

INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS. ANUARIO

DIRECTOR
Jorge E. Rodríguez
SECRETARIO EJECUTIVO
Franco M. Fiumara
SECRETARIO GENERAL
Emiliano D. Martínez

INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
ANUARIO 2020-2021



Universidad Nacional De La Matanza

Rodríguez, Jorge E.

Instituto de Ciencias Jurídicas : Anuario 2020-2021 / Jorge E. Rodríguez ; Franco M. Fiumara ; Emiliano D. Martínez. - 1a ed. - San Justo : Universidad Nacional de La Matanza, 2022.
114 p. ; 28 x 20 cm.

ISBN 978-987-8931-17-3

1. Derecho. 2. Anuario. I. Fiumara, Franco M. II. Martínez, Emiliano D. III. Título.
CDD 340.02

© Universidad Nacional de La Matanza, 2022
Florencio Varela 1903 (B1754JEC)
San Justo, Buenos Aires, Argentina
editorial@unlam.edu.ar
www.unlam.edu.ar

Diseño: Editorial UNLaM

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723.
Prohibida su reproducción total o parcial.
Derechos reservados.

JUSTICIA LOCAL Y ESTADO DE DERECHO

REVOCATORIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA OTORGADA EN EL MARCO DE LA LEY DE EJECUCIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ¿SE COMPUTA EL PLAZO EN LIBERTAD?	13
NULIDADES PROCESALES EN EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL FRENTE AL ESTADO DE PANDEMIA POR COVID 19.	25
IMPLICANCIAS DE LA AUTONOMÍA EN LA GESTIÓN DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES	33
UN ABORDAJE A LAS INVESTIGACIONES PENALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN	43

DERECHOS HUMANOS E INTERNACIONALES

“A LOS 75 AÑOS DEL FINAL DEL JUICIO DE NÜREMBERG”. DINÁMICA Y PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LOS JUICIOS.....	57
LA LIBIA DE MUAMMAR GADAFI: UNA RETROSPECTIVA A UNA DÉCADA DE SU CAÍDA.....	65
ACUSADOS EN AUSENCIA EN MATERIA PENAL EN VENEZUELA.	71
SISTEMAS DE ARMAS AUTÓNOMAS Y DIH ADVERTENCIA DE UN FUTURO CERCANO.....	77

ANIMALES NO HUMANOS Y DERECHO AMBIENTAL

LA SITUACIÓN ACTUAL E IMPERANTEMENTE CONFLICTIVA DE LOS ANIMALES NO HUMANOS EN LOS PLEXOS EURO CONTINENTALES Y AFINES.....	99
LOS GLACIARES Y EL AMBIENTE PERIGLACIAL COMO BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LA LEY 26.639.....	103
MÁS QUE PERSONAS Y COSAS: NATURALEZA JURÍDICA DEL ANIMAL Y DIFICULTADES DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA EN ARGENTINA.....	111

ESTIMADOS Y ESTIMADAS:

Una vez más, tengo el agrado de saludar y dirigirme a ustedes en la presentación de un nuevo Anuario del Instituto de Ciencias Jurídicas (ICJ) de la Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM).

Pero esta vez es diferente a las anteriores. Todos y todas hemos atravesado –y aún seguimos atravesando-, situaciones traumáticas en estos últimos dos años a raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud como consecuencia de COVID-19.

En dicho período, nos ha tocado despedir a muchas personas queridas: entre ellas, grandes amigas de derecho, docentes y personal de esta Casa de Altos Estudios. Cómo no tener presente al Dr. René Nicoletti, Vicerrector de nuestra querida Universidad, que con su calidad humana y sabiduría, siempre fue fuente de consulta para nuestro crecimiento como Instituto. A él nuestro eterno reconocimiento.

Aún frente a las adversidades que se nos fueron presentando –al igual que a toda la comunidad-, desde el ICJ hemos continuado con nuestra labor para la realización de actividades, jornadas y la publicación de este Anuario, entre otros puntos. Ello fue posible gracias al formidable equipo de trabajo que poseemos (ese enérgico brazo ejecutor), que a fuerza de voluntad y compromiso, supo sobreponerse a las dificultades en pos de los objetivos de este espacio institucional. En particular, corresponde resaltar la dedicación y gestión de Franco Fiumara y Emiliano Martínez durante este tiempo.

Y así fue como logramos producir el presente Anuario, comprensivo de los años 2020 y 2021, en los que se abordan diferentes temáticas –tanto a nivel nacional como internacional- fruto de las investigaciones que cada uno de los autores y autoras llevó a cabo.

Su lectura no sólo brinda herramientas para quienes nos encontramos vinculados a la rama del derecho y el campo académico, sino que también deviene interesante para el público en general, toda vez que aporta conocimiento en asuntos que se erigen primordiales y debemos afrontar en lo inmediato, como lo es la materia ambiental y los animales no humanos.

Previo a cerrar esta breve presentación, quiero agradecer al Rector de esta Casa de Altos Estudios, Prof. Dr. Daniel E. Martínez, quien con su dedicación nos acompaña en la elaboración de auspiciosos proyectos y apoya en la constante consolidación de este Instituto.

Deseo el presente Anuario, los y las cautive tanto como lo ha hecho en quienes participamos en su redacción.

Jorge E. Rodríguez

Director

Instituto de Ciencias Jurídicas
Universidad Nacional de La Matanza

JUSTICIA LOCAL Y ESTADO DE DERECHO

REVOCATORIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA OTORGADA EN EL MARCO DE LA LEY DE EJECUCIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ¿SE COMPUTA EL PLAZO EN LIBERTAD?

Por Emiliano D. Martínez¹

PRESENTACIÓN

En el trabajo se abordará el estudio de un inconveniente que se presenta en relación a las personas que se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

La Ley de Ejecución Penal Bonaerense (ley 12256 y sus modificatorias) regula en el art. 104 el instituto de la libertad asistida que podrá ser otorgado al condenado bajo determinadas condiciones. Asimismo, en los artículos siguientes se establecen las obligaciones que el beneficiado deberá cumplir y los motivos que podrían originar su revocatoria.

Sin embargo, el legislador no previó qué sucede con el plazo durante el cual el penado gozó del beneficio, a efectos del término de la pena, en caso que sea revocado. Es decir, no se explicitó, como sucede con el art. 15 del código penal para la libertad condicional o en el art. 56 de la ley 24660 para la libertad asistida en el ámbito nacional, cómo debe computarse el tiempo que hubiere durado la libertad.

A través del análisis de diversos principios y la normativa aplicable, lo cual será complementado con jurisprudencia y doctrina, se abordará la problemática a efectos de dilucidar cuál sería -si es que existe- la solución adecuada al caso.

A fin de arribar a ello, se expondrán cuestiones preliminares relativas a las leyes de ejecución penal de orden nacional y provincial y la competencia para legislar al respecto, para luego continuar en el análisis de su aplicación en el ámbito de la provincia de Buenos Aires y, con esos elementos, afrontar la hipótesis planteada.

¹ Docente Universidad Nacional de La Matanza. Prosecretario Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. Ex Auxiliar Letrado Cámara de Apelación y Garantías Departamento Judicial La Matanza. Posgrados en Derecho Penal.

1. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE EJECUCIÓN PENAL

Son variadas las aristas que se presentan al introducirse al estudio del tema en cuestión. En efecto, lo que se desprenda de la observación de aquellas podría demarcar el camino a seguir a efectos de arribar a una solución y así descartar otros puntos que también resultarían válidos.

En primer lugar, comprendo que corresponde preguntarse cuál es la normativa que rige la ejecución penal en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

No es intención realizar un debate académico respecto a la conformación de nuestro sistema federal y el “poder” que las provincias delegaron en el². Ello corresponde -quizás- a la conceptualización de las facultades delegadas, reservadas y concurrentes de los Estados Partes que forman parte del Estado Central, y de una problemática vinculada al derecho constitucional y el público provincial. Pero entiendo que si deviene necesario efectuar un breve comentario en relación a la distribución de competencias en materia de ejecución entre el Estado nacional y las provincias; discusión académica y jurisprudencial que no es reciente.

Ya en 1917 al fundamentar el despacho de Comisión acerca del Código Penal, Rodolfo Moreno (h) expresó que “(e)s necesario que se dicte la ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de la penalidad en toda la República y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia y en cada lugar se cumplen penas como le parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo o debiendo haber un solo Código Penal, la aplicación de las represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país”³.

1.1 Ley de ejecución ¿complementaria del código penal?

Presenta interés interrogar si la norma relativa a la ejecución penal (en este caso la ley nacional 24660) resulta parte integrativa del digesto sustantivo, que conforme lo regularon los convencionales constituyentes corresponde su dictado al Congreso Nacional⁴; o si, por el contrario, las provincias conservan su competencia para legislar en la materia.

Hay tantas posturas como espacios se han dedicado al respecto. En efecto, es cierto que “(n)o es sencillo determinar cuáles son las propiedades que una norma debe reunir para considerarla inmersa dentro del Código Penal cuyo dictado corresponde al Congreso Federal”⁵, pues “...no

² Constitución Nacional. Art. 121: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

³ Cámara de Diputados de la Nación, Legislación Penal y Carcelaria, proyecto presentado por el diputado Rodolfo Moreno, Buenos Aires, 1922, p. 16. La cita corresponde al dictamen efectuado por Eugenio Raúl Zaffaroni y Alejandro Slokar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre el proyecto de Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad en la provincia de Córdoba.

⁴ Constitución Nacional. Art. 75: Corresponde al congreso. Inc. 12 Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

⁵ López Ramos, Marcela, *Controversias en torno a la competencia ejecutivo penal*, Revista 18 del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial San Isidro, pág. 113 y siguiente.

se efectúa allí ninguna precisión respecto a la materia concreta a legislar, ni está establecido en ninguna parte de la Carta Magna cuál ha de ser el contenido de ese cuerpo normativo”⁶.

Tal circunstancia no parece presentar un problema para De la Fuente, quien postula que “... al momento de dictarse la Constitución, las disposiciones sobre ejecución de la pena privativa de libertad se hallaban incluidas en el Código Penal, por lo que es razonable entender que el Constituyente delegó también esta materia en el Gobierno federal”⁷, ya que dicha atribución no podría limitarse a la estimación de las sanciones y su duración, sino también a la posibilidad de regular el contenido de su ejecución estableciendo las modalidades en que aquellas se cumplen⁸.

Fundamenta en parte su opinión en lo prescrito por el art. 229 de la ley 24660, en el sentido que la norma “...es complementaria del Código Penal en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida”; y en el art. 228 del citado texto respecto a la “invitación” que se hace a “las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación y reglamentaciones penitenciarias”.

Mismo criterio era sostenido -la conjugación verbal no es casual- por Zaffaroni en su tratado publicado en 1980⁹, al advertir que, a la fecha de sanción de nuestra Carta Magna, las pocas disposiciones relativas a la ejecución de la pena en el mundo se hallaban en los códigos penales.

En igual sentido, Marcos Salt expresa que “...la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad tiene plena vigencia en todo el territorio del país sin que ni siquiera sea necesario que las provincias dicten leyes de adhesión o modifiquen sus normas tal como pretende el artículo 228 de la ley 24.660”, y agrega que son las normas procesales o administrativas (a las que diferencia de las normas de Derecho Penal material, que integran el Derecho común y cuyo dictado corresponde al Congreso de la Nación) las reservadas por las provincias y que deben ser dictadas por autoridades legislativas provinciales¹⁰.

En el orden jurisprudencial, algunos magistrados del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires comparten que “...la ley nacional de ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660, es complementaria del Código Penal y, por ello, las concordancias a las que se refiere el artículo 228, no pueden tener otro sentido y alcance que el relativo a las disposiciones de carácter administrativo o procesal. Ello se corresponde con la finalidad pretendida por el legislador de unificar a nivel nacional la ejecución penal, que no incluyen aquellas que hacen a la cuestión de fondo (art. 229), las que por imperativo constitucional, son per se propio, de aplicación automática y obligatoria en todo el territorio de la Nación”¹¹.

Federico M. Weinstein también adhiere a la tesis que la ley nacional 24660 es complementaria del código penal¹².

⁶ Ídem.

⁷ De la Fuente, Javier Esteban, *La ley 24.660 y su aplicación en las provincias. Situación de los procesados*, Revista de Derecho Penal, 2012.

⁸ Ídem.

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tatado de Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 1980.

¹⁰ Rivera Beiras, Iñaki – Salt, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 166.

¹¹ Según voto del Dr. Carlos Alberto Mahiques, en el plenario del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa N° 63.610 caratulada “Altamirano, Facundo Ezequiel s/ Recurso de Casación”, rta. 04 de noviembre de 2014, al abrir el voto de la minoría.

¹² Federico M. Weinstein, *Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense*, Omar Favale Ediciones, Buenos Aires, 2006.

1.2 Situación

Como expuse párrafos arriba, hay variadas opiniones en relación a qué órgano legislativo le corresponde legislar sobre la ejecución de la pena; algunas de las cuales, sin perjuicio de la posible complementariedad de la ley 24660 al digesto de fondo, son contrarias a las mencionadas.

Entre estas últimas se erige la de Herbel, al señalar que si la Constitución Nacional nada dispone respecto a la facultad federal de legislar en relación a la temática, ni los principios de legalidad e igualdad pueden justificar tal competencia, el Estado central no puede cercenar la capacidad provincial de regular institutos penales ejecutivos. E incluso, redobra la apuesta y afirma que “...no es la provincia la que debe justificar su potestad legislativa en la materia, sino el Estado federal al que le corresponde hacerlo por carecer de delegación expresa”¹³.

Ahora bien, al margen de las conclusiones en uno y otro sentido -las que no se limitan a las aquí mencionadas, pero cuyo examen exhaustivo excede al estudio planteado-, lo cierto es que coexisten la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad nro. 24660 (emitida por el Congreso de la Nación Argentina) y la Ley de Ejecución Penal Bonaerense nro. 12256 (sancionada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires).

Frente a ello, se presenta el siguiente punto a analizar: ¿cuál corresponde aplicar en el ámbito de la provincia de Buenos Aires?

2. EJECUCIÓN DE LA PENA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En lo referente a qué normativa debe aplicarse a una pena privativa de libertad en el ámbito de la provincia de Buenos Aires por una condena impuesta por un organismo de la jurisdicción local¹⁴, existe tratamiento en órganos judiciales de diferentes instancias e, incluso, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Uno de los fallos de mayor relevancia en la materia fue el emitido en Acuerdo Plenario por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, en causa nro. 52112 el día 15 de noviembre de 2001¹⁵. Fue un pronunciamiento con disidencias, en el que “desempató” una Jueza integrante de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de esa departamental.

La mayoría definió -a través de sólidos votos- que la ley 24660 es de aplicación en la provincia y conforma un “piso”, a partir del cual cada legislación podrá “avanzar” en el dictado de normas de ejecución penal que sean más favorables para los justiciables.

¹³ Herbel, Gustavo A., *Concurrencia legislativa entre la Nación y las provincias en ejecución penal (repercusiones del marco mínimo en la ley bonaerense)*, Capítulo X de la obra *Ejecución de penas privativas de libertad*, Zulita Fellini, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 230.

¹⁴ Resulta necesario efectuar la aclaración respecto al órgano que impone la pena, pues de ser dictada por uno de competencia federal en razón de su intervención por un delito de esa índole, aún en el ámbito territorial de la provincia, el penado será sometido a la ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad nro. 24660. Ello es lo que sucede en la práctica, amén de lo prescrito por la ley 12256 en su art. 2 (aspecto que es ajeno al presente y amerita un estudio específico).

¹⁵ Se recomienda la lectura del artículo de De la Fuente, Javier Esteban, *La ley 24.660 y su aplicación en las provincias. Situación de los procesados*, Revista de Derecho Penal, 2012, en el que analiza el fallo.

La decisión adoptada por la mencionada Alzada fue -tácitamente- convalidada por el Máximo Tribunal nacional, ya que en “Verbitsky¹⁶” se afirmó que la ley nacional “...se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones”.

A la misma solución arribaron con posterioridad los integrantes del Tribunal de Casación Penal de la provincia en el Acuerdo Plenario nro. 63610¹⁷. En un extenso pronunciamiento en el que se abordaron cuestiones de índole constitucional, e incluso se observó que el artículo 104 de la ley provincial 12256 modificada por ley 14296 canalizó las observaciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Verbitsky”, por mayoría se resolvió que el régimen legal aplicable en materia de ejecución de las penas privativas de libertad es la ley provincial en cuanto resulte mas beneficiosa para el condenado que la ley nacional marco.

La doctrina no permaneció ajena a la discusión. Así, hay quienes postulan que las provincias no deberían dictar disposiciones legales que hagan al contenido mismo de la ejecución de la pena privativa de libertad¹⁸, como así también quienes afirman que la ley nacional “...es, por un lado, legislación inmediatamente operativa para todo el país, por intermedio de la cual se desarrollan los principios y modalidades básicas de ejecución de las penas, y, por otro, representa una ley marco respecto de las provinciales (...) las que deben ser ‘concordadas’ con la federal para respetar el estándar jurídico mínimo acordado a las garantías constitucionales implicadas”¹⁹.

En efecto, en su obra que comenta la ley provincial, Oliveira Buscarini adhiere en cuanto a que la Corte con su decisión fija un estándar nacional que las provincias deben respetar, pero que les otorga a las legislaturas locales la posibilidad de avanzar sobre la ley nacional y dictar normas más favorables a los justiciables y con mayor amplitud de derechos y garantías. Incluso, afronta la cuestión desarrollada en el apt. 1.1. del presente y sostiene que “...con ello, el Tribunal soluciona el problema de la deficiente redacción de los artículos 228 (que ordena a las provincias adecuar en el plazo de un año sus respectivas legislaciones a la ley nacional) y 229 de la Ley 24.660 (que establece que la misma es complementaria del Código Penal)”²⁰.

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar opinan que “(l)os arts. 228 y 229 de la ley 24.660 son constitucionales, en tanto se los entienda como asignado a dicha ley el carácter de marco garantizador mínimo para las respectivas legislaciones provinciales”²¹.

Entonces, sin perjuicio de las comprensibles divergencias que puedan presentarse al respecto, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan por considerar que en orden a la legislación vigente, en lo que concierne a la ejecución de la pena la ley nacional es una “ley marco” para los magis-

¹⁶ CSJN, “Verbitsky, Horacio S/ Hábeas corpus”, rta. 03 de mayo de 2005, considerando 69.

¹⁷ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa N° 63.610 caratulada “Altamirano, Facundo Ezequiel s/ Recurso de Casación”, rta. 04 de noviembre de 2014.

¹⁸ De la Fuente, Javier, ob. Cit.

¹⁹ Herbel, Gustavo A., ob. Cit. pág. 235.

²⁰ Oliveira Buscarini, Ricardo F, *Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense (Modificatoria Ley 14.296) Comentada y anotada, Tercera Edición*, Librería Editoria Platense, La Plata, 2020, pág. 69.

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 168.

trados provinciales al analizar los diversos institutos, y las provincias pueden dictar normativas más beneficiosas para los encausados y que -a su vez- complementen aquélla.

Tal criterio fue asentado por el legislador provincial en el art. 2 de la ley 12256²² y reafirmado en los fundamentos de la ley 14296, donde se expuso que "...sin perjuicio de la autonomía local para regular todo lo atinente al régimen de ejecución de la pena, tal como históricamente se ha reconocido y afirmado expresamente en la Provincia (art. 2 de la Ley nro. 12.256), corresponde en esta materia tender a la máxima compatibilización posible entre el texto provincial y el nacional (...) y a la vez, materializar la decisión del Máximo Tribunal de la Nación en el sentido de que la Ley Federal debe operar como parámetro orientador de las decisiones locales".

3. LA LIBERTAD ASISTIDA

El instituto liberatorio objeto de este trabajo se encuentra regulado en las dos normativas citadas, cuyos textos denotan la dificultad planteada al inicio del trabajo.

3.1 Según la ley nacional

En la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad nro. 24660 y sus reformas, el art. 54 permite al condenado por algún delito no incluido en el artículo 56 bis y sin la accesoria del art. 52 del código penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio social amplio tres meses antes del agotamiento de la pena temporal; para lo cual, desde ya, deben requerirse determinados informes al Consejo Correccional de la unidad donde se encuentre alojado y observarse que se abastezcan determinadas exigencias que la norma prescribe.

Asimismo, el art. 56 establece los motivos por los que la libertad asistida podrá ser revocada²³ y, en su último párrafo, la consecuencia que ello podría acarrear: "En tales casos el término de duración de la condena será prorrogado y se practicará un nuevo cómputo de la pena, en el que no se tendrá en cuenta el tiempo que hubiera durado la inobservancia que dio lugar a la revocación del beneficio".

3.2 Según la ley provincial

En la Ley de Ejecución Penal Bonaerense nro. 12256 -texto según ley 14296- los recuados temporales difieren ampliamente de la legislación nacional a la vez que se contemplan dos supuestos diferentes para acceder al instituto.

En primer término, el art. 104 de la norma en cuestión dispone que la libertad asistida "...permitirá al condenado el egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis (6) meses antes

²² Ley 12256, Art. 2: A fin de asegurar el principio de igualdad de trato, la única Ley aplicable en el territorio bonaerense será la presente, cualquiera sea la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera, a cuyo cargo ellos se encuentren.

²³ Ley 24660, Art. 56: Cuando el condenado en libertad asistida cometiere un delito o violare la obligación que le impone el apartado I del artículo que antecede, la libertad asistida le será revocada y agotará el resto de su condena en un establecimiento cerrado.

Si el condenado en libertad asistida incumpliere reiteradamente las reglas de conducta que le hubieren sido impuestas, o violare la obligación de residencia que le impone el apartado III del artículo que antecede, o incumpliere sin causa que lo justifique la obligación de reparación de daños prevista en el apartado IV de ese artículo, el juez de ejecución o el juez que resultare competente deberá revocar su incorporación al régimen de la libertad asistida.

del agotamiento de la pena temporal”. Luego regula la posibilidad restante al agregar que el “... beneficio podrá otorgarse al condenado a penas perpetuas o mayores a tres años de prisión o reclusión, seis (6) meses antes del término previsto por el artículo 13 del Código Penal para la obtención de la libertad condicional, siempre que concurran los demás requisitos previstos para la concesión de ese instituto, y el condenado posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación”.

Esta última posibilidad, por tener vinculación en cuanto a sus exigencias con la libertad anticipada regulada en el digesto de fondo y el impacto que la decisión que cada organismo adopte al respecto podría ocasionar -en razón de su lejanía con el vencimiento de pena al momento de su concesión-, es la que será considerada y abordada en el trabajo.

3.3 Divergencias

Obsérvese la existencia de una diferencia sustancial entre los institutos -cuya denominación es la misma- legislados por el Congreso Nacional y el Congreso de la Provincia de Buenos Aires, en relación al requisito objetivo para estar en condiciones de acceder a la libertad anticipada, lo que implica que la normativa local aparezca más amplia y beneficiosa que la nacional para los justiciables.

Ello conlleva a que, conforme el criterio mayoritario sentado párrafos previos, pueda aplicarse al sujeto sometido a proceso la ley provincial respecto a la libertad asistida por resultar más favorable que la nacional.

Pero la divergencia señalada no es la única que se presenta en ambas legislaciones.

El art. 107 de la ley 12256 regula que la libertad asistida será revocada “...cuando el liberado cometiera un nuevo delito o incumpliera reiteradamente las obligaciones impuestas”. De seguido, el art. 108 dispone que cuando se revocare el instituto de marras -entre otros- por la comisión de un nuevo delito, el condenado “...ingresará o reingresará al Servicio Penitenciario bajo las condiciones del artículo 27, siguientes y concordantes”.

Nótese que el legislador provincial no previó, a diferencia de lo plasmado en el mencionado art. 56 de la ley 24660, qué sucede con el tiempo que la persona estuvo gozando del instituto cuando es revocado a efectos del cómputo de pena. Su falta de previsión expresa puede ocasionar que frente a una misma situación, es decir, ante la revocatoria de la libertad asistida, un órgano del fuero que tiene el condenado a su disposición se incline por contabilizar como parte de cumplimiento de pena el tiempo transcurrido con la persona en libertad, mientras que otro de la provincia de Buenos Aires -e incluso de la misma departamental- no compute dicho período.

4. ¿HAY UNA SOLUCIÓN ADECUADA?

Podría considerarse que existe lo que Nino denomina “inconsistencia normativa”, esto es, que dos o más normas se refieran a un mismo caso y tengan el mismo ámbito de aplicabilidad, y que ambas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles²⁴.

En este apartado se expondrán los argumentos que permitirían fundamentar la decisión que se adopte en uno u otro sentido, pues, como veremos, la solución no es pacífica.

²⁴ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 279.

Reitero lo señalado anteriormente, en cuanto a que el supuesto en estudio es el contemplado en el art. 104, segunda parte, de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense, que permite el acceso a la libertad asistida al penado a prisión perpetua o penas mayores de tres años de prisión, seis meses antes del término previsto en el art. 13 del código penal para obtener la libertad condicional.

4.1 El período en libertad no debe ser computado

El legislador reguló que para la obtención de la libertad asistida el condenado debe cumplir el lapso temporal señalado, “los demás requisitos para la concesión” de la libertad condicional y que posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo que lleve detenido en el espacio penitenciario.

La concurrencia de recaudos con el instituto liberatorio previsto en el art. 13 del código penal, como así también que se añada la exigencia conductual y se lo considere un “beneficio” (así fue denominado en la norma) a diferencia de aquél que es un derecho²⁵, puede llevar a comprender que el acceso a la libertad asistida bajo análisis es más restrictivo que la libertad condicional.

Entonces, si su otorgamiento se halla supeditado a la convergencia de los puntos señalados, entre los que se encuentran los requisitos que habilitan la concesión de la libertad condicional, podría considerarse que el beneficio en ciernes no fue regulado autónomamente por el legislador. En orden a ello, no parecería lógico que la remisión que hace el art. 104 de la ley 12256 –texto según ley 14296- al art. 13 del digesto sustantivo, pueda quedar escindida de las consecuencias previstas en el art. 15 de ése cuerpo legal cuando se revoque la libertad condicional.

Ese es el temperamento que adoptó la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala II- del Departamento Judicial La Matanza, Provincia de Buenos Aires, en el marco de la causa nro. 8155 el día 08 de febrero de 2018, ocasión en la que los magistrados votantes expusieron que “...las consecuencias de la revocatoria de la libertad asistida otorgada seis meses antes del término previsto en el artículo 13 del Catálogo Fondal no pueden ser otras que las previstas en el art. 15 del Código Penal”.

Entonces, de no procederse de esta manera, se incurriría en lo advertido por De la Fuente en relación a que “(t)odo instituto que importe una alteración de la modalidad de cumplimiento de la pena, o bien -con mayor razón- de su duración, debe estar necesariamente regulado por la legislación nacional. Me refiero concretamente al régimen de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional o libertad asistida. La aplicación uniforme del Código Penal en todo el país se vería seriamente afectada si cada provincia modificara estos institutos, sea suprimiéndolos, estableciendo otras condiciones (a favor o en contra del interno), o bien, agregando beneficios no previstos en la ley nacional”²⁶.

²⁵ Dias señala que “...puede válidamente afirmarse que la doctrina se inclina en general por considerar que la libertad condicional es un derecho del penado. En esta inteligencia, se ha manifestado que la libertad condicional es un derecho para el condenado dadas las condiciones legales; siendo en consecuencia obligatorio para el tribunal otorgarla, de satisfacer el peticionante los requisitos para ello”. Dias, Horacio, *Código Penal de la Nación Argentina. Comentado. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 101.

²⁶ De la Fuente, Javier Esteban, ob. cit.

4.2 El período bajo el régimen de libertad asistida debe computarse

Resta analizar los motivos por los que podría entenderse que el período que una persona estuvo gozando de la libertad asistida -a tenor del art. 104 segunda parte de la ley de ejecución penal provincial-, posteriormente revocada por reiterado incumplimiento de las obligaciones impuestas o comisión de nuevo delito²⁷, debería computarse en los términos de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Si se leen los fundamentos de la ley 14296, que introduce el supuesto aquí en trato, podrá observarse que “...se propone avanzar en la consolidación del sistema local en lo que atañe a la libertad asistida, manteniendo en este caso la amplitud que históricamente tuvo la regulación provincial que permite la obtención del beneficio no sólo seis meses antes del vencimiento de la condena, sino también con idéntica anticipación temporal a la libertad condicional”.

En el apt. 3.3. del presente trabajo -al que me remito en honor a la brevedad- se advirtió la falta de regulación en el ámbito de la ley provincial de las consecuencias, en cuanto al cómputo de pena, que la revocatoria del beneficio podría generar.

Aquí corresponde preguntarse si esa omisión fue involuntaria, o si, por el contrario, el Congreso Provincial entendió que al supuesto en trato le corresponde aplicar las consecuencias previstas en el art. 15 del código penal por la remisión que hace la propia norma de ejecución provincial al art. 13 del digesto de fondo. Si la inclinación fue por esta última posición, quizás se haya incurrido en un error, pues “...el legislador expresa con palabras sus preceptos, y lo que no se desprenda de la literalidad de ellas no puede tener vigencia”²⁸.

Ante esta situación, ¿podría efectuarse una aplicación analógica de lo regulado en el art. 15 del código sustantivo o el art. 56 de la ley 24660?

Clariá Olmedo nos enseña que la analogía no atañe a la interpretación sino más bien a la aplicación de la ley, y se trata de una “...extensión de la voluntad de la norma para captar lo que en realidad ella no comprende”²⁹. En el campo del derecho procesal, según Roxín “...en principio no rige la prohibición de analogía en contra del Reo. Sin embargo, en las condiciones (o presupuestos) de procedibilidad, que frecuentemente están próximas a las condiciones objetivas de punibilidad o a las causas de exclusión de la punibilidad del Derecho material, hay que examinar en el caso concreto si hay que aplicar análogamente la prohibición de analogía por razones propias del Estado de derecho”³⁰.

En la hipótesis bajo estudio de aplicarse la analogía sería in malam partem, toda vez que el causante se perjudicaría -claramente- frente al no cómputo del período que estuvo gozando de la libertad asistida ante la ausencia de regulación específica en la norma local.

No fue ajeno a la cuestión Zaffaroni, en tanto afirma que la ejecución de la pena debe regirse por los mismos principios limitadores del derecho penal y, por ende, no es admisible “...la analogía in malam partem”³¹.

²⁷ Ley 12256, art. 107.

²⁸ Jauchen, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 91.

²⁹ Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 114.

³⁰ Roxín, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 158.

³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Manuel de Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos

De no computarse el período, además de la afectación señalada, se estaría contraviniendo lo previsto en los arts. 1 y 3 del código procesal penal de la provincia de Buenos Aires, donde expresamente se establece que “(t)oda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona, limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código o que establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, deberá ser interpretada restrictivamente³²”.

El criterio expuesto fue el que adoptó por mayoría la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal Bonaerense, oportunidad en la que los magistrados que votaron en ese sentido expusieron que se rechaza “...la interpretación analógica cuando ello comporta una afrenta a los derechos del imputado, y estimo que cuando se resuelve la laguna sobre el cómputo del tiempo en que una persona estuvo bajo el régimen de la libertad asistida aplicando el art. 15 del Código Penal, previsto para otra hipótesis distinta como es la libertad condicional, se incurre en una violación a dicha manda y al principio de legalidad penal (art. 18 C.N.)”³³.

Respecto a la restante posibilidad, esto es, la aplicación analógica de lo previsto en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal aseveró que las consecuencias establecidas en el artículo 56 de la ley 24660 no resultan aplicables en los casos en que la libertad asistida fue concedida en los términos del art. 104 de la ley 12256, pues los efectos del incumplimiento de tal instituto deben circunscribirse a lo previsto en los arts. 27, 107 y 108 de la norma local, por cuanto lo contrario vulneraría el principio de legalidad al aplicarse al caso analogía in malam partem³⁴.

5. CONCLUSIÓN

La cuestión a dilucidar en el presente es la abordada en el apartado previo. Para ello, resultaba necesario efectuar algunas consideraciones previas que contribuirían a obtener un panorama más amplio de la temática y comprender la hipótesis planteada.

Con el desarrollo efectuado a lo largo del trabajo, comprendo que la solución adecuada al supuesto ensayado es la plasmada en el apt. 4.2.; esto es, que en caso de revocarse una libertad asistida otorgada a tenor del art. 104 segunda parte de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense, debería computarse el período que la persona estuvo gozando el instituto en los términos de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Si bien podría cuestionarse la ausencia de cohesión, pues un encausado que accede a un beneficio más amplio que la libertad condicional -y bajo las condiciones de ésta-, en caso de serle revocado también se encontraría en mejor condición que si hubiera obtenido esta última y la consecuencia sería -aún- más favorable respecto al instituto legislado en el código penal, lo cierto es que resolver de manera contraria importaría afectar las garantías constitucionales y procesales señaladas.

Aires, 2017, pág. 136.

³² Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, art. 3

³³ Según voto del Dr. Benjamín Ramón Sal Llargues, en causa nro. 47896 de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, rta. el 20 de abril de 2012.

³⁴ La cita corresponde a Cúneo Libarona, Mariano, *Procedimiento Penal. Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 96.

Considero que la solución adecuada sería una reforma de la norma, donde se plasme de manera expresa la voluntad del legislador en relación a las consecuencias que la revocatoria de la libertad asistida conlleva.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.
- CÚNEO LIBARONA, Mariano, Procedimiento Penal. Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- DE LA FUENTE, Javier Esteban, La ley 24.660 y su aplicación en las provincias. Situación de los procesados, Revista de Derecho Penal, 2012.
- DIAS, Horacio, Código Penal de la Nación Argentina. Comentado. Parte General, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.
- HERBEL, Gustavo A., Concurrencia legislativa entre la Nación y las provincias en ejecución penal (repercusiones del marco mínimo en la ley bonaerense), Capítulo X de la obra Ejecución de penas privativas de libertad, Zulita Fellini, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- JAUCHEN, Eduardo M., Derechos del Imputado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- LÓPEZ RAMOS, Marcela, Controversias en torno a la competencia ejecutivo penal, Revista 18 del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial San Isidro.
- NINO, Carlos Santiago, Introducción al Análisis del Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- OLIVEIRA BUSCARINI, Ricardo F, Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense (Modificatoria Ley 14.296) Comentada y anotada, Tercera Edición, Librería Editoria Platense, La Plata, 2020.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki – SALT, Marcos Gabriel, Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- ROXÍN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- WEINSTEIN, Federico M., Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense, Omar Favale Ediciones, Buenos Aires, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tatado de Derecho Penal, Bs. As., Ediar, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Manuel de Derecho Penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2017.

NULIDADES PROCESALES EN EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL FRENTE AL ESTADO DE PANDEMIA POR COVID 19.

Por Laura Elizabeth MATO¹

I. INTROITO

El tema de las nulidades procesales en el fuero civil y comercial son una problemática de arribo corriente.

El proceso enmarca la actividad de las partes y en varias ocasiones las omisiones de ciertas formas en el trámite acarrearán perjuicios que deben ser enmendados.

Abordaremos conceptos genéricos sobre el tratamiento del sistema de las nulidades procesales en nuestra ley local, para luego acercar alguna casuística referida al supuesto de notificación de traslado de demanda, incluyendo algunos novedosos casos que se forjaron en el marco del 2020 a raíz de la pandemia por Covid 19.

En el caso particular de notificación del traslado de la demanda, estamos en el campo del derecho de defensa en juicio de notable trascendencia, a la luz de las normas constitucionales y convencionales (C.N art. 18, Pacto de San José de Costa Rica art. 8 y C. Pcial. art. 15).

En ese entendimiento la CSJN ha dicho que reviste particular significación, en tanto de su regularidad depende la validez constitucional de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad (C.S.J.N., causa 405.XXXII, “Fallos”, 323:2653, sent. de 19-IX-2000)². Y en igual entendimiento se ha pronunciado el Máximo Tribunal provincial (SCBA, DJBA, v. 117, p. 90)³.

Es que amerita especial regulación (Cfr. Art. 143 del CPCC) ya que es la primera comunicación que tendrá la parte demandada de la existencia de un juicio en su contra y que por eso se buscó un medio que aporte garantías sobre el conocimiento efectivo⁴.

¹ Juez Civil y Comercial de La Matanza. Doctorando y Docente Adjunta de Derecho Civil de las Obligaciones Civiles y Comerciales; y Derecho Empresario II UNLaM. Delegada suplente de AMJA por la Provincia de Buenos Aires. Ex Directora del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de La Matanza. Secretaria Técnica de FUNDEJUS.

² De ahí que la decisión que rechaza el incidente de nulidad de la notificación de la demanda resulta equiparable a sentencia definitiva en la medida en que ocasione un gravamen de imposible reparación ulterior (C.S.J.N., “Fallos”, 320:448, sent. de 3-XII-1997; 323:52, sent. de 8-II-2000; 323:2653, sent. de 19-IX-2000; 324:1672, sent. de 21-V-2001). (del voto del doctor Soria) Ver SUMARIO DE FALLO 20 de Marzo de 2019 Id SAIJ: SUB0961806.

³ Disponible en “Cuadernos de Jurisprudencia de la SCBA”, acceso en <https://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/Cuaderno%20N%C2%B0%203.pdf>

⁴ Alberto L. Mourino, “Notificaciones procesales”, Edit. Astrea, pág. 60/61; Morello Sosa y Berizonce, “Códigos procesales ...”, Edit. Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, pág. 732/sgts).

En ese entendimiento, consideramos que es propicio seguir analizando y abrir interrogantes en estos tiempos de permanentes cambios y donde debe analizarse prudentemente el principio de instrumentalidad de las formas procesales frente al uso de las TIC.

II: CONCEPTO Y REQUISITOS

La actividad del juez y de las partes en el proceso puede originar irregularidades, defectos o vicios, que se manifiestan de dos modos, el error in iudicando y el error in procendo. El primero refiere al mérito mismo de las decisiones judiciales, mientras que el segundo apunta al déficit de actividad en el proceso.

Lo cierto es que ambos generan resultados perjudiciales para el servicio de justicia, de allí que para ser enmendados o corregidos existen medios de subsanación o impugnación.

Según Morello ⁵ las nulidades nos colocan en la patología del proceso.

Las partes y el órgano jurisdiccional deben sujetarse a las formas procesales, las que nos encaminan hacia la sentencia. Se trata de un conjunto de actos ordenados (determinados por condiciones de lugar, tiempo, modo y medios de expresión).

Con la nulidad se genera una sanción frente a la omisión de los elementos imprescindibles que hacen valido el acto procesal⁶ y porque el acto en cuestión no cumplió la finalidad.

Las nulidades deben interpretarse con criterio restrictivo, la premisa es; donde hay indefensión, debe proceder la nulidad. El instituto tiene una íntima vinculación con el derecho de defensa en juicio.

Seguidamente enumeramos los requisitos que la ley procesal civil y comercial local disponen a la hora de su planteo.

Para finalizar citaremos, como herramientas orientadoras, algunos precedentes del fuero local, dejando una reflexión disparadora.

III. LA NORMATIVA LOCAL

En nuestro Código provincial el ARTÍCULO 169°, dice: “Trascendencia de la nulidad. Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción.

Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

No se podrá declarar la nulidad, aún en los casos mencionados en los párrafos precedentes, si el acto, no obstante, su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado”.

El primer párrafo consagra el principio de especificidad⁷, por cuanto no hay posibilidad de alegar la nulidad si no se encuentra expresamente dispuesto por la ley. Esto está relacionado con la interpretación restrictiva del instituto de la nulidad procesal y consecuente es un recaudo importante a la hora de analizar la admisibilidad del incidente de nulidad (Cfr. Art. 172 del CPCC).

⁵ MORELLO – BERIZONCCE, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados*, 2000, t II C, ps 312 y sgtes.

⁶ ARAZI – ROJAS, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Comentado, anotado y concordado..., 2014, t I, ps. 859

⁷ Pas de nullité sans texte.

Sin embargo si no existe nulidad contemplada en la ley pero el acto procesal no cumplió la finalidad para el que estaba destinado, el acto es nulo⁸.

El segundo párrafo refiere al principio del carácter instrumental de las formas⁹, por lo que si el acto que se pretende atacar de nulo ha cumplido con la finalidad perseguida, es válido¹⁰.

También se considera que el segundo párrafo entraña el principio de finalidad¹¹, ya que se previene que frente a la falta de los recaudos esenciales el acto es inválido por no haber alcanzado la finalidad.

El tercer párrafo contiene el principio de conservación por el que se entiende que, pese a la irregularidad detectada, el acto cumplió su finalidad. Este principio está íntimamente relacionado con el de subsanación, consagrado en el artículo siguiente;

ARTÍCULO 170°: “Subsanación. La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración

Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los 5 días subsiguientes al conocimiento del acto”.

El incidente de nulidad procede frente a vicios formales que precedieron una resolución (sean actos, omisiones o irregularidades). Nos remitimos aquí a las normas que regulan los incidentes (cfr. Art. 175 y sgtes del CPCC)¹² y la carga que pesa sobre e incidentita¹³.

Si lo que se considera irregular es la sentencia, deberá interponerse el recurso de apelación que comprende al de nulidad (cfr. Art. 253 CPCC).

También existen otras vías para plantear la nulidad, por ejemplo el art. 545 en el juicio ejecutivo; la acción de nulidad, que pese a su falta de regulación, puede ser incoada a los fines de atacar una sentencia¹⁴ que se considera írrita o fraudulenta.

ARTÍCULO 171°: “Inadmisibilidad. La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado”.

⁸ RODRIGUEZ SAIACH en *Curso de Actualización...* 2018. Bolilla IV proporciona el ejemplo de nulidad de la pericia. Refiere que si el perito médico no avisa la fecha en que desarrollará los actos preparatorios a la pericia, tal omisión lleva a la nulidad de la experticia.

⁹ Recordemos que el principio reposa sobre el concepto que las formas no tienen un valor en sí mismas.

¹⁰ Enseña el Dr. RODRIGUEZ SAIACH en *Curso de Actualización...* 2018. Bolilla IV, que “*Si decimos que hemos recibido la cédula notificándonos del traslado de la demanda, no se puede objetar que el oficial no dio el aviso de ley. Sería la nulidad por la nulidad misma, a pesar de haberse comprobado la irregularidad*”.

¹¹ ARAZI – ROJAS, ob. cit, ps 862

¹² NULIDAD DE NOTIFICACIONES Art. 149 del CPCC: siguiendo a RODRIGUEZ SAIACH y al criterio mayoritario en la jurisprudencia, consideramos que no se requiere redargución de falsedad de la cédula de notificación, a pesar de ser la misma un instrumento público. Con el incidente de nulidad alcanza. (Cfr. *Curso de Actualización...* 2018. Bolilla IV).

¹³ Jorge Kielmanovich, “EL Incidente de Nulidad”, LA LEY 05/03/2007 , 1 • LA LEY 2007-B , 920 , Cita Online: AR/DOC/1115/2007.

¹⁴ Se trata de una sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada. La jurisprudencia la define: “La cosa juzgada se refiere al contenido de la sentencia, siendo sus caracteres la inmutabilidad y la coercibilidad, proyectando sus efectos hacia el pasado y el futuro, de manera tal que la cuestión litigiosa se decida de manera definitiva, no pudiendo discutirse en un nuevo proceso (SCBA, AyS.1978-II, 150)

La nulidad debe ser plateada por el perjudicado, rige la máxima que nadie puede alegar su propia torpeza¹⁵ en juicio¹⁶, además infringe el principio de moralidad o buena fe procesal¹⁷.

ARTÍCULO 172°: “Extensión. La nulidad se declarará a petición de parte, quien, al promover el incidente, deberá expresar el perjuicio sufrido y el interés que procura subsanar con la declaración. Los jueces podrán declararla de oficio siempre que el vicio no se hallare consentido; lo harán, sin sustanciación cuando aquél fuere manifiesto”.

La declaración de nulidad procede a pedido de parte o de oficio. Esta última se reserva para casos de gravedad en donde se advierten la ocurrencia de vicios graves que afectan la legítima defensa.

Las nulidades procesales son de carácter relativo y no es aplicable el art. 387 del CCyC.¹⁸

El principio de trascendencia es inexcusable para la procedencia de la nulidad, así pues, debe configurarse un perjuicio que debe ser señalado por el nulidicente juntamente con las defensas que se vio privado de interponer.

ARTÍCULO 173°: “Rechazo “in limine”. Se desestimarán sin más trámite el pedido de nulidad si no se hubiesen cumplido los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo anterior o cuando fuere manifiestamente improcedente”.

Los requisitos¹⁹ pueden enumerarse de la siguiente manera: 1) existencia de un acto irregular, 2) existencia de una sanción legal específica, 3) existencia de un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio a alguna de las partes, 4) debe mediar petición de parte, 5) el peticionante no debe haber participado del acto cuya nulidad peticiona, 6) no procede cuando ella es indiferente a los fines del proceso y, 7) no procede cuando fue consentida tácita o expresamente por el nulidicente²⁰.

A estos recaudos debemos agregarle que el nulidicente debe demostrar la lesión que el acto irregular le produjo y que no cumplió con la finalidad perseguida.

ARTÍCULO 174°: “Efectos. La nulidad de un acto no importará la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de dicho acto. La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de aquella”.

La norma consagra la independencia de los actos procesales y una vez decretada la nulidad se verá qué alcance tiene la misma sobre los actos posteriores.

¹⁵ Cfr. Art. 1729 CCyC.

¹⁶ *propian turpitudinem allegans non est audiendus*. La traducción literal del latín es ‘No se escucha a nadie (en juicio) que alega su propia torpeza’.

¹⁷ También llamado “probidad procesal”. Busca en definitiva la idea de justicia y evitar conductas maliciosas de las partes.

¹⁸ ARTÍCULO 387.- Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

¹⁹ Cfr. Ob. Cit ARAZI – ROJAS, ps 877.

²⁰ La SCBA definió los mismos de la siguiente forma: “Sea que la nulidad se declare a petición de parte o de oficio, la correspondiente resolución invalidante se encuentra condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: 1°) existencia de un vicio que afecte a alguno o algunos de los requisitos del acto, 2°) interés jurídico en la declaración, 3) falta de imputabilidad a la parte que impugna el acto o a favor de quien se declara la nulidad, 4) falta de convalidación o de subsanación del vicio” (SCBA LP C 101690 S 09/12/2010 Juez PETTIGIANI (SD) Carátula: Banegas, Martín L. c/ Sucesores de Setler Branimir y otros s/Daños y perjuicios. Disponible en Sumario JUBA B33779).

IV. CASUÍSTICA.

Desalojo. Incidente de nulidad: en el caso si bien se desestima la redargución de falsedad planteada por el incidentista, se hace lugar a la nulidad del acto de notificación del traslado de la demanda destacando el principio de finalidad del acto.

En efecto, se señaló que “...aún sin perjuicio de señalar que de las manifestaciones del nulidicente, aparece difusa la forma de haber tomado conocimiento del proceso llevado a cabo contra éste por desalojo, la verificación de no estarse vulnerando del debido proceso y defensa en juicio, se hace procedente. (Art. 18 de la Constitución Nacional, art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires)”, se ponderaron las pruebas aportadas en autos, el estado procesal del juicio principal y la finalidad de preservar los pilares fundamentales del debido proceso y defensa en juicio con base en el art. 18 de la Constitución Nacional y art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. (Cám. Civil y Comercial Sala I, La Matanza. Autos “FARFAGLIA VICENTE JUAN Y OTRO/A C/ CROVELLA JUAN CARLOS S/INCIDENTE (EXCEPTO LOS TIPIFICADOS EXPRESAMENTE)” CAUSA N°:5039/1 RSD: 290/17 Folio: 2083, sentencia del 20/12/2017).

Escrituración. Incidente de redargución de falsedad y nulidad de la notificación: En este precedente la Alzada desestimó el incidente y tuvo por válida la contestación de la demanda (fuera de plazo) y desestimó el incidente de redargución (Cám. Civil y Comercial Sala II, La Matanza. Autos “JAKOS NICOLAS CIRILO C/JAKOS MARCO MARTIN Y OTROS S/ INCIDENTE (EXCEPTO LOS TIPIFICADOS EXPRESAMENTE) (189)”

Procedencia de la nulidad por falta de cumplimiento del aviso del art. 338 del CPCC en la cédula que confería traslado de la demanda: En este precedente la Sala II departamental destacó – analizando de consuno las reglas procesales con las instrumentales del artículo 187 del Acuerdo 3397/08 de la SCBA- que “...la nulidad es una sanción por inobservancia de la formas y que hace a la defensa en juicio (arts. 18 C.N. y 15 y 20 de la Constitución Provincial). Y en esta notificación no hay forma que no se haya transgredido. En el traslado de la demanda está en juego la defensa en juicio y por lo tanto se requiere la notificación personal del demandado. Siendo ello así y si no se lo encuentra, debe dejarse el aviso y volver el día siguiente (art 338 del CPCC)”.

Principio de convalidación: La SCBA ha dicho en cuanto al principio de convalidación en la notificación por cédula que “Al incoar el incidente de nulidad de la notificación por cédula, se requiere la manifestación del tiempo y modo en que ha llegado a conocimiento de los interesados el acto procesal cuya invalidez se persigue, de lo contrario se torna operativa la convalidación tácita o presunta del supuesto acto irregular por el transcurso del plazo legal para cuestionarlo (arts. 170, 179 y concs., CPCC)”. (Cfr. SCBA LP Rc 121792 I 25/09/2019 Carátula: Montero, Juan c/ Municipalidad de Tigre y otros s/ Daños y perjuicios; SCBA LP Rc 115291 I 22/08/2018 Carátula: Soto, Norma y otra c/ Mutual Empleados de Comercio de Alte. Brown y otros s/ Escrituración).

La situación de pandemia por Covid 19, notificación de traslado por carta documento y ploteo de nulidad: Muchos fueron los precedentes a partir de no hallarse en actividad las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones durante el 2020.

Destacamos que algunos organismos del fuero civil y comercial no autorizaron la modalidad de notificación por carta documento, como por ejemplo, la Sala I de la Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Civil confirmó el fallo de primera instancia y destacó que la notificación de traslado de demanda, “constituye un acto dotado de singular importancia, vinculado con el derecho constitucional de defensa en juicio, por lo que es menester el cumplimiento de formalidades específicas, cuya omisión autoriza por sí sola la declaración de nulidad de la diligencia” (En autos “Asociación Mutual Sancor c/E., D. A. y otro s/Cobro de sumas de dinero”, sentencia de fecha 16/11/2020).

En la provincia de Buenos Aires, otros fueron los casos.

La Sala II de la Cámara Civil autorizó la modalidad de notificación por carta documento (Causa N° 26356-2019, en autos “Verde Franco Agustín c/ Pajón Pedro Patricio y otro/a s/daños y perj. autom. c/les. o muerte”, sentencia de fecha 13/08/2020).

En efecto, en la provincia de Buenos Aires, varios fueron los precedentes que autorizaron tal modalidad frente al estado de pandemia y paralización de las Oficinas de Mandamientos y notificaciones; citamos algunos de ellos CCC MP Sala III causa 169902 RSD del 05/08/2020; CCC LZ Sala I causa LZ-42112-2018 Reg. Sent. Int.: 217/20 del 10/08/2020.

Tales resoluciones disponen la modalidad de notificación por Carta Documento bajo el entendimiento que en el contexto de la pandemia las formas procesales locales resultan circunstancialmente inaplicables atendiendo a la finalidad que deben perseguir (CSJN, “Fallos” 311:274, 600 y 700, entre otros; SCBA, Ac 88931, sent. del 26/09/2007; Ac. 60.772, sent. del 2-VI-1998; Ac. 75.329, sent. 18-IV-2001).

Nulidad de la notificación por carta documento. Improcedencia. La Cámara Civil y Comercial local (Sala II) confirmó el rechazo de la nulidad de la notificación por considerar que se encontraban cumplidos los recaudos de confección de la misiva.

Sopuntó que “Es de toda evidencia que, en tiempos del Covid 19, no es posible manejarse con los parámetros de épocas normales. Ante todo, señalo que la Carta Documento, tiene autenticidad suficiente y el que pretende probar en contra de la misma, va a tener que realizar una prueba completa. En segundo lugar, si bien el Cartero no es un Oficial Público el aviso de entrega garantiza lo suficiente y tan es así que el CPCC lo admite como prueba para cualquier otra notificación”.

Y que “El otro tabú es el de la nulidad procesal. Pero el CPCC contiene un sabio párrafo, si el domicilio asignado al demandado por el actor fuere falso, probado el hecho, se anulará todo lo actuado a costa del demandante (artículo 338 del CPCC). Es decir, como sucede en las notificaciones bajo responsabilidad, el que elige un medio y un domicilio se hace responsable por el mismo. Pero ojo, no bastará que el eventual nulidicente diga que era una CD si no que tiene que probar que ahí no vive (no es su domicilio en el que se dejó la Carta Documento), acompañando su DNI actual y con informe, que no recibió el aviso de entrega y ello en tiempo propio (artículos 169, 170, 171 y concordantes del CPCC). Es una cuesta bastante empinada”. (Cam. Civ. Y Comercial, Sala II, causa “Leotta Mirta Noemí y otro c/Avellina Jonatan Cristian Maximiliano s/ Acción Reivindicatoria” Exp. N° LM 19312/2018, sentencia del 03/09/2021).

V. REFLEXIÓN FINAL

La nulidad de los actos procesales es viable cuando la ley expresamente ha establecido esa sanción -principio de especialidad- o el acto carece de los requisitos indispensables para obtener su finalidad, debiendo pedirla quien tenga interés jurídico en obtenerla -principio de trascendencia- y no la haya provocado -principio de protección- o consentido expresa o tácitamente -principio de convalidación- (SCBA, DJBA, v. 117, p. 90²¹).

La notificación del traslado de la demanda cobra significancia frente a los derechos que están en juego (derecho de defensa en juicio; C.N art. 18, Pacto de San José de Costa Rica art. 8 y C. Pcial. art. 15).

Consideramos que el uso de las TIC²² debe ser debidamente reglamentado e incorporado por el legislador provincial en la norma procesal local a fin de respetar los requisitos sustanciales del acto, dar certeza y agilidad a los trámites.

²¹ Sentencia n° DJBA 157, 117 de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 24 de agosto de 1999, expediente C 66697

²² No cabe dudas que la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha trabajado en ello desde hace tiempo, siempre de cara al “expediente digital”, pero sólo el legislador incorporó modificaciones mediante la ley 14.142 y mucho camino queda por recorrer.

IMPPLICANCIAS DE LA AUTONOMÍA EN LA GESTIÓN DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES

Martín D. Petracca Bouza

I. INTRODUCCIÓN

El especial lugar que ocupan las Universidades Nacionales en el andamiaje institucional consagrado en la Constitución Argentina hace necesario estar a los postulados allí contemplados para poder así, entender el esquema de gestión de estas organizaciones y como las mismas cumplen con sus objetivos institucionales.

Con anterioridad a la reforma constitucional acaecida en el año 1994, la Carta Magna no realizaba precisiones acerca de la naturaleza jurídica de las Universidades Nacionales. Solo referenciaba en su artículo 67 inciso 16, a la obligación del Congreso de la Nación de “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria (...)”. Mentados extremos, eran complementados con las normas emitidas por los distintos poderes gubernamentales que, entre otras consideraciones, iban delimitando las competencias de las Casas de Altos Estudios. En un breve repaso histórico de los últimos cuarenta años de regulación se puede encontrar la Ley N° 22.207 sancionada en 1980 por el gobierno de facto que, en el artículo 5, determinó que las Universidades Nacionales gozaban “(...) de autonomía académica y autarquía administrativa, económica y financiera (...)”. La mencionada normativa fue derogada con el retorno a la Democracia que, mediante el Decreto N° 154/1983 y la Ley N° 23.068, declararon la validez de los estatutos universitarios vigentes en 1966 y establecieron el régimen provisorio de normalización.

Misma tesitura sostuvo consecuentemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”) y parte de la doctrina¹, siendo determinante en establecer -en consonancia con la normativa de aplicación del momento- que las Universidades Nacionales solo poseían autarquía administrativa, económica y financiera, lo que les concedía la posibilidad de adoptar y ejecutar las decisiones que hacen a sus fines, de conformidad con las normas que le son impuestas² y siempre con la tutela correspondiente por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

¹ En este sentido, se han expresado los Dres. Marienhoff, Bielsa y Villegas Basavilvaso. Ver: MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, T.I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

² Ver en este sentido: CSJN, *Figuroa, Andrés Alejandro c/ Universidad Nacional de Buenos Aires*, Fallos: 253:312 (1962); CSJN, *Morate, Univer Elbio c/ Facultad de Ciencias Económicas*, Fallos 300:138 (1978); CSJN, *Universidad Nacional de Buenos Aires c/ Estado Nacional (PEN)*, Fallos 314:570 (1991), entre muchos otros.

La modificación constitucional producida en el año 1994, además de receptar las ideas fundamentales de la Reforma Universitaria acaecida en la Provincia de Córdoba en el año 1918³, vino a delimitar los alcances de la naturaleza jurídica de los entes más relevantes de la educación superior en la República Argentina.

La incorporación del artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional puso en cabeza del Congreso Nacional la obligación de “Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

En esta inteligencia, y en el mismo año de la reforma, se sancionó la Ley N° 24.521⁴ que reconoció y reguló la autonomía académica y autarquía administrativa y financiera de las Universidades Nacionales en el marco del nuevo artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional. Dentro de los rasgos esenciales de esta norma, cabe mencionar que fue la primera Ley en la historia de la legislación educativa argentina que reguló el conjunto de la educación superior, incluyendo las instituciones de educación superior universitarias y no universitarias nacionales, provinciales o municipales (estatales o privadas). De esta manera, la norma comentada propuso un esquema jurídico para ordenar la compleja y heterogénea realidad de la educación superior de la Argentina, promoviendo a su vez, el avance hacia la integración de un sistema con creciente capacidad de autorregulación, conformado por instituciones autónomas y autárquicas con capacidad de gestionar su propio desarrollo, que aceptaran como contrapartida incorporarse a procesos de evaluación externa y acreditación destinados a estimular los procesos de mejora en términos de calidad educativa y dar cuenta de los resultados de su gestión⁵.

En lo que aquí importa, el texto contempla normas generales y particulares del sistema universitario nacional para la educación superior pública y privada. A su vez, prevé reglas de articulación de todos los niveles de enseñanza, normas de evaluación y acreditación académica, normas generales sobre la estructura básica organizativa, responsabilidad del Estado Nacional sobre su sostenimiento y mecanismos para garantizar la autonomía universitaria⁶, entre otras con-

³ Los principios fundamentales de esa reforma inspiraron la autonomía universitaria, el cogobierno, la extensión universitaria, la libertad de cátedra, el acceso masivo y gratuito, la vinculación de docencia e investigación, entre otros. Para mayor estudio sobre el proceso ver: SADER, Emir; GENTILI, Pablo; ABOITES, Hugo (compiladores), “La reforma universitaria: desafíos y perspectivas noventa años después”, 1a ed., Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2008. Con otra óptica, afirma Finocchiaro que la autonomía universitaria forma parte del ideario que se atribuye a la Reforma Universitaria de 1918 sin que haya surgido, realmente, en ese momento histórico (FINOCCHIARO, Alejandro, “El mito reformista”, Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018).

⁴ Ley de Educación Superior.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Eduardo, “La Legislación sobre Educación Superior en la Argentina: Entre rupturas, continuidades y transformaciones”, Informe preparado para IESALC/UNESCO, Proyecto: Observatorio de la Educación Superior en América Latina y el Caribe, 2002, 22.

⁶ Cfr. MOLINA, Marcela S., “La autonomía institucional y académica de las Universidades Nacionales. Evolución conceptual en la legislación y jurisprudencia argentina”, en Revista Iberoamericana de Educación Superior (RIES), vol. V, núm. 13, México, 2014, 75.

sideraciones. La mencionada Ley fue producto y resultado de la evolución histórica, consagrando como corolario la autonomía universitaria, que había adquirido jerarquía constitucional en 1994.

En el marco del plexo normativo vigente, se les reconoce a las Universidades Nacionales la facultad plena de autoorganización, autogobierno⁷, autorregulación y autoadministración -condicionada al cumplimiento de sus fines académicos- como una garantía constitucional, toda vez que, en virtud de las atribuciones anteriormente mencionadas, se las resguarda de la injerencia del Poder Ejecutivo Nacional. Asimismo, y con especial relevancia para el análisis propuesto, de conformidad con la Ley de Educación Superior, se atribuye a las Universidades la facultad de dictar sus estatutos y sus normas de ingreso y designación de personal.

II. FUNDAMENTOS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES

El especial lugar que ocupan en la estructura estatal las Universidades Nacionales responde a múltiples factores producto no solo de la evolución histórica, sino también, del rol que han desempeñado las Casas de Altos Estudios en el desarrollo humano, en la construcción de conocimiento y en la investigación científica. Si bien la doctrina y la jurisprudencia no resultan pacíficas al momento de construir los alcances de la autonomía y la autarquía universitaria (que trataremos de discernir seguidamente) si es posible trazar un grado adecuado de consenso sobre cuáles son los principios, fundamentos jurídicos e históricos que expresan la necesidad de garantizar la posibilidad que las Universidades tomen sus propias decisiones.

Desde el debate producido con motivo de la convención constituyente -que derivó en la transformación expresa de la Constitución Nacional- puede extraerse cuales fueron las principales ideas fundadoras de la naturaleza jurídica de las Universidades en la actualidad.

En este sentido, se ha manifestado que, al hablar de autonomía, el concepto se desarrolla en los más estrictos estándares del sistema democrático, significando que el poder en la sociedad se encuentra equitativa y equilibradamente distribuido bajo un modelo de descentralización para hacer frente a la concentración de poder mediante ámbitos participativos. Consagrar la autonomía implica poder desarrollar en profundidad una esencial función educativa permanente, de producción de nuevo conocimiento y de transferencia de este al conjunto social, siendo la misma, un medio que no significa sacar a la Universidad argentina de su contexto, sino, garantizar el compromiso “sin sujeciones indebidas con los gobiernos en ejercicio, ni con los poderes privados derivados de la alta concentración económica”⁸. Todo, sujeto al acabado cumplimiento de las leyes de organización emanadas del Congreso y bajo el eventual control judicial.

Puede de esta forma percibirse el doble carácter que posee el régimen autónomo. Por un lado, se alza como una forma de administración y organización tendientes a cumplimentar los fines impuestos por la sociedad políticamente organizada y por el otro, como un instrumento de protección de la actividad universitaria⁹. En igual sentido se ha expresado el Dr. Gordillo al

⁷ Cfr. BIANCHI, Alberto, “La autonomía universitaria (A propósito de la revisión judicial de los concursos)”, La Ley Tº 2005-C, Buenos Aires, 2005, 342-345.

⁸ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, “28ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación)” 10 y 11 de agosto de 1994, en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm> (acceso el 7-IV-2020).

⁹ Ver, al respecto, VANOSSI, Jorge R., “Universidad y Facultades de Derecho: Sus Problemas” EUDEBA, Buenos Aires, 1989.

considerar la autonomía como un “margen de libertad que la sociedad ha ganado frente al poder central, tan frecuentemente hegemónico entre nosotros”, siendo también una limitación al Congreso en cuanto a su posibilidad de injerencia en el manejo universitario¹⁰.

La jurisprudencia de la CSJN, desde la reforma, ha analizado en múltiples oportunidades los alcances de la autonomía y autarquía universitaria en función de los principios constitucionales.

Al hablar de autonomía, puede colegirse que la misma no solo hace referencia a los alcances técnicos del concepto, sino también, a una aspiración o ideal de independencia que se traduce en la idea que las universidades posean la mayor libertad de acción posible para dar cumplimiento a sus fines institucionales¹¹. Si bien la autonomía traduce una noción de indefinidos contornos, se alza como un instrumento de defensa de la institución universitaria frente a los poderes políticos, constituyendo a la Universidad Nacional como un organismo independiente, con personalidad jurídica propia y con plena capacidad de autoorganización y de autodecisión¹² en función de la finalidad por la que fue creada¹³. Desde el punto de vista de los objetivos que las Casas de Altos Estudios cumplen como instituciones básicas de la República en la sociedad, la autonomía y la autarquía encuentran su máxima expresión en el ejercicio de la libertad académica volcada al proceso de aprendizaje y en la independencia en la administración y gestión financiera, traducida en la capacidad para manejar los fondos propios¹⁴, siendo un límite al poder reglamentario del Poder Ejecutivo¹⁵.

Asimismo, y en palabras de la Dra. Gelli¹⁶, la consagración de la autonomía consiste en independizar y desvincular a las universidades de la injerencia del Poder Ejecutivo, estando sujetas a las normas que emana el Poder Legislativo -en consonancia con los límites constitucionales impuestos al Congreso- y someter las decisiones de las instituciones solo al control jurisdiccional. De esta forma, si bien estamos en presencia de un alto grado de autonomía, esta no deja de estar incluida en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda interpretarse que “la autonomía universitaria es por sí misma un poder en sentido institucional¹⁷”. Así, queda regulada y encuadrada la autonomía, en el entendimiento que la misma está condicionada por aquellas normas emanadas por el Congreso Nacional en las materias que son de su competencia exclusiva y en las concurrentes¹⁸.

¹⁰ Cfr. GODILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo y Obra Selectas” Tomo I, Capítulo XIV, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, XIV-13.

¹¹ Del voto del Dr. Vázquez, CSJN, *Estado Nacional (Ministerio de Educación y Cultura) c/ Universidad Nacional de Lujan*, Fallos 322:842 (1999).

¹² CSJN, *Monges Anália c/ U.B.A.*, Fallos 319:3149 (1996).

¹³ CSJN, *Universidad Nacional de Rosario c/Entre Ríos, Provincia*, Fallos 337:1447 (2014).

¹⁴ CSJN, *Estado Nacional – Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de General Sarmiento*, Fallos 331:1013 (2008).

¹⁵ CSJN, *Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional s/ art. 34 de la ley 24.521*, Fallos 331:1123 (1999).

¹⁶ Cfr. GELLI, María Angélica, “Constitución de La Nación Argentina. Comentada y Concordada”, 4ta edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, 205.

¹⁷ CSJN, *Biasizo, Rogelio José c/ UTN s/ Empleo Público*, Fallos 340:983 (2017).

¹⁸ Cfr. MARTINEZ, Leandro A., “La autonomía de las Universidades Nacionales en el Sistema Constitucional argentino. Análisis de las competencias y la jerarquía de las normas en materia de educación superior.”, *Revista Derechos en Acción* ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686, Buenos Aires, 2019, 350.

En un estudio comparado de la situación, se puede analizar el caso de las Universidades Nacionales en el marco de la teoría de la garantía institucional proveniente del derecho alemán. En este sentido, la misma propone la protección constitucional de determinadas instituciones, preservándola de su desnaturalización, al prohibir vulnerar los objetivos con las que fueron creadas¹⁹. Se busca así, la conservación de ciertas instituciones que se consideran componentes esenciales de la organización jurídico-política. Su consagración es entendida como imprescindible para asegurar los principios constitucionales. Para ello, se define un núcleo de competencias y prohibiciones esenciales, que no pueden ser penetradas por el legislador. Mediante la regulación constitucional, puede asegurarse una especial protección a ciertas instituciones con la finalidad de hacer imposible que, por vía normativa, sean suprimidas²⁰ o alteradas en su funcionamiento.

La Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN) ha desarrollado que la autonomía institucional u organizacional hace a la propia existencia de las universidades y sus relaciones respecto de las restantes estructuras del Estado, importando un instrumento de defensa de la institución universitaria frente a otros poderes con los que coexiste en el medio ambiente organizacional de lo público²¹. En virtud de las diversas manifestaciones de la autonomía universitaria adquirida tras la reforma constitucional (académica e institucional u organizacional) y de las normas dictadas en su consecuencia, también han desaparecido otros mecanismos de control propios de la relación de tutela que, por definición se extiende a la organización, funcionamiento, personal y actividad del ente tutelado. Con esto, la PTN ha sido contundente en afirmar que el legislador ha querido que las universidades se ubiquen en situaciones de privilegio respecto de las demás entidades descentralizadas, quedando por fuera del alcance del control del Presidente de la Nación y preservadas de toda intrusión del poder gubernamental²².

Lo expuesto, abordado desde los principios, las construcciones socio históricas, la doctrina y la jurisprudencia, permite, en primera instancia, establecer un contorno a las competencias y obligaciones que las Casas de Altos Estudios poseen en el desarrollo del derecho a la educación en el territorio argentino.

Resultan concordantes las fuentes expuestas y analizadas en coincidir que el régimen jurídico otorgado a las Universidades Nacionales se alza como un mecanismo de protección para alejar a las mismas de las influencias de los poderes de turno, independizándolas del Poder Ejecutivo²³.

Esto, a fines de desconcentrar el poder y trascender en el cumplimiento de los objetivos institucionales. Cabe ahora, avanzar en delimitar cómo estos principios expuestos ayudan a interpretar las potestades y los vaivenes de la gestión académica y administrativa de las Universidades.

¹⁹ Cfr. CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, Madrid, 2009, 150.

²⁰ MOLINA, *op. cit.*, 82.

²¹ Dictámenes: 224:187.

²² Dictámenes: 249:74.

²³ Cfr. COVIELLO, Pedro J. J., “Régimen jurídico de las universidades nacionales. El contenido de la autonomía universitaria y sus consecuencias”, en AA.VV., “Organización administrativa, función pública y dominio público”, Ed. Rap, Buenos Aires, 2005, 585.

III. IMPLICANCIAS Y REFLEJOS EN LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y ACADÉMICA

Las pautas constitucionales establecidas fueron normativamente reguladas por el contenido de la Ley N° 24.521. De la misma, se desprenden institutos esenciales que no solo permiten interpretar los alcances de la autonomía y la autarquía, sino también, que modelan la estructura administrativa y de gestión de las Universidades.

Del análisis de la Ley de Educación superior, surge que incumbe a las Casas de Altos Estudios:

- i. Dictar y reformar sus estatutos²⁴ teniendo la obligación de ponerlos en conocimiento del Ministerio de Educación de la Nación (artículo 29, inciso a). Lo expuesto se alza como una gran capacidad normativa de regulación propia que permite concretizar en acciones, estructuras y planes organizacionales, los objetivos institucionales de las Casas de Altos Estudios. Resulta elocuente mencionar, y en enseñanzas del Dr. Balbín, que las universidades -en su condición de entes autónomos y autárquicos- poseen un campo normativo reglamentario exclusivo y excluyente del Poder Ejecutivo, comprendido esta exclusividad a la luz del principio de constitucional de la especialidad, esto es, las libertades académicas y de cátedra²⁵. Misma tesitura ha seguido la jurisprudencia, al analizar la legitimación activa de una Universidad Nacional para promover un amparo ambiental, determinando que “las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad”.²⁶
- ii. Definir sus órganos de gobierno, establecer sus funciones, decidir su integración, elegir sus autoridades, administrar sus bienes y recursos, establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente, designar y remover al personal y fijar el régimen de convivencia. Todo, de acuerdo con lo que establezcan los estatutos y lo que prescribe la Ley de Educación Superior (artículo 29 incisos b), c), h), i)). Sin perjuicio de lo expuesto, la misma norma establece presupuestos mínimos a los que las Universidades se deberán ajustar²⁷. En lo que respecta a la designación de personal, es

²⁴ Los mismos deben prever la mención explícita de la sede principal de la Universidad, los objetivos de la institución, su estructura organizativa, la integración y funciones de los distintos órganos de gobierno, así como el régimen de la docencia y de la investigación y pautas de administración económico-financiera.

²⁵ Cfr. BALBÍN, Carlos F. “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2007, 671.

²⁶ CSJN, *Universidad Nacional de Salta c/ Salta, Provincia de (Secretaría de Medio Ambiente) s/ acción de amparo*, (2013). Criterio reiterado también en CSJN, *Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/Amparo - Daño Ambiental*, Fallos 337:1447 (2014). En este último precedente, la Corte fue elocuente en establecer que “(...) la Universidad Nacional de Rosario no puede fundar su legitimación en el caso en la previsión contenida en la parte final del citado Artículo 30 de la Ley N° 25.675, que dispone que “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo”, dado que no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cual es, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Tal conclusión no se ve alterada por la autonomía universitaria, desde que ésta no implica su aislamiento respecto del entramado institucional; está inmersa en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y debe responder a los controles institucionales propios del Estado de derecho”.

²⁷ En lo que hace a la composición de los órganos colegiados de gobierno, por ejemplo, el artículo 53 de la norma citada establece que los estatutos “deben asegurar: (a) que el claustro docente tenga la mayor representación relativa, que no podrá ser inferior al cincuenta por ciento de la totalidad de sus miembros; (b) que los representantes de los estudiantes sean alumnos regulares y tengan aprobado por lo menos el treinta por ciento del total de asignaturas de la carrera que cursen; (c) que el personal no docente tenga representación en dichos cuerpos con el alcance que

abundante la jurisprudencia de la CSJN donde se ha afirmado que la designación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente no admiten, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad. De esta manera, se limita la intervención del Poder Judicial a controlar solamente la legalidad de los actos administrativos dictados en el curso de los procedimientos de selección de los docentes universitarios²⁸.

- iii. Administrar su patrimonio, aprobando su presupuesto y dictando normas relativas a la generación de recursos adicionales a los aportes del Tesoro Nacional. A su vez, pueden fijar su régimen salarial y de administración de personal y conserva la potestad de constituir personas jurídicas de derecho público o privado, o participar en ellas (artículo 59 bis incisos a), b), c) y e)). Cabe destacar que, a su vez, las Universidades Nacionales deben aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes.
- iv. Crear carreras universitarias de grado y de posgrado, formular y desarrollar planes de estudio, de investigación científica y de extensión y servicios a la comunidad, otorgar grados académicos y títulos habilitantes conforme los requisitos establecidos, establecer el régimen de equivalencias y de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes, revalidar títulos extranjeros, desarrollar y participar en emprendimientos que favorezcan el avance y la aplicación de los conocimientos, mantener relaciones de carácter educativo, científico-cultural con instituciones del país y del extranjero y reconocer oficialmente asociaciones de estudiantes (artículo 29, incisos d), e), f), j), k), m), n) y ñ)).

A su vez, resultan plausibles las garantías que el legislador ha previsto para asegurar la independencia de estas instituciones del Poder Ejecutivo. Del plexo contenido en la Ley N° 24.521, se desprende que:

- i. Los estatutos de las Universidades Nacionales solo pueden ser cuestionados por el Ministerio de Educación Nacional ante la Justicia (artículo 34). De esta forma, la creación de estatutos o sus ulteriores modificaciones entran en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial, previa comunicación al Ministerio de Educación, que posee la competencia de evaluar si el estatuto o las modificaciones introducidas se adecuan a la Ley de Educación Superior. Cualquier cuestionamiento que la cartera nacional tenga para realizar, debe ser planteado ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria.

determine cada institución; y (d) que los graduados, en caso de ser incorporados a los cuerpos colegiados, puedan elegir y ser elegidos si no tienen relación de dependencia con la institución universitaria”. Mentada norma fue analizada por la CSJN en oportunidad de pronunciarse en los autos caratulados como *Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/ Estado Nacional - declaración de inconstitucionalidad – sumario*, Fallos 322:919 (1999), donde el máximo tribunal fue contundente en afirmar que “la fijación de los porcentajes mínimos de integración en los órganos de gobierno no importa, de manera alguna, inmiscuirse en la potestad normativa de la universidad; por el contrario, ello se relaciona directamente con la configuración de un modelo concreto de universidad, y por lo tanto, encuentra sustento en el art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional”.

²⁸ CSJN, *Tandecarz, Juana Sara y otros c/ Universidad de Buenos Aires*, Fallos 325:1676 (2002). En este mismo sentido, ver también Fallos: 314:1234; 316:1723; 317:40 y; 320:2298, entre otros.

- ii. Las Universidades Nacionales solo pueden ser intervenidas por orden del Congreso Nacional. Ante el receso de este, procede la intervención por el Poder Ejecutivo Nacional ad-referéndum del Poder Legislativo por plazo determinado (artículo 30)²⁹.
- iii. Contra los actos administrativos definitivos dictados por las Universidades solo podrá interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones (artículo 32)³⁰.
- iv. El Estado Nacional no podrá disminuir ni reemplazar el aporte destinado a las instituciones de educación superior universitaria de gestión estatal por recursos provenientes de otras fuentes no contempladas en el presupuesto nacional (artículo 58). El mencionado artículo surgió como consecuencia de la reforma sancionada en el año 2015 bajo el nombre de Ley de Implementación Efectiva de la Responsabilidad del Estado en el Nivel de Educación Superior, N° 27.204. Del dictamen de mayoría de la Comisión de Educación y Presupuesto y Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación³¹, se desprende que es indelegable la responsabilidad del Estado respecto a la educación superior, siendo la educación y el conocimiento bienes públicos y derechos humanos. A tales efectos, se buscó garantizar el financiamiento del sistema para que las instituciones de nivel superior puedan hacer provisiones a mediano y largo plazo quedando a resguardo de oscilaciones coyunturales de los vaivenes de la economía.

Especial atención merece lo normado en el artículo 59 bis de la norma comentada. De la misma, se desprende que el control administrativo externo de las universidades es competencia directa e indelegable de la Auditoría General de la Nación, teniendo las instituciones de educación superior universitarias de gestión estatal la obligación de generar mecanismos de auditoría interna que garanticen transparencia en el uso de los bienes y recursos (artículo 59 bis).

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES:

La normativa comentada permite vislumbrar que, tanto el convencional constituyente como los legisladores han asignado en cabeza de las Universidades Nacionales tareas que se consideran de vital importancia. No resulta posible entender el lugar que ocupan las Casas de Altos Estudios en el estado argentino sin estar a la significancia del concepto de autonomía.

Mentada impronta no esta solo dada en virtud de la capacidad que tienen las Universidades para desarrollar y brindar el acceso a carreras de grado o posgrado sino también que encuentra en su relevancia en el rol de vinculación social y desarrollo que cada universidad posee en la comunidad en la que se sitúa.

A tales efectos, se creó (y se sigue desarrollando) un marco jurídico compuesto de relevantes competencias y protecciones para que puedan así, dar cumplimiento al rol trascendental que

²⁹ Cabe destacar que, en este último supuesto, la intervención solo procederá -taxativamente- por conflicto insoluble del o de la institución que haga imposible su normal funcionamiento, grave alteración del orden público y manifiesto incumplimiento de la Ley de Educación Superior.

³⁰ De esta forma, se elimina por parte del Poder Ejecutivo la posibilidad de tutelar el control de las decisiones tomadas por las Universidades, no pudiendo este, revocar los actos administrativos de las Casas de Altos Estudios.

³¹ Sesiones Ordinarias del 2013, Cámara de Diputados de la Nación. Orden del Día N° 1908, disponible en https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html (acceso el 28-V-2020).

poseen este tipo de organizaciones en la República Argentina. La situación normativa ha variado notoriamente desde la reforma constitucional, ya que han disminuido los mecanismos de injerencia estatal, particularmente en lo referido a la facultad de fusionar, transformar y extinguir a dichas entidades, de aprobar los estatutos, de adoptar planes y programas específicos, de establecer la planta de personal y crear nuevos empleos, de inspeccionar, de controlar los actos y contratos y al personal, actividades éstas que se consideran propias del control de tutela³².

Sin dudas que el abanico de competencias descrito anteriormente no puede ponerse en funcionamiento sin entender la imperiosa necesidad de garantizar los adecuados sistemas de control que las Universidades deben garantizar. A mayor las potestades asignadas a las instituciones para la prestación de un servicio determinado, mayor debe ser el interés y las obligaciones de las máximas autoridades en garantizar un sistema de control sólido que permita reducir los riesgos asociados a la actividad y cumplimentar razonablemente los objetivos propuestos.

Entender adecuadamente la autonomía universitaria implica asumir la obligación de robustecer la calidad institucional de gestión que el constituyente le ha confiado y para eso es necesario trabajar elocuentemente sobre los mecanismos de funcionamiento internos, optimizar el cumplimiento de objetivos y generar acciones concretas que impacten positivamente en los entornos en los cuales, estas organizaciones se encuentran asentadas.

³² Dictámenes: 249:74.

UN ABORDAJE A LAS INVESTIGACIONES PENALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

Por Santiago Moore¹

La ocurrencia de un suceso de naturaleza delictiva produce cambios que, en mayor o menor medida, repercuten en una comunidad ya que se han puesto en peligro o menoscabo bienes de cierta importancia y jerarquía que atentan con la coexistencia pacífica de los habitantes de una comunidad.

A partir del quebrantamiento de una norma –en este caso de naturaleza penal- ciertas agencias estatales que se encuentran especialmente investidas e instituidas legalmente, comienzan –sea por iniciativa propia o impulsadas por la propia víctima en forma autónoma²- un proceso que tiene como objeto principal establecer lo ocurrido, individualizar al o los responsables de ese accionar y arribar a una decisión respecto a la responsabilidad penal –o no- de la/s persona/s juzgada/s y sus consecuencias jurídicas.

Para poder cumplir con esas finalidades, se transita un camino normativamente previsto en el que se generan acreditaciones y discusiones entre las partes que lo integran (Ministerio Público Fiscal, víctima y defensa) para que un tercero imparcial, el juez, decida al respecto.

Desde la perspectiva de aquellos en cuyo deber recae la tarea de formular pretensiones contra una persona (desde que se le reciba declaración al imputado a fin que pueda ejercer su defensa material en orden a su participación en un suceso de naturaleza delictiva, hasta formular una acusación formal en su contra), éstas deben fundarse y basarse en evidencia previamente recopilada e incorporada a una investigación bajo ciertas formalidades, es decir, ceñidas a exigencias formales y legales que sean acordes y respetuosas con nuestro esquema constitucional de respeto a derechos y garantías consagrados a las personas.

Dicho ello, este trabajo persigue el objetivo y la finalidad de poner el foco en ciertos aspectos y momentos del proceso penal que revisten suma relevancia a los fines de poder formular, en las diferentes instancias, las pretensiones en debida forma.

¹ Secretario en la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. Ex Secretario en la Fiscalía Federal de Morón. Especialista en Derecho Penal. Maestrando en Derecho Penal.

² En este aspecto el Código Procesal Penal Federal de la Nación (en adelante “CPPF”) sancionado mediante Ley 27482, ha incorporado a la víctima en el proceso, confiriéndole el derecho de participar en forma autónoma y recibir la ayuda necesaria del Estado para que se resuelva el conflicto (ver a modo de ejemplo artículos 12, 25, 30 inciso b), 33 de dicho cuerpo legal). Ese texto guarda consonancia con lo previamente estipulado en la Ley 27.372 –Ley de Derechos y Garantías a las personas víctimas de delitos- en sus artículos 3, 5, 6, 7 10 y siguientes de esa normativa.

I.- DETERMINACIÓN DE UN CASO

En ese entendimiento, la primera tarea a la que se van a enfrentar los actores que se desenvuelven en el proceso penal resulta la labor de identificar un caso. Es decir, enmarcar dentro de un conglomerado de acciones humanas (producidas o a producirse en el mundo) que son exteriores y pasibles de verificación mediante los sentidos, aquellas que merecen ser analizadas y tratadas desde la perspectiva del derecho penal.

Esta labor que parece sencilla y menor es vital. Determinar y circunscribir el conjunto de acciones que van a conformar el objeto litigioso en un proceso penal cumple con dos finalidades básicas.

Por un lado, desde quienes deben acreditar la ocurrencia del suceso y la participación de personas en el mismo, van a poder dirigir el curso de la investigación y la realización de diligencias en una dirección clara y precisa (sea desde la producción de medidas de prueba o investigación a las que me referiré más adelante, hasta formular pretensiones en debida forma contra los responsables). Saber qué se va investigar o lo que se pretende descualificar permite encausar la investigación en una dirección determinada, posibilitando la asignación y administración de los recursos materiales y humanos disponibles en forma más eficaz y de acuerdo al objeto específico sobre el que se pretenda realizar averiguaciones.

Por otro lado y como contrapartida, brindarle a la persona sometida a proceso un marco delimitado de acciones que serán materia de discusión dentro del proceso y que de alguna forma comprometen a su persona, posibilitará un correcto y adecuado ejercicio del derecho de defensa, pudiendo en base a ello realizar las manifestaciones y/o aclaraciones que considere necesarias, como así también aportar y producir las pruebas que estime conducentes a fin que un juez evalúe y defina su situación en el proceso.

Se destacó la importancia y trascendencia de fijar el objeto que será materia de discusión en el proceso, por ello, es que deviene necesario brindar un posible modo o metodología que permita arribar a ello.

En el proceso de determinación de un caso deben entrar en juego dos saberes. El saber empírico y el saber práctico. Veamos:

El saber empírico va a estar conformado por aquellos datos de la realidad perceptibles por medio de los sentidos que den cuenta y expliquen una infracción a una norma penal. Dentro del conjunto de acciones producidas en determinados contextos, deberá identificarse y seleccionarse aquellas que, conforme la manda Constitucional prevista en el artículo 19, sean realizadas por personas –ya sean físicas o jurídicas-, exteriorizadas y con capacidad de afectar intereses reconocidos en el cuerpo legal.

Así, el conjunto de acciones seleccionadas, conocido también como supuesto de hecho, plataforma fáctica y/o objeto del proceso, va a constituir el núcleo sobre el cual se van a erigir las acreditaciones y discusiones entre las partes durante el proceso.

También es importante en esta instancia identificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon esas acciones u otras que permitan brindar un contexto a las mismas (como ser características físicas de las personas involucradas, condiciones climatológicas en que se desarrolló

el episodio, del lugar o lugares donde acaeció el mismo, presencia de personas u dispositivos electrónicos que puedan aportar datos o imágenes de lo ocurrido, etc.).

El **saber práctico**. Esta tarea recae exclusivamente en los operadores del servicio de justicia, cuya labor específica consiste en asociar los datos fácticos del caso –que se obtienen del saber empírico- con ciertas exigencias normativas previstas. Es decir, identificar aquellas conductas con tintes o ribetes delictivos que van a ser objeto de análisis dentro de un proceso penal y su anclaje en alguna disposición del Código Penal –o ley especial- concreta. Esta exigencia encuentra previsión legal en el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Es importante aclarar que las acciones que serán relevantes son las que conformarán “el caso”, y es fundamental que al realizar la labor de selección no se tome preeminencia de un saber (práctico o empírico) en desmedro de otro. Es decir, un caso a tratarse en un proceso penal, no debe estar sólo conformado o nutrido por la mera enunciación de acciones humanas o hechos de la realidad –es decir, aplicando el saber empírico-, sino que debe dárseles a las mismas un cierto encuadre legal.

Tampoco cabe realizar el proceso inverso de enunciar exclusivamente calificaciones legales o emplear términos jurídicos sin hacer referencia o vincularlos con hechos concretos acaecidos.

En definitiva, aplicar los saberes (empírico y práctico) permitirá adecuar el accionar de las agencias estatales que intervienen en la aplicación del derecho penal con los preceptos constitucionales relativos a la realización del debido proceso.

La parte imputada o acusada -según la instancia que se trate-, como se dijo párrafos arriba, podrá ejercer en debida forma el derecho de defensa en juicio de acuerdo a las potestades conferidas en el ordenamiento de rito³.

A su vez y conforme se indicara anteriormente, tener una correcta identificación y delimitación de los hechos acaecidos también posibilitará al representante del Ministerio Público Fiscal y a la víctima, independientemente de la prueba que pueda producir por su cuenta⁴, dirigir sus pretensiones conforme las potestades previstas en el ordenamiento⁵.

Ahora bien, la pregunta que se impone a esta altura del razonamiento que se viene realizando es la siguiente: **¿Quién es el encargado de poner en práctica el saber empírico?**

La respuesta no es única y para poder aproximarnos a ella, deviene necesario dejar en claro el modo en que puede tomarse contacto con un episodio de naturaleza delictiva en el actual diseño procesal de instrucción.

De acuerdo con la nueva legislación procesal, que importa el cambio a un modelo de tinte acusatorio, se pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal contra los autores y partícipes, correspondiéndole además la carga de la prueba y probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten la acusación⁶. Los

³ ver Título II, Capítulo 1, artículos 64 al 77 del CPPF.

⁴ Ver en tal sentido lo previsto en el artículo 135 del CPPF que faculta a las partes a producir por su cuenta las pruebas que consideren necesarias (excepto aquellas que requieran la necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal y/o el juez).

⁵ Ver al respecto la posibilidad que les confiere el artículo 80, incisos g), h), j), k), l) de aportar información durante la investigación, brindar su opinión respecto de decisiones que importen la culminación del proceso y participar como parte querellante, conforme lo previsto en el artículo 87 y 88 del CPPF.

⁶ Conforme artículo 90.

requerimientos y resoluciones que formulen deben encontrarse motivados y regir su accionar por los principios de objetividad⁷ y lealtad procesal⁸.

Durante la etapa preparatoria⁹ los representantes del Ministerio Público Fiscal deben actuar con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o descargo que resulten útiles para averiguar la verdad.

Cuando el representante del Ministerio Público Fiscal tome conocimiento de un ilícito por intermedio de una denuncia –sea porque la radican en dicha institución o le es remitida, en forma inmediata, por el juez o fuerza policial tras recibirla¹⁰–, es su responsabilidad realizar la labor de poner en práctica el saber empírico. Mismo escenario ocurre en las investigaciones de oficio iniciadas por el representante del Ministerio Público¹¹.

En estos supuestos si bien no hay un contacto personal o “in situ” con los acontecimientos que se seleccionan para conformar el caso –es decir, no perceptibles por medio de los sentidos–, para que pueda iniciarse una investigación preparatoria o formalizarse la misma ante el juez, deben individualizarse acciones humanas acaecidas con capacidad de constituir una afrenta a alguna disposición penal.

También, es indispensable que se dispongan medidas de prueba o investigación que posibiliten conocer, lo más cercano a la realidad, el episodio anoticiado en esa denuncia o investigación promovida de oficio.

De esta forma se pone en marcha la aplicación del saber empírico y va a estar en cabeza de quien tiene a su cargo la investigación (tarea que ahora recae en el representante del Ministerio Público Fiscal), ser lo más audaz y creativo posible, de modo tal de poder encontrar la forma de aproximarse lo máximo posible –siempre con las limitaciones que ello implica– a la realidad ocurrida (conocida como la “verdad judicial”).

Lo expuesto en el párrafo que antecede, puede redundar que desde la oficina judicial se inicie lo que se denomina una “**investigación de escritorio**”. A modo de ilustrar este tipo de investigaciones, pueden citarse aquellas que demandan análisis de documentación requerida a diversos organismos o entidades públicas o privadas (como puede ser en las diversas defraudaciones previstas, malversaciones, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, etc.) o el estudio de

⁷ Que acorde a lo establecido en el artículo 91, comprende el deber de investigar todas las circunstancias relevantes del hecho objeto del proceso y formular sus requerimientos de conformidad con las pruebas de las que tomare conocimiento, incluso si ello redundara a favor del imputado.

⁸ Entendido como la obligación de exhibir las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo.

⁹ Definida en el artículo 228 como aquella que tiene por objeto establecer si existe o no mérito suficiente para abrir un juicio respecto de una o más conductas con relevancia jurídico penal. Además, esta investigación, acorde lo normado en el artículo 230 y 232, la instruye el Ministerio Público Fiscal en un legajo de investigación que no está regido por formalidad alguna, limitándose a una mera enumeración de los elementos recogidos, un resumen de las diligencias practicadas, los datos obtenidos con indicación de la fecha y hora de realización y de la identidad de los sujetos intervinientes y entrevistados. Esta investigación es ajena al órgano jurisdiccional, más si las partes se enteran de su existencia y así lo solicitan podrán consultarla (conforme artículo 233).

¹⁰ Ver al respecto lo normado en el artículo 240 que establece el trámite que cabe conferirles a las denuncias.

¹¹ Ver artículos 246 y 247 del Código Procesal Penal Federal, que habilitan a los representantes del Ministerio Público Fiscal a iniciar investigaciones (genéricas o preliminares) a los efectos de esclarecer alguna forma de criminalidad o constatar la posible comisión de un suceso de naturaleza delictiva.

conductas bajo un prisma técnico-jurídico (incumplimiento de deberes de funcionarios, cohecho, desobediencia, etc.).

Cabe aclarar que los representantes del Ministerio Público Fiscal van a dirigir las investigaciones y a cuyo cargo se encontrará reunir los elementos de prueba que acrediten la materialidad del evento y la responsabilidad de personas en su ejecución. No está de más enfatizar que aquellas diligencias que de algún modo importen el menoscabo o afectación de la intimidad y la privacidad de las personas, deberán ser requeridas al juez (con funciones de garantías) quien evaluará su procedencia¹².

Por otro lado, muchos delitos son detectados por las fuerzas policiales en el marco de las funciones que le son conferidas (es decir, en el marco de las tareas de prevención policial).

Así, ocurre frecuentemente que en el marco de las actividades propias de las fuerzas (prevención y represión de conductas ilícitas), personal de la institución detecte delitos por cometerse, ya en curso de ejecución o consumados hace poco tiempo. Este tipo de sucesos en el lenguaje jurídico penal son denominados hechos de “flagrancia”¹³ y en ellas se aplica predominantemente lo que puede denominarse “**investigaciones de campo**”.

El término ya es indicativo del ámbito en que van a desarrollarse, y por lo general son las fuerzas policiales a cuyo cargo se van a encontrar las indagaciones y recopilación de evidencias que permitan un conocimiento de los sucesos y las personas que participaron de ese evento.

Por ejemplo, hay ciertos episodios que indefectiblemente demandan de una activa labor policial; como aquellos en los que resulta necesario disponer medidas reservadas exclusivamente a los agentes policiales, sea por el sitio en que deben realizarse o porque el carácter propio de la diligencia demanda conocimientos y experticias inherentes a la función policial (observaciones a lugares, seguimientos a personas, vehículos, constituirse a las inmediaciones del sitio donde ocurrió el suceso en miras a obtener testigos, obtener video-filmaciones o información relevante relativa al suceso ocurrido, realizar inspecciones de vehículos, etc.).

También, en los casos de flagrancia, los agentes policiales tienen la obligación legal de actuar a los fines de impedir el delito o evitar que sus efectos sigan extendiéndose en el tiempo, encontrándose además autorizados a realizar actos que, por regla general y en otras circunstancias, requieren autorización judicial -detenciones, requisas personales y de vehículos y allanamientos-. No obstante esa permisión legal, deben dar inmediato aviso de lo realizado al representante del Ministerio Público Fiscal¹⁴.

Aquí debe tomarse provecho de la presencia policial en el lugar tomando contacto personal y directo con las acciones sucedidas. Es fundamental que al momento de transmitir (tanto en forma verbal como escrita) el episodio presenciado, se haga una referencia clara, precisa y circunstanciada del mismo.

Puntualmente, el nuevo ordenamiento establece cómo va a ser la relación o interacción entre los representantes del Ministerio Público Fiscal y las fuerzas policiales, poniendo en cabeza del

¹² Conforme lo dispuesto en el artículo 13 del CPPF.

¹³ El término que emplea el nuevo código de procedimientos para referirse a la flagrancia –artículo 217 del CPPF- no difiere de la anterior redacción, más si establece un régimen particular y diferencial de juzgamiento de dichos ilícitos –artículos 328 y siguientes-, destacándose la inmediatez con la que se lleva a cabo la audiencia multipropósito que resuelve varias de las cuestiones de importancia.

¹⁴ Ver en tal sentido lo establecido en el artículo 243 que refiere a la prevención policial.

primero realizar tareas de **coordinación** con la finalidad de lograr mayor eficacia en la investigación de los delitos¹⁵.

Desde mi parecer, para lograr cumplir de manera eficiente con la manda establecida, deben establecerse canales de comunicación accesibles entre los miembros del MPF y las agencias policiales. Uno no puede coordinar –lo que se traduce generalmente en dar directivas-, si no sabe qué está pasando o qué ocurrió.

Por ello, es de suma importancia que se identifiquen y expliquen las acciones constitutivas de un delito en un lenguaje claro y entendible, como así también las circunstancias que permitan dar un contexto y razón de las mismas. Resulta de vital importancia, entonces, generar y poner a disposición canales de diálogo accesibles y que los interlocutores –tanto policiales como judiciales- sean los idóneos para la toma de decisiones (evitar muchos “intermediarios” y los “teléfonos descompuestos”). La buena comunicación, como se verá, es un buen punto de partida para obtener un diagnóstico de la situación que ocurre o ya culminó y permitirá, en consecuencia, adoptar aquellas medidas que mejor se adapten a ese escenario.

Se destaca la importancia de la labor en este tipo de situaciones, puesto que aquellas circunstancias o acciones que no sean incluidas o mencionadas en esta instancia, difícilmente puedan ser incorporadas con posterioridad (por ejemplo, no identificar a un testigo que presenció los sucesos, obtener filmaciones registradas por cámaras del lugar cuyo registro dura escasos días, etc.).

También, entre las funciones y atribuciones conferidas, recae en cabeza de las fuerzas policiales el deber de realizar mínimas labores investigativas en torno al suceso como: individualizar testigos presenciales a quienes podrán interrogar, recabar datos que sirvan para la identificación del imputado, hacer constar el estado de las personas, cosas, lugares (mediante inspecciones, planos, fotografías video filmaciones, exámenes técnicos), demás operaciones que aconseje la investigación y reunir toda la información de urgencia que pueda ser útil al representante del Ministerio Público Fiscal¹⁶.

Cumplida tal labor por parte de los operadores judiciales o policiales -dependiendo de la manera en la que se inicia el caso-, debe emprenderse otra tarea que reviste suma importancia, la que de no realizarse en debida forma -como ocurre al identificarse un caso-, sus efectos y consecuencias pueden ser de relevancia.

Independientemente, la tarea de poner en práctica ambos saberes, va a variar y depender del tipo y características de suceso al cual se enfrenten o tomen conocimiento los operadores del sistema de justicia y/o las fuerzas policiales.

En ese entendimiento, hay ciertos sucesos que por su naturaleza y las especiales características de la cuales se encuentran investidos merecen un abordaje y/o tratamiento particular.

Por ello, al momento de encontrarse realizando el proceso de identificar un caso mediante el desarrollo propuesto (es decir, aplicando los saberes empírico y práctico), resulta de vital importancia detectar si el mismo reviste características comunes o complejas.

Esta distinción no es de menor importancia o trascendencia, ya que existen notorias diferencias entre cada uno de los procesos y el curso de acción de seguir, necesariamente, debe ser diferente.

¹⁵ Conforme lo previsto en el artículo 97 del CPPE.

¹⁶ ver al respecto las facultades conferidas a las fuerzas de seguridad en el artículo 96, incisos b), f) g), h), j).

II.- TIPOS DE INVESTIGACIONES. CLASIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

A) *Casos comunes (Procedimiento Ordinario)*¹⁷

El nuevo ordenamiento procesal, entre varias de las cuestiones novedosas que introduce, efectúa un distingo entre los tipos de procesos que pueden presentarse y enuncia las reglas procedimentales que los regulan y deben aplicarse a los mismos.

Sin importar su clasificación, la investigación recae exclusivamente en el Ministerio Público Fiscal y pueden iniciarse de las variadas formas que ya fueran expuestas (investigaciones preliminares de oficio, investigaciones genéricas, prevención policial, denuncia o querrela) y, dependiendo del nivel de comprobaciones que se tengan o se haya alcanzado, el juez va a tener o no conocimiento de su existencia.

En relación a las investigaciones preparatorias, merece aclararse que cuando se carezcan de elementos suficientes como para dirigir una imputación formal contra una persona determinada en base a un hecho acaecido cuya existencia se acreditó, se formará un legajo de investigación que tramitará en el Ministerio Público Fiscal bajo ciertas reglas y por determinado período hasta su formalización, en audiencia, ante el juez e imputado¹⁸.

Retomando el concepto de “investigación común”, debe decirse que estas, en términos estadísticos, conforman el mayor número de expedientes que ingresan y tramitan ante las distintas judicaturas del país. Además, como nota distintiva, presentan similitudes con otros anteriores que ya fueron analizados y juzgados, lo que permite -a su vez- procesos de trabajo ya fijados o de antemano establecidos.

A estos nuevos “casos comunes” que ingresan a diario a las oficinas judiciales, por lo general se les aplican métodos de trabajo estandarizado o rutinario respecto de los cuales existe cierto consenso forjado durante años, a partir de yerros y aciertos, que son transmitidos de generación en generación por los empleados de la repartición judicial.

Una de las particularidades y características que distinguen a estos casos, es justamente que no existe demasiado margen de discrecionalidad o capacidad de “maniobra” por parte de las personas que llevan adelante la investigación. Más bien, el instructor se limita a cumplir y llevar a cabo el curso de acción previamente acordado desde los albores hasta la culminación del proceso.

Esta metodología ofrece ciertas ventajas, ya que permite optimizar tiempo y recursos en el trámite de las investigaciones puesto que, tanto los empleados como magistrados, se limitan a cotejar y corroborar que se esté cumpliendo con los pasos previamente estipulados en cada una de las instancias (lo que puede asimilarse a un proceso de “checklist”).

Como fácil se puede apreciar, en ese esquema de trabajo, las capacidades individuales (en lo que refiere a toma de decisiones, iniciativa o apelación a la creatividad) ceden terreno por razones de necesidad y conveniencia en pos de descongestionar el cúmulo de trabajo existente.

Al ser mayoría, son de los más variados los casos que quedan aprehendidos bajo las reglas del referido procedimiento estandarizado. No incide en este caso la gravedad de las conductas en

¹⁷ Definición establecida en la Segunda Parte, Procedimientos, Libro I, Capítulo 1, artículos 228 en adelante.

¹⁸ Al respecto, de los artículos 230 al 234 se establecen las pautas bajo las cuales tramitarán los legajos de investigación hasta su formalización –artículo 254 de ese cuerpo legal-. A la vez que el artículo 119 del CPPF, establece que el proceso tendrá una duración máxima de 3 años contados a partir de la formalización de la investigación preparatoria.

términos punitivos (es decir, puede abarcar desde un homicidio agravado hasta un hurto simple), sino que va resultar dirimente la existencia de aristas comunes con otros casos anteriores análogos y la posibilidad de poder aplicar la misma metodología de trabajo previamente establecida (lo que se traduce en ordenar las mismas directivas, producir ciertas medidas de prueba, etc.).

En este tipo de casos, el operador judicial como el policial tienen cierto dominio de la situación a partir de haber experimentado hechos o sucesos similares, por lo que pueden contar con bastante previsibilidad al momento de actuar y anticipar lo que puede ocurrir. Esto aparece plasmado en la circunstancia concreta que, al tomar conocimiento o contacto con un caso de estas características, se conoce el procedimiento o medidas a aplicar –es habitual que a la hora de referirse en la jerga se denomine el curso a seguir como “adoptar medidas o el procedimiento de rigor”-.

A su vez, es habitual que el resultado de esas primeras medidas conduzca a un terreno también conocido, lo que derivará en la adopción de otras diligencias de antemano conocidas hasta que, finalmente, se adopte una decisión final sobre el pleito (que puede ser vinculando a desvinculando a una/s persona/s respecto ese contexto fáctico analizado).

A fin de ilustrar, me propuse brindar una serie de características que se destacan en este tipo de procesos, veamos:

- **Previsibilidad** de los sucesos y cursos de acción a emprender (tanto de las fuerzas como de los operadores judiciales), como así también de la solución a adoptar.
- **Dominio** de los acontecimientos, acciones a seguir y del procedimiento a aplicar.
- **Margen de maniobra acotado** por parte de los operadores judiciales y de las fuerzas policiales que intervienen en el hecho, ya que todo es conocido y ya rigen pautas concretas y definidas de actuación.
- **Procesos estandarizados**: se aplican procesos de trabajos ya utilizados en situaciones previas, respecto de los que existe aceptación y consenso por guardar eficacia en situaciones análogas. .

B) Casos complejos

En este sentido, lo opuesto a una investigación “común” puede presentarse como “compleja”. La contrariedad con las primeras no se limita al significado del término sino también a sus alcances, las características que la definen, sus implicancias y el modo en que deben ser abordadas.

En esta dirección y como primera cuestión, debe remarcarse que las investigaciones complejas, por lo general, no abundan en cantidad ni se presentan con asidua frecuencia en las labores que a diario desempeñan los funcionarios policiales u operadores del sistema de justicia.

Otra característica que permite su distinción, es que las pesquisas de esta naturaleza no permiten ser abordadas ni resueltas a través de procesos automatizados o estandarizados. Los cursos de acción preestablecidos, en términos generales, no surten efecto y hasta -con seguridad- pueden agravar la situación existente, es decir, resultar contraproducentes.

En los casos “complejos” la previsibilidad es un factor escaso puesto que, a cada instante, los acontecimientos pueden variar, mutar o adquirir una nueva dirección y dimensión. Por ello es habitual que los agentes policiales y/o judiciales no sean quienes ejerzan un control efectivo del

devenir investigativo, sino que son los propios eventos los que van a dictar el tiempo y guiar el curso de acción a seguir.

Es por esa circunstancia que se requiere de la adopción de comportamientos que sean acordes a ese contexto dinámico y cambiante. Para ello, y a fin de poder sortear con éxito los variados y novedosos inconvenientes que casi con seguridad irán presentándose, es necesario e imprescindible que quienes van a intervenir y actuar tengan la capacidad y predisposición de desarrollar comportamientos versátiles, adoptar decisiones en función del contexto cambiante y hasta –inclusive– aplicar cursos novedosos apelando a la innovación y la creatividad. En otras palabras, deben visualizar y proponer soluciones que sean acordes al escenario que se presenta a cada instante.

El escenario extraordinario frente al que se está, obliga en varias ocasiones a la adopción de medidas revestidas con idéntico carácter, siendo incluso probable que se tenga que innovar en varias cuestiones que pueden ir desde la metodología de trabajo a implementar (conformación de equipos de trabajo interdisciplinarios, convocar a especialistas para que brinden información en un campo desconocido, utilizar dispositivos electrónicos, técnicas de investigación novedosas) hasta la adopción de medidas de investigación o prueba nunca antes realizadas.

Es necesario, atendiendo la multiplicidad de acciones o diligencias a desarrollar, necesidades por atender, cursos por explorar, que deba elaborarse y poner en marcha una planificación estratégica –cuyas herramientas las brinda lo que se denomina la “teoría del caso”¹⁹– que consista en:

1) Fijar cursos de acción en el corto, mediano y largo plazo. En forma prioritaria, de existir riesgos para la integridad de personas (víctimas o victimarios), deberán disponerse medidas que atiendan dicha necesidad; ordenarse prioritariamente la producción de aquellas diligencias que no podrán ser reproducidas luego (como la obtención de evidencia que se elimina por el paso del tiempo o la preservación de escenas donde ocurrieron los hechos sin que se “contaminen”, etc.); también, en menor escala de importancia –ya en el medio y largo plazo–, procurar obtener información del lugar, personas u objetos existentes en el lugar que permitan recrear lo ocurrido.

2) Determinar y delimitar los hechos que conformarán el caso de manera clara y precisa. Ante contextos dinámicos y cambiantes que deriven, posiblemente, en varios ilícitos de diversa naturaleza y hasta cometidos en diferentes ámbitos y territorio, debe evaluarse las acciones y penalidades que se incluirán en una misma trama delictiva o investigación y cuáles en otra; como así también, definir quién debe estar a cargo de la investigación de cada supuesto de hecho que surja.

3) Evaluar estrategias para la presentación del caso ante el juez –de instrucción o garantías y tribunal oral–, de modo que se logre una cabal comprensión del asunto en estudio, las evidencias que lo sustentan y los motivos que fundan las calificaciones legales y/o medidas jurisdiccionales que se solicitan. En pos de arrojar claridad, puede utilizarse presentaciones en gráficos, soportes digitales, etc.

Al igual que sucede con las investigaciones comunes, no puede realizarse una clasificación apriorística de aquellos que resultarán complejos sólo por su conminación penal. Por supuesto, aquellos delitos que implican la afectación sustancial a bienes jurídicos con mayor relevancia

¹⁹ Definida como el conjunto de actividades estratégicas que desarrollaremos frente a un caso penal, que nos permitirán determinar nuestra versión de los hechos que sostendremos ante el tribunal, y establecer la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente las argumentaciones y evidencias que la acreditan en juicio oral.

en términos jurídico penales (vida, libertad, integridad sexual y física, propiedad, etc.) pueden servir a modo de mero indicador.

Clases de Investigaciones Complejas

Encuentro que pueden ser variadas las circunstancias que tornen compleja a una investigación, y en lo sucesivo enunciaré algunas de ellas que van en consonancia con lo previsto en el nuevo ordenamiento procesal. Principalmente, pueden revestir este carácter:

A) Por las características propias del caso:

- * **Delitos cometidos por organizaciones criminales complejas (crimen organizado).** Caracterizados por la participación de varias personas en su planificación, preparación y ejecución del/los ilícitos; organización disciplinada y jerárquica de sus miembros; utilización y aprovechamiento de las innovaciones tecnológicas; realización de negocios legales o ilegales que pueden estar íntimamente conectados; capacidad económica y logística suficiente para cometer hechos en forma sofisticada y contar con apoyo o aquiescencia de autoridades políticas, policiales y/o judiciales.
- * **Delitos que se encuentran en plena ejecución con un riesgo latente a la vida de terceros (situación de toma de rehenes, secuestros extorsivos, incendios u otros estragos, etc.).** En este tipo de casos se requiere la adopción de medidas urgentes, pues el suceso se encuentra en plena etapa ejecutiva y los efectos del mismo no cesaron (iter criminis no culminado). Tampoco debe perderse de vista que los delincuentes utilizan a sus víctimas como herramienta de negociación y como garantía de su impunidad o libertad.
- * **Delitos Transnacionales.** Uno de los tantos impactos que trajo la globalización y el desarrollo de la tecnología es la posibilidad de cometer delitos en múltiples puntos geográficos, con independencia de la ubicación de las personas que participan.
La posibilidad de estar en contacto permanente con cualquier persona y utilizando canales de dialogo seguros y en tiempo real, permite la constitución de organizaciones delictivas que operan “en red” o en forma “celular”. Esto último permite que no exista una única organización interviniente en la planificación, organización y ejecución de un delito sino que se concretan alianzas estratégicas de estas organizaciones celulares para desarrollar un único plan criminal y luego ese vínculo –efímero- culmina allí.
Las dificultades para el tratamiento y abordaje de estas investigaciones son variadas. Para mencionar algún escollo cabe referir que si bien la cooperación internacional entre estados ha avanzado considerablemente mediante la flexibilización de procedimientos para el intercambio de información, aún sigue muy por detrás de las demandas y necesidades que este tipo de delitos reclama en cuanto la posibilidad de obtener información en tiempo y forma. Cabe citar como ejemplos de estos delitos el Terrorismo, Narcotráfico, Secuestros Extorsivos, estafas con dispositivos electrónicos, lavado de activos.

- * **Delitos con múltiples víctimas.** Pueden estar dadas por eventos trágicos ocasionados por un accionar (intencional o imprudente) en medios de transporte masivos (trenes, aviones), lugares con asistencia concurrida, etc. Aquí habrán de adoptarse varias medidas en simultáneo priorizando atender a las personas (clasificación de acuerdo a su condición y situación), a la vez que deberán ordenarse medidas en procura de establecer quienes ocasionaron el sucesos, sus causas y consecuencias. Estos episodios generan gran repercusión en la sociedad y captan la atención de los medios masivos de comunicación.
- * **Delitos cometidos por agentes del estado en ejercicio de sus funciones.** Aquellos delitos que cometen funcionarios públicos de los diversos poderes del Estado en ejercicio de sus funciones, valiéndose del poder conferido, capacidad de influencia y conocimientos propios. Estos pueden ser delitos de tinte económico o violento, y la dificultad en su investigación y juzgamiento radica, entre varios factores: a) en los fueros que varios detentan; b) que las evidencias que los vinculan generalmente son destruidas o se encuentran dentro de las reparticiones a su cargo; c) que tienen poder de influencia mientras se mantienen en el cargo.
- * **Delitos Tecnológicos.** Estamos inmersos en la era digital y la forma de comunicarnos, invertir, transferir dinero, almacenar información, es cada vez más frecuente mediante la utilización de dispositivos electrónicos y plataformas digitales. Existen billeteras y activos digitales. Los delitos no permanecen ajenos a este cambio de paradigma y es cada vez más frecuente la comisión de ilícitos mediante este tipo de dispositivos o plataformas. Los casos pueden ir desde la utilización de técnicas de hackeo (fishing o phishing) para extraer información personal con diversos fines o motivos (hurtos, estafas, amenaza o extorsiones, etc.), o mismo para percibir en forma indebida dinero (financiarse, cobrar dinero, etc.). Las billeteras virtuales y los activos digitales (como las criptomonedas) tornan cada vez más difícil para los estados el control y regulación de esas transacciones, lo que es aprovechado en el campo ilegal.

B) Por las características especiales de la víctima o autor

Los delitos que puedan cometer o ser víctimas ciertas personas (personalidades con trascendencia, por diferentes motivos, en la opinión pública) van a provocar repercusiones en la sociedad, los medios de comunicación y las instituciones.

Aquí se va a convivir con una cobertura mediática del caso y las exigencias respecto a conocer lo sucedido y los avances de la investigación serán continuas.

Características de las investigaciones complejas

En pos de continuar brindando pautas que permitan definir y distinguir el término del concepto de investigación compleja, enunciaré en lo sucesivo características que se encuentran presentes en este tipo de investigaciones: a) debe interactuarse y actuarse en forma coordinada con fuerzas de seguridad locales, provinciales y nacionales; con diferentes agencias del estado (municipal, provincial o nacional) y/o con estados extranjeros, como así también con entidades de carácter

público (en todos sus niveles) y/o privado; b) se requiere la necesaria adopción de múltiples medidas de prueba, habitualmente con carácter de urgente, de acuerdo a las especificidades y particularidades que presente el caso; c) tienen resonancia en la sociedad e inclusive pueden captar la atención de diversos sectores (periodismo, sectores de la política, etc.); d) debe apelarse a la creatividad, poner en marcha técnicas de investigación novedosas o innovadores; e) gozan de cierto grado de imprevisibilidad puesto que los acontecimientos y consecuencias pueden variar de un segundo a otro; f) no sería posible de aplicación el principio de oportunidad previsto en los artículos 30 y 31 del Código Procesal Penal Federal.

El nuevo código de procedimientos en materia penal previó el tratamiento de lo que denominó “procedimientos complejos”.

Conforme aparece allí explicitado²⁰, cuando la recolección de la prueba o realización del debate resultaren complejas en virtud de la cantidad o características de los hechos, el elevado número de imputados o víctimas o por tratarse de delincuencia organizada o transnacional, se puede aplicar el régimen diferencial y excepcional previsto para este tipo de procesos (lo que se traduce en extensión de plazos en materia de: duración del proceso, intervención de las comunicaciones, reserva total del legajo, duración del debate, realización de alguna actuación de las partes y celebración de audiencias).

Por supuesto, esta previsión normativa implica un significativo avance, por cuanto es la primera vez que –en términos de normativa local- se hace el distinguo entre lo que puede denominarse un proceso común y otro de naturaleza compleja.

La distinción en cuanto el tipo de proceso que cabe aplicar debe también trasladarse al modo en que deben ser abordados. Resultaría nocivo y perjudicial que a un caso investido con características “complejas” se le brinde un tratamiento diverso, ya que las consecuencias muchas veces son irreversibles y contraproducentes para alcanzar los fines del proceso.

Para poder poner en práctica la diferenciación planteada, sin dudas se necesitan operadores –policiales y judiciales- con capacidad de adaptación a los cambios que este tipo de procesos trae y estar predisuestos a manejar situaciones nuevas y proponer cursos de acción innovadores y nunca transitados.

Creo en este sentido, que la pandemia del año 2020 es un claro ejemplo que las cosas pueden adquirir, de un momento a otro, rumbos impensados y consecuencias nunca vistas. Este tipo de situaciones, al igual que las investigaciones complejas, implican pensar y actuar de un modo diferente.

Entonces, a modo de cierre, considero sumamente importante que más allá del avance que el Código Procesal Penal Federal trajo al mencionar y distinguir los posibles tipos de investigaciones que pueden presentarse (comunes y complejas), lo cierto es que el verdadero cambio debe darse en los operadores del sistema penal a cuyo cargo va a estar su abordaje.

Para ello, desarrollar la capacidad de lidiar con escenarios desconocidos y cambiantes, para luego poder ofrecer posibles respuestas a lo que la situación demanda, es de vital importancia. Está claro y deviene necesario tener una clara y correcta identificación de la situación a la que uno se enfrenta –diagnóstico– para recién a partir de allí, empezar a planificar la mejor respuesta posible.

²⁰ Artículo 334

DERECHOS HUMANOS E INTERNACIONALES

“A LOS 75 AÑOS DEL FINAL DEL JUICIO DE NÜREMBERG”. DINÁMICA Y PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LOS JUICIOS.

Dr. Franco M. Fiumara¹

“...todavía hay jueces en Berlín...”

Para comprender la compleja dinámica de la puesta en funcionamiento de una jurisdicción internacional, como fue el caso, mediante la implementación de un Tribunal Militar Internacional (TMI) con sede en Nüremberg, debe tomarse en consideración varios aspectos científicos que cambiaron el paradigma sobre la forma en que los Estados han reinterpretado el concepto de soberanía, mutando de una concepción totalmente cerrada hacia otra más laxa compartiendo algunos principios de funcionamiento en común. En un inicio estos matices abarcaron un cambio en las ciencias políticas, la sociología, la psicología, los antecedentes históricos, los políticos y muy especialmente en el ordenamiento jurídico del derecho internacional, penal y procesal que fueron consagrados posteriormente de la realización del proceso principal (Caso seguido a los jerarcas) cuando la Asamblea General de la ONU aprobó por unanimidad la **resolución 95 (I)** -11/12/1946, mediante la cual se afirmaron los principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del TMI y las sentencias dictadas por el Tribunal de Nüremberg.

Comprendidos estos aspectos, debemos referirnos a lo que fue el Partido Nacional Socialista Obrero Alemán - Nazi, considerado en el proceso inicial “*in totum*” como un movimiento político criminal² desde su misma génesis, ya que nació como un partido xenófobo, antisemita radical, que buscaba destruir fronteras estatales, y por sobre todas las cosas eliminar seres humanos considerados imperfectos o racialmente inferiores.

Y este partido político que plasmó al llegar al poder un verdadero terrorismo de Estado, nació quasi en simultáneo con los Tratados de Versalles y de Sévres que contemplaban la realización de juicios internacionales que debieron llevarse a cabo contra el Káiser alemán Wilhelm II (por vulneración de tratados internacionales e invasión de otros países) y la cúpula gubernamental de los “Jóvenes Turcos” (por crímenes contra la humanidad), y cuyos fracasos por cuestiones de

¹ Juez en lo Criminal; Doctor en Ciencias Jurídicas; Doctor en Ciencias Políticas; Becario Yad Vashem (Israel); Posgrado Universidad de Bari (Italia); Condecorado como: Ufficiale della Ordine della Stella d'Italia; Cursos en Francia, Polonia, Alemania; Becario Personnalité d'avenir (Francia); Docente, Investigador y Consejero UNLaM; Disertante, con publicaciones de libros y artículos.

² Artículo “A 70 años de la finalización del juicio de Nüremberg a los jerarcas. Nazismo y Juzgamiento en ausencia”. Autor Franco M. Fiumara. Revista: Cultura - AMIA, año 2, n° 4, noviembre 2016.

conveniencia de “realpolitik”³ sirvieron de pretexto para que Hitler radicalice su partido y afirme en 1939: “...quien se acuerda de los armenios...”.⁴

De esta manera y en un mundo plenamente convulsionado, el aparato dirigido por Hitler prontamente se puso en marcha y para lograr los objetivos fijados en el programa conocido como los 25 puntos (24/2/1920) que será la carta orgánica del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* - NSDAP), intentó llegar al poder a través de un fallido golpe de Estado en 1923, que sirvió para que el futuro Führer escriba en la cárcel el libro fundamentalista *Mein Kampf*, donde asentaba las bases filosóficas y de acción partidaria consagrando justamente sus ideas que de por sí ya eran de características criminal.

La paradoja del destino hizo que el nazismo llegue al poder a través del sistema parlamentario de gobierno, es decir de manera legal y legítima, perdiendo este último principio mencionado 28 días después con el incendio del Reichstag y el paquete de medidas represivas que demostraron la esencia criminal del partido nazi. Lógicamente, nunca fue un sistema “justo” que es la base de toda legislación.

Así, en plena etapa de su consolidación del poder, el aparato nazi (30/1/1933 hasta 9/11/1938 - *Kristallnacht*) organizó estas ideas programáticas por la fuerza con grupos paramilitares como las S.A. y luego las S.S., pero cambió el paradigma del contrato social, sostenido en dos estamentos fundamentales, la cooptación de la educación que dependía inicialmente del Ministerio de Propaganda e Ilustración Popular a cargo del nefasto Joseph Goebbels, y la implementación de Tribunales del Pueblo (24/4/1934: Ley que promulga la creación de los *Volksgerichtshof*), que tenían competencia sobre los hechos delictivos considerados de Estado, es decir, juzgarían a los funcionarios considerados traidores del partido o que no compartían la mirada del Führer y sus secuaces.⁵

Por no estar específicamente redactado en la Constitución de Weimar la incompatibilidad de ser Primer Ministro (Canciller) y Presidente del Estado, meses después de cooptar la justicia y tras el fallecimiento del Presidente Hindenburg (2-8-1934), Hitler obtiene la sumatoria total del poder público para asumir los dos cargos. A partir de ese momento todos los funcionarios y

³ Holanda rechazó entregar al Káiser para su juzgamiento aduciendo que se vulneraba el principio de soberanía, y la dirigencia turca que se encontraba detenida por los ingleses en la isla de Malta, fue puesta en libertad por una cuestión de conveniencia de política internacional para que el neo Estado turco sirva de contención al comunismo soviético. Páginas 34 y 35 del libro “Educación y Justicia como métodos pacíficos de prevención. Análisis histórico y judicial de la Shoá, genocidios de los siglos XX, XXI y terrorismo”. Autor: Franco M. Fiumara, año 2016. Editado por la Universidad Nacional de La Matanza.

⁴ Página 47 del libro “Educación y Justicia como métodos pacíficos de prevención. Autor: F. Fiumara, ya citado.

⁵ Tenía el objetivo de cooptar definitivamente el poder judicial, debiendo los jueces jurar lealtad al Führer, sometiendo definitivamente a los funcionarios judiciales a los designios del nazismo. Esto marcó una de las fases administrativas más dramática del nazismo, por la destrucción definitiva de uno de los pilares democráticos, siendo esté la independencia del poder judicial en relación a los otros poderes del Estado, y por lo cual se podía investigar y/o juzgar cualquier anomalía proveniente de otro de los poderes estatales o agencias gubernamentales. Tenía inicialmente competencia sobre los siguientes delitos: traición, alta traición; ataque contra el Presidente del Reich; destrucción de bienes militares; homicidio o tentativa de homicidio de miembros del gabinete nacional o provincial. Con el tiempo se adjudicaron la competencia por contaminación racial, cometiendo verdaderos asesinatos a través de las sentencia emitidas. Para los críticos de los Juicios de Núremberg, que sostienen que debería haberlos juzgados una corte alemana, estos tribunales nazis hubiesen sido los competentes para someter a sus propios funcionarios que juraron lealtad al Führer. El Caso 3 de los Juicios de Núremberg, seguido contra los juristas, varios sometidos a proceso fueron condenados por crímenes contra la humanidad. Página 58 del libro *Educación y Justicia como Métodos Pacíficos de Prevención*. Autor F. Fiumara, ya citado.

oficiales del Estado realizaban el Juramento de lealtad que decía: “Juro que seré leal y obediente al Führer del Reich y del pueblo alemán, Adolf Hitler, respetar la ley y cumplir conscientemente los deberes de mi cargo, y para esto invoco la ayuda de Dios”.⁶

De esta forma millones de personas pasaron a integrar las filas del nazismo, se afiliaron al partido y colaboraron para consolidar el poder con un marco legal regulatorio, el cual no era legítimo, pero sí válido de aplicación dentro del Tercer Reich, comenzando por la “Ley para el restablecimiento del servicio civil profesional” (7/4/1933) y las “Leyes Raciales de Nüremberg” (15/9/1935). Los Estados que suscribieron tratados con la Alemania nazi, aceptaron de hecho estas normas, y solo hubo un intento de protesta cuando se propuso un boicot internacional para sacarle a Hitler los Juegos Olímpicos de Berlín de 1936. El fracaso de esta propuesta por conveniencia política y la realización de las olimpiadas en Alemania, le sirvieron al nazismo para “desmentir” los rumores acerca de lo que realmente pasaba en el país.

El poder judicial, amparado por leyes deslegitimizadas que solo perseguían a opositores políticos y a las personas consideradas inferiores, convalidó a través de sus fallos todos los atropellos propuestos o impuestos por los nazis, dictando sentencias que ejecutaban verdaderos asesinatos judiciales.⁷

Pero siempre hubo la oportunidad de enfrentar el sistema impetrado, como lo demuestra el notable juez Lothar Kreyssig que se opuso férreamente al Programa T4,⁸ manifestando: “Las palabras del Führer no establecen determinados derechos”. Luego de esto se vio obligado a retirarse de la justicia por contradecir los Principios del Führer –*Führerprinzip*. Por este motivo la

⁶ El sobreviviente Emanuel Tanay, respetado psiquiatra forense radicado en los Estados Unidos, nacido en 1928 en Alemania, y de origen judío, sostuvo sobre la indiferencia general en sus inicios: “Muy pocas personas eran nazis en verdad” dijo, “pero muchos disfrutaban de la devolución del orgullo alemán, y muchos más estaban demasiado ocupados para preocuparse. Yo era uno de los que sólo pensaba que los nazis eran un montón de tontos. Así, la mayoría simplemente se sentó a dejar que todo sucediera. Luego, antes de que nos diéramos cuenta, los nazis eran dueños de nosotros, se había perdido el control y el fin del mundo había llegado. Mi familia perdió todo. Terminé en un campo de concentración y los Aliados destruyeron mis fábricas...”. Cita correspondiente al artículo “A 70 años de la finalización del juicio de Nüremberg a los jerarcas. Nazismo y Juzgamiento en ausencia”. Autor Franco M. Fiumara. Revista: Cultura - AMIA, año 2, n° 4, noviembre 2016.

⁷ Tres casos emblemáticos son los que tuvieron repercusión pública notoria y también difusión a través de medios filmicos, bibliográficos o académicos en la actualidad. Ellos son: 1) Lehmann “Israel” Katzenberger (condenado a muerte en guillotina por su condición de judío) e Irene Seiler juzgados por contaminación racial y por perjurio, en marzo de 1942, por el Tribunal Especial de Nüremberg por el juez nazi Oswald Rothaug (condenado posteriormente por crímenes contra la humanidad y pertenencia al Partido Nazi a 20 años de prisión en el Caso 3 de Nüremberg seguido a los jueces nazis); 2) Los hermanos Sophie y Hans Scholl del movimiento de Resistencia Rosa Blanca, quienes arrojaron panfletos oponiéndose a la guerra dentro de la Universidad de Múnich: condenados a muerte fueron guillotinado en 1943; y 3) los partícipes en Operación Válgur – 20/7/1944, juzgados por Freisler (máximo exponente de los atropellos jurídicos) y ejecutados a la horca con cuerdas de piano para profundizar la agonía de las víctimas. Páginas 168 a 203 del libro Educación y Justicia como Métodos Pacíficos de Prevención. Autor F. Fiumara, ya citado.

⁸ Preceptos religiosos de la Ley de las Tablas (no matar) como laicos del Derecho Romano desde la antigüedad dicen que proteger la vida es un bien jurídico supremo sostenido por la normativa legal que hoy conocemos como seguridad jurídica. El destacado jurista alemán Claus Roxin, nacido en Hamburgo en 1931, quien estudió en su país bajo el nazismo, teniendo 14 años al finalizar la guerra, pero siendo un abierto antinazi nos deja interesantes reflexiones al respecto: “Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos. Por la misma razón estaría vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídico-penales”. Ejemplo: “El mantenimiento de la pureza de la sangre alemana”, en el que se basó la prohibición nacional-socialista de la llamada vergüenza racial, no es un bien jurídico en el sentido aquí descripto”. “Lo mismo valdría también para la obligación de seguir teorías ideológicas menos reprobables”, como en la actualidad se encuadran ISIS, Hezbollah y Hamas, entre otros grupos. Conclusiones del libro Educación y Justicia como Métodos Pacíficos de Prevención. Autor F. Fiumara, ya citado.

Gestapo quiso detenerlo, pero debido a la trascendencia internacional del jubinado magistrado, su pertenencia a una iglesia confesional y la invasión a Polonia, se presume que no fue encarcelado para que el público no tenga mayor conocimiento de la planificada eliminación de los discapacitados ordenada por Hitler.

Con los campos de concentración como Dachau -1933, Sachsenhausen-1936, Buchenwald -1937 y otros funcionando plenamente, la normativa legal sosteniendo el sistema impetrado, y el aparato judicial organizado sometiendo a miles de opositores políticos que eran torturados para “reeducarlos”, se llegó al 9 de noviembre de 1938 que instigado por el aparato propagandístico nazi produjo el primer gran pogrom dentro de Alemania, el “Kristallnacht” (Noche de los cristales rotos) que fue el comienzo de una impiadosa persecución de todas las agencias del Estado, incluso la justicia, contra la comunidad judía alemana. La tragedia física del pueblo judío europeo comenzaba a gran escala. Así Hitler lo anunciaba el 30 de enero de 1939 advirtiéndole que si por “culpa del colectivo judío” comenzaba una nueva guerra mundial, iban a ser exterminados.

Habiendo hecho limpieza interna sin encontrar oposición alguna y habiéndose fortalecido internamente y por medio de algunos tratados⁹ internacionales, el Führer Adolf Hitler, bajo su exclusiva responsabilidad y decisión, comenzó el 1 de septiembre de 1939 una guerra de agresión contra Polonia, teniendo inmediatamente inicio la era concentracionaria en los guetos creados en distintas ciudades polacas invadidas por las tropas del Tercer Reich. Luego con Barbarroja en marcha (22/6/1941), comienza la etapa del exterminio¹⁰ sistemático de los judíos europeos (incluye norte de África) en todos los territorios bajo dominio nazi.

Seguidamente a estos hechos y tras vulnerar los nazis algunos tratados suscriptos, y dando rienda suelta a los crímenes, los Aliados iban recibiendo noticias del exterminio, decidiendo crear en octubre de 1942 la Comisión Interaliada para Crímenes de Guerra, con representantes de 17 naciones, cuyo objetivo era recolectar¹¹ información, documentos y testimonios sobre las atrocidades que cometían los nazis en Alemania y en los países ocupados, para poder juzgar a los criminales del aparato estatal alemán.

De esta manera los futuros juicios iban tomando forma, y eran tema recurrente en las reuniones de los líderes aliados en las Conferencias de Moscú (1/11/1943), de Yalta (desde 4 al 11/2/1945) y de Potsdam (entre el 17/7 al 2/8/1945 – con la guerra europea finalizada). Así se

⁹ Solo señalaré algunos tratados por honor a la brevedad, pero que demuestran aún en la actualidad que algunos de estos instrumentos internacionales pueden estar viciados técnicamente de nulidad absoluta ya que en su contenido hay delitos de lesa humanidad o de agresión, como el Tratado Ribbentrop-Molotov (1939) en cuyo protocolo secreto adicional en el cual eliminaron a Polonia del mapa, o el tratado de Múnich (1939) suscrito entre el Tercer Reich, Italia, Francia y Gran Bretaña donde desmembraron Checoslovaquia. del libro Educación y Justicia como Métodos Pacíficos de Prevención. Autor F. Fiumara, ya citado.

¹⁰ En el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, estuvo tipificado como crimen contra la humanidad. Luego fue tipificado como Genocidio.

¹¹ El Comandante en Jefe Aliado, General Dwight D. Eisenhower (luego presidente de USA), manifestó en 1945 que había que estar en condiciones de brindar evidencias de primera mano por si alguna vez, en el futuro, hubiera una tendencia a atribuir estas acusaciones meramente a “propaganda”. Al observar los cuerpos de los prisioneros que perecieron en el campo de Ohrdruf. — National Archives- dijo: Lo que observé es indescriptible... Las pruebas visibles y el testimonio oral de la inanición, de la crueldad y de la bestialidad eran... abrumadores... Realicé esta visita a sabiendas para estar en condiciones de brindar pruebas de primera mano de ello si alguna vez, en el futuro, hubiera una tendencia a atribuir estas acusaciones meramente a “propaganda”. <https://www.ushmm.org/es/reference/frequently-asked-questions/museum>

acordó realizar varios juicios que encuadraban a distintos grupos políticos, militares, paramilitares o económico-empresarial que sostuvieron y apoyaron el nazismo.

Tras la muerte de Roosevelt, quien sostuvo la idea de llevar a juicio a los nazis, el neo presidente de Estados Unidos Harry Truman nombró (2-5-1945) al jurista Robert Jackson como plenipotenciario para las negociaciones con las grandes potencias y fiscal jefe de USA. Muchos eran los problemas a enfrentar en el campo filosófico-jurídico-legal, siendo el principal de ellos como congeniar los distintos sistemas procesales, el anglosajón por un lado (USA – Gran Bretaña), y el continental europeo por el otro (Francia – URSS).

Luego de varias y fuertes discusiones con sus pares franceses y soviéticos, ideó un sistema mixto, pragmático y rápido, y presentó un informe (6/6/1945) para la realización del Proceso de Nüremberg contra los principales jerarcas detenidos, donde desarrolló los puntos de acusación y los problemas jurídicos básicos. Dos instrumentos jurídicos de sumo interés en la esfera procesal - penal para poder acreditar la responsabilidad criminal de los imputados, fueron poder someter a juicio además de personas físicas a personas jurídicas (Partido Nazi - Das Korps der politischen Leiter der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (Cuerpo de Líderes Políticos del Partido Nacional - Socialista de los Trabajadores), SS - Schutzstaffel: Cuerpo de Protección-, S.D. (Servicio de Seguridad), luego RSHA (oficina Central de Seguridad del Reich), Gestapo, etc.) y para poder acreditar las cadenas de mandos fehacientemente, poder realizar procesos en ausencia.¹²

En el juicio a los jerarcas la principal figura sometida a proceso en ausencia fue justamente el secretario personal de Hitler en la Cancillería y Secretario del Partido Nazi, Martin Bormann, quien fue señalado como uno de los responsables principales de retransmitir las ordenes no escritas de Hitler a sus mandos inferiores jerárquicamente. Y esto fue declarado por otros acusados, entre ellos Herman Göring. Este instituto procesal permitió demostrar a gran escala el entramado de órdenes y por consiguiente la responsabilidad de las altas esferas nazis sobre las atrocidades cometidas en el continente europeo y africano.

Finalmente el 8 de agosto de 1945 mediante la Carta de Londres, los Aliados crearon el Tribunal Militar Internacional, cuyo Estatuto (6/10/1945) en su artículo 6º establece los cuatro cargos en que girarían las acusaciones:

Artículo 6to. “A”: Plan común o conspiración.

Artículo 6to. “A”: Crímenes contra la paz y actos de agresión.

Artículo 6to. “B”: Crímenes de guerra y violaciones de las Convenciones de La Haya y Ginebra.

Artículo 6to. “C”: Crímenes contra la humanidad (SHOÁ).

El 20 de noviembre de 1945 tuvo inicio el Juicio principal en el Palacio de Justicia de Nüremberg, que marcó un hito histórico en el andamiaje jurídico internacional. Finalizó el 1 de octubre de 1946, ejecutándose las penas de muerte entre los días 15 y 16 de octubre del mismo año, luego de haber sido rechazadas por el Alto Comisionado Aliado las peticiones presentadas por los abogados defensores de los condenados.

Algunas cuestiones para resaltar como ejemplo, tienen que ver con algunos de los puntos resaltados a través de este artículo, como ser: la manera en que Martín Bormann, juzgado y

¹² Capítulos correspondientes a los 13 juicios de Nüremberg del libro Educación y Justicia como Métodos Pacíficos de Prevención. Autor F. Fiumara, ya citado; y al artículo “A 70 años de la finalización del juicio de Nüremberg a los jerarcas. Nazismo y Juzgamiento en ausencia”. Autor Franco M. Fiumara. Revista: Cultura - AMIA, año 2, nº 4, noviembre 2016.

condenado en ausencia en el proceso a los jerarcas, fue debidamente defendido por el abogado Friedrich Bergojd (en nuestro caso sería un defensor oficial) quedando acreditada su responsabilidad criminal en el andamiaje burocrático gubernamental hitleriano, y así también como este instrumento jurídico procesal ayudó de sobremana a acreditar el nexo entre Hitler, Bormann y otros jerarcas de inferior rango y los grados de responsabilidad criminal.¹³

En segundo lugar haber sometido a proceso a entes jurídicos como el Partido Nazi, la Gestapo o las SS, cuya pertenencia a estos organismos acreditaba cierta responsabilidad en estos aparatos que fueron declarados criminales y ordenada la disolución jurídica de los mismos. Esto facilitó numerosos procesos posteriores que hacían bastante compleja la trama de responsabilidades en la industria moderna de exterminio alemana.

En tercer lugar, estas sentencias y el Estatuto del Tribunal Militar Penal Internacional para los juicios de Núremberg (donde están tipificados los delitos), fueron ratificadas por la resolución 95 de Naciones Unidas, siendo actualmente conocidos como los Principios de Núremberg. Argentina forma parte de Naciones Unidas y acata las resoluciones emanadas del organismo internacional supranacional del cual forma parte.

Habiendo desarrollado la dinámica del nazismo en el poder describiendo algunos hechos que significaron en definitiva los delitos tipificados, debo hacer una aclaración pertinente debido a las críticas mayoritarias a estos trece procesos de Núremberg por numerosos juristas, mayoritariamente españoles y latinoamericanos entre otros, cuyos ataques a los distintos puntos en cuestión por honor a la brevedad los dejo como investigación para el lector; pero quiero resaltar con creces que los tribunales naturales de juzgamiento competentes deberían haber sido los alemanes, específicamente los nefastos Volksgerichtshof, aquellos tribunales nazis ya mencionados, de los cales algunos miembros fueron condenados en el Caso 3 “Juristas” por dictar sentencias criminales. Núremberg significó tratar de impedir en parte la impunidad nazi, y en segundo lugar dejar un fuerte mensaje a la comunidad política internacional.¹⁴

Por último, y a través de los juicios descritos, podrá observarse la importancia de la Justicia como posible método de prevención en crímenes genocidas y de lesa humanidad¹⁵, ya que como permanentemente sostengo, las sentencias cumplen una función didáctica y social que marcan un rumbo hacia el futuro, y juzgar en presencia o ausencia, bajo mi punto de vista, no vulnera normas esenciales constitucionales, procesales ni tratados internacionales. Pero además de cumplir un fin didáctico que en definitiva es tratar de impedir que se cometan nuevos hechos de la misma magnitud, lo cual lastimosamente somos testigos de que por sí solo es imposible, las sentencias otorgan elementos válidos para poder imitar y adaptar a nuestros propios sistemas legales.

¹³ Capítulos correspondientes a los 13 juicios de Núremberg del libro Educación y Justicia como Métodos Pacíficos de Prevención. Autor F. Fiumara, ya citado; y al artículo “A 70 años de la finalización del juicio de Núremberg a los jerarcas. Nazismo y Juzgamiento en ausencia”. Autor Franco M. Fiumara. Revista: Cultura - AMIA, año 2, n° 4, noviembre 2016.

¹⁴ Capítulos correspondientes a los 13 juicios de Núremberg del libro Educación y Justicia como Métodos Pacíficos de Prevención. Autor F. Fiumara, ya citado; y al artículo “A 70 años de la finalización del juicio de Núremberg a los jerarcas. Nazismo y Juzgamiento en ausencia”. Autor Franco M. Fiumara. Revista: Cultura - AMIA, año 2, n° 4, noviembre 2016.

¹⁵ Comparte estos argumentos el Fiscal Federal Alberto Gentili conforme lo sostiene en sus clases y conferencias, ej.: Conferencia Museo Shoá, diciembre de 2016.

El mejor acompañamiento que puede tener el sistema de administración de justicia nacional o internacional es la educación¹⁶ en todos sus niveles, basada en valores humanos, ya que es la única alternativa preventiva que tenemos y que la justicia pueda actuar mancomunadamente como contención de posibles hechos criminales, y en el caso de tener que condenar, que las sentencias contengan una alta dosis de estudio para los condenados comenzando en algo fundamental que nos enseñaría en todos los estamentos los acontecimientos ocurridos y que pueden servir¹⁷ como alerta temprana de prevención, y uno de ellos es ¿Por qué estudiar Shoá hoy?, y de esta manera combatir con eficiencia uno de los crímenes más antiguos que la humanidad conoce, el antisemitismo radicalizado que llevó al nazismo a realizar lo que hizo, la mayor barbarie criminal organizada desde un Estado en la historia de la humanidad.

¹⁶ El Dr. Yosi Goldstein, Ph. D. Universidad Hebrea de Jerusalem, Yad Vashem, Profesor Invitado UNLaM, historiador y sociólogo, en su artículo sobre la liberación del Campo de Auschwitz-Birkenau dijo: "...El estudio del Holocausto o Shoá puede aportarnos conocimientos y reflexiones acerca de la prevención de nuevos genocidios y por sobre todo para impulsar la defensa de los derechos humanos en el mundo. Sin establecer analogías históricas, podemos comparar entre fenómenos históricos para detectar pasos, políticas o conductas que generan discriminación y pueden iniciar procesos que conduzcan a nuevos genocidios..."

¹⁷ Kovacic, Verónica A., "Reflexiones para posibles abordajes en la enseñanza del Holocausto en la educación argentina", Nuestra Memoria nro. 34.

LA LIBIA DE MUAMMAR GADAFI: UNA RETROSPECTIVA A UNA DÉCADA DE SU CAÍDA

Por Julián Schvindlerman¹

Cuando Libia alcanzó la independencia en 1951, la ONU envió al economista Benjamin Higgins a estudiar el potencial de desarrollo de la joven nación. Su evaluación fue devastadora: “Libia combina en un solo país prácticamente todos los obstáculos al desarrollo que pueden encontrarse en el planeta: geográficos, económicos, políticos, sociológicos y tecnológicos; si Libia puede alcanzar un crecimiento sostenido, ningún país ha de perder la esperanza”. Cuando Gadafi llegó al poder dieciocho años después, Libia no era tan pobre dado que la explotación petrolera estaba en curso. Pero era un país lumpen. Un residente estadounidense en aquellos tiempos anotó: “Libia todavía estaba, en 1969, en un estadio pre-capitalista. La riqueza se medía por lo que una persona cenaba; pan, queso o carne”.

El profesor Dirk Vanderwalle estimó que todos los alimentos producidos en Libia a lo largo de aquel año, daban solamente para una comida. O como graficó el periodista Enric González en *El País*, “los libios podían consumir el conjunto de su agricultura, ganadería y pesca en un solo almuerzo”. La economía dependía casi por entero de la renta petrolera. De modo que los desafíos para el joven líder libio Muammar Gadafi no fueron menores cuando depuso al Rey Idris en 1969 por medio de un golpe de estado. No obstante, él es realmente responsable de haber dilapidado los generosos ingresos petroleros en caprichos personales, aventuras foráneas y medidas económicas retrógradas. Haber convertido a Libia en un estado paria bajo sanciones globales tampoco ayudó exactamente a la construcción nacional.

Su larga gestión fue también un despilfarro de oportunidades perdidas. A diferencia de Turquía, Libia no surgió de las ruinas de un vasto imperio de siglos de antigüedad caído a menos. En contraste con Egipto, que cuenta 82 millones, es un país de apenas seis millones de habitantes. El 90% de su territorio es inhóspito. La vasta mayoría de su gente se aloja en la región costera, siendo Trípoli, Benghazi y Misrata sus principales ciudades. Ha sido bendecida con enormes recursos naturales, lo que significa que bien administrada pudo haber alcanzado una situación económica digna en términos per cápita. Dada su composición demográfica homogénea (la gran mayoría de su población es árabe sunita con una minoría Berber del 8%, más un puñado de minorías cristianas, negras y judías -esta última hasta que Gadafi la echó del país- entre ellas), Libia estaba bien posicionada para eludir los conflictos sectarios que aquejaron a otras naciones

¹ Profesor titular de Política Mundial en la carrera de Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Palermo. Su libro más reciente es *Escape hacia la utopía: el Libro Rojo de Mao y el Libro Verde de Gadafi* (Biblos).

de la región; como Siria, Líbano, Bahrein, Yemen o Irak que adolecen de fuertes divisiones entre sunitas y chiítas. Gadafi arruinó este mapa humano con obstinada miopía.

El mapa tribal ha sido históricamente mucho más complejo. Apenas el 10% de la población no pertenece a tribu alguna. El país debe su propio nombre a una de sus tribus, los Libu. El historiador Faraj Abd al-Aziz Najm ha estimado que existen 140 tribus y clanes allí, de las cuales treinta son influyentes. El propio Gadafi surgió de la Gaddadfa, una tribu menor en su tiempo que ganó peso político a partir de su acceso al poder. Las tribus tuvieron un papel relevante en las luchas contra el Imperio Otomano primero, y contra Italia después. Durante el gobierno de la *Jamahiriya* la gravitación de la estructura tribal se contrajo, en parte debido a la modernización del país, en parte por decisión del Coronel.

Aunque en su Libro Verde Gadafi había ponderado el papel social de la tribu, en la práctica procuró reducir su significancia, lo que no impidió que se sirviera del sistema tribal para avanzar sus intereses. Se apoyó en varias tribus leales para consolidar su autoridad, a las que recompensó material y políticamente, mientras que socavó el poder de las tribus antagónicas. Otorgó privilegios a las primeras y blandió garrotes contra las segundas.

En la década del 1990 hizo que el Parlamento adoptase un “código de honor” que permitía la aplicación de castigos colectivos a las tribus opositoras. Fomentó el ingreso de las tribus Gaddadfa, Warfalla, Al-Abaidat y Magariha a los servicios de seguridad a la par que debilitó al ejército regular. Debido a ello, a diferencia de Túnez y Egipto, la armada libia, aunque fiel al Coronel hasta el final, no tuvo un papel central durante las revueltas del 2011. Mucho más crítico resultó ser el rol de las tribus.

Al medir ciertos índices relativos al desarrollo humano, decanta que el gobierno de Gadafi no fue peor que el de otros países de la región. En 2011, año de su caída, un estudio del Banco Mundial indicaba que, durante su égida, los libios gozaron de tasas de alfabetismo y de calidad de vida superiores a las de varios de sus vecinos africanos y del Medio Oriente, además de gozar de acceso gratuito a la educación y a la salud (otro análisis enteramente diferente sería evaluar la calidad de esos servicios). Hubo una mejoría en el bienestar general, donde casi todo libio pudo acceder a la vivienda propia. Conforme un estudio de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, la expectativa de vida - “quizás la mayor medida de estándares de vida” - había aumentado en diez años entre 1960-1980 y la movilidad social había mejorado. La urbanización del país creció del 45% en 1964 al 85% en 1995. “Sin embargo, a pesar de toda la riqueza nueva del petróleo y de incansables esfuerzos oficiales en rehacer a la sociedad libia”, destacaron los académicos Santiago Espinoza García y María Patricia Domínguez Echeverría, “el ritmo del cambio social fue bajo, y el país permaneció como uno de los más conservadores del mundo árabe”. Como es típico en los gobiernos socialistas totalitarios, la elite se enriqueció inmensamente mientras que el pueblo fue empobrecido.

Peter Scholl-Latour ofreció este balance sobre Gadafi:

“No había duda de que había logrado proporcionar a su prójimo condiciones de vida adecuadas y un orgullo nacional excesivo. Un capricho de la geología, la inmensa riqueza petrolera del suelo tripolitano, le proporcionó los medios para este fin. Hizo intentos desesperados en convertir a los libios en una vanguardia estrechamente clasificada del renacimiento árabe e islámico, de conducir a los jóvenes de su país a los cuarteles militares y elevar el heroísmo a una virtud nacional obliga-

toria... Aunque la población demostró la histeria adecuada en las manifestaciones oficiales, en el fondo se mantuvo profundamente realista”.

El dictador libio tomó el poder el mismo año que el hombre llegó a la luna e hizo que todo satelitara a su alrededor. Su *Jamahiriya* estaba tan centrada en su persona que cuando él cayó, toda la estructura estatal también colapsó, en la apta observación de Alison Pargeter. Y como bien acotó Mohamed Ben Lamma, el Libro Verde contribuyó a crear no tanto un Estado sino un centro de poder enclavado en la figura de Gadafi y sus clanes allegados.

Los viejos antagonismos entre el Este y el Oeste resurgieron. No sólo eso, Libia se fracturó en mil pedazos y se sumergió en una intensa contienda multi-tribal. “Nos quitamos de encima a un dictador para ver surgir a 10.000 en su lugar” se lamentó una mujer libia. En la era post-Gadafi emergieron dos centros de poder rivales y un caleidoscopio de feudos competidores. Las milicias y las tribus victoriosas ganaron espacios de poder, se formaron varias brigadas y el ejército central, tradicionalmente débil, permaneció básicamente impotente ante los aproximadamente doscientos cincuenta mil combatientes milicianos que se estimó había en Libia en 2017.

El legado del Hermano Líder se disipó como el polvo de arena en el desierto. Su pretencioso Libro Verde fue olvidado. Sus anhelos pan-africanos, pan-arabistas y pan-islamistas, nunca realizados. Las causas insensatas que auspició -en El Salvador, Irlanda, Mozambique, Palestina, etcétera- todas ellas fracasaron. Su familia fue apresada, muerta o exiliada y la población quedó dividida y traumada, atascada en una feroz guerra civil. A un lustro de su caída, más de medio millón de libios habían abandonado el país. Una década entrada la era post-Gadafi, sus habitantes continúan peleando entre sí mientras Libia se desangra sin consuelo.

“Muchos intelectuales afirman que Gadafi era un hombre celoso cuando se trataba de los escritores. No estaba satisfecho solo con el liderazgo, quería ser visto como un pensador revolucionario” señaló Mona Kareem en *Los Angeles Review of Books*. Efectivamente, financió universidades europeas y editoriales árabes con millones de dólares, “creando una literatura completamente inútil en torno a sus discursos y «principios revolucionarios»”. Hizo publicar sus libros en Líbano, en Egipto y otras partes. La globalización de sus escritos era necesaria si Gadafi aspiraba a tener una audiencia, dado que en 1973 más del 60% de la población libia era iletrada.

El centro de su universo literario fue el Libro Verde. Megalómano al extremo, exuda una convicción absoluta acerca del carácter superador de su planteo; la palabra “definitivo” aparece diecisiete veces en sus páginas. Traducido a unos cincuenta idiomas, fue objeto de simposios académicos, reseñas literarias y trabajos de investigación. Ridículo, utópico, prescriptivo y pretencioso, el Libro Verde tuvo un estatus casi constitucional y fue el texto normativo guía de rigor para los libios. Producto de conceptos caprichosos e ideas estrambóticas del eterno beduino de Sirte, el libro careció de coherencia y desbordó de frivolidades. Heiner Lohmann sugirió ver a este panfleto no tanto como un texto político-económico sino como una obra de carácter mítico. No obstante, no duda en calificarlo como una “combinación de tautologías y contradicciones” que es “sistematizada al punto del fraude hermenéutico”.

Mucho menos conocidos que el Libro Verde, sus relatos reunidos en el volumen *Escape al infierno y otros cuentos*, brindan un acceso casi irrestricto a las emociones del líder libio. Algunos de ellos resultaron ser proféticos. En cuentos como *Muerte* y *Escape al infierno*, Gadafi narraba su viaje al desierto para huir de una muchedumbre de Trípoli, una profecía que se hizo realidad

en 2011 con el estallido de la primavera árabe y la derivada guerra civil en Libia. El Hermano Líder fue ajusticiado por las masas agitadas sobre las que se mostró tan atemorizado, buscando refugio antes de que “los guardias de tu infierno me acorralaran”. Otra premonición escalofriante de Gadafi en su relato *Muerte* también se materializó. “La conclusión es que la muerte a menudo falla en la batalla cuando se encuentra bajo una nube de polvo clamoroso con pancartas negras ondeando en el corazón de la tormenta” escribió el Coronel.

Tras su caída, las banderas negras de grupos terroristas salafistas como Al-Qaeda y Estado Islámico ondearon en Libia. En *Escape al infierno*, un Gadafi acechado por el pueblo encuentra refugio en un lugar extremadamente inhóspito (el infierno). ¿Podemos vislumbrar otro vaticinio al recordarlo escondido en una cloaca en Sirte instantes antes de su muerte? En el cuento, las masas lo persiguen no ya con reclamos de bienestar sino para matarlo; otra situación real futurista, cuando las quejas iniciales de los manifestantes a favor de mayor libertad política y económica, tras la represión oficial se transformaron en demandas por la destitución del régimen.

Profético por virtud o por carambola, Gadafi nunca dejó de zigzaguear entre lo real y lo irreal. Cuando un periodista le preguntó cuál había sido la acusación más absurda que él había recibido en su vida política, el Coronel respondió: “Que soy un dictador y un terrorista”. Fue un villano tan perfecto en su malicia ingeniosa que entró al mundo de la ficción con la famosa novela *El quinto jinete*, de Dominique Lapierre y Larry Collins. Pero fue Oriana Fallaci quien expuso inmejorablemente la personalidad de Muammar Gadafi en una entrevista reveladora. Efectuada en Libia en 1979, abajo un extracto:

“Fallaci: Coronel, ya que usted no se considera un dictador, ni siquiera un presidente, ni siquiera un ministro, dígame, ¿qué es usted?

Qadafi: Soy el líder de la revolución. Qué evidente que no leyó mi Libro Verde.

Fallaci: Oh sí, lo he leído. No toma demasiado tiempo. Un cuarto de hora, como mucho. Es tan diminuto. Mi polvera es más grande que su pequeño libro verde.

Qadafi: El Libro Verde es el producto de la lucha de la humanidad. El Libro Verde es la guía para la emancipación del hombre. El Libro Verde es el evangelio. El nuevo evangelio. El evangelio de la nueva era, la era de las masas.

Fallaci: No es usted muy humilde, ¿verdad?

Qadafi: No, no soy humilde. Porque puedo resistir los ataques del mundo entero y porque el Libro Verde ha resuelto los problemas de la humanidad y de la sociedad.

Fallaci: Bueno, entonces, usted es una especie de mesías. El nuevo mesías.

Qadafi: No me veo en esos términos. Pero el Libro Verde es el nuevo evangelio, repito. En sus evangelios está escrito: *En el principio existía la palabra*. El Libro Verde es la palabra. Una de sus palabras puede destruir el mundo. O salvarlo.

Fallaci: ¿Cree en Dios?

Qadafi: Por supuesto, ¿por qué me hace esa pregunta?

Fallaci: Porque pensé que usted era Dios”.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

Ben Lamma, Mohamed. "The Tribal Structure in Libya: Factor for fragmentation or cohesion?", Fondation pour la Recherche Strategique (Sept. 2017).

Chorin, Ethan. *Exit the Colonel: The Hidden History of the Libyan Revolution* (NY: Public Affairs, 2012).

Espinoza García, Santiago & María Patricia Domínguez Echeverría. "Muammar Gaddafi's Legacy: A Domestic and Intellectual Approach", *Africology: The Journal of Pan African Studies*, Vol. 11, No. 3 (Feb. 2018).

González, Enric. "El fin de 40 años de dictadura", *El País* (España), 23/8/11.

Kareem, Mona. "The Amateur Fiction of Arab Dictators", *Los Angeles Review of Books*, 10/7/17.

Pargeter, Alison. *Libya: The rise and fall of Gaddafi* (London: Yale University Press, 2012).

Gaddafi, Muammar. *The Green Book* (UK: Ithaca Press, 2005).

Gaddafi, Muammar. *Escape to Hell and other stories* (NY: Stanké, 1998).

Scholl-Latour, Peter. *Adventures in the East: Travels in the Land of Islam* (NY: Bantam Books, 1987).

Vandewalle, Dirk. *A Modern History of Libya* (NY: Cambridge University Press, 2012).

ACUSADOS EN AUSENCIA EN MATERIA PENAL EN VENEZUELA.

Por Perla A. Violo¹

INTRODUCCIÓN

Luego haber escrudiñado a través de Jurisprudencia sustentable, referido a Derecho Comparativo al respecto; Determino a mi real saber y entender, que en Venezuela, luego estudios acreditables que pudieran sustentar defensa o juicios que se mantengan en litigios por esta razón o parecida, no aplica jurisdicción internacional ni compatible en base a ninguna forma o manera por el hecho y razón apegada a derecho venezolano refiera.

I. PUNTO PREVIO ACTO DE INFORMES

El acto de informes de las partes, previo a la etapa de sentencia, «última actuación de las partes en relación con la materia litigiosa que sea objeto del juicio o de la incidencia de que se trate», según la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, constituye ciertamente un episodio fundamental en el proceso, al cual la Ley y la jurisprudencia han otorgado influencia y consecuencias trascendentales. La Corte Suprema de Justicia ha conceptualizado a los informes como las conclusiones escritas que las partes presentan al Tribunal, en el lapso procesal correspondiente, y que contienen los pormenores del asunto debatido, así como los hechos y circunstancias a los que ellas les dan importancia capital para la solución de la controversia.

El Máximo Tribunal, igualmente ha considerado la obligatoriedad de análisis, por parte del sentenciador, de los pedimentos, alegatos y defensas que, aunque no aparezcan contenidos en la demanda o su contestación, tienen influencia determinante en la suerte del proceso, como por ejemplo: los pedimentos de reposición y de confesión ficta, ello por aplicación del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, “*que obliga al Juez a resolver de forma expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, so pena de incurrir en el vicio de incongruencia negativa, y violar el principio de exhaustividad que la misma norma contiene*”.

¹ EDUCACIÓN: Abogada, con especialización en Derecho Laboral, Publicidad y mercadeo, DDHH y Humanitarios Internacional, estudios de Derecho Penal Internacional y Amnistía; Psicólogo Positivo; postgrado de Comunicación Organizacional. EXPERIENCIA PROFESIONAL: Consultoría Jurídica: mejorando normativa, reglamentos y estatutos de distintas organizaciones. Representante Legal en distintas asociaciones del rubro laboral. Abogado participante en procesos de atraso y quiebra. perla.umaeco@gmail.com

II. PROCEDIMIENTO ESPECIAL JUICIO EN AUSENCIA PROHIBICIÓN JUICIO EN AUSENCIA

El procedimiento especial para el juicio en ausencia del acusado se encontraba apoyado en la Constitución de la República de Venezuela del año 1961, que establecía lo siguiente en el ordinal 5º del artículo 60:

“Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley, los reos de delito contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia con las garantías y en la forma que determine la ley”.

Es necesario recordar que la promulgación del Código Orgánico Procesal en el año 1998, con una vacación de un año hasta el primero de julio de 1999, se llevó a cabo bajo el imperio de la constitución de 1961 y que luego la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela aprobada mediante referendo a finales de 1999, no prevé esta excepción cuando establece las garantías procesales de rango constitucional en el artículo 49 específicamente en los ordinales 1º y 3º.

Al respecto la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha establecido que: *“...la Sala de Casación Penal ratifica el criterio relativo a la prohibición de que el juicio se desarrolle en ausencia del imputado, como garantía establecida a su favor,”* en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal, cuya finalidad es evitar que se juzgue a un ciudadano sin su presencia ante sus jueces naturales y sin haber sido previamente escuchado. Exp: 14-452. Sentencia: 356. Fecha: 13/11/14.

Lo anterior lleva necesariamente a concluir que dentro de nuestro sistema procesal penal no es posible el juzgamiento en ausencia y consecuentemente las normas contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal que establecen este procedimiento fueron en un principio inaplicadas y luego derogadas por inconstitucionales, al punto de ser suprimidas en las versiones reformadas del texto que regular el proceso penal en Venezuela.

Además de la ley nacional, otra disposición de rango constitucional que prohíbe el juzgamiento en ausencia es el numeral 1º del artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que además dispone en la letra “d” del numeral 2º del mismo artículo octavo, el derecho del inculpado en un delito de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, como podemos leerlo en la mencionada disposición:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; (...).

III. DELITOS APLICABLES POR EXCEPCIÓN

Los delitos que aplicarían a juicios de acusados en ausencia en materia penal en Venezuela son los menos graves, siendo aquellos delitos de acción pública previstos en la ley cuyas penas en su límite máximo no excedan de los ocho años de prisión. Entre los delitos considerados menos graves se encuentran principalmente la estafa, el hurto, el robo y las lesiones personales.

La denuncia se encuentra regulada en el Título I, del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Art. 259-269).

Las leyes vigentes en materia penal en Venezuela apuntan que la máxima pena de cárcel es de 30 años.

IV. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA PROHIBICIÓN DEL JUICIO EN AUSENCIA EN VENEZUELA

Ahora bien, la consecuencia por la ausencia del imputado, en primer lugar es la paralización del proceso; sin embargo, si el Tribunal de la causa requiere la presencia del imputado para darle continuidad del proceso, es altamente probable que solicite su comparecencia primero mediante boleta de citación y hasta su conducción con la fuerza pública, pudiendo incluso revocar cualquier medida cautelar con la que haya sido favorecido el imputado e incluyendo en consecuencia en el Sistema de Información Policial SIPOL con el estatus de “Solicitado”.

V. DERECHO COMPARADO

Los juicios en ausencia han cobrado notoriedad recientemente por proyectos de ley que tienen como objetivo la celebración del juicio por el atentado a la AMIA con la ausencia de los acusados. Son cierto tipo de juicios constitucionales. En este trabajo, argumento que el derecho constitucional argentino (y el derecho constitucional comparado relevante para el derecho argentino) no establece una prohibición categórica de los juicios en ausencia, sino que lo somete a ciertos requisitos.

A su vez, se muestra que la aplicación retroactiva de un régimen de juicios en ausencia no es constitucionalmente problemática, sino que podría considerarse, en ciertos casos, obligatoria. Por último, se muestra que, en algunos casos, el juicio en ausencia, además de ser constitucionalmente válido, es conveniente.

Juicio en ausencia enlaza al Derecho Procesal Penal comparado – Derecho Constitucional comparado – Garantías constitucionales en el proceso penal - Derecho internacional de los Derechos Humanos; por ende, se desplaza el eje de la aplicación del Derecho Internacional en sus distintas áreas y a la vez conectadas para hacer valer derechos humanos, ciudadanos y cabe destacar comunitarios internacionales, a través de la adecuada y debida estructuración procedimental en todo alcance y sin fronteras respaldando por toda la comunidad internacional judicial para conseguir una mejor sociedad mundial respetando y defendiendo sus derechos

mediante la institución de juicios obligatorios que permitan enjuiciar acusados en ausencia en las jurisdicciones afectadas por el delito.

Se revela en el presente informe que el juicio en ausencia no es incompatible con el derecho venezolano, no obstante, en Venezuela no hay juicio que se desarrolle en ausencia del imputado, salvo las excepciones que por delitos menores especificados en el Capítulo III referente a Delitos Aplicables por Excepción del presente informe se señalan; siendo rechazado de manera generalizada en el derecho comparado y que, para ciertos delitos, el juicio en ausencia puede ser obligatorio para el sistema interamericano de derechos humanos.

En jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre juicios en ausencia y el Código Procesal Penal no prevé el juicio en ausencia. Por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte Suprema se enmarca en el contexto de la Constitución Nacional del año 1961. Es decir, en el caso de un pedido de extradición de un acusado juzgado en ausencia en el territorio del Estado es requirente; Artículo 6 de la Ley de Extradición en Venezuela establece: “... *La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana...*”.

En la Constitución Nacional se muestra cómo está regulado en el derecho comparado el juicio en ausencia. Enfocando argumento “...*en Europa (y principalmente el derecho comunitario y de derechos humanos europeo), Estados Unidos y los tribunales penales internacionales. Si bien hay otros países que prevén o prohíben el juicio en ausencia, sólo me enfocaré en estas tres jurisdicciones por varias razones. El sistema europeo de derechos humanos es el modelo del sistema interamericano de derechos humanos, del cual Argentina es parte. La Constitución de Estados Unidos es una constitución modelo para la Constitución Nacional.*”

La enmienda cuarta y sexta de la Constitución de Estados Unidos se siente como base del artículo 49 de la Constitución Nacional. Por último, los tribunales penales internacionales tratan casos de suma complejidad en los cuales los acusados tienen incentivos y ayuda estatal para evadir la jurisdicción penal internacional. Conforme a señalamientos de la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos interpreta la Constitución Nacional Venezolana en su artículo 49 y subsiguiente jerarquía constitucional de respeto y defensa a los derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos ha tratado específicamente los juicios en ausencia. No presentan una prohibición categórica de los juicios en ausencia, sino que la somete a ciertos requisitos parecidos a los que establece el sistema europeo de derechos humanos. Se establece que la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos sobre los deberes que los Estados tienen con las víctimas de ciertos delitos, una obligación de realizar juicios en ausencia.

El sistema interamericano en los últimos años ha modificado garantías típicas del derecho penal para satisfacer el derecho de acceso a la justicia de las víctimas. Si las garantías del proceso penal deben modificarse para satisfacer el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, entonces es plausible pensar que una prohibición tajante de iniciar el juicio sin la presencia del acusado aniquila el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y, por lo tanto, es contraria a la Convención Americana. Sin embargo, se entiende que el juicio en ausencia no viola la garantía de irretroactividad penal de la pena más gravosa pero no se expresa taxativamente. Siendo éste el punto fundamental y trascendental.

El juicio en ausencia es una herramienta para acelerar procesos penales estancados. “*Causas muy relevantes, como la causa AMIA (Argentina), llevan años estancadas y el juicio en ausencia podría ser una solución a ese estancamiento.*” La cuestión es, entonces, en materia constitucional, aplicar un régimen nuevo de juicio en ausencia a causas iniciadas remontadas de hace tiempo atrás.

Para finalizar, argumento al fundamento descrito a lo largo del presente informe el por qué tiene sentido impulsar la persecución penal del acusado inclusive cuando el acusado se rehúse a participar de la etapa de juicio ya que existen justificables razones de política pública para adoptar el juicio en ausencia; siendo el juicio en ausencia, la razón del derecho comparado en aquellas jurisdicciones donde está aprobado y permitido, siendo una herramienta para resolver un problema típico de la persecución penal.

Si fuese considerado problema o conflicto la ausencia del acusado durante la etapa de juicio, sería para obstaculizar el avance de la causa. A su vez, el juicio en ausencia nos permite realizar uno de los propósitos del derecho: la posibilidad de expresar nuestro reproche; logrando el cometido unificado, claro y universal – internacional de hacer justicia con apego a la ejecución fiel y legítima de la ley en defensa de los derechos humanos que asisten por derecho a la víctima.

SISTEMAS DE ARMAS AUTÓNOMAS Y DIH ADVERTENCIA DE UN FUTURO CERCANO

AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS AND IHL WARNING OF THE NEAR FUTURE

Melissa Macher Reyes¹

I. RESUMEN

La Inteligencia Artificial y los sistemas de aprendizaje automático están revolucionando no solamente la forma en la que vivimos y nos relacionamos, sino también la manera en la que aplicamos este tipo de tecnología en conflictos bélicos. Si bien es cierto que, en muchos casos la idea de Inteligencia Artificial puede presentarse como un concepto muy remoto, sistemas de aprendizaje automático incluso en sus niveles de desarrollo actual, pueden presentar una amenaza más real que toda esta tecnología desarrollada y potencial.

Este artículo busca socializar la información relacionada al potencial actual de los sistemas de aprendizaje automático y analizar en qué medida se encuentran estos avances alineados con las normas del Derecho Internacional Humanitario. A pesar de que el desarrollo de esta tecnología ocurre en mayor escala en ámbitos corporativos, la carrera por militarizar esos hallazgos existe, no es ajena a nuestra realidad y está más presente de lo que imaginamos.

Artificial Intelligence and machine learning systems are revolutionizing not only the way we live and interact but also the way we apply this type of technology in war conflicts. While it is true that in many cases the idea of Artificial Intelligence can be presented as a very remote concept, machine learning systems, even at their current levels of development, can present a more real threat than all this developed and potential technology.

This article seeks to socialize the information related to the current potential of machine learning systems and analyze to what extent these advances are aligned with the norms of International Humanitarian Law. Although the development of this technology occurs on a larger scale in corporate settings, the race to militarize these findings exists is not alien to our reality and is more present than we imagine.

¹ LLM en Derecho Internacional Público por la Universidad de Leiden, Países Bajos. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

II. PALABRAS CLAVE

Inteligencia Artificial, Aprendizaje Automático, Derecho Internacional Humanitario, Información como arma de guerra.

III. INTRODUCCIÓN

3.1 *Antecedentes*

Cuando hablamos de armas e Inteligencia Artificial ('IA') se nos vienen a la cabeza una serie de imágenes de las cuales nos sentimos alejados temporal y espacialmente. Pensamos en drones capaces de identificar a sus objetivos de manera automática e independiente, o figuras humanoides capaces de procesar grandes cantidades de información en un corto periodo de tiempo como las sacadas de películas futuristas. Estas preconcepciones, cada una intimidante en su propio contexto, tienen en común que la Inteligencia Artificial, es sin duda capaz de superar infinitamente el proceso cognitivo de los seres humanos.

¿Pero qué pasa si este tipo de arma no es en la que debería atemorizarnos más? La Inteligencia Artificial está mucho más cercana y accesible a nosotros de lo que imaginamos cuando evocamos drones o figuras humanoides. Actualmente usamos Inteligencia Artificial en muchos ámbitos cotidianos que seguramente han pasado desapercibidos como un motor de búsqueda en internet o el asistente personal en nuestros celulares. De igual forma, se viene desarrollando esta tecnología en medicina, finanzas, movilidad, traducciones y como veremos detenidamente, en defensa estatal.

Es una realidad que esta tecnología viene investigándose, desarrollándose y aplicándose por distintos estados y en contextos militarizados. Este escenario toma relevancia cuando estas herramientas son aplicadas por estos mismos estados con la finalidad garantizar su labor de defensa y seguridad, principalmente en el ámbito regulado por el Derecho Internacional Humanitario ('DIH'). Es el caso por ejemplo en Sudamérica, en donde venimos experimentando un movimiento social y gubernamental durante los últimos años, presenciando una decodificación de la realidad que da paso a grandes cambios de paradigma, normalmente por motivos políticos, sociales, étnicos y/o religiosos.

Es el caso de las revueltas de Chile, las protestas en Perú, Colombia y Bolivia y los casos de violencia en Cuba durante el 2020 y el 2021. 'En un momento en que el apoyo público a la democracia en Latinoamérica está flaqueando, la IA podría ayudar al rescate. Los órganos del Congreso de toda la región podrían utilizar la inteligencia artificial para impulsar la transparencia y los aportes del proceso legislativo. De hecho, Hacker Laboratory, un laboratorio de innovación dentro de la Cámara de Diputados de Brasil, está utilizando plataformas de inteligencia artificial para facilitar las interacciones entre legisladores y ciudadanos.' (La creciente ola de inteligencia artificial en Latinoamérica, s.f.) 'La esfera digital y el desarrollo de un espacio público digital y animado por inmensas plataformas de redes sociales, a su vez dirigidas por algoritmos que unen a los individuos por enlaces de afinidad y centros de intereses comunes, impactan en los movimientos sociales en varios niveles. El espacio digital y las redes sociales en particular (Facebook,

Instagram, Twitter, WhatsApp, TikTok) multiplican las interacciones de los movimientos y sus miembros sin intermediarios, en todos los niveles de la sociedad y los territorios (local, nacional, global), y los conectan con una serie de individuos no conocidos, comprometidos y organizados anteriormente, pero que pueden encontrarse de acuerdo con sus valores, demandas y resistencias. Al permitir que los movimientos difundan su mensaje a millones de personas, que son tanto medios como actores en sí mismos, y que convoquen a movilizaciones callejeras sin la necesidad de recursos financieros o de medios tradicionales.’ (Ventura & Billion, 2020)

Lo antes señalado ha generado una infinidad de situaciones de violencia, en las cuales cada Estado tiene un rol, que incluye velar por la seguridad respetando lo establecido en los Convenios de Ginebra (‘CG’) y las disposiciones inderogables de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (‘CADH’) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (‘PIDCP’).² En este escenario, utilizar tecnologías que aplican Inteligencia Artificial podría contribuir positivamente a que se tenga un nivel de prevención y control mucho más preciso. Así, se generaría una reducción en los muy comunes excesos en el uso de la fuerza por parte del Estado y/o participantes en las hostilidades, así como a la capacidad de brindar a la población civil una sensación de seguridad más sostenible en el tiempo.

Sin embargo, podemos estar en un supuesto en el que estos objetivos se alcancen en detrimento de no combatientes, como consecuencia de la falta de control que tiene un civil en el uso y manejo de su propia información. El establecimiento de un marco normativo claro y ajustado a la realidad sobre los medios de guerra que funcionan aplicando la Inteligencia Artificial es poco, por no decir nulo. En un contexto de violencia, la línea que divide un uso ‘ético’ y el ‘práctico’ puede no ser tan clara.

La falta de un sistema normativo preciso como consecuencia de su novedad, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, significa que existe un vacío normativo en la aplicación de dicha tecnología a la realidad y, por ende, una oportunidad para abusar de ella ya sea de parte del Estado o de cualquier grupo que participe activamente en las hostilidades. Es más, como veremos más adelante, incluso algunos de los supuestos básicos del DIH se ponen en tela de juicio y las categorías y distinciones fundamentales como “conflicto armado”, “civil” y “objetivo militar”, no se distinguen con tanta facilidad en este ámbito. (Diamond, 2014, pág. 70)

3.2 Metodología

Este artículo presentará una perspectiva con respecto a los sistemas de armas autónomas que pueden generarse del uso de la información emitida por civiles no combatientes y a su uso hipotético como arma de guerra en el contexto de un conflicto armado. El objetivo es brindar un entendimiento básico pero exhaustivo de las posibles amenazas que existen en torno a la utilización de esta nueva tecnología.

El artículo está estructurado alrededor de las siguientes nociones: (i) ¿Cuál es el tipo de inteligencia artificial que nos concierne? (ii) ¿Cuáles son las posibles amenazas a las que nos enfrentamos?, y (iii) ¿Cuáles son las violaciones al DIH que se desprenden de este análisis?

² Especialmente en lo que respecta al Art. 3 común a todos los Convenios de Ginebra, artículo 27 de CADH y artículo 4 del PIDCP).

El análisis presentado se basa en una revisión multidisciplinaria acerca del desarrollo de tecnologías de Inteligencia Artificial y sistemas de armas autónomos proveniente de fuentes civiles y militares. Asimismo, se sustenta en la recolección de datos relacionados con esta tecnología de fuentes digitales e impresas y su aplicación con la normativa positiva y consuetudinaria del DIH.

3.3 Objetivo:

Como explicaremos en detalle más adelante, la Inteligencia Artificial se alimenta y se crea principalmente a base de información. Mientras más información volquemos nosotros sobre estas herramientas, más precisas se vuelven. Muchas de estas tecnologías son capaces de aprender por sí mismas, a través de, entrenamientos, el uso habitual, el *feedback* del usuario y toda la información que se les proporciona en conjunto. Este atributo inherente a la Inteligencia Artificial se conoce como ‘aprendizaje automático’ (De Spiegeleire, 2017, pp. 33-35).

En este artículo analizaremos qué podemos entender realmente por Inteligencia Artificial y cómo el Aprendizaje Automático facilita que esta tecnología se encuentre disponible para ser aplicada en los sistemas de armas autónomas para fines bélicos. Asimismo, analizaremos las potenciales amenazas y riesgos a los que estarían expuestos quienes no participan directamente en las hostilidades, ya sean estas de carácter internacional (‘CAI’) o internas (‘CANI’).

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO ARMA GUERRA

Para entender realmente qué es la Inteligencia Artificial y cómo puede ser aplicada actualmente en contextos de conflictos armados, es necesario entender su razón de ser y el posible potencial de aplicación en el futuro. Asimismo, es necesario comprender como el Aprendizaje Automático es el hilo conductor de los sistemas de armas autónomas y como se ha convertido en un tema de interés para el DIH.

4.1 ¿Qué es la Inteligencia Artificial?

Todas las herramientas que funcionan luego de haber sido programadas con un algoritmo tienen un grado de Inteligencia Artificial. John McCarthy acuñó el término en 1955 y señalaba que esta puede definirse como ‘la ciencia y la ingeniería de hacer máquinas inteligentes’ (Boulanin, 2017, pág. 89). Esta puede definirse como la inteligencia no humana que se mide por la habilidad de ‘replicar las habilidades mentales propias del ser humano’. Estas habilidades pueden ser, por ejemplo: el reconocimiento de patrones, el entendimiento del lenguaje natural, el aprendizaje basado en la experiencia, la capacidad de crear estrategias, el razonamiento sobre ciertos preceptos, entre otros. (De Spiegeleire, 2017, p. 28)

Muchos autores, reconocen a la Inteligencia Artificial, como la definición paraguas que cubre todo tipo de investigación que busca hacer que las máquinas resuelvan problemas que los humanos calificamos de inteligentes. (Boulanin, 2017, pág. 90) Dentro de esta definición general, existen distintos tipos de tecnologías que componen varias capas o ‘generaciones’ de lo que la Inteligencia Artificial comprende actualmente. Esta primera clasificación nos va a ayudar a tener claro los tipos de tecnología de los que estamos hablando y cuál es realmente el nivel de aplicación de estos en la realidad. (De Spiegeleire, 2017, pp. 12-13)

- Artificial Super Intelligence (‘ASI’) Es la tecnología que supera la inteligencia humana en cualquier ámbito.
- Artificial General Intelligence (‘AGI’) Es la tecnología que equipara en su total capacidad a los humanos en cualquier tipo de ámbito.
- Artificial Narrow Intelligence: (‘ANI’) Es la tecnología que equipara o excede la inteligencia humana para una tarea en específico.

Estos tres tipos de Inteligencia Artificial se encuentran en distintos niveles de desarrollo y cada uno viene con una implicación ética, moral y legal independiente de la otra. Aún nos encontramos lejos de lo que sería entendido como un ASI y un AGI. Esta tecnología es muy parecida a una entidad que -bajo cualquier precepto- piensa de manera superior a la mente humana. Una especie de deidad que nos superaría en todos los ámbitos y que por el momento se encuentra dentro del ámbito de la ciencia ficción. (Boulain, 2017, pág. 92). Si bien es cierto que esto parece una realidad utópica, es necesario empezar a pensar en las implicancias legales y éticas, así como considerar medidas para la supervisión, regulación y conducción responsable por parte de quienes la controlen (De Spiegeleire, 2017, p. 16). Por otro lado, la tecnología ANI, sobre la cual nos enfocaremos durante este artículo, tiene la potencialidad de mejorar nuestra experiencia humana como consecuencia de sus efectos prácticos, por lo que es muy posible que la tomemos con los brazos abiertos ya que probablemente facilite la vida cotidiana.

Entre todas estas formas de Inteligencia Artificial, existe un factor común que es la capacidad de aprender autónomamente desde la información que se le proporciona. Este tipo de tecnología se llama ‘*Machine Learning*’ o Aprendizaje Automático y es la característica que permite que este tipo de tecnología evolucione y ‘aprenda’ a procesar la información de forma superior a la humana, basándose en patrones y algoritmos.

4.2 ¿Qué es el Aprendizaje Automático?

El Aprendizaje Automático, como su nombre lo dice, es la capacidad que tiene una máquina para aprender y evolucionar por sí misma. El Aprendizaje Automático, una de las características de la Inteligencia Artificial, hace referencia a una serie de códigos para detectar patrones, aprender y hacer predicciones de acuerdo con la información proporcionada al momento de su programación. Esta particularidad es la que permite que las máquinas aprendan y realicen tareas sin necesidad de programarlas explícitamente. (Lewis, 2018, p. 4)

El reciente éxito y desarrollo acelerado de este tipo de tecnología es consecuencia del aumento de la capacidad de las computadoras y el crecimiento en la cantidad de información que tenemos disponible para su alimentación. Conjuntamente estos contribuyen al entrenamiento de los algoritmos de la Inteligencia Artificial. Su efectividad, como ya mencionamos, depende no solo de un algoritmo correcto sino de la cantidad y la calidad de la información proporcionada para su entrenamiento (Lewis, 2018, p. 4).

En mucho mayor escala, el Aprendizaje Automático es cada día más indispensable en las actividades que realizamos, por ejemplo:

- El uso de los asistentes personales en los teléfonos. Estos siguen instrucciones a través del reconocimiento de voz y aprenden a través de conversaciones. De manera más relevante, estos toman muestras de nuestros datos y de muchas más conversaciones para ‘aprender’ a reconocer palabras o distintas formas de pronunciación.
- Los servicios de *streaming* de películas, series o música, usan el aprendizaje automático para hacer recomendaciones, utilizando como herramientas los hábitos de visualización, detectando patrones y gustos.
- En las redes sociales se usan algoritmos para reconocer rostros e imágenes, además de mostrar el tipo de información más a fin con el usuario.
- Con relación a temas médicos, las computadoras pueden analizar imágenes en búsqueda de pistas visuales que indiquen la presencia de afecciones médicas utilizadas para el diagnóstico sanitario (Hauert, 2017).

Las muchas aplicaciones comerciales de la Inteligencia Artificial derivan de la habilidad de la tecnología para encontrar patrones, valores atípicos y soluciones óptimas para grandes cantidades de información. De acuerdo con Lewis, las más comunes son las siguientes: (Lewis, 2018, p. 6). Es en estas tecnologías, las que se encuentran incorporadas en el día a día, en las que haremos hincapié. Ya que, por su amplio uso, el cual pasa inadvertido, podrían ser usadas en contra de quienes no participan directamente en las hostilidades.

Tabla 1. Funciones comunes de los AWS y sus descripciones (Lewis, 2018, p. 6).

Función	Descripción
Automatización de tareas	Automatizar funciones de rutina y emplear la formación de equipos hombre-máquina para reducir el tiempo y carga del personal (por ejemplo: hacerse cargo de funciones administrativas).
Procesar conjuntos de datos grandes o complejos	Permitir el análisis de gran cantidad de datos y fuentes de datos (por ejemplo: reconocimiento de voz e imagen, mapas y vigilancia).
Predecir el comportamiento	Aprender de los datos pasados para anticipar un posible comportamiento futuro (por ejemplo: predicción en tiempos de tráfico).
Marcar anomalías o eventos de interés	Identificación de indicadores de problemas potenciales o eventos de interés para crear alertas (por ejemplo: bancos que predicen transacciones fraudulentas).
Etiquetado de datos y corrección de errores	Reconocimiento de contenido y creación de etiquetas para explotar datos eficientemente (por ejemplo: taggeado automático en Facebook).

4.3 Sistemas de Armas Autónomos

Cuando aplicamos la Inteligencia Artificial (ANI) al ámbito bélico, estamos hablando de Sistemas de Armas Autónomos ('AWS'³). En ese sentido, la clave para entender este tipo de armamento es la palabra "autónomo", la cual hace referencia a un sistema, ya sea de *hardware* o *software* capaz de ejecutar una tarea sin intervención humana. (Boulanin, 2017, pág. 6). En ese sentido, de forma técnica la autonomía de la que hablaremos se entiende como la capacidad de 'transformar información del entorno en un plan/acción con propósito'. (Boulanin, 2017, pág. 7)

El Comité Internacional de la Cruz Roja ('CICR') basándose en la naturaleza de las tareas que desempeñan las AWS las define como cualquier tipo de armamento con autonomía en sus funciones críticas; es decir, un arma que sin intervención humana puede seleccionar (buscar o detectar, identificar y rastrear) y atacar (interceptar, aplicar fuerza, neutralizar, dañar o destruir) objetivos. (CICR, 2015).

Actualmente, los sistemas militares ya incluyen muchas actividades 'Autónomas', específicamente en las áreas de: movilidad, focalización, inteligencia, interoperabilidad y manejo de la salud. (Boulanin, 2017, pág. 22) Asimismo, el CICR señala que las AWS en el marco del DIH puede emplearse en tres escenarios: (CICR, 2021, pp. 465-468)

a. Robots y Armas Físicas:

La primera aplicación implica aumentar el nivel de Inteligencia Artificial en robots y armas físicas, i.e drones. La principal característica de estas armas es que son capaces de identificar, de manera independiente, sus objetivos sin contar con la participación de un humano en la tarea. Esta tecnología, si bien es una de las más peligrosas puesto que genera muchas implicancias y cuestionamientos con respecto a su aplicación, se encuentra en proceso de desarrollo y en etapas iniciales. Asimismo, en contextos como el de Sudamérica, se encuentra lejos de poder ser desarrollada a un nivel 'confiable' por alguno de esos gobiernos.

b. Fuente de información:

El segundo tipo, sobre el cual vamos a detenernos y desarrollar durante este artículo, hace referencia a los usos de la Inteligencia Artificial como fuente de nuevos medios información y/o en lo que podría considerarse una guerra cibernética.⁴ Este tipo de tecnología aplicará los algoritmos diseñados y la información de patrones que estos arrojen a ayudar a los humanos a tomar decisiones más precisas basadas en el análisis de miles de escenarios preprogramados en su algoritmo.

Su relación con la información que manejamos de forma diaria la convierte en el mayor factor de riesgo dentro de la aplicación de la Inteligencia Artificial.

³ Autonomous Weapons Systems ('AWS'), por sus siglas en inglés.

⁴ Cabe mencionar que, durante este artículo no se hará referencia a la 'guerra cibernética'. Con relación a este tema, se puede consultar el Manual Tallin creado en 2009 por un grupo de expertos de la OTAN buscando crear un documento de referencia de carácter no obligatorio.

En relación con acciones de inteligencia, los AWS son capaces de recopilar datos, a modo de ejemplo:

- Generación de mapas: Pueden ser usados sistemas subacuáticos, vigilancia y reconocimiento aéreo capaces de generar de forma autónoma detalles sobre el entorno. Un ejemplo notable es Shield AI, un Sistema aéreo no tripulado táctico actualmente en desarrollo por Estados Unidos. El Shield AI puede generar mapas tridimensionales (3-D) usando cámaras, láseres y sensores inerciales y ultrasónicos. No requiere pilotaje humano ni GPS. (Tucker, 2016)
- Evaluación de amenazas: En este caso, el sistema está programado para evaluar el nivel de riesgo basado en criterios predefinidos. Por ejemplo: el sistema de defensa de anti-misiles ‘Iron Dome’ de Israel, puede evaluar dónde detonará un misil entrante y sugerir contramedidas dependiendo de la evaluación de la amenaza. (Iron Dome System and SkyHunter Missile, s.f.)
- Analítica de Big Data: el uso de análisis de *big data* para el reconocimiento de patrones en datos de inteligencia. Los avances en los algoritmos de aprendizaje automático permiten encontrar correlaciones en conjuntos de inteligencia grandes y potencialmente heterogéneos. Una ilustración reciente de esta capacidad es el supuesto uso de aprendizaje automático de algoritmos de EE. UU., para buscar en el sistema global para comunicaciones móviles (GSM) metadatos de 55 millones de usuarios de teléfonos móviles en Pakistán. El algoritmo fue entrenado para localizar a los mensajeros que llevan mensajes entre miembros de al-Qaeda, que finalmente ayudó a Estados Unidos a localizar la residencia de Osama bin Laden. (Boulanin, 2017, pág. 29)

c. Toma de Decisiones:

Este acápite hace referencia al proceso de toma de decisión *per se*; es decir, dejar que el algoritmo programado tome la decisión en lugar de que sea discreción de un humano. De los tres tipos de aplicaciones de la Inteligencia Artificial en AWS esta es la más lejana puesto que, al no existir un proceso claro y definido que nos ilustre del razonamiento detrás de la ‘toma de decisiones’ de modo que pueda ser interiorizado por un humano, este tipo de tecnología siempre pasará por un filtro previo. Asimismo, muchos expertos señalan que podríamos ver aplicada este tipo de tecnología en no menos de 30 años y que es muy probable que estemos lidiando con los efectos del calentamiento global antes que con AWS. (Deeks, 2020)

V. AMENAZAS

Como es el caso con muchas de las armas que existen, la Inteligencia Artificial, en este momento de su desarrollo, no es una tecnología del todo precisa. Las armas no son del todo predecibles. Un cambio de viento puede afectar la trayectoria de una flecha, una granada puede explotar en cualquier segundo y una bomba lacrimógena puede caer en cualquier parte. La aplicación de la Inteligencia Artificial para garantizar la seguridad del Estado o su defensa, no nos garantiza que el resultado vaya a ser el esperado. Sin importar la cantidad y calidad de información con la que se programe este algoritmo, con el objetivo de cubrir todos los escenarios posibles, no se podrían replicar todos los factores que pueden presentarse de imprevisto en la vida real. Es decir, es difícil predecir como va a funcionar la Inteligencia Artificial en la práctica (Schuller, 2017, p. 410)

A continuación, pasaremos a analizar con exactitud cuáles son los puntos que deberíamos tener en cuenta al momento de analizar los Sistemas de Armas Autónomos y su relación con las normas establecidas por el DIH.

5.1 *La información como arma de guerra*

La Inteligencia Artificial tiene un gran potencial para transformar nuestras vidas y la forma en la que nos sentimos seguros. En Estados Unidos se dio el caso en el que un policía de Texas durante su turno se presentó a atender dos llamados consecuencia de suicidios. Más tarde, en el mismo turno, fue llamado para poner orden en una fiesta de jóvenes. En ella, terminó sacando su arma de manera innecesaria. Existe ya un sistema creado por Rayid Ghani, de la Universidad de Chicago, que ha mejorado en 12% las predicciones sobre los oficiales de policía que podrían ser considerados ‘riesgosos’. De esta manera se pueden tomar decisiones más acertadas con relación al personal de seguridad estatal. Idealmente, un sistema de Inteligencia Artificial hubiese sido capaz de prever la situación del policía y recomendar que se elija un policía menos expuesto al estrés para atender la llamada de los jóvenes. (The Economist, 2016)

Cuando extrapolamos este ejemplo y pensamos en el potencial militar, la gran cantidad de información que se crea diariamente en diversos sectores, podemos imaginarnos los múltiples usos en los que se podría implementar la Inteligencia Artificial. Entre ellos se encuentra el procesamiento de informaciones complejas para encontrar soluciones óptimas, la predicción de un comportamiento, la identificación de anomalías y eventos de interés, la corrección de errores, entre otros.

Las oportunidades en la aplicación de este tipo de tecnología no han pasado desapercibidas para los países que se encuentran siempre a la vanguardia de la tecnología de guerra. El Departamento de Defensa de Estados Unidos busca capitalizar el rápido desarrollo de la Inteligencia Artificial en aplicaciones militares. Por su lado, el presidente ruso ha declarado que el país que domine la Inteligencia Artificial será quien mantenga el poder mundial. Es el mismo caso con China, que quiere crear una industria de Inteligencia Artificial de US\$ 150 mil millones. Dicha industria será la más avanzada del mundo y pretende obtener una ventaja militar en un ejemplo sin precedentes de cooperación civil-militar. (Lewis, 2018, pág.1)

‘En Argentina, por ejemplo, la inteligencia artificial se está utilizando para predecir y prepararse para el embarazo adolescente y la deserción escolar, así como para delinear oportunidades

comerciales invisibles en los barrios de la ciudad. En Colombia y Uruguay, se ha desarrollado software para predecir dónde es probable que ocurran los delitos. En Brasil, la Universidad de São Paulo está desarrollando tecnología de aprendizaje automático que evaluará rápidamente la probabilidad de que los pacientes tengan dengue, zika o chikungunya cuando lleguen a un centro médico.’ (La creciente ola de inteligencia artificial en Latinoamérica, s.f.)

Esta lucha de poder nos lleva a analizar el hipotético caso en el que estas tecnologías sirvan para objetivos más perversos y efectivamente sean usadas en contextos militarizados sin ningún tipo de restricción. La cantidad de información que hemos ido volcando como usuarios aumenta diariamente de manera exponencial. Los últimos datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), el organismo especializado de las Naciones Unidas para las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), revelan un incremento en el uso de Internet a escala mundial causado por el Covid-19 de 4.100 millones usuarios de Internet en 2019 a 4.900 millones en 2021. (ITU, 2021)

Ahora bien, en un contexto de uso de la fuerza, existe la posibilidad de tomar ‘ventaja’ frente a la contraparte como consecuencia de la calidad y facilidad de acceso a información que se generaría al introducir un sistema de armas autónomos a los usos de la guerra. No es insensato pensar en las consecuencias que podrían generarse si toneladas de información –incluyendo no solamente a la personal sino a la que hace referencia a nuestros procesos mentales y la manera en la que tomamos decisiones- cayera en las manos equivocadas, un gobierno autoritario, un grupo armado, etc.

Se han visto casos en los que herramientas que funcionan con Inteligencia Artificial ha sido utilizadas para la manipulación de la población civil con resultados comprobables. Es el caso del famoso escándalo de *Cambridge Analytica*, en donde se desarrolló un algoritmo producto de la información de los perfiles de algunos usuarios de Facebook, sus conexiones de amistad y los resultados de un cuestionario de personalidad. Dicho algoritmo pudo identificar 253 predicciones (la capacidad de un humano para procesar información es de 5 a 7 piezas) relacionadas a las afiliaciones políticas de las personas y a las maneras de poder ser influenciadas más fácilmente a través de las noticias que se mostraban en sus ordenadores. (Weller, 2019)

El problema con *Cambridge Analytica* es la manera en la que se usó la información proporcionada por este algoritmo que a primera vista no parece negativa. Un grupo de personas identificadas como ‘influenciables’ fueron alimentadas de información, no necesariamente veraz, que soportaban las aseveraciones del entonces candidato Donald Trump. Si bien no es posible establecer con certeza que los votantes expuestos al algoritmo de *Cambridge Analytica* basaron su decisión de voto en esta información, es preocupante saber que esta forma de manipulación fue convincente ya que este grupo de personas compartía un perfil, percibían de manera parecida la realidad y no cuestionaron la información que vieron. (Weller, 2019)

Este ejemplo ilustra perfectamente lo que puede pasar cuando se tiene acceso a este tipo de información. Tenemos que ponernos en el caso en el que un Estado, o cualquiera que participe directamente de las hostilidades, pueda ‘manipular’ nuestro pensamiento y alimentarnos de un tipo de información que se inclina para un lado u otro en específico.

Sin ir muy lejos, ‘el Gobierno peruano, a través de la secretaria de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, ha puesto a disposición de la ciudadanía una Estrategia

Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA) correspondiente al periodo 2021 – 2026 que tiene como finalidad impulsar la investigación, desarrollo y adopción de la IA en el país. Sin embargo, aún no hay una disposición específica sobre IA que regule sus riesgos, responsabilidades o su supervisión. Al no contar con una regulación que limite el desarrollo de la Inteligencia Artificial mientras su uso va en incremento, en un corto o mediano plazo hablaremos de un gran riesgo para la sociedad en general. Hay que tomar en cuenta que la IA en ocasiones funciona mal, es una tecnología en expansión y crecimiento cuyos errores pueden tener consecuencias’.(Linares, 2021)

5.2 Sesgo en el Aprendizaje Automático

Lo avances en la autonomía de las computadoras las hacen cada vez más capaces de reconocer y entender su entorno; sin embargo, es muy difícil para los programadores representar en un código cual es la verdadera relación entre objetos, personas y situaciones del mundo real. Debemos tener en cuenta que los algoritmos que crean la Inteligencia Artificial son diseñados por humanos, es decir, son factibles de ser creados con errores. De acuerdo con lo señalado por Pratt, existen casos en los que el algoritmo produce resultados sistémicamente dañados debido a suposiciones erróneas en el proceso de Aprendizaje Automático. A esto se le denomina ‘Sesgo del Aprendizaje Automático’.

Los algoritmos pueden tener sesgos incorporados dentro de su programación, porque son creados por individuos (ya sean los programadores o quienes tengan el interés) que tienen preferencias conscientes o inconscientes que pueden pasar desapercibidas hasta que los algoritmos se utilicen. Incluso cuando los diseñadores no tienen un motivo nefasto, un sesgo puede infiltrarse en la programación del sistema por una situación no prevista con anterioridad. (Pratt, 2020)

Existen muchas decisiones en las que inclusive la forma en la que se ha establecido el código no es clara. En Estados Unidos algunos jueces utilizan los ‘*risk assessments*’, generados por un software, que indican cuál es la posibilidad de reincidencia de una persona. Estos exámenes son utilizados para el pago de fianzas y muchas veces – controversialmente – para definir las condenas. Sin embargo, se comprobó por un grupo de investigadores que, en Florida, el algoritmo etiquetaba a la gente de raza negra como futuros criminales casi el doble que a la gente de raza blanca. (The Economist, 2016)

Por esto, es de gran importancia que los ciudadanos conozcan cómo se han tomado las decisiones que los afectan, especialmente si son producto de un algoritmo que puede tener un sinnúmero de factores determinantes en su programación. Estos sesgos pueden inclusive considerarse como ‘perfiles raciales’. Tanto es así que la Unión Europea está considerando otorgar a los ciudadanos afectados por decisiones tomadas por algoritmos, el derecho de proveer una explicación en pro de la transparencia. (The Economist, 2016)

5.3 Falta de explicación e imprevisibilidad

Es por esto que una de las barreras más grandes del uso de las AWS es la ‘explicabilidad’ de las decisiones que toma el algoritmo. Esta tecnología procesa datos y es capaz de llegar a conclusiones mucho más rápido que la inteligencia humana, sin embargo, una máquina solo puede superarnos en análisis deductivos mas no en análisis inductivos. Es decir, el resultado arrojado por una máquina en aplicación del algoritmo, el cual ha sido procesado con mucha más velocidad y efectividad que un proceso lógico humano, no puede brindarnos una razón fundamentada del proceso lógico que se ha seguido para tomar esta decisión. Incluso en el caso de que esto sea posible, el proceso de aprendizaje humano va a tomar un tiempo más prolongado.

La Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados (‘DARPA’)⁵ de los Estados Unidos de Norteamérica tiene un presupuesto para el año 2021 de 3,5 Billones de dólares americanos. Actualmente, se encuentra en pleno desarrollo de un programa para generar un sistema de explicabilidad de la Inteligencia Artificial (DARPA, 2021). Esto, dada la necesidad imperante que existe de entender, confiar y manejar de manera efectiva una generación de herramientas artificialmente inteligentes (Turek, 2021).

La incapacidad de explicar las decisiones que se toman y, por lo tanto, convertirlas en predecibles, es una característica que bloquea la aplicación de esta tecnología en la vida real. Un ejemplo que podemos ver actualmente son los automóviles autónomos. Estos automóviles no requieren ningún tipo de instrucción específica acerca de qué maniobras utilizar. Sin embargo, el problema es que no es claro como este automóvil toma las decisiones (Boulanin, 2017, pp. 27-19). Inclusive para los propios desarrolladores de estas tecnologías es difícil entender cómo se ha tomado la decisión de despistarse o chocarse con una superficie.

Con relación a la Inteligencia Artificial y el software de Aprendizaje Automático, específicamente del tipo desarrollado para el ‘reconocimiento automático de objetivos’ que se viene desarrollando para ser aplicados en sistemas de armas autónomas, la dimensión de imprevisibilidad eleva el nivel de preocupación sobre la falta de explicación en su toma de decisiones y el posible sesgo al que han sido sometidas durante su programación (CICR, 2021, p. 466).

Es preciso preguntarnos: qué pasaría en el caso de que el sistema señale que es necesario eliminar a cierta persona. Puede ser porque ha identificado que es un combatiente o porque ha identificado a una persona potencialmente riesgosa para los intereses de la contraparte. Debe existir siempre un elemento de ‘humanidad’ que permita tomar la decisión de si se debe actuar o no luego de recibir este tipo de información, sobre todo teniendo en cuenta que no conocemos cuál ha sido el proceso de análisis que ha dado este resultado.

Schuller menciona que quien programa debe tener en cuenta la incertidumbre en la programación del sistema de manera que podamos predecir razonablemente que cumplirá con el DIH a pesar de las complejidades inherentes al combate. Dependiendo del específico características del sistema, esta predicción podría ser simple, imposible o en algún lugar entremedio (Schuller, 2017, págs. 411-412). La prueba, debe ser si un humano puede predecir razonablemente que la acción que tomará el AWS cumplirá con el DIH. Por lo tanto, ‘si podemos predecir razonablemente el cumplimiento del DIH, entonces mantenemos el control sin

⁵ Defense Advanced Research Projects Agency, siglas en ingles.

importar el tipo de interacción necesaria en el instante de la acción letal. Pero si no se puede predecir razonablemente que la máquina cumplirá con el DIH, este AWS puede ser ilegalmente autónomo' (Schuller, 2017, pág. 408).

VI. ANALISIS JURÍDICO

El Derecho Internacional Humanitario es el cuerpo normativo a quien le concierne regular de los conflictos armados, el tipo de armas que se usa y la protección de víctimas tanto en conflictos internos como internacionales. Está muy relacionado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que ambos tienen los mismos valores, principalmente el de salvaguardar la dignidad y el respeto de la persona humana, pero son aplicados en distintas realidades.

La mayoría de los conflictos modernos son de carácter no internacional, es decir que muchas veces el 'total' del aparato legislativo con relación al DIH no es aplicable sino únicamente lo que se entiende como el núcleo duro y las normas de *Ius Cogens*. Una de las propias dificultades de la aplicación del DIH en sí, es que muchas veces los propios estados son quienes niegan la existencia de un conflicto que active la protección ofrecida por el DIH. Adicionalmente, muchas veces las organizaciones internacionales pueden influenciar en la categorización de un conflicto, pero no existe una definición exacta de lo que es un 'conflicto armado' ni mucho menos una autoridad encargada de esta labor. (Sivakumaran, 2018, pág. 508)

Ahora bien, las normas de DIH han sido aplicadas a muchas situaciones y desde que se codificaron han sido capaces de 'adaptarse' a las nuevas tecnologías de guerra que han podido desarrollarse durante el siglo pasado. El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, en su artículo 36 establece que los estados tienen la obligación de adecuar cualquier nueva arma o método de guerra a las normas del DIH:

"Artículo 36 - Armas nuevas. Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante."⁶

Si bien es cierto que esta obligación establece un buen punto de partida para los estados, la realidad es que los métodos de guerra están en una evolución continua y los escenarios beligerantes cambian constantemente. La regulación que brinda el DIH, fue creada teniendo en mente para métodos y medios de guerra que implican el uso del mundo físico, por lo que muchas de sus estipulaciones no encajan perfectamente con el mundo cibernético y/o de codificación. Por ello, es necesario recurrir a las principales regulaciones del DIH, incluyendo las normas consuetudinarias y principios rectores para analizar las posibles violaciones que pueden darse en el marco de un conflicto armado en el cual se apliquen un AWS de manera irrestricta, sin detenernos en la clasificación o naturaleza del conflicto en sí.

⁶ Artículo 49, Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales.

6.1 Violación al principio de distinción

El principio de distinción establece que únicamente quienes participan directamente en las hostilidades y los objetivos militares pueden ser objeto de ataques. De esta manera se estableció la prohibición de dirigir acciones bélicas a la población civil.⁷ En este sentido, el CICR ha establecido que para definir quienes son los que participan directamente en las hostilidades, se debe tomar en cuenta la aplicación combinada de tres requisitos circunstanciales y particulares de cada situación. Estos son en cada acción se debería analizar: el umbral de daño, causalidad directa y nexo beligerante, para hacer una distinción entre las actividades que son consideradas participación directa en las hostilidades y que, como consecuencia, conllevan a la pérdida de protección contra ataques directos. (Melzer, 2010, pág. 64)

Una de las más grandes preocupaciones que existe en torno a la aplicación de la Inteligencia Artificial en un contexto de conflicto armado es la capacidad para discernir adecuadamente entre quién es un objetivo militar legal y quiénes se encuentran protegidos de cualquier tipo de ataque por no participar activamente en las hostilidades. Es decir, esta AWS debe estar programada para discriminar entre un combatiente y un no combatiente de manera efectiva y en concordancia con el principio de distinción establecido por el DIH. Inclusive, la capacidad de entendimiento de este sistema debería llegar hasta el momento exacto en el que un combatiente se rinde y por lo tanto ya no es considerado un objetivo militar. Como plantea Lewis, es válido cuestionarnos si una máquina va a ser capaz de responder adecuadamente en esta situación y reconocer ciertamente el momento en que un combatiente deja de serlo. (Lewis, 2018, p. 14)

No es tan descabellado pensar que una máquina podría representar un riesgo menor para la población civil en comparación a un combatiente humano y que, en algunos contextos, este estándar podría ser relativamente fácil de cumplir. En concordancia con lo mencionado por Schuller, el sistema podría tener una ‘predictibilidad’ suficiente para no caer en ninguna irregularidad en el marco del DIH. Sin embargo, muchas veces es difícil ‘programar’ los múltiples escenarios que pueden darse en la vida real y este estándar de distinción puede verse afectado por el contexto operativo o el entorno en sí. ‘El rendimiento técnico y operativo de los sistemas que emplean autonomía e inteligencia artificial podría capturarse y compararse con los sistemas heredados existentes utilizando la toma de decisiones humana para garantizar que se cumpla este criterio ético’. (Lewis, 2018, p. 15)

A manera de ejemplo, podríamos referirnos a la tecnología de reconocimiento facial, la cual tiene el potencial de ser de mucha ayuda en temas de seguridad pública y establecimiento del orden. Principalmente en casos en los que es posible rastrear e identificar a personas en espacios públicos, lo cual haría muy fácil distinguir entre un objetivo militar y un no combatiente. Sin embargo, no siempre nos encontramos en el escenario ideal. Por ejemplo, un individuo que participa en las hostilidades podría usar la información del rostro de un civil a través de un AWS y utilizarla para acceder a la computadora de esta persona de forma remota, bloquear el acceso a la información o inclusive implantar información falsa. En caso de una persona pública como

⁷ Principio contenido en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, artículos 48 y 51 del Protocolo Adicional I, artículos 4, 13.2 y 14 del Protocolo Adicional II.

un político, un alto mando militar, líder de algún movimiento y/o celebridad, esto puede traer consecuencias muy negativas. (Walch, 2019)

6.2 Violación al principio de proporcionalidad.

El principio de distinción mencionado anteriormente es moderado por el principio de proporcionalidad, ya que la ley reconoce que puedan existir daños o víctimas civiles ('daño colateral') en el contexto de un ataque militar siempre y cuando este resultado no sea excesivo en relación con la ventaja militar anticipada del ataque. (Turns, 2014, pág. 837). Es importante enfatizar que no existe una fórmula matemática para decidir cuál sería, o no, un nivel proporcional de daño colateral. Al igual que en el caso de quienes participan directamente de las hostilidades, este estándar debe analizarse en luz de las circunstancias y del contexto operativo. La decisión de atacar o no a un blanco determinado es tomada por la persona a cargo, quien debe basar su evaluación en la inteligencia e información que razonablemente esté disponible para ella. Por lo tanto, es incorrecto suponer que cualquier daño a civiles en una operación militar constituye *ipso facto* un crimen de guerra (Turns, 2014, pág. 838).

De acuerdo con lo señalado por Lewis, el Aprendizaje Automático y la Inteligencia Artificial podrían usarse para disminuir víctimas civiles. Por ejemplo, reduciendo el número de civiles identificados como combatientes, que es una de las mayores causas de violaciones al DIH. La tecnología permite monitorear áreas para definir un momento donde exista un menor daño colateral y así reducir los daños a infraestructura civil en áreas de conflicto o evitar efectos negativos de largo plazo como pérdida de electricidad, agua o suministro de alimentos (Lewis, 2018, p. 32).

Sin embargo, con relación a la proporcionalidad y basándonos nuevamente en el estándar de predictibilidad razonable de Schuller, cuando estamos ante un AWS capaz de procesar y tomar decisiones con una rapidez superior a la humana, ¿Cómo podemos medir anticipadamente la ventaja militar del ataque? Google recientemente retiró su apoyo al 'Proyecto Maven' del Departamento de Defensa de Estados Unidos, el cual se encuentra aplicando algoritmos de Inteligencia Artificial para escanear imágenes tomadas por drones y hacer sugerencias para clasificar objetos como personas, edificios o vehículos (Lewis, 2018, p. 1). Esto quiere decir que esta tecnología puede analizar los videos y fotos proporcionadas para detectar de manera automática cualquier elemento 'relevante' de acuerdo con su entrenamiento. En una carta abierta, los empleados de Google le solicitaron a su empleador que se inmiscuya en el 'negocio de la guerra' y que este desarrollo podría generar resultados 'potencialmente letales' para la humanidad.

Google, una de las principales desarrolladoras e inversoras en el desarrollo de estas tecnologías nos ha demostrado que existe un lugar para explorar las muchas aplicaciones que se le puede dar a la Inteligencia Artificial. Estas podrían tener un efecto en la creación de políticas para muchos sectores, desde la educación hasta la medicina. Siempre y cuando sean aplicadas en respeto de las normas y principios internacionales pertinentes. Estos programas, como Proyecto Maven, pueden significar una intervención proactiva mientras se ahorra una gran cantidad de los fondos que son tan escasos, sobre todo en Latinoamérica (De Spiegeleire, 2017, p. 47). Ahora bien, es necesario preguntarnos si es que las posibles consecuencias del uso de esta tecnología son proporcionales o no con la ventaja militar que el Departamento de Defensa de Estados Unidos obtendría.

6.3 Prohibición de ataques indiscriminados.

El Protocolo Adicional I, en su artículo 51(4) establece la obligación de evitar ataques indiscriminados, es decir aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto y/o cuyos efectos no sean posibles de limitarse de acuerdo con lo establecido en las normas de DIH. Si bien es cierto esta estipulación fue pensada para restringir ataques físicos (como la posible destrucción causada por una bomba arrojada en una ciudad), puede extrapolarse para incluir ataques que se den en el marco de una AWS.

Hablemos por ejemplo de la desinformación que puede ser usada como un método de guerra, es decir: la creación y difusión de información falsa con la intención de engañar o manipular como una estrategia de acción.⁸ Con relación a la ‘predictibilidad’ suficiente introducida por Schuller en estos contextos, en los que es prácticamente imposible hacer una distinción entre combatientes y no combatientes, la producción de información falsa; ya sea en textos, audios, fotos o video; se hace cada vez más difícil de distinguir con la información real (CICR, 2021, p. 467). Este escenario se agrava en casos como el sudamericano por el analfabetismo y el hecho de que el pensamiento crítico hacia el contenido digital es prácticamente inexistente. De esta manera, es imposible predecir cual será el alcance que podrá tener esta acción dentro de la población civil y los efectos en podrían ser devastadores.

El uso de estas estrategias en una situación de conflicto interno o externo solo amplifica los métodos arcaicos de propaganda con la finalidad de manipular la opinión pública, influenciar las decisiones de no combatientes, aumentar la tensión, promover la violencia y extender los conflictos. En este contexto, para el CICR existe una preocupación latente de que los civiles, como resultado de la desinformación digital, sean sujetos de arrestos ilegales, de tratos inhumanos, de discriminación, sean negados del acceso a los servicios básicos o que sufran de ataques personales o a su propiedad privada (CICR, 2019, p. 9).

6.4 Atribución de Responsabilidad

Lo mencionado anteriormente, además de todas las dudas que se pudieran levantar con respecto a las características intrínsecas de la tecnología, nos deja con otra incógnita: ¿quién es el responsable por la decisión tomada por un algoritmo? En un contexto de guerra, si un combatiente viola lo establecido por el DIH y comete un crimen de guerra, los estándares básicos internacionales dictan que este combatiente sea acusado de ese crimen y procesado de acuerdo con lo establecido por ley. En el caso de una máquina que ha violado el DIH, ¿quién puede ser responsable?

Dependiendo del tipo de tecnología que se utilice, existen distintas posibles respuestas a esta pregunta. En un caso más utópico de aplicación de un AWS, ¿la responsabilidad debería ser asumida por el programador, por las autoridades civiles que decidieron desplegar el sistema o por el comandante que eligió confiar en la máquina en esa operación en particular? Esto genera una ‘brecha’ en la responsabilidad o la rendición de cuentas y podría significar un dilema al momento de tomar la decisión de insertar un sistema de este tipo en las hostilidades (Lewis, 2018, p. 13).

⁸ Es importante recalcar que no todo el tipo de información falsa es creada por herramientas de aprendizaje automático o inteligencia artificial.

Adicionalmente, en el ámbito internacional, se ha establecido un estándar mínimo aplicable a los AWS, las cuales requieren ‘control humano significativo’ en sus funciones críticas, lo cual permitirá que siempre exista un filtro humano quien decida la acción militar, basándose en los principios de proporcionalidad y necesidad militar.

Sin embargo, en un ejemplo que debería considerarse más alarmante, deberíamos detenemos a pensar qué sucede en el caso de que el AWS sea la información. ¿Cómo identificamos a la persona que difunde la desinformación y/o discurso de odio? Asimismo, en un contexto en el que no es fácil distinguir combatientes y no combatientes, ¿cuál es la efectividad de contramedidas o alertas que previenen que la desinformación llegue a un nivel de descontrol generalizado? La pregunta más importante sigue siendo: ¿quién tiene la responsabilidad legal en estos casos? (CICR, 2019, p. 9).

VII. CONCLUSIÓN

En una realidad en la que los humanos estamos produciendo una cantidad de información nunca vista, no podemos dejar de ser conscientes de que estamos entregándola a una entidad, empresa, organización u gobierno. No es descabellado pensar que puede ser utilizada en nuestra contra, de ser el caso que caiga en manos de malos administradores. Peor aún, que las mismas instituciones en las que hemos depositado nuestra confianza sean las responsables de manipular nuestra forma de pensar con la finalidad de cumplir sus propias metas.

En el contexto del DIH, los múltiples escenarios en los que podemos vernos envueltos y estar expuesto a un máquina o sistema, se multiplican y muchas veces pueden hacernos partícipes de una ‘noción’ con el que no estamos realmente alineados. ¿Son los principios del DIH lo suficientemente exactos para proteger a los no combatientes en estos casos? ¿Es necesario una actualización en el sistema?

Aplicar las normas existentes en el DIH a los nuevos usos y métodos de guerra genera dudas relacionadas en la idoneidad de estos aparatos normativos. Se ha estudiado por varios escolares la falta de definiciones claras en lo que respecta a conflictos armados, como estas reglas pueden manipularse para solapar conductas que deberían ser sin duda consideradas crímenes de guerra y que muchas veces han puesto en tela de juicio la efectividad de todo el sistema normativo. Por lo que es pertinente analizar si realmente estas reglas son lo suficientemente claras con relación a los nuevos desarrollos bélicos y lo concerniente a Inteligencia Artificial. De no ser el caso, estaríamos ante una carrera en búsqueda de normar un escenario que viene cambiando constantemente y cuyo límite, es literalmente la imaginación del hombre.

Asimismo, debemos tener la certeza de que las AWS son lo suficientemente confiables como para poder delegar en ellas la toma de decisiones que influyen en el tratamiento de los civiles en tiempos de guerra, por ejemplo, en relación con la calidad o veracidad de la información sobre las que se han desarrollado los algoritmos. Asimismo, esta confianza generada debe circunscribirse al respeto a los principios rectores del DIH y sus normas consuetudinarias. Debemos tomar en cuenta las líneas de pensamiento que se encuentran completamente en contra de la utilización de esta tecnología en las hostilidades y las que, por otro lado, consideran que es posible llegar a un estándar mínimo aceptable para aplicar las AWS a los conflictos bélicos, de manera que sean mas sus aspectos positivos que los negativos.

VIII. REFERENCIAS

- Boulanin, V. (2017). Mapping the Development of Autonomy in Weapon Systems . Stockholm: SIPRI.
- CICR. (1 de enero de 2014). Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales. Recuperado el 14 julio de 2021, de CICR: <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>
- CICR. (2015). Autonomoys weapon systems: is it morally acceptable for a machine to make life and death decisions? CCW Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, (págs. 13-17). Geneva.
- CICR. (Marzo de 2019). Symposium Report: Digital Risks in Situations of Armed Conflict. Obtenido de CICR: www.icrc.org/en/event/digital-risks-symposium
- CICR. (2021). Artificial intelligence and machine learning in armed conflict: A human-centred approach. Recuperado el 15 julio de 2021, de International Review of the Red Cross: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/reviews-pdf/2021-03/ai-and-machine-learning-in-armed-conflict-a-human-centred-approach-913.pdf>
- DARPA. (2021). Recuperado el 13 julio de 2021, de Defense Advanced Research Project Agency: <https://www.darpa.mil/about-us/budget>
- De Spiegeleire, S. (2017). Artificial Intelligence and the Future of Defense: Strategic Implications for Small-and-Medium-sized Force Providers. The Hague Centre for Strategic Studies Report.
- Deeks, A. (2020). ON AI AND THE LAWS OF WAR (Episode 4). Obtenido de PODCAST JIB JAB THE LAWS OF WAR: <https://soundcloud.com/cxm-444054529/jib-jab-podcast-ep-5-ai-and-the-laws-of-war>
- Diamond, E. (julio de 2014). Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare. Obtenido de <https://www.inss.org.il/he/wp-content/uploads/sites/2/systemfiles/SystemFiles/05%20Applying.pdf>
- Hauert, S. (25 de abril de 2017). Eight ways intelligent machines are already in your life. Obtenido de BBC: <https://www.bbc.com/news/uk-39657382>
- Iron Dome System and SkyHunter Missile. (s.f.). Obtenido de Raytheon Missiles and Defense: <https://www.raytheonmissilesanddefense.com/capabilities/products/irondome>
- ITU. (30 de noviembre de 2021). Union Internacional de Telecomunicaciones . Obtenido de 2.900 millones de personas siguen careciendo de conexión: <https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/PR-2021-11-29-FactsFigures.aspx>
- La creciente ola de inteligencia artificial en Latinoamérica. (s.f.). Obtenido de Marsh: <https://www.marsh.com/co/migrated-articles/aumento-inteligencia-artificial-latinoamerica.html>
- Lewis, L. (Agosto de 2018). AI and Autonomy in War: Understanding and Mitigating Risks. Recuperado el 15 julio de 2021, de Center for Autonomy and AI: https://www.cna.org/CNA_files/PDF/DOP-2018-U-018296-Final.pdf
- Linares, E. (20 de setiembre de 2021). Regular la Inteligencia Artificial en Latinoamérica, ¿necesario? Obtenido de Lex Latin: <https://lexlatin.com/opinion/regular-inteligencia-artificial-latinoamerica>

- Melzer, N. (2010). Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario. Obtenido de CICR: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf
- Pratt, M. K. (Julio de 2020). Machine Learning Bias (AI bias). Obtenido de Search Enterprise AI: <https://searchenterpriseai.techtarget.com/definition/machine-learning-bias-algorithm-bias-or-AI-bias>
- Salmón, E. (2012). Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Lima, Perú: CICR.
- Schuller, A. (2017). At the Crossroads of Control: The Intersection of Artificial Intelligence in Autonomous Weapon Systems with International Humanitarian Law. Harvard National Security Journal.
- Sivakumaran, S. (2018). International Humanitarian Law. En International Human Rights Law (págs. 503-520). United Kingdom: Oxford University Press.
- The Economist. (20 de agosto de 2016). Of prediction and policy Machine learning. Recuperado el 15 julio de 2021, de The Economist: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2016/08/20/of-prediction-and-policy>
- Tucker, P. (11 de setiembre de 2016). Special Operators Are Getting a New Autonomous Tactical Drone. Obtenido de Defense One: <https://www.defenseone.com/technology/2016/09/special-operators-are-getting-new-autonomous-tactical-drone/131431/>
- Turek, M. (2021). Explainable Artificial Intelligence (XAI). Obtenido de DARPA: <https://www.darpa.mil/program/explainable-artificial-intelligence>
- Turns, D. (2014). The Law of Armed Conflict (International Humanitarian Law). En M. D. Evans, International Law. United Kingdom: Oxford University Press.
- Ventura, C., & Billion, D. (2020). ¿Por qué protesta tanta gente a la vez? Nueva Sociedad. Obtenido de <https://nuso.org/articulo/por-que-protesta-tanta-gente-la-vez/>
- Walch, K. (8 de noviembre de 2019). Training data in facial recognition use cases reveals bias. Obtenido de Search Enterprise AI: <https://searchenterpriseai.techtarget.com/feature/Training-data-in-facial-recognition-use-cases-reveals-bias>
- Weller, A. J. (2019). Design Thinking for a User-Centered Approach to Artificial Intelligence. Obtenido de She Ji: The Journal of Design, Economics, and Innovation: (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405872619300887>)

ANIMALES NO HUMANOS Y DERECHO AMBIENTAL

LA SITUACIÓN ACTUAL E IMPERANTEMENTE CONFLICTIVA DE LOS ANIMALES NO HUMANOS EN LOS PLEXOS EURO CONTINENTALES Y AFINES¹

Por Jorge Pablo Buzzalino²

“¿Quién nos dice que lo que nosotros llamamos ritmos mecánicos no son leyes morales superiores, y que si los animales no progresan es porque han llegado ya a la perfección, mientras que el hombre tantea, cambia, destruye y reconstruye, sin haber llegado todavía a la estabilidad de su inteligencia, al final de su deseo, a la armonía de su forma?”³

En aras del buen entendimiento, para comenzar, resulta ineludible situar a los animales no humanos dentro del sistema jurídico, más específicamente, del binomio imperante dentro de los plexos de origen Romano Germano Francés o simplemente Continental, preponderante en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de toda la historia. Esta dicotomía, de carácter basal, es la noción de “Persona” o “Cosa”. In limine, se define a la primera como “todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones”, como por ejemplo lo establece en su parte in fine el Art. 11 del Código Civil Suizo y a la segunda por oposición y complementariedad, como por ejemplo lo instituye el Código Civil Austriaco en su §285 “todo lo que se diferencia de la persona y sirve para el uso del hombre se considera cosa en sentido jurídico”; o en el caso del Código Civil Alemán en su §90 “cosa en sentido legal solo son los bienes corporales”. Estas definiciones de “Cosa” abarcan en un sentido general a los “Animales No Humanos”, como objetos materiales que sirven a la persona, siendo el hombre, directamente en su cualidad de persona física o humana, o como parte constitutiva de una persona jurídica, quien se sirve y dispone de estas.

Idéntica estructura es receptada por el actual Código Civil y Comercial Nacional Argentino, en sus artículos 15, donde define “las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio” y en el artículo 16 “los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”

¹ La presente publicación se enmarca en el proyecto de investigación “Tensiones y desafíos en la frontera entre las personas y las cosas: Cuestionando preceptos basales del Derecho y el análisis de lo social”, del departamento de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de la Matanza.

² Estudiante avanzado de Abogacía (UNLAM), becario CIN-UNLAM.

³ Octave, Mirbeau. *Les mémoires de mon ami, collection une heure d'oubli...*, Ernest Flammarion éditeur, Francia, 1920.

La situación previamente delimitada, es el punto de éxodo para analizar la realidad actual del Derecho de los animales no humanos, que, si bien apriorística y preponderantemente se encuentran rotulados como “cosas” dentro del binomio, es claro que esta categoría con sus particularidades ya no logra contenerlos.

Si bien es imposible describir en detalle las infinitas realidades matizadas de los animales no humanos que se desprenden de los países abarcados por este origen jurídico en común, desarrollaremos los casos mas palmarios al momento de esta publicación.

En uno de los extremos contemplados, como caso testigo de la ruptura del precepto dicotómico con carácter legislativo, analizaremos la situación de Alemania, ya que abarca todos los elementos que tiene los otros plexos que se encuentran en una situación equivalente, como Suiza o Austria. Luego analizaremos la otra reacción imperante, que sería la respuesta pretoriana o judicial de Argentina, para con posterioridad compararlas.

En el año 1990 fue aprobada en el parlamento alemán la Ley de mejora del estatuto jurídico de los animales en el Derecho civil⁴, que introdujo una serie de reformas, tendientes a recategorizar a determinados animales no humanos, con un corte muy delimitado en los vertebrados y en la gran mayoría de los casos alcanzados diferenciando los domésticos de los salvajes y los de granja o explotación.

La modificación incorpora al binomio del §90 del Código Civil Alemán, en el cual se define a la cosa en sentido jurídico, la cual se completa con la sección primera de la misma codificación, que delimitando a la persona, el §90a “los animales no son cosas. Están protegidos mediante leyes especiales. Se les aplicarán las disposiciones vigentes para las cosas, siempre que no haya otra previsión”, redacción que, si bien rompe la dicotomía, utiliza el enunciado negativo “los animales no son cosas⁵”. Los principales efectos jurídicos que se vieron plasmados como resultado de esta noción son el carácter de inembargabilidad de los animales no humanos, siempre y cuando estos tengan un trato directo con las personas. Desafectados los animales no humanos de esta noción de cosa, se eliminó el límite del valor pecuniario del animal como tope indemnizatorio ante daños causado por terceros. Incluso el mantener su calidad de vida es expresamente un cargo dentro del acervo hereditario.

En el año 2002 Alemania constitucionalizó esta nueva noción al incorporar el artículo 20a sobre:

“Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales: El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”.

Este enunciado, nuevamente separa a los animales no humanos de las cosas, mas puntualmente del medio ambiente que se mantiene en esta categoría estanca. Su principal impacto fue la reforma de la Ley de bienestar animal, que logro mejorar sustancialmente la situación de los animales de explotación y salvajes. Ya que incorporo requisitos básicos a satisfacer para no incurrir en el delito de maltrato, teniendo como eje central la “no producción de dolores innecesarios” dentro de la cadena de producción.

⁴ “Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht.”.

⁵ “Tiere sind keine Sachen.”.

Claramente esta alteración a las reglas productivas produjo un aluvión de demandas de inconstitucionalidad, siendo los más relevantes los conflictos entre este nuevo precepto y la libertad religiosa y de investigación científica, que se enmarca dentro del Derecho al trabajo. La jurisprudencia resultante de esta colisión morigeró el efecto de esta nueva categoría de los animales como no cosas y su lugar dentro del esquema prelativo de normas. Siguiendo los pasos delimitados por estos estados, en el 2009 la Unión Europea, por medio del Tratado de Lisboa, modificó el Art 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea introduciendo la categoría de seres sensibles para los animales:

“Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”

Al igual que lo sucedió con la constitucionalización en Alemania se forma y se le da preeminencia a dos factores esenciales, por un lado el bienestar de los animales no humanos, y por el otro la idea de que los mismos no son cosas ya que son seres sensibles y por lo tanto se diferencian. Esta reforma no tardó en encontrar sus límites, al igual que en el caso de Alemania, la jurisprudencia del máximo tribunal, puntualmente en el fallo jeep, limitó en idéntico sentido esta nueva categoría de los animales no humanos como seres sintientes.

Con respecto al extremo pretoriano, como hemos mencionado, tomaremos la situación de Argentina, que si bien es pionera en generar los dos fallos mas relevantes al momento en la materia, tiene una larga tradición de reconocer, por esta vía, Derechos a los animales no humanos.

A las prescripciones antes mencionadas del Código Civil y Comercial debemos sumar la Ley Nacional 14.346 de malos tratos y actos de crueldad a los animales no humanos del año 1954 para completar apriorísticamente el marco legal. Desde su concepción, el mismo no abandonó en ningún momento la idea de que los animales son cosas.

Parte de esta desconstrucción pretoria del concepto bicéfalo, es la imputación por lesiones leves de un perro en la localidad de San Carlos en la provincia de Santa Fe, en el año 2003. Este animal no humano fue procesado y alojado en el destacamento de Esperanza para alejarlo de su victimario, aunque lastimosamente nunca se continuó con el expediente. Finalmente, en 2009, fecha que excede por completo cualquier plazo prescriptivo, murió sin un proceso a la altura de las circunstancias. Sin embargo, es claro que en el momento que se lo imputó, se le reconoció su calidad de sujeto de derecho, ya que la legitimación pasiva es una de sus características.

Sin lugar a dudas el hito mas importante se produjo en el año 2014, cuando la Casación penal frente a un hábeas corpus presentado por AFADA⁶ por la situación que padecía la orangutana Sandra en el entonces Zoológico de Buenos Aires. Este fallo luego fue sostenido por el Juzgado N° 4 en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires a cargo de la Dra. Liberatori Elena, en el que se declaro “Las personas no humanas tiene Derechos... Son sujetos de Derecho” colocando en cabeza de Sandra como Persona no humana el Derecho a la vida, la integridad física y la libertad. Como consecuencia de este fallo, Sandra fue enviada a un santuario

⁶ “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales.”.

en Florida, Estados Unidos, conjuntamente con un Mandamus para que su nueva categoría sea respetada por este nuevo estado que la alberga.

En el 2016 esta misma organización, AFADA, logró el fallo de la Chimpancé Cecilia en la provincia de Mendoza, bajo la misma figura, ordenando su traslado a un santuario a Brasil. En esta oportunidad, el tercer juzgado de garantías de la provincia en los considerandos mencionó lo urgente de tener una legislación acorde a la situación. Puede leerse que:

“Resulta imprescindible resaltar que la Declaración Universal de los Derechos Animales, elaborada en el año 1977 por la UNESCO, y aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, les reconoce a los animales derechos y, específicamente en su artículo nro. 4 prevé: “a) Todo animal perteneciente a una especie salvaje, tiene derecho a vivir libre en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático y a reproducirse. b) Toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho”.

Ambos fallos en la actualidad han producido una multiplicidad de replicas contemplado las especificidades de cada caso en concreto. Como conclusión, es pertinente destacar que la respuesta proveniente de los Juzgados es claramente la más acabada y desarrollada, ya que realmente logra dar una conclusión a situaciones de abuso. Pese a ello, la misma posee la inconsistencia de ser a pedido de parte, haciendo de esta casi una panacea imposible debido a lo tortuoso de someter a un proceso judicial el reconocimiento en cada caso en concreto. Como contra posición, la respuesta legislativa desarrollada es aplicable a todos los animales no humanos, pero en una fase muy primigenia, ya que no termina de producir una escisión contundente de los animales no humanos y su noción de ser cosas.

Sin importar cuál sea la herramienta que utilicemos para solucionar esta actual tesitura en el lugar que ocupan los animales no humanos en nuestro plexo jurídico, es innegable que el reconocimiento de los Derechos básicos y elementales, como la vida, la integridad física, la libertad y la dignidad son una necesidad imperiosa de todos los animales ya sean humanos o no.

LOS GLACIARES Y EL AMBIENTE PERIGLACIAL COMO BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LA LEY 26.639

Carlos Eduardo Bría.

Abogado especialista en derecho ambiental

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de los microbienes ambientales “Glaciares” y el “Ambiente periglacial” como bienes del dominio público a partir de su incorporación expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación. En tal sentido, se partirá de la concepción de dominio público y se analizará la normativa de presupuesto mínimo de los referidos recursos naturales efectuándose un diálogo de fuentes entre dicha norma y el señalado código de fondo. En esa inteligencia, se advertirá una evolución de carácter progresivo en cuanto a la tutela de dichos bienes.

En primer lugar es dable señalar que nuestro Código Civil y Comercial, al igual que el Código Civil de Vélez Sarsfield, no contiene una definición de dominio público, limitándose a mencionar qué cosas revisten carácter dominial. En ese orden de ideas, es dable advertir que el dominio público no es creación de la naturaleza; no hay bienes públicos naturales o por derecho natural. Coincidiendo con Marienhoff, el dominio público es un “concepto jurídico”, su existencia depende de la voluntad del legislador¹. Sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien tendrá el carácter de dominial; a mayor abundamiento, lo que ha de entenderse por dominio público depende del ordenamiento jurídico vigente. Cabe destacar que la teoría del dominio público es de origen puramente doctrinario y jurisprudencial, razón por la cual pueden esbozarse diferentes definiciones al respecto existiendo discrepancia en la doctrina respecto de quien resultaría titular del bien público (elemento subjetivo de dicho dominio). Por un lado, quienes señalan que el titular del bien público es el pueblo, cuyo uso le pertenece a todos los habitantes pudiendo gozar de ellos sin autorización estatal (Marienhoff², Cassagne³), mientras que otros autores (a los cuales adhiero dado que el pueblo si bien se beneficia con el uso común de la cosa y en muchas ocasiones utiliza la misma de modo no sustentable, no es una persona pública y sólo puede adquirir personalidad jurídica en tanto se organice y constituya como Estado) expresan que el titular es el Estado (centralizado o descentralizado) en su calidad de persona jurídica pública, definiendo al dominio público como el conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por los fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen jurídico especial de

¹ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Abeledo Perrot 1998, Pág. 51.-

² MARIENHOFF, Miguel, Op. Cit, pág. 66.-

³ CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II 10 Ed. La Ley Bs. As., 2011, págs. 319/320.

derecho público (Dromi⁴). Al respecto, nuestro más Alto Tribunal desde antaño ha expresado que el Estado es el sujeto titular del dominio público⁵. Como fuera señalado, el régimen jurídico especial de los bienes que integran el dominio público deriva de la ley (elemento normativo de dicho dominio); es decir, el carácter dominial de los bienes debe emanar del Congreso Nacional, ya que la ley nacional es la que declara que un bien es público o privado (art 75 inc. 12 C.N.), mientras que la ley local sólo puede regular su forma de uso. Lo expuesto permite concluir que el acto administrativo no puede ser fuente atributiva del carácter público o privado de una cosa, puesto que la Administración, si bien puede crear bienes que integran el dominio público artificial, verbigracia, una plaza, una calle, un camino etc., la condición jurídica de esos bienes creados surge de la ley del Congreso y no del acto administrativo.

En ese orden de ideas, corresponde señalar que el art 2340 del derogado Código Civil establecía expresamente que dentro de los bienes públicos están comprendidos: los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial (inc. 1); mares interiores (inc.2); ríos, sus cauces y demás aguas que corran por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general (inc. 3). De lo expuesto se colige que los glaciares y el ambiente periglacial no poseían un status jurídico establecido expresamente en dicho cuerpo legal. Ahora bien, si consideramos que el glaciar y el ambiente periglacial se trata de agua en estado sólido, podría interpretarse que se encontrarían implícitamente contenidos en el inc. 3 del referido artículo, dado que se trataría de “otra agua que tenga o adquiera aptitud para satisfacer usos de interés general”. Al respecto, resulta innegable que dichos bienes (recursos naturales) cumplen un servicio ambiental imprescindible puesto que constituyen una fuente de agua dulce de un valor estratégico fundamental y una función de regulación del ecosistema, ya que en sus ciclos de congelamiento y descongelamiento van permitiendo el aporte gradual del caudal hídrico para las cuencas. Es decir, si bien el legislador, probablemente en la época de la sanción del Código Civil como así también al efectuarse la reforma del mismo mediante la ley 17.711 (año 1968) no tuvo en mente que los glaciares como el ambiente periglacial debían ser incorporados expresamente como bienes de dominio público, cierto es que los mismos al menos resultaban ser merecedores de la categoría de “otra agua que satisface usos de interés general”.

Con la sanción del Código Civil y Comercial, dicha discusión ha quedado abstracta dado que los glaciares y el ambiente periglacial han sido incorporados expresamente como bienes del dominio público. En esa inteligencia, tiene dicho el artículo 235 del C.C.C que: “Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:...c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera aptitud de satisfacer usos de interés general...”.

Cierto es, que cuando hablamos de glaciares no sólo hablamos de un enorme atractivo paisajístico y turístico, sino que se trata de agua. Es dable destacar que el agua se encuentra tutelada por un vasto y complejo normativo además del Código Civil y Comercial, verbigracia, Constitución Nacional, acuerdos federales, convenciones, tratados internacionales y regionales, Constituciones Provinciales, leyes ambientales de presupuestos mínimos, leyes provinciales de aguas, etc.,

⁴ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 6º Ed. Actualizada, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1997, Pág. 602.-

⁵ CSJN, “Cia Inmobiliaria Italo Argentina c/ Dirección General de Vialidad”,(05-12-1938) Fallos: 182:375.-

dando origen a lo que la doctrina denomina “el derecho ambiental de aguas”, el cual es definido como el conjunto de normas imperativas de un ordenamiento social que, conforme la justicia, regulan la relación de las personas con el agua, considerada ésta en las diversas maneras en que se manifiesta en el ciclo hidrológico e integrada al medio ambiente⁶.

No debe perderse de vista que la incorporación de los glaciares y el ambiente periglacial al Código Civil y Comercial fue fruto de una larga evolución normativa, donde el derecho ambiental de aguas ha sido sin dudas un gran protagonista. En ese orden de ideas, con la reforma de nuestra Carta Magna en 1994, se ha incorporado el art 41 de la CN, el cual además de establecer el derecho que tienen los habitantes a un ambiente sano y el deber de preservarlo, pone en cabeza de las autoridades la protección de dicho derecho y señala que corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas sin alterarse las jurisdicciones locales. Así las cosas, si consideramos al glaciar y al ambiente periglacial como agua en estado sólido, podríamos decir que resultaban aplicables a dichos bienes, lo normado por la ley 25.688 (ley de presupuestos mínimos denominada “régimen de gestión ambiental de aguas”), la cual fue sancionada en el año 2002, y establece que se entiende por agua aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales y subterráneas, así como a las contenidas en acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas (art 2 ley 25.688). Intentando simplificar estos conceptos, podemos inferir que la ley refiere tres tipos de recursos hídricos: los superficiales (mares, ríos, arroyos, lagos, lagunas, etc.), los subterráneos (acuíferos, napas freáticas, etc.) y los atmosféricos (vapor de agua, nubes), contemplando dentro de esta definición tanto bienes de dominio público natural como artificial (lago artificial, canal, embalse, etc.).

Ahora bien, nada dice la norma respecto del agua en su estado sólido (supuesto de nieve, glaciares, ambiente periglacial), sin embargo, no caben dudas que los glaciares como el ambiente periglacial forman parte del ciclo hidrológico con importantes funciones de regulación y reserva de recursos hídricos, lo cual determina que debían haber sido contemplados expresamente en dicha normativa como bienes jurídicos dignos de ser tutelados. Lo contrario implicaría desconocer elementales principios rectores de política hídrica como el de “unidad del ciclo hidrológico”⁷ dado que el agua que utilizamos tiene un único origen, cualquiera sea su fuente (atmosférica, superficial, subterránea), y debe ser tratada como parte de un único recurso, encontrándose obligado el Estado a proteger las diversas fuentes de suministro de agua como una sola.

El estado físico del agua glaciaria en nada alteraría su condición jurídica, más aún, no se trata de una masa de hielo inmutable sino que contrariamente posee los mismos elementos constitutivos que cualquier otro curso de agua, verbigracia, lecho y en el caso, agua congelada resultando además parte integrante de las cuencas hidrográficas del territorio circundante. Si bien no es intención efectuar disquisiciones de técnica legislativa, la cuestión es trascendental a efectos de evitar un derecho ambiental de aguas caracterizado por una multiplicidad de normas superpuestas que no hacen más que generar confusión y atentar contra la protección de recursos hídricos.

⁶ PIGRETTI Eduardo A, BELLORIO CLABOT, Dino y CAVALLI, Luis, “Derecho Ambiental de Aguas”. Buenos Aires, año 2010. Editorial Lajouane, Pág. 29.

⁷ Consejo Hídrico Federal (COHIFE), los principios rectores de la política hídrica (www.cohife.org) Principio 2.-

Ahora bien, conforme fuera expuesto, el Código Civil y Comercial establece como bienes de dominio público a los glaciares y al ambiente periglacial, pero no da una definición de los mismos; a diferencia de lo que sucede con otros bienes como el mar territorial (inc. a art 235 CCC), las playas marítimas (inc. b art. 235 CCC), los ríos (inc. c art 235 CCC) los cuales son conceptualizados. En ese orden de ideas, para encontrar el concepto técnico de glaciar y ambiente periglacial se debe recurrir a la ley 26.639 (Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial) que en su artículo 2º reza que se entiende por glaciar a “toda masa de hielo perenne estable o que fluya lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recrystalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación”, considerando parte constituyente de cada glaciar “el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua”.

Dicho artículo define al ambiente periglacial en la alta montaña como “área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo”. Cabe destacar que dicha normativa enuncia conceptos técnicos para definir tales bienes a la vez que tiene por objeto preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico (Artículo 1 ley 26.639).

Asimismo, tal norma de presupuesto mínimo fue sancionada con anterioridad al Código Civil y Comercial, y consagra a los glaciares (no así al ambiente periglacial) como “bienes de carácter público”, otorgando protección a fin de evitar eventuales enajenaciones de los glaciares. Cabe recordar que conforme el art. 237 del Código Civil y Comercial los bienes del dominio público del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles.

Por otra parte, la referida ley protectoria crea el Inventario Nacional de Glaciares, con el fin de individualizar todos los glaciares y geoformas periglaciares que actúan como reservas hídricas en el territorio nacional con toda la información adecuada para la protección de los mismos como así también la verificación de cambios en superficie y estado de conservación. Al respecto considero que dicho inventario, si bien es objeto de duras críticas⁸, resulta ser un instrumento trascendental y un verdadero hito en la protección de dichos bienes de dominio público.

Su realización se encuentra a cargo del Instituto de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA), con la coordinación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación y su resultado es información de acceso libre y gratuito⁹.

Lo expuesto hasta aquí permite afirmar que el Código Civil y Comercial mantiene el dominio público hídrico que establecía el Código en su redacción anterior, pero amplía a algunos bienes, como los glaciares y el ambiente periglacial, los cuales son incorporados expresamente en dicho cuerpo legal. Asimismo, el art. 41 de la CN establece que existen normas de presupuestos mínimos de protección que dicta la Nación, que establecen pisos mínimos, inderogables y tuitivos (en el caso de los glaciares y ambiente periglacial es la ley 26.639) que deben respetar las provincias,

⁸ Greenpeace Argentina, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y la Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas denuncian que el inventario no está completo, ya que excluye a los glaciares con una superficie menor a 0,01km² . <https://farn.org.ar/ambientalistas-denuncian-que-el-inventario-de-glaciares-esta-incompleto-2/>

⁹ <http://www.glaciaresargentinos.gob.ar/>

pudiendo éstas últimas dictar normas más protectorias a fin de lograr la efectiva protección del ambiente y de sus recursos naturales como parte integrantes del mismo. Lamentablemente en la práctica, las provincias han dictado normas regresivas de protección de glaciares, verbigracia, la definición de glaciar contenida en Ley Provincial de San Juan (ley 8144) no coincide con la prevista en la ley 26.639 y no incluye dentro de su ámbito de aplicación material al ambiente periglacial. Es por ello que podría inferirse que la norma local resulta ser menos protectoria que la ley 26.639, y en consecuencia inconstitucional y contraria a la política ambiental nacional.

Ahora bien, una cuestión que debe tenerse presente es que a partir de la reforma constitucional de 1994, las provincias son quienes expresamente tienen el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (art 124 in fine CN). Sin embargo, debe distinguirse el dominio de la jurisdicción, ya que esta última, entendida como la capacidad para reglar los usos de un bien, no sigue siempre a su dominio. En esa inteligencia el art. 124 in fine de nuestra Carta Magna debe leerse en consonancia con el art. 41 de la CN, lo cual permite concluir que existen facultades concurrentes para regular el uso de los glaciares y el ambiente periglacial, con el fin de preservarlos para su utilización por parte de la sociedad, con sustentabilidad y protección del ambiente. Es por ello que la Nación ha dictado la ley de presupuesto mínimo y cada una de las provincias respetando la misma puede dictar su normativa local.¹⁰

La ley 26.639 no sólo protege a los glaciares y al ambiente periglacial, sino que también pero en forma indirecta a las cuencas hídricas, las que presentan una unidad geológica y funcional de carácter interprovincial; no pertenecen a una jurisdicción provincial dado que las aguas nacen en una provincia y cruzan dicho territorio, abasteciendo a la población de distintas ciudades. Los glaciares alimentan las cuencas hidrográficas de su territorio y éstas últimas al tratarse de cuencas interprovinciales es el Estado Nacional quien resulta ser competente respecto de su regulación (navegación, comercio interjurisdiccional) y protección.

Las provincias no pueden disponer discrecionalmente y en forma exclusiva de recursos hídricos interjurisdiccionales, ya que las cuencas no admiten potestades provinciales exclusivas. En los supuestos en que dicho bien de dominio público es compartido, será necesario aplicar las reglas del federalismo de concertación, mediante acuerdos, tratados o la creación de entes jurisdiccionales, verbigracia, comités o autoridades de cuencas, dado que, lo contrario conllevaría un mal aprovechamiento del recurso o lo que es peor, disputas entre provincias como sucede actualmente entre las provincias de La Pampa y Mendoza respecto del aprovechamiento del Río Atuel, cuyo conflicto viene desde hace décadas¹¹.

Por último, cabe destacar que la normativa de presupuesto mínimo reviste gran importancia, no sólo por su jerarquía constitucional a partir de la última reforma de nuestra Carta Magna, sino además porque el propio Código Civil y Comercial en su art. 241 establece que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable. Así las cosas, ley 26.639 instituye como “autoridad competente” aquella que determine cada jurisdicción, vale decir, las provincias, salvo que se traten de áreas

¹⁰ San Juan (Ley 8144), Jujuy (Ley 5647), Salta (Ley 7625), La Rioja (Ley 8773), Santa Cruz (Ley 3123)

¹¹ CSJN “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos.” (03/12/1987)

protegidas comprendidas en la ley 22.351 (Ley de Parques Nacionales), que tiene como autoridad de aplicación a la Administración de Parques Nacionales, ente autárquico del Estado Nacional.

CONCLUSIÓN:

Es innegable que los glaciares y el ambiente periglacial resultan ser recursos naturales de un valor fundamental ya que constituyen reservas estratégicas de agua dulce, a la vez que albergan un ecosistema único que abarca diferentes formas de vida. Asimismo, la incorporación expresa de dichos recursos naturales como bienes pertenecientes al dominio público en el Código Civil y Comercial ha sido clarificante en cuanto a que el agua en su estado sólido no cambia su naturaleza de agua, resultando inenajenable, inembargable e imprescriptible. Dicho postulado evidentemente ha sido desconocido por el legislador al sancionarse la ley 25.688 (Régimen de Gestión Ambiental de Aguas), norma de presupuesto mínimo que aún no ha sido reglamentada sumado su escaso nivel de operatividad.

Lo expuesto, indefectiblemente ha generado que años más tarde se sancione la Ley 26.639 de presupuestos mínimos para la preservación de Glaciares y del Ambiente Periglacial, la cual conceptualiza dichos bienes, reconociendo además a los glaciares como “bienes de carácter público”, no así al Ambiente Periglacial. En cuanto a este último, esboza una definición demasiado confusa atento al tecnicismo empleado en cuanto a ¿qué debemos entender por “alta montaña” y por “la media y baja montaña”? Podría haber definido al ambiente periglacial como el suelo congelado en la montaña regulador de recursos hídricos (permafrost). Afortunadamente el legislador al sancionar el Código Civil y Comercial decidió no generar más confusión al respecto evitando conceptualizar dichos bienes.

Asimismo, el art. 235 del C.C.C. si bien enumera los bienes pertenecientes al dominio público expresa: “son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales”, por lo cual cabe preguntarse acerca de cuál es el alcance y fundamento de las denominadas leyes especiales y si las mismas pueden modificar la clasificación de dominio público que el Código Civil y Comercial establece.

Por otra parte, la protección de los Glaciares y del Ambiente Periglacial tiene su génesis en el derecho ambiental de aguas, y reviste tan importancia que se pretende incorporar como principio rector de la política ambiental de la ley 25.675 (Ley General de Ambiente) el de “in dubio pro acqua”, donde en caso de duda, las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos.

En virtud de lo expuesto, considero que si bien el Código decimonónico de Vélez Sarsfield como el actual Código Civil y Comercial enumeran bienes de dominio público, éste último está nutrido de la impronta ecosistémica y la sustentabilidad, propias del paradigma ambiental. Basta con leer el art. 240 de dicho cuerpo legal donde establece que los derechos individuales sobre los bienes deben ser compatibles con los derechos de incidencia colectiva sin afectar el funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, etc.

De nosotros depende el cuidado de los bienes del dominio público, entre los que se encuentran los glaciares y el ambiente periglacial, debiendo tomar conciencia ambiental y replantearnos como sociedad qué futuro queremos.

Tal como señalara nuestro más Alto Tribunal:

“...el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a si mismo...” “...la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual...”. CSJN “Mendoza Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios” (20/06/06)

BIBLIOGRAFIA

MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Abeledo Perrot 1998

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 6º Ed. Actualizada, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1997, Pág. 602.-

CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II 10 Ed. La Ley Bs. As., 2011, págs. 319/320.

PIGRETTI Eduardo A, BELLORIO CLABOT, Dino y CAVALLI, Luis, “Derecho Ambiental de Aguas”. Buenos Aires, año 2010. Editorial Lajouane, Pág. 29

www.cohife.org

<https://farn.org.ar/ambientalistas-denuncian-que-el-inventario-de-glaciares-esta-incompleto-2/>

<http://www.glaciaresargentinos.gob.ar/>

MÁS QUE PERSONAS Y COSAS: NATURALEZA JURÍDICA DEL ANIMAL Y DIFICULTADES DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA EN ARGENTINA

*Por Natalia Carpenzano*¹

Desde que “la cuestión animal” se configuró como una problemática merecedora de estudio, se sostiene la discusión sobre si los animales son y/o deben ser considerados como cosas o como personas. Elegir una palabra y no la otra es importante porque, como en cualquier concepto del Derecho, la relación entre la palabra y su significado es lo que define la aplicación práctica, es el “efecto” que tienen en la vida diaria, y es, en definitiva, lo que determina cómo se dirige nuestra conducta en función a ese entendimiento o presunto saber (Foucault, 2015).

En el Derecho, decir que el animal es una “cosa” – tal como se establece en el Código Civil y Comercial argentino- implica, entre otras cuestiones, asumir que es un objeto y que la ley lo alcanza sólo en relación o en función a un tercero; implica creer que no tiene sintiencia, conciencia ni inteligencia; y que es, en definitiva, un “algo” inanimado (que no tiene alma). Por el contrario, decir que el animal es una “persona”, significa reconocer que, en términos jurídicos, es un Sujeto portador de derechos fundamentales; que además de sintiencia y conciencia, incluso tiene personalidad y distintos grados de inteligencia; y que efectivamente es un ser animado, que se mueve por propia voluntad, elección o necesidad.

Afirmar que una cosa no tiene sintiencia ni conciencia es saber con certeza que un sillón no nos va a extrañar si lo regalamos, ni se va a preguntar si lo iremos a buscar. Como extremo opuesto, sostener que un animal es una persona no lo transforma en un posible trabajador en relación de dependencia o un empresario. Aquí pretendemos sintetizar estas problemáticas para abrir la reflexión sobre la realidad práctica del ejercicio del derecho de los animales no humanos. Adelantamos que, a nuestro criterio, es necesaria una categoría jurídica que reconozca en los animales una individualidad capaz de ser titular de derechos básicos sin que implique equiparlos, en lo que a “capacidad” se refiere, a los humanos. Ello así porque, como sostiene González Silvano, “siendo el Derecho un orden basado en la protección de los intereses, en virtud de la Justicia, debería protegerlos”. (2019:29).

En rigor de verdad, la discusión cosa-persona es, por sí, limitante en tanto ninguna definición satisface las necesidades sociales y legales de nuestra época.

Por un lado, la visión que supone que el animal es una cosa, asume que es un “objeto inanimado, por oposición a ser viviente”, como lo define en primera instancia la Real Academia

¹ Abogada de la Universidad Nacional de La Matanza (UNLAM) e investigadora del Proyecto de Investigación Cytma2 (C2DER-064) de la UNLAM “Tensiones y desafíos en la frontera entre las personas y las cosas: Cuestionando preceptos basales del Derecho y el análisis de lo social”, dirigido por Gisele Bilański. Este trabajo se realizó en el marco de dicho proyecto.

Española (RAE). En segundo lugar, y en el ámbito del Derecho, la “cosa” es, según la RAE, el objeto en las relaciones jurídicas, en contraposición de las personas y los sujetos. Estas posturas fallan al no reflejar la realidad y crear un paradigma en el que los animales son cosas². Lejos de ser un problema netamente moral, decir que el animal es una cosa implica ir en dirección opuesta a lo que indican los hallazgos de disciplinas científicas, sociales y biológicas.

Al prescindir de los detalles, como la declaración de Cambridge de 2012³, el sistema legal desconoce las similitudes fundamentales que, en lo relevante, la neurociencia y la neurobiología establecieron científicamente entre los humanos y los animales: La Ciencia confirmó semejanzas entre humanos y no humanos no sólo respecto a la estructura cerebral (determinante para asegurar que los animales tienen conciencia) sino también con relación a los mecanismos de la actividad neuronal. Aún más, decir que el animal es un objeto es negar llanamente el conocimiento basal de las Ciencias Naturales en lo relacionado, por ejemplo, a los órganos vitales o las necesidades que deben ser cubiertas.

Por otro lado, desde la visión del sujeto, el límite es la imposibilidad de aplicar la racionalidad del Derecho a la cuestión animal, porque éste no cuenta con la “capacidad de razonamiento” en que se funda la ley para hacer a un Sujeto “titular de derechos y obligaciones”. Esto es así porque el animal no puede ser legitimado activa ni pasivamente más que en lo relacionado con su propia individualidad. Efectivamente, los animales no tienen legitimación plena por la sencilla razón de que el Derecho no es inteligible para ellos. Los animales acceden a la Justicia porque hay un humano que oficia de “tutor” y, como contrapartida, nadie puede demandar directamente a un animal porque básicamente, la ley sólo es exigible para quienes pueden entenderla.

Al mismo tiempo, el sujeto de derecho se distingue del bien jurídico protegido porque, mientras el sujeto tiene un valor intrínseco o per se y no requiere revalidar esa condición porque se lo asume como tal, el bien jurídico es una figura vacía que no es exigible por sí, sino que cobra virtualidad cuando es considerada en relación a un sujeto “titular”.

Un ejemplo práctico del Derecho Penal es la tutela del bien jurídico “vida” a través de la figura típica del homicidio. La protección de la vida es abstracta y requiere de un sujeto que haga exigible ese respeto, lo que significa que la protección a la vida sólo es exigible en tanto esa “vida” se corresponda con un sujeto habilitado legalmente para reclamarla. El resultado esperable es que el animal debe revalidar y reivindicar su condición de sujeto “vivo” en cada oportunidad porque no es un hecho dado y presupuesto como sí lo es respecto a la protección de la vida humana. En consecuencia, el bien jurídico “vida” es legalmente relevante en función a la “vida humana”, y no tan relevante desde la perspectiva de la “vida animal”.

En estos términos, el bien jurídico tampoco resuelve la cuestión de la individualidad, autonomía o existencia que resulta fundamental cuando hablamos de “sujetos”. Así, al crear un paradigma que no guarda identidad con la realidad de la vida animal, el Derecho establece relaciones de poder fundadas en falacias: La vida del humano vale más que la del animal porque la ley propone ese sistema, sin reparar en que el animal existe más allá de que el humano le otorgue a esa existencia una u otra connotación.

² Definición de “cosa” según la RAE, consultada el 17/11/2021 en: <https://dle.rae.es/cosa>

³ Consulta en línea: <http://animal-ethics.org/declaracion-consciencia-cambridge/>

Algo similar es lo que ocurre en nuestro país con el medio ambiente. La Constitución Nacional establece en el art. 41 que todos los habitantes tenemos “derecho a un medio ambiente sano y apto para nuestro desarrollo”. La ley reconoce que los humanos tenemos un derecho en relación al ambiente, pero no establece derecho alguno que le sea intrínseco o sea propio de él, ni reconoce, inversamente, obligaciones que vayan más allá del interés de lo que el humano pueda aprovechar. El medio ambiente tampoco es un sujeto de derecho en nuestro país, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en Bolivia, que ya en 2010 – a través de la ley N°071- reconoció a la “Madre Tierra” como titular de Derechos y estableció obligaciones del Estado y los ciudadanos para con ella.

Al día de hoy, esta ley boliviana sigue siendo una conquista en tanto terminó con la discusión sobre qué tipo de sujeto legal es el ambiente, y plantea parámetros distintos a los que establecieron las posturas antropocentristas, como los que se despenden del artículo 41 de la Constitución de nuestro país.

REFLEXIONES FINALES:

Está claro que la implicancia del animal en el Derecho no es la de un objeto ni la de un sujeto, y también está claro que nuestro Derecho Positivo excluye la existencia del animal como efectivamente lo percibimos.

Haber elegido una palabra y no la otra no fue una casualidad, y la discusión no es una mera discrepancia semántica porque el lenguaje no es sólo una construcción social, sino que tiene una función y un efecto performativos en la sociedad. Como afirma Habermas, “el lenguaje tiene una significación determinante para la forma sociocultural de vida” (1990:11).

En esos términos, el cuestionamiento de la dualidad cosa-persona no es caprichoso, porque la relación significado-significante es lo que moldea el paradigma legal que, esperablemente, debe asemejarse a lo que nos rodea. La cuestión es qué tanto se aproxima.

Si decimos que cada palabra tiene una “traducción” en el Derecho, y a su vez, el Derecho impacta directa o indirectamente en los integrantes de la sociedad y en cómo éstos se desenvuelven, estamos al mismo tiempo diciendo que, actualmente, la ley establece y dirige la conducta social hacia los animales sin que los individuos siquiera prestemos atención a si hay concordancia con el mundo real o no. Esto es así porque, de momento, y siguiendo a Nancy Fraser, el Derecho refleja momentos de cierre previsional de la discusión, en los que una interpretación se vuelve más o menos hegemónica (en Palacio Avendaño, 2009:2) y se perpetúa por inmutable.

Sin embargo, y como era de esperarse, el Derecho Animal estará vacío de contenido en cuanto a fin social – que es lo que importa- si no logra conjugar el interés del humano en que esa conducta se reproduzca. En ese sentido, existe una coincidencia entre la “capacidad” o la “aptitud” entre el Derecho Ambiental y el Animal para ser Sujeto de Derecho, y es que ambos dependen solamente de la decisión y la voluntad humanas.

Y es que, evidentemente, la imposibilidad de encuadrar al animal en los extremos de cosa y de persona lo que dio lugar a la creación pretoriana del animal no humano, que existe en la Justicia argentina desde el precedente “Sandra” (2015)⁴ pero no consta en la letra legal, y que

⁴ Consulta en línea: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload946.pdf>

pretende dar pragmatismo a los derechos fundamentales de los animales como sujetos de derecho especiales y distintos a cualquier otro sujeto que reconoce nuestra legislación.

Puede leerse también como una prueba de que el Derecho está atravesando una crisis, extensamente advertida y señalada por Descola (2011), y signada por la imposibilidad de concebir – o seguir concibiendo- el mundo en términos binarios: natural o cultural (Stolcke, 2010), hombre o mujer, humano o no humano (Sibilia, 2013), cosa o persona.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Descola, P. (2011): Más allá de la Naturaleza y la cultura, en Montenegro, L. (Ed.): *Cultura y Naturaleza. Aproximaciones a propósito del bicentenario de la independencia de Colombia*. Bogotá: Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis.
- González Silvano, M. y Bilicic, L. (2019): “*Persona humana y jurídica. Tratamiento de la legislación nacional*” en “Manual de Derecho Animal”. Disponible en: <http://editorial.jusbaires.gob.ar/libro/cargar/273>.
- Habermas, J. (1990). *Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista*. Buenos Aires: Taurus.
- Foucault, M. (2015): “*Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*”. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Palacio Avendaño, M. (2009). Entrevista con Nancy Fraser: La justicia como redistribución, reconocimiento y representación. *Barcelona Metrópolis*, Primavera (marzo-junio). Disponible en: <https://n9.cl/f737>
- Sibilia, P. (2013). *El hombre postorgánico. Cuerpo, subjetividad y tecnologías digitales*. Buenos Aires: FCE.
- Stolcke, V. (2010). Homo clonicus: ¿entre la naturaleza y la cultura? *Campos*, 11(2): 9-34.