionar de los funcionarios.

Sin embargo, en el caso particular de la función administrativa y judicial, la ética del carácter no ofrece parámetros para analizar la bondad o corrección de los Actos o Sentencias. No constituye un criterio independiente y dotado de autonomía para analizar la corrección, bondad y procedencia de las resoluciones administrativas o judiciales particulares. Una resolución administrativa justa se identificará con alguna de las virtudes y receptorá los principios de esta teoría de ética normativa, pero el carácter de un funcionario no puede servir como criterio para analizar la procedencia de una resolución.

Para realizar este tipo de análisis adquieren mayor valor las teorías éticas del deber, que brindan parámetros para establecer lo bueno y lo correcto en casos puntuales. Sin embargo, teoría ética de la virtud seguirá aplicándose en el plano del comportamiento y, una resolución administrativa que parta de poner en acto sus principios podrá identificarse además con la aplicación concreta de una de las teorías éticas del deber.

En nuestro sistema, la teoría de ética normativa que se aplica al razonamiento judicial es, salvo casos excepcionales, el deontologismo. Solo en circunstancias de excepción pueden anteponerse consideraciones de utilidad sobre los derechos de los particulares.

Del mismo modo, a partir de los ejemplos analizados, considero que en la práctica administrativa en general y en particular respecto del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, existe una regla general que determina la aplicación de las teorías de ética normativa de forma análoga a lo dispuesto en la ética judicial. En particular, más allá de la existencia de directrices relacionadas con la eficacia y eficiencia de las contrataciones y con la preservación del interés público, resulta claro que –salvo en casos excepcionales– los derechos de los administrados deben reconocerse por encima de cualquier consideración de utilidad.

Los casos excepcionales se encuentran tasados en normas de alcance general y constituyen excepciones, motivo por el cual deben interpretarse y aplicarse con estrictez.

De este modo, la función administrativa debe aplicar las teorías de ética normativa del mismo modo que lo hace la función judicial. Máxime cuando la actuación judicial integra el concepto de derecho administrativo, como garantía del respeto de la juridicidad por la propia Administración. La revisión judicial integra al derecho administrativo y es garantía del respeto del ordenamiento, en el cual los derechos individuales resultan sustanciales y es labor de los jueces establecer su reconocimiento.

En el caso particular del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, se han analizado supuestos en los cuales se han resuelto casos invocando principios contenidos en la llamada teoría ética de la virtud. En particular este tipo de casos se da cuando se evalúa el comportamiento de los funcionarios o de los particulares que interactúan con ellos.

Además, de acuerdo a los casos de aplicación del régimen de contrataciones analizados, los derechos de los particulares deben conjugarse con las directivas del sistema, pero no pueden ser dejados de lado en base a consideraciones de utilidad.

En el caso particular de la emergencia decretada por los DNU N°260/2020, N°287/2020 y modif., la declaración de emergencia provino de estas normas de alcance general y, en particular, entre sus normas, la de mayor gravedad es la que posibilita que la administración dé inicio y finalice los procedimientos sin el dictado de actos administrativos. La falta de actos administrativos impide, en los casos puntuales, cotejar el objeto, la finalidad, la causa, la motivación y el resguardo de las garantías de los administrados. Es una puerta abierta a la arbitrariedad porque impide controlar las resoluciones administrativas que se adopten.

Sin embargo, hemos visto que en la práctica existen casos en los cuales, aun bajo el régimen de las “normas COVID”, se plantea la existencia de supuestos de excepción que permiten anteponer consideraciones de utilidad, en los cuales la Administración procede al dictado de actos administrativos que justifican estos razonamientos en base a parámetros objetivos.

Estos casos nos permiten seguir postulando que, en el régimen, los supuestos en que pueden anteponerse consideraciones de utilidad por sobre los derechos de los administrados siguen siendo excepcionales.

Por ello, considero que existen reglas generales relativas a la aplicación de las teorías de ética normativa al momento de adoptar resoluciones administrativas en general y, en particular, al momento de adoptar decisiones relativas al “Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional”.

En cualquier caso, la realización de análisis y razonamientos en términos éticos aportará claridad conceptual y coherencia. La ética aplicada en un aspecto tan sensible como el régimen de contrataciones, engloba un objetivo más amplio que la lucha contra la corrupción, en tanto coadyuva a lograr la excelencia en el obrar de la administración.

Bibliografía

- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, “Introducción, traducción y notas de José Calvo Martínez”, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, cuarta edición, Abeledo Perrot, 2011.
- Comadira, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”. *El Derecho Administrativo*, EDA, 2015, p. 75.
- Diego Bautista, Oscar, “De la ética a la ética pública”, *Revista IAPEM*, mayo-agosto 2013, pp. 83-103. ISSN 1665-2088. En <https://eprints.ucm.es/23538/>
- Diez, Horacio, “La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado”. http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/la_inmodificabilidad_de_las_of.html
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2da. ed., 1989.
- Farrell, Martin D., “La ética de la función judicial”, en *La Función judicial*, capítulo 8, compilación, Editorial Gedisa.
- Gordillo, Agustín A., *Procedimientos administrativos, comentada y anotada con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002, T. I.
- Nielsen, Federico; Comadira, Julio Pablo, “Apuntes sobre los principios de la ética pública en el derecho argentino”, *Revista Documentación Administrativa. Instituto Nacional de Administración Pública de España*, Números 267-268, septiembre 2003-abril 2004.
- Nino, Carlos S., *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1984.

Sagüés, Néstor Pedro, *El factor ético, presupuesto de la democracia*, ED, 81-868.

Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma SRL, 2002.

Tres tesis sobre los límites constitucionales de la potestad anulatoria

*Iván F. Romero Verdún**

Resumen

En este trabajo se presentan y caracterizan tres perspectivas en torno a los límites constitucionales de la potestad anulatoria de la Administración Pública. En este sentido, la primera tesis examinada toma como base los artículos 17 y 109 CN; la segunda, el derecho de defensa y la tercera, el objeto del acto, según aquel concretice o no derechos fundamentales indisponibles. En una segunda parte, se efectúa una reflexión sobre tales diferentes postulaciones.

Palabras clave: potestad anulatoria, acto administrativo, derecho de propiedad, debido proceso, derechos fundamentales.

Three Thesis on the Limits of the Power of Annulment of the Public Administration

Abstract

The present paper analyzes three constitutional interpretations about the stability of administrative acts, in relation to the annulment power of the Public Administration. In this regard, the first postulation we explore is based on the 17 and 109 articles of the Constitution; the second, on the due

* Abogado (UBA), argentino; Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral); Ayudante de Elementos de Derecho Administrativo (UBA); ivan.rvk@gmail.com.

process of law and the third, on the object of the act, according to whether or not it creates fundamental rights. Subsequently, we make an evaluative analysis of these different theses.

Keywords: Annulment, Administrative act, Property rights, Due process of law, Fundamental rights.

I. Introducción

Las consideraciones en torno a la constitucionalización o convencionalización del derecho administrativo, y en particular del régimen de extinción por ilegitimidad del acto administrativo, no tienen un significado unívoco. En efecto, la falta de coincidencia en aspectos tales como el alcance de ciertos preceptos constitucionales, si el acto irregular solo crea derechos aparentes, cuál es la relevancia del conocimiento del vicio, entre otros puntos, puede derivar en conclusiones muy diferentes.

En este trabajo me propongo tratar de captar y caracterizar tres miradas sobre los límites constitucionales de la potestad anulatoria, a las que, con fines de diferenciación y con cierta indulgencia del término, me referiré como tesis I, II, y III. Así, se presentarán para su examen las siguientes tres perspectivas:

- 1) Una lectura de la potestad anulatoria de la Administración fundada en una interpretación estricta de los artículos 17 y 109 CN, por la que se desconoce que la Administración pueda extinguir por ilegitimidad actos que hayan otorgado derechos de propiedad, incluso actos que se acusen de ser irregulares o de que habrían sido producidos con fraude, dolo o conocimiento del vicio.
- 2) Una interpretación fundada en el derecho de defensa y el debido proceso, por la cual se acepta el ejercicio de la potestad anulatoria respecto de derechos subjetivos, en principio en ciertos supuestos, en tanto se respete el debido procedimiento adjetivo, la tutela administrativa efectiva y se garantice la revisión judicial posterior.
- 3) Una propuesta más reciente formulada en doctrina, la que, teniendo presente los cambios introducidos por la reforma constitucional de 1994, postula que cuando el acto determina derechos fundamentales indisponibles o el contenido esencial de un derecho fundamental, la

anulación solo puede instrumentarse en juicio, salvo dolo o connivencia dolosa del particular.

Es dable aclarar que este estudio se enfoca en las limitaciones constitucionales de la potestad anulatoria y no en la estabilidad del acto administrativo.¹ No obstante, con alguna salvedad que se hará al analizar el segundo punto de vista, lo que aquí se desarrolla podrá vincularse con una de las dos nociones existentes sobre aquel concepto. Es que, en efecto, un primer entendimiento sobre la estabilidad comprende en su haber no solo a la anulación administrativa sino también a la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia. Varios autores como Linares² y Gordillo³ adhirieron históricamente a este alcance. De forma más cercana en el tiempo, Sammartino parece suscribir a este pensamiento, al referir que una observación atenta de los caracteres que informan la estabilidad permitirían anudar su significado a la idea de inalterabilidad de su objeto⁴ y por proponer la inexpropiabilidad de ciertos derechos. Desde la otra vereda, Marienhoff opinaba que la cosa juzgada administrativa –hoy estabilidad del acto administrativo– resulta un carácter solo predicable respecto de la revocación por razones de ilegitimidad,⁵ criterio en el que se encolumnaron Julio R. Comadira,⁶ Cassagne⁷ y Fiorini.⁸ Tal como puede preverse,

1. Carácter inicialmente asociado al término “cosa juzgada administrativa” y que, vía evolución jurisprudencial, pasó a ser denominado mayormente como estabilidad. Ver Sammartino, P. M. E., “La estabilidad del acto administrativo”, *La Ley Online AR/DOC/2804/2019*, pp. 9-10.

2. Linares, J. F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 343.

3. Gordillo, A. A., *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, pp. 413-414.

4. Sammartino, *op. cit.*, pp. 1 y 23.

5. Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., Tomo II), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 484.

6. Comadira, J. R., *La anulación de oficio del acto administrativo: La denominada “cosa juzgada administrativa”*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 74.

7. Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo* (12ª ed., Tomo I), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 835-836.

8. Fiorini, B. A., *Manual de Derecho Administrativo* (Tomo I), Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 384.

las lecturas a valorar guardan relación con esta segunda comprensión de la estabilidad, sin que se pretenda abrir juicio sobre la primera y una posible concepción más amplia.

Por otra parte, desde ya, el marco definido no pretende negar la existencia de otros potenciales planteos limitativos de la anulación que tengan como fuente directa la Constitución. Así, como ejemplo de otras postulaciones que no conflictúan con las que aquí se analizan, cabe mencionar a las que se relacionan con los márgenes temporales para instar la extinción del acto administrativo⁹ o cotos que surjan de principios generales del derecho, tal como la confianza legítima.¹⁰

Finalmente, si bien se tomará como referencia el régimen administrativo nacional, al ser interpretaciones sobre limitaciones constitucionales de la potestad anulatoria, estas consideraciones no se ven restringidas a tal ámbito.

II. Tesis constitucionales

II. A. Interpretación estricta de los artículos 17 CN y 109 CN

La primera hermenéutica que será presentada –que con cierta permisividad encuadraré bajo el término *tesis I*–, si bien admite variaciones doctrinarias, parte de prohibir a la Administración la anulación de actos administrativos que hayan determinado derechos subjetivos o aparentes derechos subjetivos, sin dar relevancia a la calificación del acto como regular o irregular. A este fin, esta postura toma como principal apoyatura una interpretación estricta del artículo 17 de la Constitución Nacional, complementada con el artículo 109 CN.

Bajo esta perspectiva, la alegación, por parte de la Administración, de que el acto es irregular –y que por ello no hay derechos subjetivos válidos–, que fue dictado mediante error, o de que habría mediado conocimiento del vicio o dolo, no resultaría un planteo suficiente para desoír la manda constitucional de efectuar la anulación en sede judicial.

9. Ver en esta línea Laplacette, C. J., “Constitución Nacional e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de actos administrativos”. *La Ley Online* AR/DOC/2827/2017, 2017.

10. En este sentido ver Coviello, P. J., “La confianza legítima”, *El Derecho* 177-894, 1998.

Es dable advertir que esta mirada contraría la posición establecida en el célebre fallo *Carman de Cantón*¹¹ de 1936. En tal caso, no obstante la afirmación allí sentada sobre el valor de la estabilidad de los actos administrativos,¹² la Corte solamente reconoció la atribución de “cosa juzgada administrativa” a los actos regulares.¹³ En paralelo, admitió la facultad de la Administración de anular los actos irregulares.¹⁴ Esto difiere sustancialmente de la tesis en análisis, en la cual la valoración de que el acto ostenta un vicio grave no será suficiente para permitir la nulificación en sede administrativa.

Un lugar interesante para comenzar el examen de esta posición se encuentra en un par de fallos dictados en la primera mitad del siglo XX. En estos precedentes, se sostuvo que solo el Poder Judicial podría privar de efectos a un acto administrativo generador de derechos subjetivos patrimoniales y, de esa manera, cumplimentar la exigencia constitucional para el desapoderamiento. A su vez, se complementó con el entonces artículo 95

11. CSJN, *Carman de Cantón c/Gobierno Nacional*, 14/08/1936, Fallos 175:368.

12. Se dijo allí que “Que no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisables, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo; es decir que las resoluciones de la administración, aun en aquellas cuestiones regladas, consentidas y ejecutoriadas, no ‘causan estado’, no establecen ‘derechos adquiridos’, no hacen ‘cosa juzgada’”, Cons. N°3.

13. El Tribunal determinó que para el acto goce de la nota de inalterabilidad en sede administrativa debía: a) Declarar un derecho subjetivo, b) causar estado, c) ser regular, lo que implicaría reunir las condiciones esenciales de validez compuestas por la forma y la competencia; d) haber sido dictado en ejercicio de facultades regladas y e) no existiera ley que autorice la revocación.

14. Esta decisión abrió un camino a una larga evolución jurisprudencial en igual sentido, al punto tal que, como se ha referido, de manera previa al Decreto-ley N°19.549, los actos nulos carecían de estabilidad por completo, Gordillo, A. A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo* (Tomo 8), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 273. Es dable mencionar que el estándar del fallo es reiterado en algunos precedentes contemporáneos tales como CSJN, *Pradera del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón*, 02/12/2004, 327:5356, Cons. N°3 y *Kek Sergio Leonardo c/Municipalidad de Duty Gray*, 25/03/2015, Fallos 338:212, Cons. N°6. La vigencia de esta doctrina, que no está alineada al régimen de extinción de la LNPA, parece revivir en casos que tienen como parte a una entidad estatal municipal o provincial a la que no le aplica tal cuerpo normativo.

CN –actual 109–, el cual veda al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, lo que llevó a considerar implícitamente a la anulación como función judicial.¹⁵

Así las cosas, el primer pronunciamiento que esbozó este entendimiento fue *Sociedades Anónimas, Cía de petróleo La República y otras c/provincia de Salta* de 1932.¹⁶ El conflicto se inició con un decreto provincial por el que se ordenó a ciertas empresas que gozaban de una concesión minera, otorgada hace más de diez años, el dejar de continuar realizando actividades de exploración y explotación, lo que implicaba desconocer los efectos de los actos primigenios. La sentencia declaró inconstitucional el decreto y sentó que sería atentatorio al orden establecido por la Constitución, en cuanto a la división de poderes, admitir que el Poder Ejecutivo se atribuya “facultades judiciales para aniquilar por sí y ante sí derechos legítimos o aparentemente legítimos”. También, que las minas constituían una propiedad especial y sus propietarios o concesionarios “no pueden ser privados de aquella sino en virtud de una sentencia fundada en ley” (artículo 17 de la Constitución Nacional y 11 del Código de minería). Particularmente, se estipuló:

Lo que se decide, en el caso, es que el Poder Ejecutivo no ha podido arrogarse facultades judiciales para resolver, por sí y ante sí, sobre derechos civiles en los conflictos de la provincia, que representa, con los habitantes del país y que dicho poder, en su doble representación pública y privada, está obligado a la manera de cualquier persona, a acudir a los tribunales competentes para dirimir las controversias sobre los bienes privados del Estado o reivindicar derechos, cuando éstos dependen de la aplicación de los códigos, que son ley de la Nación, constituyendo esta igualdad del individuo frente al Estado, la más preciada garantía de los gobernados contra posibles avances de los gobernantes, quienes al

15. Algunos autores caracterizan la anulación como un poder inherente de la función administrativa, en tanto otros destacan su naturaleza judicial. En relación a la primera posición ver Comadira, J. R., *op. cit.*, p. 48. Para la segunda Mairal, H. A. y Veramendi, E. V., “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado”, *La Ley Online*: AR/DOC/2624/2018, 2018.

16. CSJN, *Sociedades Anónimas, Cía de petróleo La República y otras c/provincia de Salta*, 14/03/1932, Fallos 164:140.

amparo de la fuerza material de que disponen, podrían despojar a los particulares impunemente, de sus propiedades, sin forma de juicio.

En el “sub judice” si el Poder Ejecutivo de Salta estimaba vicioso el título otorgado a las compañías actoras y a cuyo amparo han introducido fuertes capitales en maquinarias, caminos, perforaciones y otros diversos trabajos, es elemental que ha debido deducir las acciones del caso por la vía judicial correspondiente y no resolver por sí mismo una contención entre partes.

Como se aprecia, el fallo terminó por caracterizar al decreto como un intento de ejercicio de funciones judiciales y expresó que, si el Poder Ejecutivo estimaba que el acto era inválido, este debía recurrir a la vía judicial. Con ello, medió un rechazo a que derechos que se acusen de ser solo “aparentemente legítimos” habiliten el desconocimiento por parte de la Administración. Otro punto de particular relevancia fue que la provincia, con el objeto de defender su actuación, había planteado la existencia de una connivencia dolosa por parte de los concesionarios en la producción de la irregularidad,¹⁷ circunstancia que no tuvo entidad para sortear el deber de instar la anulación judicial. Es decir, también fue rechazada una habilitación fundada en lo que sería encuadrable jurídicamente como “conocimiento del vicio” a tenor del art. 17 LNPA.

Un segundo pronunciamiento en esta línea, a mi modo de ver, es *Ganadera Los Lagos* de 1941.¹⁸ Si bien suele destacarse el razonamiento del fallo en materia de aplicación analógica del derecho civil al régimen de invalidez del acto administrativo,¹⁹ merece resaltarse que la sentencia desconoció por incompetencia absoluta la facultad del Poder Ejecutivo para poder anular un acto que otorgaba un título de propiedad. En efecto, en un

17. Ver al respecto páginas 172-173 del tomo.

18. CSJN, *Ganadera Los Lagos SA c/Nación Argentina*, 30/06/1941, Fallos, 190:142. En el caso, el Poder Ejecutivo había declarado la caducidad del dominio de ciertas propiedades de la actora en la provincia de Santa Cruz.

19. Sammartino, P. M. E., “Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, en *El Derecho administrativo*, 2014-724, 2014, p. 3.

interesante pasaje, se consideró como ejercicio de una función judicial vedada el declarar la nulidad de actos “de carácter definitivo producidos por el mismo Poder Ejecutivo y cuyas consecuencias se hacen efectivas o indirectamente repercuten sobre la facultad de disponer de la propiedad privada”. Fue de este modo que el Máximo Tribunal opinó que, al cancelar las anotaciones de dominio en el Registro de Propiedad, el decreto había desconocido la garantía del art. 17 CN y el entonces art. 95 CN.

En esta oportunidad, la Corte no citó *Carman de Cantón*, ni hizo referencias a excepciones a la estabilidad del acto administrativo. Tampoco se adentró a analizar la validez del acto originario en aspectos vinculados con el apartamiento a ley, como ya había empezado a hacer en otros pronunciamientos.²⁰

Así las cosas, estos fallos, terminaron por requerir que la exigencia de privación de la propiedad sea una decisión proveniente del Poder Judicial, sin dejar espacio para excepciones fundadas en la calificación del acto por parte de la Administración o de si hubiese mediado conocimiento del vicio.

Por fuera del ámbito jurisprudencial, distintas posiciones académicas –si bien con sus matices–, pueden ser ubicadas dentro de esta tesis. En este sentido, Villegas Basavilbaso sostuvo que, si el acto ha creado derechos subjetivos a favor de los particulares, la extinción, salvo que se faculte a la Administración a la revocación, se trata de una función jurídica que correspondería a los órganos jurisdiccionales. A su vez, contra la posición de que los derechos aparentes (por ser el acto supuestamente nulo) habilitan la anulación administrativa, el autor observó la afectación al principio de división de poderes, legalidad y propiedad que mediaría “si el poder administrador se erigiese en juzgador de la ilegitimidad”.²¹

En esta perspectiva puede también ubicarse a Diez, quien consideraba que todo acto administrativo del que surjan derechos subjetivos, sea regular o

20. CSJN, *Mortola Pedro V. c/La Nación*, 21/04/1941, Fallos 189:209. Señala Julio R. Comadira que a partir de este caso –dictado unos meses antes que *Ganadera Los Lagos*–, la Corte introdujo una nueva pauta autorizadora de la anulación de oficio, la “violación de la ley”, Comadira, J. R., *op. cit.*, pp. 99-100. A partir de este precedente, el Tribunal no se detendría solamente en los elementos exteriores del acto (competencia y forma) para juzgar la regularidad del acto y consecuente habilitación o no de la potestad anulatoria.

21. Villegas Basavilbaso, B., *Derecho Administrativo* (tomo IV), Buenos Aires, TEA, 1952, p. 287.

irregular, debería ser extinto en sede judicial.²² Asimismo, a Bidart Campos, constitucionalista que opinaba que la nulidad del acto no resultaba suficiente para habilitar la anulación administrativa.²³

En los últimos años, han vuelto a aparecer desarrollos en esta misma línea. En efecto, Buteler, sin perjuicio de reconocer que la potestad anulatoria encuentra sustento constitucional en el artículo 31 CN, 99 inc. 1 y 100 inc. 1, estima que cuando se ha configurado el derecho subjetivo por un acto administrativo, estos entran dentro del concepto de propiedad y en la protección del artículo 17 CN, norma que establece una limitación adjetiva y competencial, al requerir sentencia fundada en ley para el desapoderamiento.²⁴

Minorini Lima, por su parte, señala que, si bien es cierto que nadie puede invocar un derecho adquirido con base en un acto nulo, sería necesario que tal nulidad sea declarada judicialmente, de conformidad con el artículo 17 CN.²⁵ Por otro lado, agrega que mediaría una contradicción en que se postule que el acto nulo no genera derechos subjetivos, si al mismo tiempo se exige una declaración administrativa que disponga su nulidad. Esto conllevaría a reconocer implícitamente la existencia de derechos subjetivos hasta que medie tal declaración de invalidez.²⁶ En su criterio, solo podría admitirse la anulación cuando el acto no ha sido notificado o habiendo sido notificado, no ha generado derechos para los particulares y no se afecta a terceros.²⁷

En un trabajo más reciente, Barrionuevo ha planteado que el principio de inviolabilidad de la propiedad y la garantía a no verse privado de ella por sentencia fundada en ley determina el régimen de competencias públicas,

22. Diez, M. M., *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed. (tomo I), Buenos Aires, Plus Ultra, 1985, p. 258.

23. Bidart Campos, G. J., *El Derecho Constitucional del poder* (tomo II), Buenos Aires, Ediar, 1967, p. 188.

24. Buteler, A., “Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad”, *La Ley Online* AR/DOC/3830/2013, 2013.

25. Minorini Lima, I. J., “La revocación del acto administrativo irregular”, en Tawil, G. S. (dir.), *Acto administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2014, p. 780.

26. Minorini Lima, *op. cit.*, pp. 780-781.

27. Minorini Lima, *op. cit.*, p. 798.

de lo cual surge que es el órgano judicial a quien de modo expreso la Constitución atribuye la facultad de extinguir derechos, incluso, los derivados de actos ilegítimos. De ello se derivaría la máxima de derecho constitucional que impediría a toda autoridad pública distinta al órgano judicial extinguir derechos de los particulares derivados de actos administrativos.²⁸ Esto incluiría a los actos ilegítimos, los manifiestamente ilegítimos e incluso a los que podrían conllevar una mala fe del particular en cuanto al conocimiento del vicio, puesto que ni la Constitución ni la Ley de Procedimiento Administrativo dispondrían excepciones a la regla de la resolución judicial como único mecanismo válido para la extinción de derechos y dado que, en su caso, la apreciación de mala fe no podría quedar librada a la disposición unilateral de la Administración, al ser una circunstancia de prueba.²⁹ Esta postulación, refiere, no implicaría una sacralización de la sentencia judicial o extremar el principio de división de poderes –el autor no declara que la anulación sea función judicial–, sino reafirmar que es solamente en el proceso judicial, tramitado ante un tercero imparcial y con amplias posibilidades probatorias en donde el particular beneficiado de un acto puede ejercer en plenitud el derecho de defensa. Estas consideraciones valdrían de igual modo para rechazar la posibilidad de suspensión de efectos del acto nulo por parte de la Administración.³⁰

En relación con esta tesis y sus recepciones, corresponde efectuar una aclaración entre los fundamentos que le dan sustento. Los fallos referenciados inicialmente toman como base el artículo 17 CN, el 109 CN –ex 95– e indirectamente el artículo 18 CN. Sin embargo, posicionamientos académicos análogos, no en todos los casos hacen foco en la prohibición del artículo 109 CN, ni se proponen calificar a la anulación como función judicial. Al respecto, si bien podría hacerse diferenciación, más allá de que algunas interpretaciones incursionen en la naturaleza del poder anulatorio, estimo que estas lecturas pueden agruparse en un mismo marco, en tanto comparte una base común como el artículo 17 CN y deducir un mismo nivel de protección.

28. Barrionuevo, E., “Óbices constitucionales a la exigibilidad y pretendidos efectos de la declaración administrativa de lesividad”, *La Ley Online* AR/DOC/2472/2020, 2020, pp. 1-2.

29. Barrionuevo, pp. 9-10.

30. Barrionuevo, pp. 7-8.

Dicho esto, y retomando la caracterización, al tener esta lectura el derecho de propiedad en su base, resulta necesario determinar el alcance jurídico de tal concepto, aspecto que podría limitar o extender su posible aplicación.

Sobre ello, la Corte Suprema ha referido que el término propiedad, en cuanto se emplea en los artículos 14 y 17 CN, comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y libertad” y “Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se originen en las relaciones de derecho privados sea que nazca de actos administrativos [...] a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce”.³¹ Con más precisión, ha agregado que propiedad incluye “todo el patrimonio incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales”.³² En esta línea, el Tribunal ha incluso vinculado al derecho de propiedad con derechos subjetivos nacidos al amparo de relaciones de empleo público³³ y títulos universitarios.³⁴

Para comprender la noción de propiedad en términos constitucionales resulta también relevante considerar hoy las opiniones libradas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este sentido, al analizar el concepto de “bienes” del artículo 21 CADH,³⁵ la Corte Interamericana de Derechos Humanos los definió como “todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona” lo que comprende “todos sus muebles

31. CSJN, *Bourdieu, Pedro E. c/ Municipalidad de la Capital Federal*, 16/12/1925, 147:307.

32. CSJN, *Ventura Alberto Francisco Jaime y otra c/Banco Central de la República Argentina*, 26/02/1976, g294:152.

33. CSJN, *Budano, Raúl Alberto v. Fac. Arquitectura*, Fallos 310:1045 y más recientemente, CSJN, *Kek Sergio Leonardo c/Municipalidad de Duty Gray*, 25/03/2015, Fallos 338:212, Cons. N°6.

34. CSJN, “Hochbaum Salomón”, 15/07/1970, Fallos: 277:205.

35. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.³⁶ Asimismo, dentro de la protección de tal derecho, el Tribunal ha incluido a pensiones otorgadas por el Estado, las que al tratarse de derechos adquiridos conforme el régimen jurídico de una nación pasarían a integrarse en el patrimonio.³⁷

Esta tesis se presenta entonces hoy con cierta reformulación, puesto que el concepto de propiedad ha sido extendido jurisprudencialmente.³⁸

Tal renovada amplitud, no obstante, plantea un interrogante. Este consiste en preguntarse si, entonces, todo derecho se ve protegido por el art. 17 CN –al pasar a constituir “propiedad”– por el solo hecho de instrumentarse en un acto administrativo. Si bien pueden pensarse en casos dudosos,³⁹ tomando en cuenta los precedentes citados, parecería existir una inclinación jurisprudencial a una respuesta afirmativa.

De conformidad con lo expuesto, si bien con algunas modulaciones doctrinarias, esta mirada se caracteriza en tomar como base en el artículo 17 CN y en algunos casos 109 CN para derivar una significativa estabilidad del acto administrativo que creó derechos subjetivos de propiedad. Como nota esencial, esta estabilidad sería tal que no podría ser desconocida por alegaciones de la Administración tales como que: a) el acto administrativo es irregular y por tanto los derechos aparentes; b) que el particular obró con dolo o conocimiento del vicio.

36. Corte IDH, *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, Reparaciones y Costas, 06/02/2001, numeral 122.

37. Corte IDH, *Cinco pensionistas v/ Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/02/2003, 102.

38. Como un dato marginal de derecho comparado, resulta interesante que una similar ampliación del alcance del derecho de propiedad ha ocurrido también en países cuyas constituciones obraron de fuente a la nuestra. En este sentido, en un significativo precedente, la Suprema Corte de Estados Unidos incluyó ciertos beneficios de ayuda social dentro de la protección de la *due process clause* (que en lo específico para este precedente dispone “[...] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”), lo que implícitamente conllevó a caracterizarlos como un tipo propiedad, U.S. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). Ver más en Pierce, R. J., *Administrative Law* (2ª ed.), New York, Thompson Reuters, pp. 29-39.

39. Por caso ¿lo hace también el acto que admite el ingreso a universidad nacional o institución educativa pública? ¿O la calificación asentada en un acta?

Esta tesis tiene un amplio alcance y se constituye como un importante límite para la potestad anulatoria. Dejaría, para algunos, cierto margen para el ejercicio de tal poder antes de la notificación del acto o configuración definitiva del derecho subjetivo. A nivel nacional, la ley N°27.328 parece enmarcarse en esta visión, al haber dispuesto que la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deba ser declarada por tribunal judicial.⁴⁰

II. B. Derecho de defensa y debido proceso

Una interpretación distinta sobre el alcance del artículo 17 y 109 CN y la protección que merecen los actos irregulares (o que la Administración califica como irregulares inicialmente, según como se lo observe), ha conducido a poner el límite constitucional de la anulación en otro lugar: El derecho de defensa, el debido proceso y su especial derivación para este ámbito, la tutela administrativa efectiva. Para esta tesis II, la Administración podrá anular, en principio en algunos supuestos y sin distinción de derechos, pero deberá hacerlo garantizando la defensa y audiencia.

Tal es el límite constitucional que será relevante para la jurisprudencia, legislación y doctrina que, con base en la valoración del acto como irregular o el conocimiento del vicio del particular,⁴¹ admite la anulación administrativa de actos que determinaron derechos subjetivos (o solo derechos aparentes).

La Corte Suprema ha receptado esta posición en una serie de casos en materia anulatoria. En efecto, aun frente a normas que autorizan la anulación en sede administrativa, con invocación del artículo 18 CN y el

40. Ley 27.328, B.O. 30/11/2016, artículo 9 inciso p.

41. En un precedente a la LNPA, la Corte pareció admitir implícitamente que si hubiese mediado fraude u ocultación maliciosa la Administración habría podido anular válidamente, CSJN, *Puch Héctor Santos*, 28/09/1966, 265:350, Cons. N°8. Por otra parte, respecto del régimen nacional, el Tribunal procedió a extender el supuesto de “conocimiento” del vicio del artículo 18 LNPA (de extinción de actos regulares) al Art. 17 LNPA (de extinción de actos irregulares), como una circunstancia habilitante de la potestad anulatoria en sede administrativa, CSJN, *Almagro Gabriela y otra c/Universidad de Córdoba*, 17/02/1998, Fallos 340:1695. Sobre los distintos entendimientos de “conocimiento del vicio” ver Nielsen Enemark, C. A., “El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular”, en *El Derecho Administrativo* 2017-746, 2017.

art. 1 inc. f LNPA, el Tribunal resolvió que si bien era cierto que frente a un caso de nulidad absoluta el organismo contaba con atribuciones para suspender, revocar o modificar las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios, ello era a condición de que la nulidad resulte fehacientemente comprobada, lo que presupone “que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de defensa en juicio”.⁴²

La Cámara Contencioso Administrativo Federal también ha dictado pronunciamientos en esta línea. Se ha afirmado que existen procedimientos fundamentales que debe seguir la Administración para proceder a la anulación de oficio y que una posición que habilite la anulación sin audiencia previa del interesado “tornaría a la anulación de oficio un peligroso instrumento que se desviaría al fin que está jurídicamente enderezado, y que constituiría en inestable cualquier derecho”.⁴³ En otro caso, más cercano en el tiempo, se estimó contrario al debido proceso la valoración unilateral de la existencia de un conocimiento del vicio y consecuente anulación, elemento que resultaba determinante considerando que existían derechos subjetivos en cumplimiento.⁴⁴

Esta exigencia de igual manera fue contemplada por la Procuración del Tesoro. Este órgano refirió que, si la autoridad administrativa estimaba que debía revocarse un acto administrativo, se encontraba obligada a dar intervención previa al interesado a fin de que pueda formular su defensa, circunstancia cuya omisión produciría un vicio, subsanable, en el elemento procedimiento (art. 7 inc. d LNPA).⁴⁵

42. CSJN, *Trama María Argentina c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles*, 12/11/1996, Fallos 319:2783. En igual sentido, *Matas Martí Juana c/Caja Nacional de Previsión de la Industria y Actividades Civiles*, 25/11/1997, Fallos 320:2592 y *Arias Mercedes c/ANSES*, 23/05/2000, Fallos 323:1281.

43. CNCAF, Sala I, *Cortés, Ricardo J. v. Dirección Nacional de Registro y Fiscalización de Recursos de Salud*, 06/04/1999. De la misma Sala I, *Well Producciones SRL*, 14/08/2001.

44. CNCAF, Sala II, *Corres Juan Manuel c/Estado Nacional*, 11/02/2020. En el mismo sentido, CNCAF, Sala I, *L, H. V.*, 08/07/2021.

45. Dictámenes 205:128, 28/05/1993. Estándar reiterado en dictamen IF-2021-48593049-APN-PTN del 31/05/2021.

En lo que concierne al ámbito doctrinario, Julio R. Comadira ha sostenido que el acto de anulación debe estar precedido de todos los requisitos formales y sustanciales que surjan del ordenamiento,⁴⁶ dentro de los cuales se encontraría el debido proceso, en cuanto principio general del derecho consustanciado con la axiología del Estado de Derecho. De forma análoga se han pronunciado, Gusman,⁴⁷ Gordillo y Daniele,⁴⁸ Julio Pablo Comadira⁴⁹ y Fernando Comadira.⁵⁰

Ahora bien, el primer gran interrogante que esta mirada presenta en la actualidad es determinar cuáles son las exigencias necesarias para garantizar el debido proceso dentro del procedimiento anulatorio, particularmente bajo nuestro actual marco convencional. Por su potencial extensión, para atender esta pregunta es insoslayable traer a mención el pronunciamiento *Baena*⁵¹ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo por el cual se estipuló que las garantías contempladas en el artículo 8 CADH no limitan su aplicación a procesos judiciales, sino que rigen a los efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto de Estado. En particular, se sentó allí que el artículo 8.2 CADH comprende a las actuaciones de determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter del 8.1. CADH y “no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”.⁵²

46. Comadira, J. R., *op. cit.*, p. 49.

47. Gusman, A., “La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal. El Derecho Administrativo”, 2007-671, 2007, parr. 12.

48. Gordillo, A. A. y Daniele, M., *Procedimiento Administrativo: decreto-ley 19.549/1972 y normas reglamentarias –Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (2ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 211.

49. Comadira, J. P., “El procedimiento de anulación de oficio del acto administrativo y del reglamento”, en AA VV, *Procedimiento administrativo: Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, p. 504.

50. Comadira, F. G., *La acción de lesividad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 21.

51. Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, 02/02/2001.

52. Numerales 123 a 127. Resulta ilustrativo el numeral 125, el cual declara que “La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de

No es claro que la anulación sea una sanción. Si bien se han formulado opiniones que así lo consideran, si se incorpora la finalidad de castigar como un elemento teleológico de las sanciones,⁵³ cabría tener en cuenta que en su aplicación esta figura no siempre atribuye un reproche al destinatario del acto.

Sin perjuicio de ello, cuando la anulación extingue un beneficio consagrado en un acto administrativo, cuanto menos se presenta un escenario que podría ser encuadrado en la “determinación de derechos” a la que se hace referencia en Baena.

Sobre esta base, merece resaltarse que la aplicación de los arts. 8.1. y 8.2. CADH al procedimiento administrativo conllevaría en algunos casos realizar una interpretación analógica de sus directrices –toda vez que su proyección tuvo originariamente como objeto el proceso judicial– y en otros casos, podría llegar a sostenerse la inaplicabilidad de alguno de sus preceptos. Este asunto fue abordado por el citado Tribunal Internacional en “Claude Reyes”,⁵⁴ fallo en el que se indicó que las garantías del 8.1. CADH son aplicables al supuesto en que “alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”.⁵⁵ Por otra parte, en su voto razonado, el juez Sergio Ramírez precisó que las garantías del artículo 8 CADH no se restringen a un proceso en particular, sino que resultan de aplicación para la “definición de derechos y deberes”, aplicabilidad que “tiene el alcance que en cada caso permiten las características del procedimiento”. Este estándar de aplicación matizada fue repetido en otros casos.⁵⁶

la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”.

53. Puede verse al respecto Villarruel, Susana, “El control judicial de las sanciones administrativas. Su modificación por el órgano judicial”, *Derecho Administrativo Austral* N°1, 2008, p. 112.

54. CIDH, *Claude Reyes y otros c/Chile*, fondo reparaciones y costas, 19/09/2006.

55. Párrafo 119.

56. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, 13/10/2011, 118 y 119; *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, Excepción Preliminar,

Teniendo ello presente, ¿qué garantías convencionales son aplicables al proceso sancionatorio de la anulación?⁵⁷ No sin posible discusión, podría reflexionarse que, en principio, el procedimiento anulatorio debería: 1) producirse en un plazo razonable (art. 8.1.);⁵⁸ 2) prever traductor o intérprete de necesitarlo el afectado (art. 8.2.a.); 3) comunicar y detallar con precisión el presunto fundamento de la irregularidad del acto administrativo (art. 8.2.b); 4) conceder un tiempo adecuado para producir el descargo (art. 8.2.c);⁵⁹ 5) permitir la asistencia letrada (art. 8.2.d); 6) brindar el derecho a una amplia producción de prueba, incluyendo la interrogación de testigos y producción de pericias (art. 8.2.f) y 6) recurrir la decisión judicialmente (art. 8.2.h).⁶⁰

En contraste, la mayor controversia adaptativa de estos preceptos estaría en la exigencia de imparcialidad e independencia (art. 8.1.), el derecho

Fondo y Reparaciones y Costas, 05/09/2015, 207. *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/10/2016.

57. En un interesante trabajo Canda plantea dudas sobre la aplicación del inc 2º del artículo 8 CADH al procedimiento administrativo debido a sus dificultades de implementación, en particular para aquellos procedimientos que por no tener naturaleza represiva no parecieran requerir, por ejemplo, un defensor estatal (p. 3), Cf. Canda, F. O., “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de ‘tutela administrativa efectiva’. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”, *El Derecho Administrativo*, 07/10/2015. Sin dejar de coincidir en la existencia de interrogantes al respecto, tal como se expone en esta sección, de acuerdo mi lectura de *Baena*, entiendo que se habría reconocido un margen de aplicación de tal precepto al procedimiento administrativo sancionatorio.

58. Garantía que fue reconocida para el procedimiento administrativo en CSJN, *Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA*, 26/06/2012, Fallos 335:1126 y *Bonder Aaron y otros c/ BCRA*, 19/11/2013, Fallos 336:2184.

59. La Corte ha tenido oportunidad de observar plazos exigüos para producir descargos, por ejemplo, uno de tan solo 24 hs, CSJN, *Ferrer Deheza Miguel Ángel c/ Universidad de Córdoba*, 02/09/1976, Fallos: 295:729.

60. Se ha afirmado que el control judicial suficiente y amplio (aquí vinculado con una sanción de decomiso dictada por órgano administrativo) supone asegurarle al afectado la oportunidad de acudir, por vía ordinaria, ante un órgano judicial al cual solicitar la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho comprendidas en la decisión administrativa, caso contrario, se encontrarían afectadas las garantías del 18 CN y 25.1. CADH, CSJN, *Gandera Diego Javier*, 05/05/2020.

irrenunciable a ser asistido por un defensor estatal “si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley” (art. 8.2.e) y; el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo (art. 8.2.g). Al solo efecto de plantear las potenciales proyecciones, para el primer asunto podría pensarse en tres alternativas: i) imparcialidad entendida solamente como posibles causales de excusación o recusación; ii) punto anterior más exigencia de estabilidad en el cargo por parte de los funcionarios emisores del acto; iii) puntos precedentes con garantías adicionales de independencia del decisor. En relación con el segundo supuesto (8.2.e) podría: i) plantearse la inaplicación de esta garantía por la distinta naturaleza del proceso involucrado; ii) establecerse una notificación al Ministerio Público para que asuman la defensa siempre; iii) notificar al Ministerio Público para que asuman la defensa provisoria solo en algunos supuestos o iv) los puntos ii) o iii) y la posibilidad de una revisión de lo decidido luego de la comparecencia.⁶¹ Finalmente, en lo que concierne a la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo (art. 8.2.g), de ser trasladada al procedimiento anulatorio, esta podría presentar inconvenientes con que la Administración ordene ciertas medidas de prueba, tal como la solicitud de documentación en poder del particular que se verá afectado por la extinción.

Asimismo, por fuera del artículo 8 CADH, podrían formularse algunas preguntas adicionales en cuanto a la manera de dar satisfacción a la tutela administrativa efectiva para determinados grupos de especial protección en el procedimiento anulatorio. A este respecto, el artículo 13.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece el deber de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en condiciones de igualdad, “incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad”.⁶²

61. Ver sobre este derecho que se podría extraer de tal inciso en Pizarro Sotomayor, A. y Méndez Powell, F., *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Aspectos sustantivos*, Panamá, edición de los autores, pp. 173-174.

62. Por ejemplo, sobre un caso de caducidad de derechos en relación a personas con discapacidad ver Borensztein, C. y López, J. I., “La quita de pensiones no contributivas por invalidez a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *La Ley Online* AR/DOC/1531/2019, 2019. También, como una herramienta de *soft law* para el procedimiento administrativo podrían ser de consideración las “Reglas de

De acuerdo con lo visto, esta perspectiva toma al derecho de defensa como límite constitucional de la potestad anulatoria administrativa, lo que invita a reflexionar sobre cuáles son las garantías defensivas jurídicamente exigibles hoy para este ámbito. En cuanto a su relación con el concepto de estabilidad, podría objetarse que esta tesis tenga algo que ver con tal noción, puesto que en definitiva acepta la anulación administrativa del acto. Alternativamente, la estabilidad podría ser comprendida como la imposibilidad de modificar el objeto por razones de ilegitimidad, en perjuicio del interesado, sin garantizar previamente el debido proceso y la tutela administrativa efectiva.

II. C. Derecho fundamental indisponible involucrado

Una reciente postulación por parte de Sammartino plantea anudar la estabilidad del acto administrativo al tipo de derecho involucrado. Con ello se presenta una nueva perspectiva constitucional limitante de la potestad anulatoria –*tesis III*–. Esta propuesta parte de observar que el régimen de estabilidad del acto administrativo vigente plantearía tres notas cuestionables: 1) Una neutralidad frente a la naturaleza de los derechos que nacen del acto administrativo, 2) indiferencia con respecto a la índole de las necesidades que tales derechos están llamados a satisfacer, y 3) un desapego ante la razonable expectativa de continuidad de las prestaciones que nacen de un acto que concretiza un derecho fundamental.⁶³

Con invocación de los cambios producidos por la última reforma constitucional a nivel convencional, el citado autor señala “...los actos administrativos que concretizan la satisfacción de derechos fundamentales indisponibles, tendientes a satisfacer intereses y necesidades vitales de la persona

Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad” aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. De igual modo, en un caso reciente en que se tuvieron presente estos estándares, el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una ley que obligaba a impugnar judicialmente una decisión administrativa en un fuero a más de 1400 km de donde residía la persona, a quien le había sido rechazado su pedido de pensión por invalidez, CSJN, *Giménez, Rosa Elisabeth c/Comisión Médica Central y/ANSES*, 15/07/2021.

63. Sammartino, *op. cit.*, p. 1.

humana, son inalterables en sede administrativa, extramuros de la calificación jurídica que le dispense la Administración”.⁶⁴

Esta garantía, se refiere, existiría aun ante la inexistencia de norma positiva que la consagre, puesto que la inalterabilidad surgiría ínsita del propio derecho fundamental, plasmado en el acto administrativo.⁶⁵ Sin perjuicio de ello, el régimen nacional habría reconocido implícitamente esta protección a partir de la ley de participación público privada N°27.328 y su artículo 9 inciso p). Esto así, en tanto por tal norma, se habría dotado de “plena estabilidad” a tales contratos que otorgan derechos disponibles, al establecer que la suspensión o nulidad deberá ser declarada por tribunal competente. Por esto, al tornarse inaplicable los artículos 12 y 17 de la LNPA, sería “lógica y axiológicamente incoherente y, por ende, irrazonable –para todo el sistema de potestades y garantías sobre el que afina el régimen administrativo argentino– no conceder idéntica o mejor protección [...] a los actos que concreten derechos fundamentales indisponibles”.⁶⁶ El trato diferenciado entre derechos fundamentales y no fundamentales encontraría también fundamento por analogía en la ley N°26.854 de medidas cautelares contra el Estado, norma que establece un régimen especial para cuando la pretensión cautelar se vincula con grupos vulnerables, se encuentre comprometida la vida digna o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental.⁶⁷ Dicho estándar, de acuerdo con el autor, sería aplicable analógicamente al procedimiento administrativo y al régimen de extinción del acto.⁶⁸

64. Sammartino, *op. cit.*, pp. 20-21.

65. Sammartino, *op. cit.*, p. 21.

66. Sammartino, *op. cit.*, p. 23.

67. Concretamente, el artículo 2.2. de la ley 26.854 dispone: “La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, solo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días”.

68. Sammartino, *op. cit.*, pp. 22-23.

Por fuera de tales pautas legales –que no serían igualmente necesarias para el sustento de esta posición de acuerdo con el autor–, esta estabilidad protegería “las situaciones jurídicas activas que atiendan necesidades vitales para la persona humana (conf. art. 11 PIDESC)”, “la inmutabilidad y correlativa continuidad de las prestaciones que emanan de actos favorables que aseguran el bienestar mínimo de la persona” y el “mínimo indispensable que le asiste a la persona en su condición de tal”. Particularmente, quedarían incluidos dentro de esta garantía de estabilidad “los actos cuyo objeto brindan cobertura a necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.⁶⁹ Asimismo, los actos administrativos favorables cuyo objeto o contenido, estén o no en cumplimiento, satisfacen de modo directo e inmediato el derecho a la salud, el derecho a estar protegido frente al hambre, el derecho a una vivienda digna, el derecho de aprender, el derecho a la no discriminación en cualquiera de sus formas y todos aquellos actos cuyo objeto atiendan, cubran o satisfagan de manera directa e inmediata las necesidades indispensables vitales de los sectores más desprotegidos de la comunidad (discapacidad, niñez, vejez). De la misma manera, los actos que pongan en juego el contenido esencial de un derecho fundamental de defensa de la libertad. La estabilidad entonces protegería “aquello que en el derecho comparado se conoce como mínimo existencial” y, cabe aclarar, estaría “programada únicamente a favor de la persona humana”.⁷⁰

Es importante destacar que el autor sí considera que una declaración judicial pueda tornar ineficaz definitiva o provisionalmente el acto administrativo. Destaca así que “Cualquier alteración que pudiera significar la supresión o limitación del bien jurídico protegido por el derecho fundamental indisponible, debe ser precedido de un juicio previo (arts. 18, CN; 8º, CADH; art. 17, segunda parte y 18 LNPA)”. Por tanto, sea que el acto sea regular o irregular, la cesación definitiva o provisional de los efectos debería ser decidida “por un órgano independiente e imparcial, un tribunal judicial”.⁷¹

Empero, con fundamento en el principio general de que a nadie le está permitido beneficiarse de su propia injusticia, fraude o mal proceder, se

69. Sammartino, *op. cit.*, p. 22.

70. Sammartino, *op. cit.*, p. 22.

71. Sammartino, *op. cit.*, pp. 22-23.

admite que el “conocimiento del vicio” pueda habilitar el ejercicio de la potestad anulatoria administrativa aun cuando median derechos fundamentales. Sin embargo, “el amplísimo margen de apreciación que emana de la doctrina asesor se reduce significativamente cuando el objeto del acto a revisión atañe a derechos fundamentales indisponibles”.⁷² En tal supuesto, “la determinación relativa al conocimiento del vicio se debe discernir según se demuestre fehacientemente la existencia de dolo por parte del interesado”, o connivencia dolosa.⁷³

Así las cosas, Sammartino sintetiza las siguientes consecuencias: a) La Administración tendría prohibido, como regla, alterar, revocar, modificar o sustituir en perjuicio del particular, por sí y ante sí, el acto administrativo cuyo objeto plasma, de modo inmediato y directo, un derecho fundamental indisponible o el contenido esencial de un derecho fundamental –una excepción estaría en el dolo del particular o connivencia dolosa–; b) La administración estaría impedida de suspenderlo en sede administrativa; c) No podrían revocarse por oportunidad, mérito y conveniencia los actos que concreticen derechos fundamentales indisponibles, puesto que tales derechos serían inexpropiables;⁷⁴ d) El desconocimiento por medio de una vía de hecho del derecho concedido habilitaría mecanismos de tutela urgente; e) la fuerza expansiva del derecho a la dignidad humana y su corolario, el principio de interdicción de la insensibilidad a los derechos

72. Sammartino, *op. cit.*, p. 25.

73. Sammartino, *op. cit.*, p. 26.

74. En relación con este punto, en un artículo anterior, el autor explicó que con independencia de la posición que se adopte respecto al procedimiento de extinción fundado en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, la índole del derecho fijaría el ámbito de lo prohibido y lo permitido en cuanto al modo de extinción. Afirmar así que, desde el Estado Constitucional vigente desde la reforma de 1994, la función administrativa sería vivificada por el interés público directa e indisolublemente asociado al principio de dignidad humana y a los derechos humanos fundamentales. Por esta razón, el autor se interroga si es posible que existan razones de interés público que habiliten revocar un acto administrativo que conceda tratamientos médicos a personas en situación de vulnerabilidad, una vivienda digna, una subvención en un estado de desnutrición, o que garantice el derecho a la educación pública; Sammartino, P. M. E., “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional”, *La Ley Online AR/DOC/3777/2016*, p. 16. Dado el objeto establecido en este trabajo, no se abordará específicamente este planteo, concerniente a otro tipo de extinción.

fundamentales indisponibles, conduciría a que todo acto que reconozca una situación jurídica activa que satisfaga, de manera particular, directa e inmediata un derecho fundamental indisponible, integre el área de estabilidad del acto administrativo f) Más allá de la calificación que la Administración le dispense al acto (regular o irregular), la cesación de los efectos del acto debería ser decidida en sede judicial.⁷⁵

III. Discusión y análisis

Hasta aquí he tratado de efectuar un trabajo de tipo descriptivo, intentando unificar, sintetizar y describir tres miradas que creo distinguibles sobre los límites constitucionales a la potestad anulatoria.

En este capítulo, efectuaré un comentario sobre cada una de las tres perspectivas expuestas, marco en el cual incluiré observaciones y preguntas abiertas. Para esto, consideraré sus fortalezas, debilidades y posibles argumentos en contra.

III. A. Sobre la tesis I

La tesis I se funda en una lectura particular, estricta si se quiere, de los artículos 17 y 109 CN. A través de esta, se defiende un límite fuerte a la potestad anulatoria: La administración no puede anular actos que concretaron un derecho de propiedad, sea o no que se alegue la irregularidad del acto o el conocimiento del vicio del particular y para lograr la anulación, debe acudir a sede judicial.

Al respecto, en mi opinión, existen cuanto menos tres puntos relevantes para examinar.

En primer lugar, cabe meditar sobre la posición que sostiene que la Administración puede anular actos administrativos irregulares, puesto que, en estos casos, los derechos son meramente aparentes o inexistentes. Desde un punto de vista constitucional, esto puede traducirse en que no se viola el artículo 17 CN, dado que no hay derechos regulares para afectar. En esta línea, por ejemplo, Julio R. Comadira señalaba que no resultaba lógico “como dato

75. Sammartino, *La estabilidad...*, pp. 23-26.

valorable para la admisión o no de la procedencia de aquella potestad, un elemento que, como el derecho subjetivo, debe ser descartado, por inexistente, al menos en los actos viciados que encuadren dentro de la categoría más grave de invalidez”.⁷⁶

Este planteo presenta un atractivo lógico inicial. Si un acto es irregular y por tanto los derechos inexistentes, parecería razonable que la Administración pueda anular el acto. Es claro también que se constituye como un entendimiento que se enfrenta de manera abierta con la tesis I. ¿La derrota acaso?

Ensayaré aquí un posible intercambio –o discusión– entre estas dos posiciones.

A modo de defensa y réplica, creo que desde la tesis I, podría contestarse que, si bien puede coincidir con que de un acto irregular solo nacen derechos aparentes, la cuestión es si es constitucional, a tenor de la protección del art. 17 CN, que tal irregularidad y consecuente extinción se funde en una mera autovaloración o autocalificación de la Administración de que el acto ostenta un vicio grave. En este sentido, desde la tesis I, podría observarse que la *tesis de los derechos inexistentes*, en la práctica termina justificando que la Administración pueda extinguir derechos no con base en una declaración de invalidez cierta, firme e incontrovertible de que el acto es irregular, sino tan solo con su propia calificación unilateral, la cual además es realizada mediando un conflicto de intereses.⁷⁷

Desde la tesis de los derechos inexistentes, a su vez, se podría traer a mención que la Administración cuenta con autotutela declarativa y presunción de legitimidad de sus actos. Por ello, lo que aquella resuelve, incluso la consideración de un acto como irregular, resulta una declaración válida y suficiente para anular.

Sin embargo, desde la tesis I, quizá podría insistirse en que, aun de reconocerse doctrinal o legalmente a tales institutos, ello no puede ir en contra de un precepto constitucional como el art. 17 CN, el cual, en su caso, obraría como un limitante.

76. Comadira, J. R., *op. cit.*, pp. 58-59.

77. Declarar al acto como irregular en sede administrativa le evita al órgano administrativo el tener que impulsar una acción de lesividad, lo cual representa un beneficio. En el mismo sentido se ha advertido que existe un conflicto de intereses en que la Administración juzgue la inocencia del particular a los efectos del conocimiento del vicio; Minorini Lima, *op. cit.*, p. 791.

Así las cosas y en relación con este ensayo de consideraciones, pienso que la tesis I, cuanto menos, puede defenderse de un embate de tal potencial crítica.

Dicho esto, una segunda cuestión al respecto de la tesis I guarda vinculación con las consecuencias antieconómicas de su extensión. Como se vio previamente, hoy en día el alcance del concepto de propiedad ha sido expandido significativamente por la jurisprudencia, en especial respecto de derechos que se consagran en un acto administrativo. Ya no solo contratos con la Administración sino una amplísima variedad de derechos podría ser cubierta en el concepto de propiedad. Y es aquí donde aparece un potencial problema: supuestos de antieconomicidad y consecuente irrazonabilidad para el instado de una acción de lesividad.

Pondré un ejemplo con el que intentaré ilustrar semejante potencial situación. Imagínese que, por resolución, erróneamente se le otorga una categoría mayor a un funcionario público, lo cual representa un diez por ciento más de salario. Sucesivamente, aquel comienza a cobrarlo y la Administración advierte el error al tercer mes. Si tal aumento integra el derecho de propiedad y se sigue la rigidez de esta tesis, entonces, debería necesariamente instrumentarse una acción de lesividad para la extinción del acto.

Hablar de antieconomicidad quizá podría parecer un planteo extrajurídico. Pero no lo es, pues, en definitiva, se conecta con el principio jurídico de razonabilidad (art. 28 CN). Y aquí, pareciera que la solución jurídica que brinda esta postura –anulación judicial una vez que el derecho consagrado esté firme– no es del todo razonable para escenarios como este, de escasa entidad económica. Tal vez, sea necesario integrar esta mirada con algunos elementos más.

Finalmente, un tercer tema en parte atinente a la tesis I se relaciona con la postura que se adopte en torno al carácter judicial o administrativo de la anulación de actos administrativos en nuestro marco constitucional. Ello así, dado que si se estimase que la anulación de actos irregulares es un poder inherente a la función administrativa, como sostienen algunos autores,⁷⁸ perdería tenor el argumento que esta facultad solo podría ser ejercida por el Poder Judicial a tenor del art. 109 CN.

Por la empresa que requeriría, no desarrollaré en este trabajo tal cuestión, es decir, cuál es la ubicación constitucional de la anulación de actos

78. Ver Comadira, J. R., *op. cit.*, p. 4.

administrativos. Sin embargo, me limitaré a observar que, aun si se llegase a considerar a la anulación como función jurisdiccional, ello no cerraría el debate acerca de si la Administración puede ejercer tal poder o no. Es que, aun si se concluyera que tal facultad pertenece originalmente al Poder Judicial, quedaría pendiente examinar si fuese admisible ámbitos de ejercicio de tal poder bajo la doctrina de la función materialmente jurisdiccional de la Administración.⁷⁹

III. B. Sobre la tesis II

Como se ha planteado, una segunda mirada, si bien admite supuestos de anulación en sede administrativa, ubica el límite constitucional en que se garantice el derecho de defensa de manera previa.

A más de las múltiples respuestas a la pregunta acerca de cuáles son las garantías constitucionalmente exigibles para el procedimiento anulatorio en la actualidad –presentadas en el punto II.B–, existe un interesante interrogante para abordar.

Si se centra el debate en el derecho de defensa, es posible preguntarse si, en definitiva, pudiera llegar a considerarse constitucional que la Administración anule siempre por sí misma, sea que aquella estime que el acto es regular o irregular, entienda o no que haya mediado conocimiento del vicio, en tanto se satisfagan determinadas garantías vinculadas al debido proceso. Esto, bajo la premisa de que lo importante es que se satisfagan determinadas garantías y no que la anulación se realice en el marco del Poder Judicial en sí.

A propósito de esta reflexión, resulta oportuno traer a mención un análisis realizado por Alberto Bianchi. Dicho autor, al analizar el fundamento constitucional de la acción de lesividad, señala que si bien es indudable encontrarlo en un trípode constituido por el debido proceso, el derecho de propiedad y el principio de división de poderes, a su criterio, “la razón fundamental, la raíz constitucional de la acción de lesividad está en el art. 18 de la Constitución”.⁸⁰ Tal consideración es importante porque brinda una

79. Ver como síntesis jurisprudencial de este asunto CSJN, “Pogonza Jonathan Jesús C/ Galeno ART S.A”, 02/02/202.

80. Bianchi, A. B., “¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?”, en *El Derecho* 132-808, 1989, p. 813.

respuesta acerca de para qué exigimos la anulación judicial principalmente: Garantizar el debido proceso. Esto podría llevar a leer el artículo 17 CN no ya de forma exegética –en el sentido de que el desapoderamiento de un derecho de propiedad deba instrumentarse necesariamente por sentencia judicial– sino considerando su finalidad protectora.

En este orden de ideas, si se llegase a entender que la acción de lesividad tiene como objeto primordial garantizar el derecho de defensa ¿Podríamos declarar su innecesidad si se replicasen suficientes garantías del proceso judicial al procedimiento administrativo?

Una respuesta negativa a esta formulación vendría de interpretar restrictivamente el artículo 17 CN y 109 CN, es decir, que solo Poder Judicial porque la Constitución expresamente así lo exige, sin importar si es posible o no respetar el derecho de defensa de igual modo en sede administrativa. Podría, asimismo, alegarse que ni aún un tribunal administrativo pudiera equiparar al Poder Judicial de manera suficiente, por lo que la anulación debería ser decidida estrictamente por un juez.

En cambio, visto tales preceptos desde una perspectiva teleológica y dúctil, la anulación administrativa amplia quizá podría ser defendida de brindarse similares estándares de protección que, en el ámbito judicial. Bajo este marco hipotético, en contraste con la primera postulación, la Administración quizá pudiese anular sin excepciones, en tanto se equiparen las garantías de defensa de tal ámbito, con inclusión de los estándares convencionales del artículo 8 CADH y previendo un control judicial suficiente. Mediante un sistema como este, sin tener igualmente la última palabra dado el principio de control judicial suficiente, la Administración no tendría que iniciar una acción de lesividad para ciertos supuestos y para otro no. Retendría el conflicto y aplicaría las mismas garantías para todos los supuestos. Asimismo, eliminaría en cierta medida algunos costos de la ecuación asociados a la judicialización.

III. C. Sobre la tesis III

La tercera de las tesis vincula la estabilidad del acto administrativo a la existencia de derechos fundamentales indisponibles.

En relación, plantearé algunos comentarios críticos e interrogantes que se pueden derivar de esta propuesta.

Aclaro que, a este fin, tomaré la versión, si se quiere, más pura de esta posición. Es decir, sin consideración de los posibles impactos de las leyes

Nº26.854 y 27.328. Esto así, no solo en razón del objeto de este trabajo sino también dado que: a) Se afirma que la inalterabilidad del acto surgiría ínsita de la naturaleza del derecho involucrado y no necesitaría reconocimiento positivo y b) en su caso, este marco permitiría su extensión a jurisdicciones por fuera del ámbito nacional.

Haré dos digresiones de manera previa al análisis. Por un lado, es dable intentar precisar cuál es el objeto de protección en esta tesis. En este sentido, más allá de los derechos puntuales a los que se hacen alusión, se refiere como síntesis de la postulación –y se reitera en una publicación más reciente–,⁸¹ que la Administración tendría vedado la alteración del acto administrativo “cuyo objeto plasma, de modo inmediato y directo, un derecho fundamental indisponible o el contenido esencial de un derecho fundamental”.⁸² Aparecen entonces dos conceptos a considerar, “derecho fundamental indisponible” y por otro, “contenido esencial de un derecho fundamental”. De acuerdo con la apreciación que realizo, no es del todo claro en qué sentido se usa “indisponibilidad” y si se distinguen entre ambos términos en el marco de esta propuesta.

En este problema, merece tenerse presente que se ha atribuido a la nota de indisponibilidad de los derechos fundamentales al menos cinco significados distintos,⁸³ uno de estos el de identificarse con el contenido esencial –lo que implicaría que no hay distinción–. En otro uso expandido, en cambio, se asocia a la “titularidad” como indisponible, lo que podría llevar a entender que hay cierta redundancia porque con cubrir “los derechos indisponibles”

81. Sammartino, P. M. E., “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”, *La Ley Online*: AR/DOC/945/2021, 2021, p. 5.

82. Sammartino, “La estabilidad...”, p. 23.

83. Sosa Sacio describe los siguientes conceptos de indisponibilidad: a) Todo derecho fundamental es indisponible por ser constitutivo de la condición de ser humano digno; b) El ámbito indisponible de los derechos es el denominado “contenido esencial”; c) Los derechos fundamentales son disponibles en cuanto a su ejercicio, pero indisponibles en cuanto a su contenido protegido o titularidad; d) Los derechos indisponibles son aquellos “fundamentales” en sentido estricto, pero no los “patrimoniales” constitucionales; e) El ámbito indisponible de los derechos está vinculado a la noción de exigencias o necesidades básicas, Sosa Sacio, J. M., “Sobre el carácter ‘indisponible’ de los derechos fundamentales” en *Gaceta Constitucional* Nº9, 2008, pp. 503-507.

ya se cubrirían los contenidos esenciales. Alternativamente, podría entenderse que la “indisponibilidad” se vincula a necesidades básicas, por lo que habría, tal vez, ciertos derechos como la “protección contra el hambre” que serían indisponibles, mientras que otros derechos como la libertad son “disponibles” pero su contenido esencial es protegido (ejemplo expresamente incluido en la enumeración de derechos abarcados).

Comprender esto es importante porque, por ejemplo, dentro del derecho fundamental a la salud o la educación, podrían diferenciarse ámbitos de contenido esencial y otros no esenciales ¿Protege esta tesis cualquier derivación de estos derechos?

Hay, en cambio, algo que queda suficientemente en claro en esta lectura. La atribución de indisponibilidad no se verificaría en los derechos de contenido patrimonial, en particular, los contratos administrativos, los que generarían derechos disponibles, tal como el supuesto de los regidos por la ley N°27.328.⁸⁴ Esta delimitación parecería encontrar paralelo en la caracterización realizada por Ferrajoli. Para el filósofo italiano los derechos fundamentales tendrían la nota de ser indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, al tiempo que los derechos patrimoniales serían disponibles, negociables y alienables.⁸⁵ Tal entendimiento se vincularía más con la titularidad como indisponible.

Pero, por otro lado, en un apartado se explica que el contenido esencial es una de las “variables” del “derecho fundamental indisponible”, el cual, con cita en jurisprudencia de la Corte, se asociaría al “contenido mínimo”

84. Sammartino, *op. cit.*, p. 20.

85. Ferrajoli ofrece una definición teórica (no basada en un texto constitucional puntual), por la que serían derechos fundamentales, “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (p. 19). En cuanto a los derechos patrimoniales, estos serían disponibles, negociables y alienables, en tanto que los fundamentales indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos (p. 31), Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014, pp. 19 y 31.

de un derecho que tienen las personas para desplegar plenamente su valor como agentes morales autónomos.⁸⁶

Desde mi perspectiva, no resulta del todo claro el alcance específico de esta propuesta, por sobre todo, si en ciertos derechos, tales como salud y educación (los cuales son expresamente invocados como ejemplo), se pretende proteger solo el contenido esencial o cualquier alteración. Es manifiesta, no obstante, su exclusión a la protección de derechos patrimoniales disponibles.

La segunda digresión, es que más allá de que existan propuestas filosófico-jurídicas para distinguir entre derechos fundamentales y no fundamentales, nuestro régimen constitucional no efectúa esta distinción de manera positiva. Esto resulta un contraste con, por ejemplo, la constitución española que sí lo realiza.⁸⁷ En este sentido, se ha sostenido que no existe una lista o fórmula para determinar si un derecho es fundamental. Así, la categoría ontológica de no fundamental no podría derivarse ni siquiera de los derechos susceptibles de suspensión que realiza el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁸⁸

Hechas estas salvedades, estimo que la tesis III es susceptible de al menos cuatro objeciones.

En primer lugar, esta posición no parece encontrar una ubicación armónica para el artículo 17 CN. Este artículo establece que el desapoderamiento de derechos de propiedad debe ser instrumentada mediante juicio. Es cierto que la jurisprudencia y legislación ha admitido la anulación de derechos subjetivos creados por un acto administrativo. Empero desde un punto de vista estrictamente constitucional, que es el punto de vista que se pretende asumir, la disposición en comentario parece haber nacido incluyendo bajo su protección adjetiva a derechos patrimoniales disponibles, los que esta tesis III parece no pretender cubrir. Esto puede representar un problema dado que la propuesta en análisis podría ser entendida en el sentido de que, antes que ampliar la protección constitucional, pasa en verdad

86. Sammartino, “La estabilidad...”, p. 35, nota al pie N°202.

87. Título I, arts. 10 a 29.

88. Arballo, G., “Teoría de los derechos NO fundamentales” en *Saber leyes no es saber derecho*, 04/08/2013, parr. 3. Consultado en: <http://www.saberderecho.com/2013/08/teoria-de-los-derechos-no-fundamentales.html>.

a desconocerla a tales derechos –patrimoniales– para reconocerla a otros –derechos fundamentales indisponibles o solo el contenido esencial de derechos fundamentales.

Además, no se evidencia que se tomen en cuenta las ampliaciones jurisprudenciales del concepto de propiedad. Si se pretende proteger el “mínimo disponible”, los adherentes a la tesis I podrían replicar que, desde tal marco, fundado en el 17 CN, se protege más que el mínimo. Por tal motivo, esta tesis III parecería requerir *a priori* una visión restringida del concepto de “propiedad”, para que resulte funcional a otorgar una mayor protección en la mayoría de los casos. Vale recordar que ayudas sociales, jubilaciones y otros mecanismos de asistencia podrían entrar en el concepto de propiedad, tanto como un contrato administrativo.

En esta línea, esta tercera lectura, que se basa en los cambios introducidos por la última reforma constitucional, podría llegar a recibir una observación fundada en el artículo 29 CADH, norma que veda la invocación de la respectiva convención para suprimir el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la propia Convención, en las leyes de los Estados parte y las previstas en otros instrumentos internacionales. De aquí que la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos, no pueda ser invocada en planteos que reduzcan el ámbito de protección de derechos ya reconocidos, incluso, derechos que bajo una lectura moral o filosófica se estimen no fundamentales o disponibles. Esto así, dado que si se interpreta que la Constitución argentina reconocía previamente la protección adjetiva especial (juicio) para la extinción de propiedad disponible –como alguna vez apuntó la Corte de acuerdo con lo visto en el punto II.A y como parte de la doctrina enmarcada en la tesis I sostiene–, sería censurable fundamentar en la CADH u otros instrumentos de derechos humanos que la anulación judicial se limite a casos de derechos fundamentales.

Se presentaría así el riesgo de que se incurra en lo que, de manera informal, ha sido introducido como “hacer techo del piso”. Esto implicaría fijar el estándar de derecho internacional, el cual resulta un piso, como si fuera un techo, de manera de esterilizar las mejores versiones del derecho doméstico.⁸⁹ En relación con esta tesis III, “hacer techo del piso”, podría

89. Creo que en los tiempos actuales un *tweet* puede aportar reflexiones interesantes. La denominación de “hacer techo del piso” fue utilizada por Gustavo Arballo (@GustAr-

alegarse, sería negar la protección judicial a actos administrativos vinculados a derechos disponibles que surge art. 17 CN. Ello, en el marco de una interpretación que, si bien fundada en los principios, valores y reglas que emanan de la Constitución convencionalizada de 1994,⁹⁰ parece limitar la exigencia de juicio a actos sobre derechos indisponibles.

Es posible que puedan existir varias respuestas a esta potencial primera crítica. Más el que pueda formularse esta objeción parte, a mi modo de ver, de que el artículo 17 CN, con su actual alcance, no parece tener un adecuado tratamiento en esta formulación.

En segundo lugar, puede cuestionarse que se denuncie que la anulación administrativa es violatoria de los artículos 18 CN y 8 CADH pero solo cuando medien ciertos derechos.

Vale resaltar que esta tesis no niega el deber de anular sino que exige que ello se instrumente en un ámbito específico. Tal cuestión abre la pregunta acerca de qué es lo que diferencia un espacio del otro para esta mirada. Sobre esta cuestión, parece brindarse una respuesta al indicarse que cualquier alteración del bien jurídico protegido por el derecho fundamental “debe ser precedido de un juicio previo (arts. 18, CN; 8º, CADH; art. 17, segunda parte y 18 LNPA”.⁹¹ Ahora bien, tomando en cuenta las disposiciones constitucionales y convencionales citadas, surge que es el derecho constitucional y convencional de debido proceso el fundamento que da lugar a que deba instruirse la anulación judicialmente. Esto es significativo, dado que implica afirmar que la anulación en sede administrativa, por alguna razón, como el de la falta de imparcialidad,⁹² viola el derecho de defensa.

Si esto es así, cabe examinar entonces si es válido restringir la exigencia de anulación judicial solamente a derechos fundamentales. Es que, parecería

ballo), al expedirse en torno a los usos regresivos de los derechos humanos, mensaje del 24/09/2021. https://twitter.com/GustArballo/status/1441245743495348232?t=KDg-Ne_-gd9yPl49az8ec_w&s=19h

90. Sammartino, *op. cit.*, p. 21.

91. Sammartino, *op. cit.*, p. 22.

92. El citado profesor parece tomar esta garantía en especial consideración al señalar que “...más allá de la calificación jurídica que la Administración le dispense al acto (regular o irregular), la cesación –definitiva o provisional– de los efectos de esta clase de acto corresponde que sea decidida por un órgano independiente e imparcial, un tribunal judicial”, Sammartino, *op. cit.*, p. 23.

derivarse que las garantías que prevén los artículos 18 CN y 8º CADH son solamente aplicables a los actos que determinen ciertos tipos de derechos y no otros, particularmente cierto tipo de actos de contenido patrimonial que en esta visión se estiman no fundamentales. Si es reprochable –constitucional y convencionalmente– la falta imparcialidad de la Administración al anular un acto vinculado a derechos no patrimoniales. ¿Por qué no lo sería también cuando se pretende anular un contrato de 500 millones de dólares o uno que para una firma menor podría representar su quiebra? Si se alega, como lo hace esta tesis III, que el procedimiento de anulación administrativa no satisface los principios defensorias que surgen de los arts. 18 CN y 8 CADH, se requiere una justificación más acabada de por qué solo lo hace cuando se determinan derechos –en esta visión iusfilosófica– fundamentales indisponibles y no cuando hay derechos meramente “legales” o disponibles.

En esta línea podría preguntarse ¿puede reglamentarse el derecho de defensa diferenciando según el tipo de derecho involucrado? Ciertamente es que los derechos, en tanto no sean alterados, admiten un margen de reglamentación (arts. 14 y 28 CN). No obstante, el tipo del derecho involucrado quizá no sea el único aspecto que deba tenerse en cuenta y en más, la decidida exclusión de la garantía de imparcialidad para todos los conflictos concernientes a derechos patrimoniales podría también ser tachada de inconstitucional e inconvencional, puesto que ni los artículos 17 y 18 CN ni el artículo 8.1. CADH distinguen sobre la base de clasificaciones de derechos. Hacerlo, además, podría ser objetado como interpretación no sujeta al principio *pro homine*.⁹³

Es cierto que esta propuesta –tesis III– parte de la LNPA y el desarrollo jurisprudencial desde *Carman de Cantón*. De ahí que lo que se plantea pretenda ser superior a un estado actual. Pero denunciar la invalidez de la anulación en sede administrativa por razones constitucionales y convencionales resulta ser una premisa que puede conllevar a una conclusión aún más amplia de la que esta mirada propone *a priori*.

93. La Corte Suprema ha sostenido que el principio *pro homine* encuentra dos manifestaciones: 1) Exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de derechos, libertades y garantías y 2) impone obrar en sentido inverso, restrictivo, a la hora de medir las limitaciones a los derechos, libertades y garantías o la capacidad de imponerlas, CSJN, *Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*, considerando N°11, 18/06/2013”, Fallos 336:672.

En tercer lugar, podría observarse que no resulta claro si lo que esta tesis pretende garantizar es el derecho de defensa en sí o que la anulación deba realizarse exclusivamente en sede judicial, distinción que vale la pena considerar. Es que se toman en consideración los arts. 18 CN y 8 CADH para justificar la exigencia de que la anulación, en tanto median derechos fundamentales, tenga que ser instrumentada judicialmente. La estabilidad del acto administrativo, de acuerdo con esta propuesta, sería una garantía de los derechos humanos. Pero ¿cuál es específicamente la garantía? ¿Qué la anulación se realice en sede judicial o que se garantice el debido proceso? Un punto no necesariamente es idéntico al otro.

Es que podría admitirse que el procedimiento administrativo nacional no garantice hoy el derecho de defensa con una adecuación a los estándares constitucionales y convencionales que se exigen para el ámbito judicial. Empero imagínese, un hipotético procedimiento inserto dentro de la Administración en el que se provea adecuadamente el derecho de defensa, se cuente con funcionarios elegidos por concurso y revestidos con una fuerte garantía de estabilidad, separados de la administración activa o, sencillamente, que se instituya que la anulación debe determinarse por tribunales administrativos. En tal caso, esta postura debería responder si seguiría siendo necesario que la anulación se instrumente por vía judicial cuando median derechos fundamentales.

Finalmente, y en cuarto lugar ¿incurre también esta tesis en presentar posibles escenarios de falta de razonabilidad en la promoción de un juicio (de manera similar a lo analizado para la tesis I en el punto III.1)? Esto dependerá de cómo se interprete su alcance. Si la existencia de derechos fundamentales indisponibles veda de manera absoluta cualquier tipo de modificación por razones de ilegitimidad en sede administrativa, incluso menores o parciales (imagínese, por ejemplo, la necesidad de corregir un error en la cuantía de una prestación de manera mínima) la respuesta parecería ser afirmativa.

III. D. Colofón

De acuerdo con lo expuesto en esta segunda parte, las tres perspectivas examinadas dan lugar a interrogantes y cuestionamientos. Creo que poder apreciar estas diferentes tesis en conjunto allana el camino para, en un futuro, mejorar los argumentos a favor de cada una de estas o lograr una síntesis que se nutra de sus diferentes aportes.

IV. Conclusiones

En este trabajo he tratado de fundamentar que pueden identificarse tres importantes enfoques sobre los límites constitucionales de la potestad anulatoria de la Administración Pública.

El primero, se basa en una interpretación, si se quiere estricta del artículo 17 CN, suplementado por el artículo 109 CN. De acuerdo con esta, la Administración no puede anular derechos subjetivos de propiedad. No tendría competencia para ello y las acusaciones vinculadas con que el acto es irregular o que medió conocimiento del vicio del particular, fraude o dolo, no tendrían entidad para habilitar a la Administración a anular por sí misma. Dado el concepto actual de propiedad, el alcance de esta perspectiva podría cubrir no solamente contratos sino también ayudas sociales, pensiones, derechos concernientes al empleo público, entre otros. Adicionalmente, esta lectura es complementada –no por todos los adherentes– con la consideración de que la anulación de actos administrativos es función jurisdiccional. Esta tesis presenta un límite muy significativo al poder de anular.

En relación con aquella, se han analizado tres asuntos: i) una potencial réplica a esta tesis, basada en que la Administración podría anular actos irregulares, toda vez que estos solo generarían derechos aparentes, ii) la circunstancia de que esta tesis I podría llevar a que se insten juicios de forma antieconómica o irrazonable; iii) la incidencia para esta posición de encuadrar a la anulación de actos administrativos como una facultad inherente de la función administrativa o como una función judicial.

La segunda mirada se vincula con el derecho de defensa. Esta tesis no rechaza que la Administración pueda anular por sí misma, en principio en ciertos supuestos, pero exige que, para ello, se garantice el debido proceso. Este enfoque abre preguntas relevantes, tales como qué implica hoy garantizar el debido proceso en un procedimiento anulatorio en el actual marco convencional. Otro interrogante, si se centra el límite en el derecho de defensa, es si podría la Administración anular siempre en sede administrativa en tanto garantice un suficiente debido proceso y se entendiese que la acción de lesividad es meramente instrumental a tal derecho. Es decir, entender que no es lo importante en qué ámbito se realice la anulación sino que se provean las suficientes garantías del debido proceso. Una respuesta a tal formulación vendría de interpretar restrictivamente los artículos 17 CN y 109 CN y que ni aún un tribunal administrativo pudiera

equiparar al Poder Judicial de manera suficiente. En cambio, desde una perspectiva teleológica y dúctil, quizá la anulación administrativa amplia podría ser defendida de brindarse similares estándares de protección al igual que en el ámbito judicial.

Un tercer enfoque propone que siempre que medien derechos fundamentales indisponibles o el contenido esencial de un derecho fundamental, la Administración esté vedada de extinguir el acto administrativo, salvo que pueda acreditarse fehacientemente que haya mediado dolo o connivencia dolosa. Al respecto, inicialmente se formularon dos digresiones en vinculación al concepto de indisponibilidad de los derechos fundamentales (que carece de un significado unívoco) y la posibilidad de distinguir positivamente entre derechos fundamentales y no fundamentales en nuestro marco constitucional. Efectuadas estas salvedades, seguidamente se plantearon cuatro reparos sobre esta posición. En primer lugar, que no parece que se brinde una explicación adecuada para el artículo 17 CN, el cual, *a priori* ya proveería una garantía de juicio previo para el desapoderamiento de derechos patrimoniales disponibles. En segundo término, que, si se deduce de los artículos 18 CN y 8 CADH que el procedimiento administrativo anulatorio viola el derecho de defensa podría resultar cuestionable que se restrinja esta conclusión a solo algunos actos administrativos y solo algunos derechos. En tercer lugar, se ha observado que no queda del todo claro si lo relevante para esta tesis es proteger el derecho de defensa o que a la anulación se haga estricta y exclusivamente en sede judicial, objetivos distinguibles entre sí. En cuarto lugar, se ha esbozado que esta lectura, según cómo se interprete su alcance, al igual que la tesis I, podría derivar en promover acciones judiciales antieconómicas que podrían ser observadas sobre la base del principio de razonabilidad.

Bibliografía

- Arballo, G., “Teoría de los derechos NO fundamentales” en *Saber leyes no es saber derecho*, 04/08/2013. Consultado en: <http://www.saberderecho.com/2013/08/teoria-de-los-derechos-no-fundamentales.html> [Acceso 02/05/2022]
- Barrionuevo, E., “Óbices constitucionales a la exigibilidad y pretendidos efectos de la declaración administrativa de lesividad” en *La Ley Online* AR/DOC/2472/2020, 2020.

- Bianchi, A. B., “¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad? en *El Derecho* 132-808, 1989.
- Bidart Campos, G. J., *El Derecho Constitucional del poder* (tomo II), Buenos Aires, Ediar, 1967.
- Borensztein, C. y López, J. I., “La quita de pensiones no contributivas por invalidez a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en *La Ley Online* AR/DOC/1531/2019, 2019.
- Buteler, A., “Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad”, *La Ley Online* AR/DOC/3830/2013 en *La Ley* 17/10/2013, 2013.
- Canda, F. O., “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de ‘tutela administrativa efectiva’. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional” en *El Derecho Administrativo*, 07/10/2015.
- Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, 12^a ed. (tomo I), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.
- Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad: del debido juicio sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.
- Comadira, F. G., *La acción de lesividad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019.
- Comadira, J. P., “El procedimiento de anulación de oficio del acto administrativo y del reglamento”, en AA VV, *Procedimiento administrativo: Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (pp. 497-511), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea.
- Comadira, J. R., *La anulación de oficio del acto administrativo: La denominada “cosa juzgada administrativa”*, Buenos Aires, Astrea, 1981.
- Coviello, P. J., “La confianza legítima”, en *El Derecho* 177-894, 1998.
- Diez, M. M., *Manual de Derecho Administrativo*, 4^a ed. (tomo I), Buenos Aires, Plus Ultra, 1985.
- Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4^a ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- Fiorini, B. A., *Manual de Derecho Administrativo* (tomo I), Buenos Aires, La Ley, 1968.
- Gordillo, A. A., *El acto administrativo*, 2^a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969.

- Gordillo, A. A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo* (Tomo 8), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Gordillo, A. A. y Daniele, M., *Procedimiento Administrativo: decreto-ley 19.549/1972 y normas reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (2ª ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- Gusman, A., “La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal”. *El Derecho Administrativo*, 2007-671, 2007.
- Laplacette, C. J., “Constitución Nacional e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de actos administrativos” en *La Ley Online AR/DOC/2827/2017*, 2017.
- Linares, J. F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- Mairal, H. A. y Veramendi, E. V., “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado” en *La Ley Online: AR/DOC/2624/2018*, 2018.
- Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., (tomo II), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- Minorini Lima, I. J., “La revocación del acto administrativo irregular” en Tawil, G. S. (dir.), *Acto administrativo* (pp. 767-798), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- Nielsen Enemark, C. A., “El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular” en *El Derecho Administrativo* 2017-746, 2017.
- Pierce, R. J., *Administrative Law* (2ª ed.), New York, Thompson Reuters, 2012.
- Pizarro Sotomayor, A. y Méndez Powell, F., *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Aspectos sustantivos*, Panamá, edición de los autores, 2006.
- Sammartino, P. M. E., “Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, en *El Derecho administrativo*, 2014-724, 2014.
- Sammartino, P. M. E., “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional”, *La Ley Online AR/DOC/3777/2016*, 2016.
- Sammartino, P. M. E., “La estabilidad del acto administrativo”, *La Ley Online AR/DOC/2804/2019*, 2019.

- Sammartino, P. M. E., “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”, *La Ley Online AR/DOC/945/2021*.
- Sosa Sacio, J. M., “Sobre el carácter ‘indisponible’ de los derechos fundamentales”, *Gaceta Constitucional* N°9, 2008.
- Villarruel, Susana, “El control judicial de las sanciones administrativas. Su modificación por el órgano judicial”, *Derecho Administrativo Austral* N° 1, pp. 109-191, 2008.
- Villegas Basavilbaso, B., *Derecho Administrativo* (tomo IV), Buenos Aires, TEA, 1952.

