



# CONSTITUCIÓN, FUERZAS ARMADAS Y TERRORISMO

PALABRAS CLAVE: ROL DE LAS FUERZAS ARMADAS - LUCHA CONTRA EL TERRORISMO - MARCO CONSTITUCIONAL

Por Gerardo Trípolone

**RESUMEN:** En el presente trabajo se aborda una de las discusiones más actuales de la defensa nacional: el rol de las Fuerzas Armadas en el combate contra el terrorismo desde una perspectiva constitucional, la cual no sólo es ineludible, sino previa a cualquier otro debate. Está centrado en las posibilidades constitucionales de involucrar a las Fuerzas Armadas en asuntos internos del Estado, como puede ser la persecución de una célula terrorista en el país o la realización de inteligencia interna. El asunto no es menor, ya que no está claro cuáles son las potestades del Estado en la materia y cuáles los límites que impone la Constitución.

## INTRODUCCIÓN

Mucho se ha discutido con respecto a la participación de las Fuerzas Armadas en asuntos internos del Estado. En la pasada edición de esta revista, José Luis Oreglia abordó la cuestión instando a una modificación legal que habilite a las Fuerzas Armadas a combatir las nuevas amenazas tales como el terrorismo y el narcotráfico<sup>1</sup>. En esta contribución, se aporta una visión sobre la cuestión desde un punto de vista constitucional, que no puede ser ajeno ni tratado de forma aislada con problemáticas

estratégicas y políticas. Al respecto este artículo se concentrará en el problema del terrorismo internacional y la participación de las Fuerzas Armadas en su combate.

Para realizar este análisis, primero hay que repasar someramente las dos grandes perspectivas sobre la naturaleza del acto terrorista y el combate contra el terrorismo: la que lo considera un crimen y por tanto, afirma que debe ser juzgado en tribunales ordinarios y perseguido por las fuerzas de seguridad, y la que sostiene que es una guerra de nuevo tipo y por ende, son las Fuerzas Armadas las encargadas de su persecución. En segundo lugar, trataremos la potestad constitucional de valerse de las Fuerzas Armadas si se considera que el combate contra el terrorismo es literalmente una nueva forma de guerra que se pelea también dentro de las fronteras estatales. Finalmente, se aportará una interpretación sobre el problema constitucional y la visión general sobre la cuestión.

## ¿GUERRA O CRIMEN?

Los abordajes sobre la lucha contra el terrorismo suelen dividirse en dos: (i) la visión que entiende al terrorismo como un crimen que debe ser perseguido y juzgado con las mismas herramientas con las que se reprime cualquier otro delito; y (ii) la perspectiva bélica que considera la lucha contra el terrorismo

como una guerra que debe enfrentarse principalmente con el instrumento militar del Estado.

La primera visión es sostenida por autores como el jurista italiano Luigi Ferrajoli, que niega que pueda hablarse de guerra para referirse a los actos terroristas y a la respuesta del Estado. Las guerras son enfrentamientos entre Estados regidos por el derecho de los conflictos armados. Para el autor, el terrorismo es un delito que debe ser juzgado por los tribunales nacionales bajo la legislación penal<sup>2</sup>. Según Ferrajoli, con posterioridad al 11 de septiembre de 2001 se desperdició una oportunidad de combatir de forma inteligente y no demagógica el terrorismo. El trabajo policial de las agencias de inteligencia locales vinculadas y coordinadas internacionalmente hubiese sido mucho más efectivo, aunque más difícil de publicitar y de mostrar en cámara.

La opción (ii) a su vez, se divide en diversas variantes según qué tipo de guerra se considere. Hay una coincidencia generalizada en que la guerra contra el terrorismo, de ser guerra sería de “nuevo tipo”. Es una guerra que se pelea tanto en escenarios internacionales (por ejemplo Afganistán, Irak o Yemen), como en el interior de cada uno de los Estados involucrados. Es en parte guerra insurreccional y en parte terrorismo al estilo del terrorismo del siglo XX; pensada como guerras “asimétricas”, “híbridas”, “guerra civil internacional”, “insurrección global”, “guerrilla accidental”, entre otras variantes<sup>3</sup>.

A partir del 11 de septiembre de 2001, predominó la segunda visión, algo que no se correspondía con la tradición anterior. Douglas Feith, tercero en la jerarquía del Pentágono durante el gobierno de George W. Bush, sostiene que hasta el atentado en Nueva York y Washington, no se hablaba de “guerra” para referirse al terrorismo, y por ende el enfoque “criminal” era el principal<sup>4</sup>. Es importante destacar que Ronald Reagan había utilizado la idea de “guerra” contra el terrorismo pero no hubo durante su administración un involucramiento militar de las proporciones que sí se desplegaron a partir del año 2001. Bush y su equipo decidieron que el atentado de Al Qaeda había constituido un acto de guerra y, por tanto, respondieron con una guerra en toda regla<sup>5</sup>.

La argumentación principal del gobierno de Estados Unidos para llamar guerra a su combate contra el terrorismo (o contra Al Qaeda en particular) radica en los objetivos diversos que tendría la persecución penal en relación con la guerra. Para John Yoo, jurista y ex asesor del Ministerio de Justicia durante los tiempos de Bush, la justicia penal tiene como finalidad el juzgamiento de hechos pasados. El Estado moviliza el aparato judicial para sancionar acciones que se han cometido con anterioridad. Por el contrario, el Estado se involucra e invierte recursos en la guerra para evitar hechos futuros.

Yoo piensa que Estados Unidos se equivocó en la visión previa al 11 de septiembre. Haber considerado al terrorismo como crimen hizo que el Estado se concentrara en hechos pasados, en vez de orientar su mirada a evitar nuevos atentados<sup>6</sup>. El 11 de septiembre sería la consecuencia de la aproximación criminal al terrorismo. En cambio, Bush se decidió por una estrategia

bélica porque la finalidad estaba en evitar nuevos atentados<sup>7</sup>. Como en cualquier guerra donde se busca que el enemigo no cause más daño.

El cambio en la concepción del terrorismo supuso un cambio en la forma en que el Estado lo enfrentaría. Los poderes del Estado se expandieron desde que se presentó la lucha contra el terrorismo como una acción militar. El derecho de los conflictos armados pasó a ser el marco para el combate contra Al Qaeda. Osama bin Laden y su organización pasaron de ser simples criminales a objetivos militares<sup>8</sup>. Las detenciones sin orden judicial, las rendiciones, los interrogatorios mediante tortura y Guantánamo fueron justificados en virtud del estado de guerra.

En el contexto de estos debates, se postula la necesidad de que las Fuerzas Armadas intervengan o no en la lucha contra el terrorismo en Argentina. En el próximo apartado analizaremos si esto es posible constitucionalmente.

#### DISCUSIONES CONSTITUCIONALES

Los debates jurídicos en torno a la defensa nacional y al poder militar son lamentablemente escasos en nuestro país. Los abordajes al poder militar se circunscriben a obras generales de Derecho Constitucional o Derecho Administrativo; faltan todavía estudios sistemáticos y profundos.

Dentro de este panorama no queda claro: (i) cuáles son los poderes de guerra; (ii) qué alcance tienen los mismos; (iii) en qué situaciones pueden utilizarse y (iv) qué posibilidades tienen las leyes de limitarlos.

El artículo 99 inc. 14 de la Constitución Nacional establece que el Presidente de la Nación tiene la facultad de “disponer” de las Fuerzas Armadas. El inc. 12 del mismo artículo concede al presidente la jefatura de las FFAA. Esto ha hecho decir a ciertos autores que la facultad de disposición de las FFAA no puede ser restringible por el Congreso Nacional ni controlable por él<sup>9</sup>. Es sabido que la legislación argentina veda la participación de las FFAA en asuntos de seguridad interior (ley de defensa nacional

1. Oreglia, José Luis, “Fuerzas Armadas y las amenazas transnacionales. Su marco legal”, en *Revista Visión Conjunta*; Escuela Superior de Guerra Conjunta de las Fuerzas Armadas, UNDEF, año 9, N° 17, 2017, pp. 23-27.

2. Ferrajoli, Luigi, “Guerra y Terrorismo Internacional. Un Análisis del Lenguaje Político”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., vol. IX, 2009, pp. 15.

3. Puede verse Kilcullen, David, *The accidental guerrilla. Fighting small wars in the midst of a big one*, Oxford University Press, New York.

4. Feith, Douglas, *War and Decision. Inside the Pentagon at the Dawn of the War on Terrorism*; Harper Collins, New York, 2008, pp. 17-18.

5. Starr-Deelen, Donna G., *Presidential Policies on Terrorism. From Ronald Reagan to Barack Obama*, Palgrave Macmillan, New York, 2014, pp. 124-127.

6. Yoo, John, *War by Other Means. An Insider's Account of the War on Terror*, Atlantic Monthly Press, New York, 2006, p. 238.

7. *Ídem*, p. 53.

8. Baker, James E., *In the Common Defense. National Security Law for Perilous times*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 64.

23.554 y ley de seguridad interior 24.059). Si el poder presidencial no puede ser limitado por el Congreso, esta legislación no constituye una valla para la disposición de las Fuerzas Armadas en asuntos internos. Así pensaba el reconocido constitucionalista Germán Bidart Campos quien, en el marco del análisis de la distinción entre Seguridad Interior y Defensa Nacional en la legislación nacional, afirmaba que “ninguna ley puede inhibir o menoscabar la jefatura presidencial sobre las fuerzas armadas, que otorga competencia al Poder Ejecutivo para recurrir a ellas y disponer su intervención razonable en resguardo tanto de la llamada defensa nacional cuanto de la seguridad interna cuando existe grave perturbación de ambas, imposible de superar por otros medios regulares. Tal competencia existe con ley o sin ley, y ninguna ley puede impedir su ejercicio, porque proviene directamente de la constitución”<sup>9</sup>.

Esta idea también se ha sostenido en Estados Unidos. La Oficina Legal del Ministerio de Justicia estadounidense emitió un memorándum durante la presidencia de Clinton en el que afirmaba que, en casos en que la seguridad de la nación se encontrara en peligro, un estatuto (una ley del Congreso) no podía restringir los poderes presidenciales para tratar la amenaza<sup>11</sup>.

Sin embargo, existen otras posiciones en el Derecho Constitucional Argentino. Autores como Miguel Ángel Ekmekdjian se manifiestan en contra de la posición de Bidart Campos. Ekmekdjian considera que sólo los gobiernos autoritarios recurren a las FFAA para asuntos internos y fundamenta a favor de la separación impuesta por las leyes de defensa y seguridad interior. El autor sólo admite el uso interno de las FFAA en el caso extremo en que haya que reprimir un alzamiento militar<sup>12</sup>.

Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya piensan de manera similar a Ekmekdjian y diferente de Sinópoli y Bidart Campos. Para los autores, la ley 23.554 de 1988 que distingue entre segu-

ridad interior y defensa nacional y reserva exclusivamente a las Fuerzas Armadas los asuntos vinculados a la defensa nacional, está “en consonancia con el texto constitucional”<sup>13</sup>. Agregan que la ley de Seguridad Interior 24.059 de 1992 modificó el panorama, ya que el Título VI abre la puerta para el “empleo subsidiario” de las Fuerzas Armadas en caso de que el Presidente lo crea conveniente, previa declaración del estado de sitio. Según los juristas, estas “disposiciones no se ajustan al modelo constitucional y parecen ignorar sus conocidas consecuencias históricas”<sup>14</sup>.

Aunque no hay espacio para desarrollarlo aquí, la verdad es que ninguno de los autores citados ofrece argumentos constitucionales sólidos para defender sus posiciones. Sinópoli y Bidart Campos postulan el poder superior del Presidente para sobrepasar la legislación del Congreso que no surge expresamente de la Constitución. Por su parte, Quiroga Lavié y Ekmekdjian sostienen que no sería constitucional la intervención de las Fuerzas Armadas pero tampoco lo sostienen basándose en preceptos de la ley fundamental.

Que no existan preceptos constitucionales al respecto puede deberse a que en el siglo XIX, cuando se sancionó la Constitución Nacional de 1853, estaba claro que las Fuerzas Armadas también realizaban tareas internas. De hecho, esa fue la norma hasta el retorno de la democracia en la década de 1980. Es más, ya en democracia, el presidente Raúl Alfonsín se valió de las Fuerzas Armadas para reprimir el copamiento del Regimiento de La Tablada y, mucho más polémicos, los saqueos en Rosario. El presidente Carlos Menem también utilizó las Fuerzas Armadas para reprimir el último alzamiento “carapintada”.

Ahora bien, que no existan preceptos constitucionales que distingan las funciones no debería llevarnos a pensar que la Constitución obliga a que las FFAA realicen ambas tareas. Tampoco a negar la posibilidad de que una ley inferior limite sus potestades a ciertos ámbitos y prohíba la actuación en otros. Menos aún que el Presidente pueda superar a su parecer las normas del Congreso. La Constitución ha dejado en los poderes públicos la decisión sobre esta delicada cuestión, eso debe aceptarse. Pero la función, organización, misión y despliegue de las FFAA son poderes que la Constitución otorga al Congreso de la Nación (art. 75 inc. 27). Aunque no sea algo determinado en el texto fundamental, tampoco está sujeto a la libre disponibilidad del Presidente.

### Gerardo Tripolone

Abogado, Universidad Nacional de San Juan. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), profesor de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de San Juan.

9. Sinópoli, Santiago M., *El Derecho Constitucional Militar*, Tesis Doctoral Universidad Católica Argentina – Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2003, p. 70.

10. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 307.

11. Bajer, James E., op. cit., p. 52.

12. Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 583 y 591.

13. Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Á. y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 958.

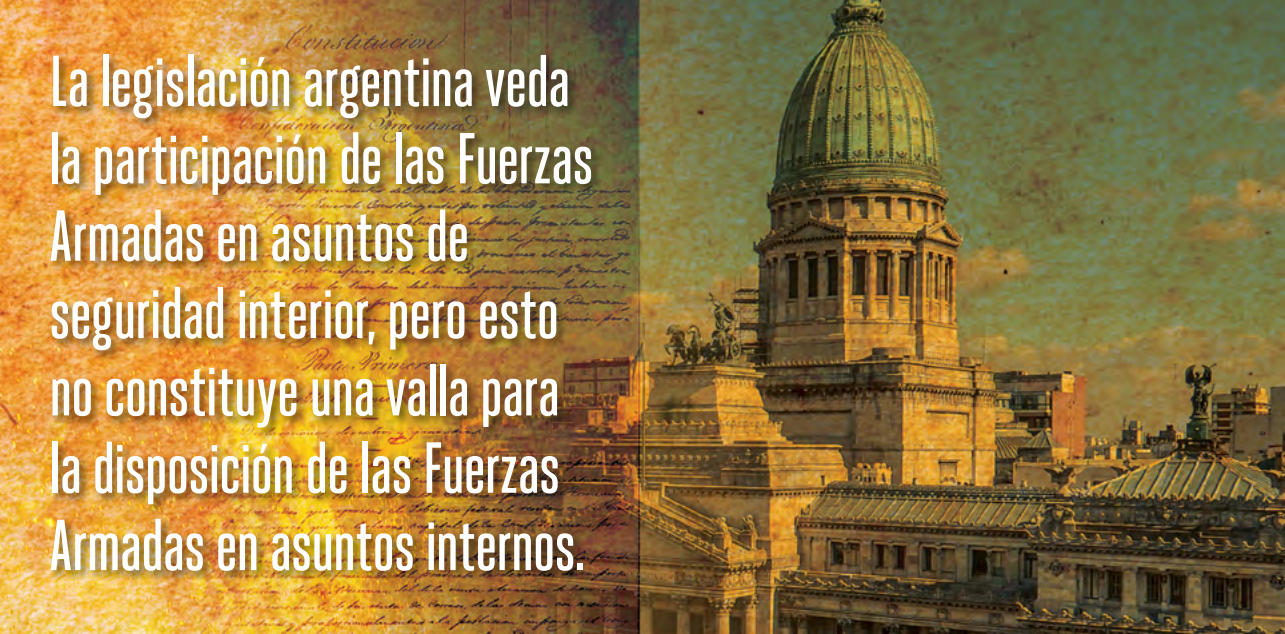
14. Ídem.

15. Monaco, Lisa, “Preventing the Next Attack: a strategy for the War on Terrorism”, *Foreign Affairs*, vol. 96, N° 6, 2017.

### FUERZAS ARMADAS Y TERRORISMO

Las leyes de Defensa Nacional y de Seguridad Interior han limitado desde hace más de 20 años las potestades del Estado de utilizar las Fuerzas Armadas en asuntos internos. Sin embargo, son normas modificables si se obtienen los consensos legislativos necesarios. Y nada más útil para ello que la apelación a emergencias o amenazas producidas por el terrorismo, sobre todo si es internacional; pero que la Constitución habilite a un cambio en la legislación no significa que sea conveniente.





La legislación argentina veda la participación de las Fuerzas Armadas en asuntos de seguridad interior, pero esto no constituye una valla para la disposición de las Fuerzas Armadas en asuntos internos.

Si se opta por este camino - y las apelaciones al “nuevo rol” de las FFAA parecen indicar que así se está haciendo-, sería perjudicial en muchos sentidos. En primer lugar, no aportaría nada al combate del terrorismo. Como lo expresa Lisa Monaco, profesora de la Universidad de Nueva York y asesora de Barack Obama en la lucha contra el terrorismo, no es el uso de la fuerza militar lo que va a permitir desarticular las células terroristas. Es el trabajo de inteligencia, de infiltración y, sobre todo, de control del financiamiento y lavado de dinero, lo que combate eficazmente al terrorismo<sup>15</sup>.

Segundo, porque le haría un grave daño a las ya muy deterioradas Fuerzas Armadas. Nuestras escasamente equipadas Fuerzas Armadas deben maximizar sus recursos limitados para prepararse para la defensa nacional del país. De agregarle otra función estarían abocadas a entrenarse y pertrecharse para un combate que no les es propio.

Tercero, porque implicaría la superposición de funciones. Las Fuerzas de Seguridad como la Policía Federal, la Prefectura Naval y la Gendarmería Nacional están abocadas, entre otras cosas, a la prevención y combate del terrorismo. No se ve ninguna necesidad de adicionar otra institución más a ellas. No parecen estar sobrepasadas ni colapsadas por una amenaza que, aunque se admita su existencia, no es ni por cerca la principal. Si falta equipamiento o preparación, perfectamente se podrían mejorar las instituciones de seguridad sin necesidad de afectar las Fuerzas Armadas a tareas que ya llevan a cabo otras fuerzas.

Por último aunque no por eso menos importante, aunque debe aceptarse que las Fuerzas Armadas que posee el país son democráticas, están subordinadas al poder civil y no son en absoluto enemigos internos, no puede negarse la historia. El pro-

blema fundamental de las Fuerzas Armadas en todo el mundo es el de la extralimitación. Si se les permite intervenir en asuntos internos, se abre la puerta para posibles arbitrariedades no deseadas. Esto se agrava mucho más en el caso argentino, donde la experiencia ha sido catastrófica.

#### CONCLUSIÓN

La discusión en la doctrina constitucional muestra que no hay acuerdo sobre los alcances de los poderes militares del Estado y las posibilidades que otorga para determinar las funciones de las Fuerzas Armadas. En el presente trabajo se afirma que la interpretación más correcta es que la Constitución habilita a que el Congreso de la Nación determine las funciones de las Fuerzas Armadas posibilite su participación tanto en asuntos internos como internacionales. Ahora bien, contra las ideas de ciertos prestigiosos constitucionalistas, si el Congreso considera que ellas deben actuar sólo ante amenazas internacionales, al Poder Ejecutivo le está vedado valerse de ellas para asuntos internos, salvo en los casos en que la ley lo especifique expresamente.

Al dejar la Constitución la puerta abierta para tomar ambos caminos, el “nuevo rol” de las Fuerzas Armadas ante la amenaza terrorista tendrá como marco de discusión, sobre todo, cuestiones políticas y estratégicas. Hay que admitir que la Constitución permite al Estado modificar la actual separación entre defensa nacional y seguridad interior. Por tanto, la disputa política debe concentrarse en generar una conciencia de lo perjudicial que sería esto tanto para las instituciones armadas como para los derechos individuales de las personas.

#### ARTÍCULO CON REFERATO