

“Ley de derribo”. Necesidad y conveniencia. Entre la demagogia punitiva y el riesgo real.

Kevin Boss Nielsen.

Mucho se habló sobre la denominada “ley de derribo”, que de ley tiene poco ya que se trata más precisamente de dos anexos un decreto, mediante el cual el Presidente de la Nación implementó la posibilidad de derribar aeronaves consideradas hostiles, con la finalidad de combatir una serie de modalidades delictivas entre los que se destaca el narcotráfico.

Muchas también fueron las críticas y las réplicas que desde el oficialismo se esgrimieron para defender el instrumento, uno de ellas, sobre la que me voy a centrar, es que *se trata una herramienta indispensable para dotar de posibilidad de actuar a la fuerza aérea ante las amenazas a la población*. Sembrando así una falsa dicotomía que es menester desenmascarar.

Con la anterior afirmación se pretende hacer creer que ante la inexistencia del mecanismo habilitante del derribo solo resta la pasividad, intentando legitimar el mecanismo ante la opinión pública y haciendo caer a todo el que se atreva a criticarlo en un adalid de un estado impotente. Lo que me parece cuanto menos injusto.

Lo cierto en cambio, es que en el caso de peligro real, la legislación autoriza proceder al uso de la fuerza sin necesidad de protocolo alguno, recurriendo al conocido instituto de la legítima defensa. Esto no debería ser novedad, sin embargo en el escenario de la información se lo omite adrede.

El agente estatal –o no- que derribe una aeronave en esas circunstancias está amparado por las previsiones de la legítima defensa de terceros, solo que con los límites que esta impone, a saber, la racionalidad del medio empleado y la equivalencia de los bienes jurídicos o intereses puestos en juego. Es decir siempre que sea necesario, y no más de lo necesario.

Lo cierto es que el uso de la fuerza dirigida hacia una aeronave, tiene estadísticamente un solo desenlace, de allí la dificultad de emplear la gradualidad en virtud de las circunstancias, teniendo que pasar sin solución de continuidad de la intimidación al derribo.

Es entonces, por su propia naturaleza, es que el procedimiento solo puede habilitarse en los supuestos de riesgo real y concreto para la vida propia o de terceros. De esta forma quedan previstas todas las verdaderas e inminentes afectaciones a los “intereses vitales”, no en el sentido que el decreto quiere otorgar, sino en el sentido que tienen en la lengua castellana. Quedan contempladas así tanto la incursión de aeronaves de guerra, como las civiles con aditamentos armamentísticos, o que inequívocamente se dirijan a colisionar contra algún objetivo urbano. Siendo los ejemplos anteriores solo enunciativos.

Dicho esto, para toda otra persecución de riesgos que puedan afectar bienes jurídicos o intereses de la Nación en el orden de la seguridad interna, pero que por sus circunstancias carezcan de inminencia, se debe seguir el curso regular de la aprehensión en flagrancia y el debido proceso legal que culminará con la destrucción del principio de inocencia y la imposición de una pena. Es ésta la exigencia de un estado de Derecho y no otra.

Así, por ejemplo, en el caso de una aeronave de la que se presume que transporta estupefacientes, (lo que de manera abstracta supone un riesgo para la salud pública, pero que lejos está de materializarse en el corto plazo) el procedimiento obligado (por imperio legal) posible (por superioridad operativa) y conveniente (por razones de investigación sobre otros eslabones de la organización criminal) es la interceptación, el seguimiento, y el registro. No la neutralización 'a priori' con la muerte de su fungible mano de obra. Esto último, con el agregado del grave riesgo (aquí sí real) de margen de error en la apreciación de la sospecha, llevaría al repudiable hecho de considerar las muertes de inocentes como un costo marginal de la no menos inconstitucional pena de muerte ipso facto de 'delincuentes' en flagrancia.

Lo mismo vale decir para los riesgos que, en sentido contrario, pese a ser inminentes carecen de magnitud, es decir que no son vitales. Como por ejemplo el contrabando, que si bien afecta a las arcas del estado de ningún modo puede supeditar la vida humana a dicha potestad recaudatoria.

Sin embargo, como ese riesgo racional que habilita a derribar una aeronave invocando el instituto de la legítima defensa debe ser sopesado en el caso concreto y sometido al tamiz del sentido común, es que el decreto extiende la interpretación del riesgo sacándolo del ámbito de la realidad y creando una categoría ambigua y arbitraria, el de los "**intereses vitales de la Nación**", una entelequia que si bien es usual en el ámbito castrense, no obedece a las categorías de la seguridad interna en cuanto a los delitos que según la propia enunciación de objetivos el decreto se pretenden perseguir. Creándose una verdadera confusión entre la seguridad interna y la seguridad externa.

Se crea por ende una suerte de estado de excepción al debido proceso criminal para abstraer del mismo a *ciertas* figuras delictivas que el ejecutivo decidió con un criterio discrecional incorporar al territorio bélico emergentista, al confundirlos y hacerlos pasar por ataques externos. Esto último es precisamente lo que hace el decreto cuando establece que (SIC)

"la problemática del narcotráfico no sólo afecta a la salud y la seguridad ciudadana, sino que importa una violación a la soberanía nacional en tanto se trata de un crimen cuya naturaleza es claramente transnacional."

Cayendo en un la falsa analogía de tomar la transnacionalidad de un delito como sinónimo de violación a la soberanía.

Y digo discrecional no en el sentido de que se falla en la identificación del problema, que claramente existe al punto de merecer una acordada de la CSJN al respecto, sino en el error en el modo de diagnosticarlo, porque no es lo mismo decir que un fenómeno existe, que estudiarlo y caracterizarlo para afrontar las vías de acción más eficientes dentro del marco legal.

El ejecutivo arguye el fracaso de la gestión anterior en el plan "Escudo Norte", haciendo un análisis correcto de algunas falencias. Ahora bien. El rebautizado plan "Fronteras" ¿es realmente una propuesta superadora?

Las "**REGLAS DE LA DEFENSA AEROESPACIAL**" y las "**REGLAS DE EMPEÑAMIENTO PARA LA DEFENSA AEROESPACIAL**" componen los dos únicos anexos del decreto, y materialmente abarcan casi la mitad del mismo. Sin embargo una simple lectura de los "**Considerandos**" nos

indica que para muchos de los delitos que se intentan prevenir, esos mecanismos son de indudable irrelevancia. A saber:

- a) Delitos de producción, tráfico y comercialización de estupefacientes previstos en la Ley N° 23.737.*
- b) Delitos de contrabando de armas y contrabando de estupefacientes previstos en la Ley N° 22.415.*
- c) Delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal o de una asociación ilícita terrorista en los términos del artículo 41 quinquies del Código Penal.*
- d) Delitos cometidos por asociaciones ilícitas (artículo 210 del Código Penal) organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales.*
- e) Delitos de fraude contra la Administración Pública (artículo 174, inciso 5°, del Código Penal).*
- f) Delitos contra la Administración Pública previstos en los Capítulos VI, VII, VIII, IX y IX bis del Título XI del Libro Segundo del Código Penal.*
- g) Delitos de prostitución de menores y pornografía infantil, previstos en los artículos 125, 125 bis y 128 del Código Penal.*
- h) Delitos de financiación del terrorismo (artículo 306 del Código Penal).*
- i) Delitos de extorsión (artículo 168 del Código Penal).*
- j) Delitos previstos en la Ley N° 24.769.*
- k) Delitos de trata de personas (Ley N° 26.364).*

(...)

Y para otros delitos es de una relevancia supuesta, mas no probada. Así por ejemplo cabe preguntarse si realmente hay un diagnóstico certero de cuanta droga, armas o víctimas de trata de personas se trasladan por vía aérea como se presupone.

Con ello no estoy negando aquella posibilidad, si no que considero necesario ahondar en un estudio sensato del problema antes de habilitar mecanismos de acción directa que puedan traer aparejadas consecuencias negativas.

La principal pregunta a desentrañar podría ser:

¿Estos delitos se cometen realmente por vía aérea? Si la respuesta es afirmativa, le debe seguir la siguiente ¿Realmente nos 'privamos' de detener aviones con tales cargamentos por no tener reglamentado el mecanismo de derribo? ¿O en cambio nos privamos de detectarlos e interceptarlos por no tener radares y aviones aptos?

Los dos escenarios son muy distintos, ya que si la respuesta es la segunda, con la inversión operativa en radares y modernización de la flota aérea se puede en primer término tener un

diagnóstico, es decir, conocer la real magnitud del tráfico aéreo. Y en segundo término perseguir aquellas acciones delictivas sin necesidad de incurrir en el derribo.

El mecanismo de derribo, resulta de hecho hasta contraproducente para los fines que propone el decreto, el de perseguir el crimen organizado. ¿Por qué? Porque matar al piloto de una avioneta con droga es equivalente a matar al conductor de un camión con la misma sustancia. Esto es, cortar la cadena por el eslabón más débil y ni siquiera permitirse la posibilidad de indagar para desentrañar los elementos jerárquicos en las escasas oportunidades que opera la delación.

Creo sinceramente que este es el panorama que tenemos en la actualidad. También creo que el ejecutivo es consciente de la escasa posibilidad de que se ejecute en el plano de la realidad, más por impedimentos materiales que ideológicos, ya para derribar hay que primero poder interceptar. Ahora bien, entonces cabe preguntarse ¿cuál es el objetivo de incluir este mecanismo en la emergencia en seguridad, más que el meramente simbólico? Elemento simbólico que canaliza y logra representatividad de ciertas pulsiones electoralistas, no sin generar un riesgo real, que es el de perder vidas inocentes. Más aún por las particularidades de nuestra región, ya que como advirtió el ex ministro de Defensa Agustín Rossi, “la Argentina posee un elevado índice de contravenciones aéreas por vuelos civiles irregulares, sin plan de ruta, sin elementos de comunicación y generalmente avocados a tareas de fumigación”.

Por último, siendo que el propio Secretario de Seguridad Eugenio Burzaco se mostró escéptico sobre las verdaderas posibilidades de llegar al derribo, y remarcando que el mecanismo ya existía bajo un cuestionable secretismo, cabe preguntarse nuevamente ¿cuál es la intención de explicitarlo y reformularlo?, pareciera ser que no hay ninguno más allá de confirmar que es un simple mensaje en miras de direccionar la opinión pública en el sentido de que “se está haciendo algo”, e introducir el problema de los estupefacientes en la hipótesis bélica. Dirección que aunque se presenta como novedosa frente a la supuesta “condescendencia” de la gestión anterior, lejos está de ser la solución al problema del narcotráfico, como bien lo pueden atestiguar los Países que están prestos a abandonarlo debido a su rotundo y bien documentado fracaso.