

Título: **Las fuentes de la Constitución de la Defensa Nacional**

Autor: Tripolone, Gerardo

País:  Argentina

Publicación: Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina - Número 6 - Mayo 2019

Fecha: 08-05-2019 Cita: IJ-DCCXL-35

Indice

Voces

Citados

Las fuentes de la Constitución de la Defensa Nacional

Dr. Gerardo Tripolone

Introducción [arriba]

La Constitución Nacional (CN) contiene cláusulas específicas sobre los poderes militares del Estado federal. Éstas son abordadas en todas las obras de derecho constitucional, la mayor parte de las veces en conjunto con los poderes en materia de política exterior y relaciones internacionales. En líneas generales, este abordaje ha sido insuficiente. La temática constitucional de la defensa nacional amerita una profundización mayor, sobre todo en un contexto nacional e internacional de debates alrededor de las funciones que las fuerzas armadas deben cumplir entrado el siglo XXI.

La ausencia de estudios en profundidad de este tema no es sorprendente si se piensa en la escasa relevancia que la defensa nacional, en general, ha tenido en las ciencias sociales. Desde instituciones e investigadores civiles, la producción académica relacionada a esta temática se reduce a un círculo pequeño de profesionales, sobre todo del área metropolitana.

Las perspectivas de análisis se han orientado especialmente al control civil de las Fuerzas Armadas Argentinas (FFAA), tema no menor en un país con una larga tradición de planteos, golpes y gobiernos militares. Sin embargo, poco se ha trabajado sobre política de defensa y estrategia militar, temas que se han delegado tácitamente a los investigadores de las FFAA.

En el campo del derecho la situación es aún más apremiante. Salvo la tesis de doctorado de Santiago Sinópoli titulada Derecho constitucional militar, es sumamente difícil hallar una obra dedicada al tema. Los abordajes jurídicos sobre las FFAA se han orientado al derecho militar^[1]. No existe en la literatura constitucional un tratamiento profundo de los poderes del Estado en relación a las FFAA y a la política de defensa.

La obra de Sinópoli es sin dudas un aporte, pero presenta ciertas aristas que es necesario revisar o, al menos, abordarlas desde otra perspectiva. Por un lado, habría que poner en cuestión la denominación. Más que “derecho constitucional militar”, habría que hablar de “derecho constitucional de la defensa nacional”. Aunque el instrumento militar es el principal responsable, la defensa nacional, como el propio Sinópoli reconoce, es más que el rol desempeñado por las FFAA. Por tanto, se requiere una denominación más abarcadora.

Por otro lado, la obra de Sinópoli, al ser la primera de su tipo, posee aún un carácter exploratorio que es necesario profundizar. Este trabajo se enmarca en este objetivo. Nos concentraremos en las fuentes del derecho constitucional de la defensa nacional como una introducción a una línea de investigación mayor que estamos desarrollando. La perspectiva será predominantemente descriptiva, lo cual no impide extraer conclusiones importantes sobre la materia. El análisis se hará teniendo en cuenta los desarrollos doctrinarios en Estados Unidos de Norteamérica. La Constitución de aquel país fue, como se sabe, el modelo para la organización del poder argentino. Es por esto que pueden encontrarse en la más amplia literatura sobre el tema en Estados Unidos herramientas conceptuales que nos permitirán analizar el caso en Argentina.

Entre el texto y la práctica constitucional [arriba]

Dentro de la literatura constitucional de Estados Unidos, uno de los libros más importantes es el publicado por Harold Koh en 1990. A pesar de estar motivada por el escándalo Irán-Contra durante la administración de Ronald Reagan[2], la obra no ha perdido actualidad. Koh analiza el caso como un paradigma que demuestra los problemas de la “Constitución de la Seguridad Nacional”[3] de Estados Unidos. Existe, para Koh, un “ciclo” definido por la iniciativa del Presidente en asuntos de seguridad nacional, el consentimiento del Congreso y la tolerancia del Poder Judicial incluso frente a ilegalidades manifiestas[4].

Este ciclo no es lo que nos interesa en este momento. Lo que tomaremos de la obra de Koh es la clasificación de las fuentes de la National Security Constitution de Estados Unidos para pensarlas en el contexto de la Constitución de la Defensa Nacional argentina. Las fuentes son, para Koh[5], las siguientes:

(i) El texto de la Constitución entendido en el marco de la estructura constitucional de separación de poderes y la interpretación jurisprudencial, sobre todo de la Corte Suprema de Estados Unidos.

(ii) Los statutes, es decir, la legislación emanada del Congreso, tales como la National Security Act de 1947, la War Powers Resolution de 1973, National Emergencies Act de 1976, entre otras.

(iii) La quasi-constitutional custom compuestas por las normas generadas por la práctica histórica entre los poderes del Estado federal en asuntos de seguridad nacional.

Es posible tomar este esquema para evaluar las fuentes del Derecho Constitucional de la Defensa Nacional en Argentina, salvando siempre las diferencias. Una de ellas se relaciona con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, con especial referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estados Unidos no posee nada que se le parezca y el impacto de esta nueva fuente de derecho no puede menospreciarse. Por otra parte, hemos cambiado la forma de exponer las fuentes: la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) la trataremos en un apartado diferente junto con la práctica del Poder Ejecutivo en la materia. Lo hacemos de esta forma porque, como era de esperar, los casos ante el máximo tribunal refieren centralmente a lo actuado por el Presidente.

Texto y estructura constitucional ^[arriba]

La CN contiene muy pocas cláusulas referidas a la defensa nacional y los poderes militares. Esto no significa que no hayan sido preocupaciones de los constituyentes de 1853. “Proveer a la defensa común” es una aspiración del preámbulo y una razón más por la que se dictó la CN. A su vez, el artículo 21 consagra la obligación ciudadana de defender la “patria y la Constitución”. Esta obligación forma parte del ideal republicano del ciudadano-soldado que ya estaba presente en, por ejemplo, Bernardo de Monteagudo[6] y, en general, en los revolucionarios de mayo. El ciudadano-soldado es una figura propia del sistema republicano que democratiza los conflictos bélicos y que se distingue del soldado profesional[7].

Las otras cláusulas de la primera parte de la CN referidas a poderes armados son para rechazar el ejercicio privado de la fuerza, muy común durante el periodo inmediatamente anterior a 1853 y que continuaría durante algunas décadas más en el siglo XIX. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 22 que proscribe a cualquier “fuerza armada” se atribuya derechos del pueblo y peticione en nombre de éste. También el artículo 17 es importante, ya que prohíbe a un cuerpo armado hacer requisiciones o pedir auxilios de cualquier especie.

A su vez, en la parte orgánica de la CN se establecen dos puntos centrales de la organización del poder militar:

- (i) La distribución de competencias militares entre el Estado federal y las provincias.
- (ii) El reparto de facultades entre los tres poderes del Estado federal.

Sobre (i), la centralidad del Estado federal en relación al poder militar es hoy evidente. Sin embargo, no lo era en 1853. Incluso luego de la sanción de la CN, la presencia de las milicias provinciales constituía un factor de descentralización del poder militar en las provincias. Mediante la Guardia Nacional, Estados Unidos aún mantiene este esquema de poderes militares armados y adiestrados en cada uno de los cincuenta estados federados, pero que pueden ser convocados por el presidente.

En Argentina es distinto. Por un lado, se han suprimido las milicias provinciales. Por el otro, el artículo 126 prohíbe “armar buques de guerra o levantar ejércitos” salvo invasión exterior o de peligro inminente que no dé tiempo para el auxilio del gobierno federal, situación sumamente excepcional[8].

En cuanto al reparto entre los poderes del Estado federal, la CN consagra facultades expresas tanto del Ejecutivo como del Legislativo. Además, al Judicial le tocará resolver sobre la materia en todas las causas que tramiten en el ámbito de su jurisdicción. Este reparto no es simétrico. No cabe dudar de la preponderancia que tiene el Ejecutivo en estos asuntos, lo cual es producto de ciertas cláusulas de la CN, pero también de su interpretación en la práctica constitucional.

Sin embargo, el más importante de los poderes es el de declarar la guerra y hacer la paz, más el de ordenar represalias, lo cual también constituye una acción armada. Es el más importante porque implica el acto político más extremo[9], que es el de iniciar un estado de guerra lo que puede implicar que ciertas personas deban enfrentarse en un

combate donde existe la posibilidad real de matar y morir. Este poder lo tiene, en virtud del artículo 75 incisos 25 y 26, el Congreso de la Nación, que es el representante del pueblo. La idea republicana es, por supuesto, que sólo quien representa a los que irán a la guerra pueden decidir cuándo comenzarla y terminarla.

El texto constitucional establece que es el Congreso el encargado de “autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra” (75.25) y “facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias” (75.26). El Congreso tendría que, como paso previo, autorizar para declarar la guerra al Presidente o facultar al Ejecutivo para la orden de represalias. El Presidente no podría actuar sin estos actos del Congreso que serían previos.

Esta interpretación, canónica en la literatura constitucional, es problemática cuando se lee el artículo 99.15 que consagra como facultad del Poder Ejecutivo la de “declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso” (destacado añadido). Esta cláusula agrega el término “aprobación” que ya no supone un paso previo del Congreso, sino uno posterior. ¿Significa que el Ejecutivo tiene una facultad para declarar la guerra por sí mismo y que luego el Legislativo debería aprobarla? Si la tiene, ¿es sólo ejercible durante el receso del Congreso Nacional o en cualquier momento?[10]

Estas discusiones, siendo importantes, han perdido parte de su relevancia por una razón fundamental: las guerras ya no se declaran. Argentina no declaró la guerra cuando combatió con el Reino Unido en 1982. Tampoco Londres la declaró cuando envió la Task Force al Atlántico Sur. A pesar de que ha peleado en muchas alrededor de todo el globo, Estados Unidos no ha declarado la guerra desde que lo hiciera en diciembre de 1941 contra Japón, Alemania e Italia.

El derecho internacional proscribió la guerra como modo de solución de controversias. Esto no era así cuando se redactó la Constitución de Estados Unidos y tampoco cuando se sancionó la de nuestro país. La guerra era legítima siempre que fuese declarada por una autoridad competente (un Estado) y las hostilidades se acotasen al *ius in bello*. Esto cambió en el siglo XX. Sobre todo a partir de 1945, para que una acción armada sea considerada legítima bajo las normas internacionales, debe considerársela como un acto de legítima defensa o una acción policial bajo las normas del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, pero nunca como una guerra según los parámetros del derecho internacional posterior al Tratado de Westfalia y anterior a las dos guerras mundiales del siglo pasado.

Las cláusulas de la CN que sí generan discusiones importantes en la actualidad son las de comandante en jefe (que recae en el Poder Ejecutivo) y la de organización de las FFAA (en cabeza del Congreso) y de disposición de las mismas (facultad otorgada al Ejecutivo). Además, es importante tener en cuenta los problemas que han surgido del (no) cumplimiento de la autorización por parte del Congreso como paso previo para el ingreso de tropas extranjeras al territorio nacional y la salida de tropas nacionales al exterior (art. 75.28). El incumplimiento de este recaudo ha sido proverbial, siendo el ejemplo del envío de una flota a la Guerra del Golfo Pérsico por voluntad exclusiva del Ejecutivo el más espectacular de los casos recientes[11].

¿Qué poderes tiene el “comandante en jefe” de las FFAA (art. 99.12)? No es claro. La CN no lo determina y la práctica ha sido ambigua. En Estados Unidos ha posibilitado, por caso, que el presidente George W. Bush se niegue a dar información de los black sites

de la CIA, rechace la aplicación de las convenciones de Ginebra en el combate contra Al-Qaeda, someta a rendiciones[12] a sospechados de terrorismo, haga caso omiso a la legislación del Congreso que estableció límites en los interrogatorios bajo tortura y, sobre todo, inicie dos guerras mayores (Afganistán e Irak) y sostenga acciones militares menores alrededor del mundo sin que el Congreso pueda detenerlo[13]. Como afirma Huntington, la función más importante que esta cláusula ha tenido en Estados Unidos ha sido la de expandir los poderes presidenciales[14].

Sobre la problemática distribución de competencias de organización y disposición de las FFAA, hemos dedicado otro trabajo[15]. Baste decir aquí que el artículo 99.13 ha servido para que autores como Bidart Campos, Sinópoli y Palazzo consideren que el Ejecutivo puede sobrepasar a la legislación en caso de emergencia y valerse de las FFAA a pesar de que la ley lo prohíba. Sostienen que la facultad de disposición emana de la propia CN y, por tanto, no puede ser limitada por el Congreso. Otros constitucionalistas, como Quiroga Lavié y Ekmekdjian niegan este extremo[16].

Cuando surgen estas disyuntivas, según Koh, es necesario acudir a la estructura constitucional. Si se entiende que las disposiciones de la Constitución de la Defensa Nacional se hallan en el contexto de una constitución que divide el poder, entonces no puede afirmarse que el Ejecutivo puede sobrepasar las facultades que la propia CN le otorga al Congreso e ignorar los límites que éste le imponga en el uso de las FFAA. De hecho, Koh recuerda un temprano caso en Estados Unidos, *United States v. Smith* de 1806, en el que la Corte Federal del distrito de Nueva York estableció que el Presidente no puede controlar las leyes del Congreso, no puede dejar de cumplirlas y no está autorizado para hacer aquello que la legislación prohíbe[17].

En Argentina hay otra razón para fundar esta afirmación que debe ser explorada a partir de 1994 y que Koh, por supuesto, no trata para el caso de Estados Unidos: los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. En especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en general, el sistema interamericano de derechos humanos.

El debate en torno a la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las resoluciones de la Comisión Interamericana es largo y profundo. En cualquier caso, la CSJN ha considerado, hasta ahora, obligatoria tanto una como la otra fuente incluso en casos en que el país no es parte. En este sentido, deben explorarse las consecuencias de alguna jurisprudencia, resoluciones y documentos de estos órganos que postulan la necesidad de limitar (con diverso grado de énfasis y alcances) el uso del poder militar en asuntos internos[18]. Esta limitación puede transformarse en un coto a las propuestas de un Poder Ejecutivo no controlable en su facultad de disposición de las FFAA.

Leyes constitucionales [arriba]

Por leyes constitucionales se ha entendido a aquellas que regulan directamente aspectos de la CN, como la ley de partidos políticos o de consulta e iniciativa popular. Las leyes referidas a las FFAA deben entrar en esta caracterización. En Argentina el plexo está constituido por ley de defensa nacional 23.554 de 1988, ley de seguridad interior 24.059 de 1991, de organización de las FFAA 24.948 de 1998, y de inteligencia 25.520 de 2001.

La más importante, sin dudas, es la ley de defensa nacional. Dicha ley buscó separar certeramente los ámbitos de la defensa nacional, reservados para el instrumento militar, y la seguridad interior, ámbito exclusivo de las fuerzas de seguridad (Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y Policía de Seguridad Aeroportuaria). La ley de seguridad interior enfatizó esta distinción que se mantiene hasta el día de hoy. Aunque ha habido diversas perspectivas en el Ejecutivo desde 1988, esta ley no se ha modificado[19].

El punto central de la ley de defensa nacional fue terminar con la Doctrina de la Seguridad Nacional. Mediante un decreto-ley de 1966, el presidente de facto Juan C. Onganía estableció una legislación sobre defensa nacional en la que consolidó esta doctrina como forma de combate de los movimientos comunistas, socialistas, de trabajadores, peronistas o de izquierda (en realidad, casi de cualquier disidencia política) en Argentina. En tiempos de Guerra Fría, las ideologías que defendía cada bloque en que se dividía el mundo atravesaban fronteras, eran universalistas y sin límites. Se consideraba al enemigo tanto externo como interno[20]. Cada Estado debía luchar su guerra global en el interior de su territorio. Era una guerra interna que llevaba adelante el Estado en el marco de una gran guerra civil mundial. Producto de la pérdida de distinción entre seguridad interior y defensa nacional, las FFAA se abocaron a la lucha contra un (supuesto) enemigo interno en un contexto donde no combatir contra él era, se suponía, permitir la infiltración soviética en América.

La Doctrina de la Seguridad Nacional posee un fundamento importante que radicaliza la visión omnicomprensiva de la defensa nacional. Todas las esferas de la vida del país están involucradas en la defensa nacional. La economía, la educación, la cultura, la política, en fin, cualquier parcela de la vida social, es importante para el diseño de una estrategia de defensa nacional[21]. Un ejemplo paradigmático de esta idea fue cuando, en Argentina, los trabajadores ferroviarios pasaron a depender del ministerio de defensa[22]. El ferrocarril era también un tema de defensa nacional.

La base de la Doctrina de la Seguridad Nacional era el combate de un enemigo que era internacional, pero que se pensaba introducido en el interior de la frontera nacional y mimetizado con su población. Los pactos de colaboración militar entre Estados Unidos y Argentina, explica Larraquy, ayudaron a insertar esta doctrina en el medio local[23]. En la lucha contra el comunismo en el interior del Estado, las guerrillas eran “ejércitos invasores”, es decir, fuerzas extranjeras aun cuando sus componentes hayan sido internos[24].

Pero no sólo los grupos guerrilleros eran enemigos del Estado. Si ese hubiese sido el límite, y la lucha hubiese sido en forma y guiada por un gobierno civil y constitucional, se estaría dentro de la legalidad interna e internacional. El combate hubiese entrado dentro del ámbito de aplicación de las Convenciones de Ginebra sobre conflictos armados, que también pueden ser internos. Sin embargo, la visión omnicomprensiva de la Doctrina de la Seguridad Nacional postulaba que la población civil también era cómplice de esta “infiltración” y, por tanto, el combate debía ser (sino principalmente, al menos en gran medida) contra ellos.

Todo civil que estuviese en contra de los principios de la civilización “occidental y cristiana” era un enemigo. Esto fue explicitado por Onganía en la Academia Militar de West Point, Estados Unidos, antes del golpe de Estado que encabezó en 1966. La defensa

nacional incluía, además del territorio, la defensa de “un sistema de vida, una cosmovisión, un repertorio de cosas en que creer y de cosas que conservar”[25]. Para la Doctrina de la Seguridad Nacional, no debe permitirse la desviación de los civiles hacia ideologías perversas o disolventes.

Esta idea se terminó en 1988 mediante la distinción entre asuntos de defensa nacional y de seguridad interior. Según DerGhougassian[26], la distinción posicionó a la Argentina en “la vanguardia de la democratización sudamericana” y permitió el control civil de las FFAA al restringir su ámbito de actuación a amenazas de origen externo. Buscó evitarse las muy difusas consideraciones sobre “sistemas de vida occidental y cristiano”, a la par que se restringía la actuación militar en el interior del Estado.

Lo que es interesante notar es que ambas visiones de la defensa y la seguridad (la de la Doctrina de la Seguridad Nacional y la que se consolidó en 1988) han convivido, junto a otras durante el siglo XIX y principios del XX, con el mismo texto constitucional. La Doctrina de la Seguridad Nacional estuvo presente también durante gobiernos constitucionales, más allá de que las condiciones democráticas del país previas a 1983 hayan sido sumamente precarias para los gobiernos surgidos por el voto popular.

De ahí la importancia fundamental de esta fuente. Son las leyes del Congreso las que precizarán unas cláusulas constitucionales sobre la organización y disposición de las FFAA que ofrecen amplio margen de acción a los poderes constituidos. Sin embargo, la capacidad de la legislación para limitar al Ejecutivo en su actuación ha sido sumamente deficitaria. Como en parte veremos en el próximo subtítulo y hemos analizado en otro trabajo[27], el Ejecutivo ha sido capaz de superar los escollos legales para sobreponerse al Legislativo y al Judicial en asuntos militares.

Jurisprudencia y práctica constitucional del Poder Ejecutivo [arriba]

La jurisprudencia de la CSJN es otra fuente de la Constitución de la Defensa Nacional. A diferencia de Koh, la trataremos en conjunto con la práctica del Ejecutivo, ya que la jurisprudencia de la CSJN es justamente sobre el comportamiento del Presidente de la Nación en situaciones de guerra y en estados de excepción, los cuales durante gran parte del siglo XX fueron tratados como situaciones bélicas.

El Poder Judicial también tiene incidencia en asuntos militares. No podía ser de otra forma si se piensa que el reparto de funciones sobre la defensa nacional recae en los tres poderes del Estado. Si el Congreso es el que establece pautas a través de las leyes constitucionales y el Ejecutivo es el principal artífice de la costumbre, el Judicial es quien está llamado a actuar en los supuestos en que se planteen causas ante sus estrados sobre el accionar de los otros poderes.

Lo primero que debe notarse es que la jurisprudencia no es amplia, lo cual se debe en gran parte a que Argentina no ha estado involucrada en guerras internacionales tan asiduamente como Estados Unidos. Sin embargo, no debe considerarse sólo los casos que se hayan planteado en una situación de guerra internacional. De hecho, uno de los precedentes más importantes que veremos no se dio en este contexto, sino durante el gobierno de Arturo Frondizi, quien postuló estar combatiendo una especie de guerra interna como la descrita en el subtítulo anterior.

Pero antes de abordar este caso, es interesante mencionar que, durante el siglo XIX, la CSJN tuvo que tratar causas relacionados con situaciones de excepción en el contexto de insurrecciones y luchas internas. El tribunal avaló actos del Poder Ejecutivo frente a líderes de grupos armados federales que se oponían a la forma en que se había constituido la unión luego de la batalla de Pavón y combatían contra las fuerzas del Estado nacional.

Uno de los casos se dio frente al pedido de excarcelación de un integrante de las fuerzas de López Jordán que había sido detenido por el Poder Ejecutivo en 1870, es decir, durante la presidencia de Domingo F. Sarmiento. La CSJN se declaró incompetente y avaló la detención por el Ejecutivo. Con distintos argumentos pero igual resultado se negó la excarcelación del propio Ricardo López Jordán, también acusado por sediciones además de delitos comunes[28]. La CSJN estaba legitimando un tipo de poder del Presidente que no estaba en la CN, pero que parecía considerarse necesario debido al combate que el Estado nacional llevaba adelante contra las fuerzas federales. La deferencia del Judicial sobre el Ejecutivo en asuntos militares comenzó con el nacimiento del Estado argentino.

Entrado el siglo XX, el caso emblemático sobre poderes militares es, sin dudas, Merck Química, S.A. c/Nación Argentina de 1948. El punto central de la causa es la potestad del Ejecutivo para disponer de propiedades enemigas (en este caso alemanas) durante una guerra (el breve periodo en que Argentina mantuvo un estado de guerra con la Alemania de Hitler en 1945). La guerra fue declarada durante un gobierno de facto y las medidas que se tomaron de incautación de la propiedad también. Sin embargo, el fallo se dictó durante un periodo constitucional. Esto suponía un mensaje sobre las facultades del Ejecutivo.

La CSJN estableció que el Poder Ejecutivo es el “único árbitro en la conducción de la guerra” y el Poder Judicial no puede “juzgar y resolver sobre aquellas necesidades [de la guerra], los medios escogidos y la oportunidad en que pudieron o debieron ser realizados”. Es el Presidente el “único capacitado en funciones de manejo militar” y cuenta con “conocimiento perfecto” y “poderosas y secretas razones militares o de entronque internacional referidas a la lucha entablada para discernir sobre su conveniencia y oportunidad”. La CSJN consideró que estos poderes son “anteriores y aun superiores a la propia Constitución”[29].

El segundo precedente importante del siglo XX que rescataremos es Rodríguez, Juan Carlos; Ruggiero, Conrado Andrés y otro s/ sumario por actividades terroristas, subversivas, intimidación pública y otras[30]. A instancias del presidente Frondizi, en 1958 y de forma secreta se declaró el “estado de conmoción interior” en lo que se denominó Plan CONINTES (Conmoción Interior del Estado). Mediante éste, las fuerzas de seguridad quedaron bajo el mando de las FFAA y ciertos delitos pasaron a ser juzgados por comisiones militares creadas al efecto, incluso si los acusados eran civiles.

En el caso en cuestión, Ruggiero tenía estado militar y se lo juzgaba por colocar una bomba en 1960. La CSJN legitimó el uso auxiliar de las FFAA en contra de la “subversión” en el interior del Estado y consideró que la apreciación que hacen los poderes políticos de la necesidad de recurrir a ellas no es asunto que pueda ser revisado por los tribunales de justicia (consid. 13). Es decir, el tribunal se auto-excluyó de intervenir.

A su vez, consideró que “el recurso a las fuerzas armadas de la Nación requiere de ordinario la anuencia del Congreso”, ya que “éstas se gobiernan según las leyes y ordenanzas que dicte el Parlamento” (consid. 14). Sin embargo, sostuvo que, no obstante este principio, podría darse la situación de que el Congreso ratifique lo actuado de forma directa por el presidente en caso en que haya que atender “las necesidades de la Nación” (ídem). La CSJN parece cumplir con el “ciclo” de la defensa nacional del que habla Koh para Estados Unidos: el Ejecutivo actúa, el Congreso consiente y el Judicial es deferente.

El recurso a las FFAA comprende, continúa la CSJN, tanto la fuerza coactiva como “tareas de investigación, arresto, la intervención de Consejos de Guerra Especiales, el allanamiento de domicilios y la adopción de procedimientos sumarios del Código de Justicia Militar” (consid. 15). Expresamente legitimó que un Consejo de Guerra imponga penas, tal como fue el caso de Ruggero quien fue condenado a doce años por estragos. Sin embargo, la CSJN afirmó que, en caso en que las sentencias de dichos Consejos sean “impugnadas legalmente”, el acusado debía ser juzgado nuevamente cuando la situación de emergencia haya cesado. En este punto, la CSJN reivindica una potestad frente al Ejecutivo (consid. 16).

Más allá de la última aclaración, es notorio la orientación hacia el modelo de deferencia y tolerancia de la práctica constitucional del Ejecutivo por parte del Judicial. Este modelo continuó con la jurisprudencia dictada por la CSJN durante el tercer gobierno peronista. Los puntos de discusión giraron alrededor de las medidas que el Ejecutivo podía tomar como mecanismo de defensa en esa forma de guerra que se consideraba tanto interna como internacional. Así, la CSJN legitimó el cierre de diarios, proscripciones de partidos políticos, entre otras medidas. Más allá de la justificación de alguna de ellas, el punto que quisiéramos destacar es la tolerancia amplia de la CSJN, llegando a desentenderse de intervenir alegando que no le correspondía por estar tratándose de actos de defensa de la Nación[31].

Finalmente, cabe considerar el hecho más reciente de conflicto armado interno (tal la caracterización de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), como fue el intento de copamiento del cuartel del Regimiento de Infantería 3 en La Tablada. El 23 de enero de 1989, medio centenar de combatientes del Movimiento todos por la Patria intentaron tomar el cuartel. El presidente Raúl Alfonsín envió 3000 efectivos militares para recuperarlo. Consideró que no necesitaba orden judicial porque la disposición de las FFAA era una facultad presidencial. Debe recordarse que el presidente argumentaba esto pocos meses después de la aprobación de la ley de defensa nacional de 1988 que expresamente circunscribe el uso de las FFAA para “ataques de origen externo” (art. 2). Por lo demás, la policía bonaerense y la policía federal ya se habían presentado en el lugar y habían rodeado el cuartel. No obstante, el Ejecutivo se valió de las FFAA causando decenas de muertos en el bando atacante, dos desapariciones, sospechas de fusilamientos y destrucción de edificios.

El 16 de marzo de ese año (menos de dos meses después de los hechos), el presidente Alfonsín dictó el decreto 327/89 que profundizó la abrogación de la ley del Congreso por parte del Poder Ejecutivo, ahora mediante un documento legal. En los fundamentos, el presidente argumentó que “dadas las particularidades de la acción terrorista subversiva”, la “Nación en su conjunto” resultaba agredida. Por tanto, continúa, “se deben instrumentar medidas de defensa que se irán graduando según la magnitud de la

agresión, para lo cual se recurrirá a las Fuerzas Policiales o de Seguridad, dentro de sus respectivas jurisdicciones, pudiendo finalmente llegarse al empleo de las Fuerzas Armadas” (destacado agregado).

El presidente, según el decreto, está facultado para poner en cabeza de las FFAA la “zona de operaciones” en los que surja el conflicto y subordinar a ellas las policías provinciales y federales, tal como sucedió durante el Plan CONINTES. Contrariamente a lo establecido por la ley 24.554, el presidente estaba involucrando a las FFAA en asuntos internos si lo consideraba necesario. Otra avanzada del Ejecutivo sobre el Congreso que consolida una práctica constitucional alarmante[32].

Conclusión [arriba]

El propósito de este trabajo fue exponer una introducción a las fuentes de la Constitución de la Defensa Nacional como parte de una línea de investigación más amplia sobre una materia poco explorada. Mucho trabajo queda por hacer para poder cubrir un vacío en la doctrina constitucional. Sin embargo, es posible resaltar algunos puntos interesantes de este análisis predominantemente descriptivo:

(i) Las fuentes textuales de la CN son imprecisas y han permitido la expansión de los poderes del Ejecutivo y la postulación de doctrinas sobre una ausencia de límites legales en su facultad de disposición en casos de emergencia.

(ii) Ante esta expansión, el Poder Judicial ha sido deferente, permitiendo incluso abusos en las facultades presidenciales.

(iii) Las leyes constitucionales componen una fuente central, ya que operativizan la potestad del Congreso de organizar las FFAA. Sin embargo, la capacidad para poner límites al Ejecutivo ha sido (y es) muy débil.

(iv) La incidencia del sistema interamericano de derechos humanos no ha sido tratada por la literatura, pero debe ser tenida en cuenta para evaluar las potestades militares en Argentina.

Notas [arriba]

[1] Por ejemplo, la gran obra de Ezequiel Abásolo sobre derecho penal militar (Aboso, Ezequiel, Derecho penal militar en la historia argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002).

[2] Durante la presidencia de Ronald Reagan, Estados Unidos realizó una operación encubierta de apoyo a los Contra en Nicaragua financiada, al menos en parte, con la venta ilegal de armas a Irán durante la guerra de este país con Irak. El apoyo a los Contra le valió la condena de la Corte Internacional de Justicia por haber cometido un acto de agresión contrario a la Carta de Naciones Unidas.

[3] Utilizamos “defensa nacional” y no, como se ve que es usual en Estados Unidos, “seguridad nacional” para que no se confundan los asuntos de seguridad interior con los de defensa nacional que nuestra legislación infraconstitucional distingue.

- [4] Koh, Harold, *The National Security Constitution. Sharing power after Iran-Contra affair*, Londres y New Haven, Yale University Press, 1990 pp. 5; 12-13; 62-63.
- [5] Ídem, pp. 68-72.
- [6] Monteagudo, Bernardo, “De las tareas administrativas del gobierno, desde su instalación hasta el 5 de julio de 1822”, en *Escritos políticos*, Emecé, Buenos Aires, 2009, pp. 98-100.
- [7] Samuel Huntington hace esta distinción para el caso de Estados Unidos en *The soldier and the State. Theory and politics of civil-military relations*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 89-97. Sinópoli (Derecho constitucional militar, tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2003, pp. 18-19) considera, sin muchos argumentos, que el artículo 21 es el que constituye a las FFAA y les otorga el doble rol de defensa nacional y seguridad interior. Esto es difícilmente argumentable, si se toma en cuenta lo que decimos en el texto, es decir, que está consagrando una obligación de todo ciudadano y no la creación de un ejército profesional. Además, ya desde el preámbulo se distingue la “defensa común” de la “paz interior”, por lo que no hay ninguna identidad al respecto en el texto constitucional.
- [8] No puede admitirse, como hace Sagüés (*Derecho Constitucional. 2. Estatuto del poder*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 573) que las policías provinciales sean equiparadas a las milicias. Son dos instituciones con orígenes y finalidades totalmente distintas.
- [9] “La guerra abarca al Estado como totalidad en su existencia política, siendo la última y decisiva expresión del agrupamiento político específico, esto es, de amigos y enemigos” (Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, trad. Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 2009, p. 3347).
- [10] Hemos desarrollado estas ideas en un texto inédito que está siendo evaluado para otra publicación académica.
- [11] En el mismo texto referido en la nota anterior hemos tratado este problema. También puede verse Sabsay, Daniel, *Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho constitucional, La Ley, Buenos Aires*, p. 231.
- [12] Es decir, secuestrar a un sospechado de terrorismo de un país para llevarlo a un tercero donde la tortura es práctica habitual para ser interrogado.
- [13] Parte de esta enumeración de encuentra en Smith, John E., Bush, Nueva York, Simon & Shuster, 2016, pp. 503-504
- [14] Huntington, Samuel, op. cit., p. 184.
- [15] Véase Tripolone, Gerardo, “Poderes militares y Constitución en el siglo XXI”, en *Letra*, año V, núm. 10, 2018, pp.32-55.
- [16] A favor, Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1999, t. III p. 307; Sinópoli, Santiago M., op. cit., p. 70; Palazzo, Eugenio, “Competencias del Congreso en materia de defensa nacional”, en Sabsay, Daniel (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Volumen 3*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 834. En contra, Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Á. y Cenicacelaya, María N., *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009: t. II p. 958 y Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional. Tomo II*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 583 y 591.
- [17] Cit. por Koh, Harold, op. cit., p. 81.
- [18] Por ejemplo, Corte Interamericana: Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, 2007; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, 2006; Comisión Interamericana: Informe N° 55/97, caso 11.137, Juan Carlos Abella v. Argentina, 18 de noviembre de 1997; Informe Anual de la Comisión, 2015.
- [19] Véase Tripolone, Gerardo, op. cit.

- [20] DerGhogassian, Khatchic, “Evolución de la política de defensa”, en DerGhougassian, Khatchik (comp.), La defensa en el siglo XXI. Argentina y la seguridad regional, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2012, p. 15.
- [21] Ministerio de Defensa, Libro blanco de la Defensa, Ministerio de Defensa, Buenos Aires, 2015, p. 49.
- [22] Larraquy, Marcelo, Argentina. Un siglo de violencia política, 1890-1990: de Roca a Menem. La historia de un país, Buenos Aires, Sudamericana, 2017, p. 403.
- [23] Ídem, pp. 400-401
- [24] Ídem, pp. 404-405.
- [25] Cit. en Giussani, Pablo, Montoneros. La soberbia armada, Sudamericana, Buenos Aires, 2011, p. 95.
- [26] DerGhogassian, Khatchic, “Prólogo”, en Garré, Nilda (ed.), Colección debates parlamentarios de la defensa: Ley de Defensa Nacional, Buenos Aires, Ministerio de Defensa, 2010, p. 13.
- [27] Aún inédito y en evaluación en otra publicación.
- [28] Tanzi, Héctor J., “El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-1903)”, en Santiago, Alfonso (h) (dir.), Historia de la Corte Suprema Argentina. Tomo I: 1853-1947. El periodo de la continuidad institucional, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, pp. 146-147.
- [29] Puede verse Abásolo, Ezequiel, “La Corte Suprema durante el régimen peronista (1947-1955)”, en Santiago, Alfonso (h) (dir.), Historia de la Corte Suprema Argentina. Tomo II: 1947-1983. El periodo de la discontinuidad institucional, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, p. 502; Del Castillo, Lilian, El derecho internacional en la práctica constitucional, Errepar, Buenos Aires, 2012, pp. 9-11.
- [30] Las consideraciones que siguen las hemos realizado en Tripolone, Gerardo, op. cit., pp. 47-48.
- [31] Véase Luna, Juan, “La segunda Corte peronista (1973-1976)”, en Santiago, Alfonso (h) (dir.), Historia de la Corte Suprema Argentina. Tomo II: 1947-1983. El periodo de la discontinuidad institucional, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, pp. 991-1008
- [32] Hemos tratado con mayor profundidad otros hechos relacionados con los poderes militares en los que el Ejecutivo avasalla normas del Congreso y la propia letra de la Constitución en otro trabajo más amplio que actualmente está siendo evaluado para otra publicación académica.