

**Gerardo  
Tripolone\***

**Universidad  
Nacional de San  
Juan, Argentina**

gerardotripolone@unsj-cuim.edu.ar

Recibido: 17.04.2023

Aceptado: 15.05.2023

## **La decisión sobre la guerra en Argentina: entre la Constitución, el Derecho Internacional y lo político**

### **The decision of the war in Argentina: between the Constitution, International Law and the political**

**Resumen:** En este trabajo indagamos en la incidencia del derecho internacional general en la determinación de los poderes militares del Estado en Argentina. La pregunta constitucional es en qué medida el derecho internacional incide en la determinación de los poderes militares del Estado, tanto en los referidos al *ius ad bellum* (el derecho a hacer una guerra) como en el *ius in bellum* (derecho en la guerra). Para analizar esta cuestión, nos valemos de una metodología de dogmática constitucional y de derecho comparado con el derecho constitucional de Estados Unidos. La comparación es relevante debido a las similitudes del ordenamiento constitucional y a la influencia permanente que ha tenido ese derecho en las decisiones de la Corte Suprema, en especial en causas referidas a poderes militares. La indagación nos llevó a discutir la naturaleza constitucional y política de la decisión de involucrar al país en una guerra, lo cual obliga a pensar la cuestión desde una perspectiva de teoría política y constitucional.

**Palabras clave:** poderes militares; Derecho Internacional; Constitución Nacional; guerra.

**Abstract:** In this paper we analyze the incidence of international law in determining the war powers of the State in Argentina. The constitutional question is to what extent international law affects the determination of the military powers of the State, both in those referring to *ius ad bellum* (the right to wage war) and *ius in bellum* (law in war). To analyze this question, we use the methodology of constitutional law and comparative law with the constitutional law of the United States. The comparison is relevant because of the similarities between American and Argentine constitutional order and the permanent influence that the former has had on the decisions of the Supreme Court, especially in cases related to military powers. The investigation led us to discuss the constitutional and political nature of the decision to involve the country in a war, which forces us to think about the issue from a political and constitutional theory perspective.

**Keywords:** Military powers; International Law; National Constitution; War.

\* Investigador Asistente de CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina, con lugar de trabajo en el Instituto de Investigaciones Socioeconómicas de la Universidad Nacional de San Juan). Profesor de Filosofía del Derecho en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de San Juan. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Abogado por la Universidad Nacional de San Juan (Argentina). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6969-9847>

Veinte años atrás, Estados Unidos lideraba una coalición internacional para derrocar a Sadam Husein en Irak. Los argumentos para desatar la guerra mutaron según el momento: de vínculos con el terrorismo internacional, a tenedor de armas de destrucción masiva, Washington sostuvo que Husein era una amenaza para su Estado y, en general, para la seguridad internacional.

Aunque el régimen de Bagdad cayó a las pocas semanas de iniciar la invasión, la intervención estadounidense se prolongó hasta 2011. La Guerra de Irak fue impopular dentro y fuera de Estados Unidos. Se la objetó desde el punto de vista político, militar, estratégico, ético y jurídico. Los debates jurídicos son muy amplios y poseen diversas aristas. Sin embargo, ha primado la óptica de análisis desde el derecho internacional y el derecho humanitario.

El uso de la fuerza contra Irak no fue aprobado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Tampoco podía decirse que Estados Unidos y sus aliados estuvieran ejerciendo el derecho de legítima defensa según los términos de la Carta de Naciones Unidas. Por eso es que la Casa Blanca alegó la existencia de un derecho a la “legítima defensa preventiva” para justificar la invasión.

Esto no fue aceptado por la comunidad internacional. Para el derecho internacional, la Guerra de Irak fue ilegal. La pregunta que cabe hacerse es si, desde la óptica del derecho interno de los países que participaron, luchar una guerra ilegal podía considerarse inconstitucional. Países latinoamericanos como Colombia o El Salvador participaron en la invasión a Irak en 2003. Si el gobierno argentino hubiera hecho algo similar, ¿podría considerarse la acción como contraria a la Constitución Nacional?

La Constitución Nacional de Argentina determina los poderes militares del Estado. Como en la Constitución de Estados Unidos, modelo en este y otros aspectos, las cláusulas referidas al tema generan problemáticas de interpretación fundamentales. A diferencia de lo que sucede en aquel país, en Argentina no se ha explorado el tema suficientemente. En trabajos previos, he avanzado en la descripción de los poderes constitucionales del Estado argentino y su funcionamiento en la praxis, las fuentes del

derecho constitucional de la defensa nacional (Tripolone, 2020a), las relaciones entre el Poder Legislativo y Ejecutivo (Tripolone, 2021b) y entre ambos y el Poder Judicial (Tripolone, 2020b). También en la relación entre el derecho interamericano de los derechos humanos y los poderes militares del Estado (Tripolone, 2019; Tripolone, 2022b). A su vez, traté la comparativa entre algunas discusiones norteamericanas sobre el tema y el derecho argentino a propósito de las facultades de disposición presidencial de las Fuerzas Armadas (Tripolone, 2018). En esta línea, el objetivo de este trabajo es indagar en un aspecto fundamental de los poderes de guerra de cualquier Estado que no ha sido tratado hasta el momento en el país: la relación entre el derecho internacional y el ordenamiento constitucional argentino en cuanto a la declaración de guerra y la participación en conflictos internacionales con envío de efectivos militares.

La literatura internacionalista y constitucional aborda constantemente los vínculos entre el derecho internacional y el derecho interno. Las referencias podrían ser inagotables, tanto en manuales, como en investigaciones. En Argentina, es uno de los temas más debatidos de los últimos veinte años, en especial a partir de la reapertura de las causas por el juzgamiento de delitos de lesa humanidad. El punto de análisis más importante ha sido, y todavía lo es en la actualidad, el impacto de la jerarquización constitucional de ciertos instrumentos de derechos humanos y, especialmente, del sistema interamericano de derechos humanos en el derecho nacional. Aspectos centrales del derecho penal, del derecho privado y, por supuesto, del derecho constitucional, se han conmovido con esta medida tomada en la reforma constitucional de 1994.

También pueden hallarse desarrollos muy importantes en aspectos como la inmunidad de jurisdicción, la ejecución de sentencias extranjeras, el derecho de la integración en el ordenamiento interno, entre otros temas fundamentales del derecho internacional general. Estas indagaciones suelen reservar un acápite para los poderes de guerra. En él, el análisis se centra en la causa Merck Química fallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1948<sup>1</sup>. Ahora bien, Merck Química constituye solo un hito de una discusión fundamental sobre la incidencia del derecho

<sup>1</sup> Para un análisis de la sentencia en profundidad, (Tripolone, 2020b).

internacional en los poderes de guerra del Estado, cuestión que no ha sido indagada suficientemente.

La pregunta constitucional relevante es en qué medida el derecho internacional general incide en la determinación de los poderes militares del Estado, tanto en los referidos al *ius ad bellum* (el derecho a hacer una guerra) como en el *ius in bellum* (derecho en la guerra). Hablamos de derecho internacional general para apartar del análisis el derecho internacional de los derechos humanos, algo que he tratado en otras indagaciones citadas más arriba.

La metodología empleada es la propia de la dogmática constitucional y del derecho comparado con el derecho constitucional de Estados Unidos. La comparación es relevante debido a las similitudes del ordenamiento constitucional y a la influencia permanente que ha tenido ese derecho en las decisiones de la Corte Suprema argentina, en especial en causas referidas a poderes militares. Tanto es así que Miller (1997) ha llamado al derecho norteamericano el “talisman” de nuestra Corte Suprema. Esto no quita, por supuesto, reconocer las diferencias en los usos del poder militar de Estados Unidos, que ha mantenido conflictos internacionales casi constantemente en su historia.

El problema es importante, sobre todo si se piensa en dos cuestiones fundamentales: primero, la prohibición del recurso de la guerra en el derecho internacional a partir de la Carta de Naciones Unidas. El uso de la fuerza armada se limita a los casos de legítima defensa en los términos del artículo 51 de la Carta y de aquellos que surgen de una autorización del Consejo de Seguridad de la ONU. En segundo lugar, Argentina ha reconocido jurisdicción a la Corte Penal Internacional (algo que no ha hecho Estados

Unidos). Desde que se aprobó en la Conferencia de Kampala de 2010, la Corte Penal también juzga el delito de agresión.

La pregunta es si estas dos fuentes convencionales de derecho internacional inciden en los poderes constitucionales del Estado de declarar la guerra o de iniciar o participar en una guerra ofensiva. En tiempos donde resurgen los conflictos interestatales a nivel global, esta pregunta se vuelve más pertinente. Argentina podría verse involucrado en uno, aun cuando no sea el promotor de la acción.

El supuesto no es, en lo absoluto, de laboratorio: Argentina participó militarmente en la Guerra del Golfo en 1990-1991. Esta decisión fue legal desde el plano del derecho internacional, pero no desde el derecho constitucional: el envío de la flota no cumplió con los recaudos constitucionales de aprobación previa del Congreso (Tripolone, 2021b, pp. 307-308). Ahora bien, Argentina también participó, en este caso con acciones humanitarias, bajo el mandato de la OTAN en una guerra contraria al derecho internacional, como fue la intervención en Kosovo (Tripolone, 2022a, pp. 102-103). Más allá de que la acción no fue militar estrictamente, lo cierto es que el Estado colocó a sus efectivos militares bajo el mando de una organización que estaba cometiendo una acción ilícita. ¿Era constitucional enviar tropas que trabajarían junto a ejércitos que estaban llevando a cabo una intervención ilegal? Estos supuestos históricos pueden ser sometidos al análisis constitucional, a la par que animan a reflexionar en término de experimentos mentales para pensar casos posibles en el futuro<sup>2</sup>.

## 1. La discusión en Estados Unidos

Las discusiones en Estados Unidos sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional en materia de guerra han transcurrido por tres grupos de problemas.

1.1. La decisión del uso de la fuerza a nivel internacional, ¿obliga internamente?

Luego de la Primera Guerra Mundial, el Senado de Estados Unidos rechazó el ingreso a la Sociedad de las

<sup>2</sup> Sobre los experimentos mentales para la ética y la filosofía jurídica, véase (Crelmer, 2022; Truccone-Borgogno, 2023).

Naciones, fundamentalmente, para no comprometerse en acciones armadas sin consentimiento de la cámara alta. El argumento era que el Pacto obligaría a Estados Unidos a ingresar en guerras sin el proceso constitucional de declaración (Macmillan, 2011, p. 133). Los senadores opositores al Pacto buscaban evitar una alianza militar, esto es, una asociación de Estados que quedan obligados a la guerra en ciertos casos e independientemente de su voluntad (Schmitt, 2009, p. 347). Al parecer, creían (o fingían creer) que la obligatoriedad del derecho internacional como ley suprema de la nación, tal como establece el artículo VI de la Constitución, llevaría a tener que aceptar guerras contra la voluntad estatal.

Estos temores se agravaron luego de la creación de la ONU en 1945. Con Estados Unidos dentro de la organización, uno de los debates fundamentales era si el país debía ir a la guerra cuando fuera ordenado por el Consejo de Seguridad y con independencia de la aprobación del Congreso (Bradley, 2019, p. 756). De hecho, el presidente Harry Truman llevó al país a la guerra en Corea sin autorización del Congreso fundándose en el mandato de la ONU (Bradley, 2019, pp. 756-757). Aunque esto puede entenderse como una argumentación interesada de la administración Truman para ir a la guerra (que no había sido aprobada por el Consejo de Seguridad, sino por la Asamblea General), no deja de ser una interpretación razonablemente aceptable del derecho internacional.

Esto es algo relevante para el debate argentino. Por ejemplo, para el caso del envío de buques a la Guerra del Golfo en 1990-1. Como hemos discutido en otro lugar (Tripolone, 2021b, pp. 307-308), el problema constitucional de la decisión de enviar tropas al Golfo Pérsico fue que no estuvo aprobada por el Congreso hasta el 13 de febrero de 1991, es decir, cuando la guerra estaba cerca de terminar. Si el derecho internacional influye en el derecho constitucional hasta el límite en que se acepta que una decisión de intervenir militarmente aprobada por el Consejo de Seguridad puede ser ejecutada por el presidente sin autorización del Congreso, entonces el envío de tropas puede considerarse constitucional.

Este argumento se ha usado en Estados Unidos, como vimos, para la Guerra de Corea. Sin embargo, la administración del presidente George H.W. Bush también

quiso valerse de esta idea en la propia Guerra del Golfo de 1990-1991, aun cuando, al final buscó la aprobación del Congreso (Bradley, 2015, p. 300). Quienes aceptan esta tesis como válida sostienen que Estados Unidos, miembro permanente del Consejo de Seguridad, interviene en toda decisión sobre un conflicto armado. Por tanto, el consentimiento del Estado ya está. No es una obligación impuesta por el organismo internacional sin consentimiento expreso del país.

No obstante, quienes se oponen a esta idea argumentan que el órgano constitucional mandado a decidir sobre la guerra es el Congreso, quien no forma parte de la decisión en la ONU, ya que las relaciones internacionales son ejercidas principalmente por el presidente. El representante ante el Consejo de Seguridad es mandado y depende del Poder Ejecutivo. Aunque fue el propio Congreso quien aprobó en su momento el Tratado de San Francisco, eso no implicaría la aprobación de toda decisión de involucrar al país en un conflicto armado internacional.

#### 1.2. Ilegalidad internacional, ¿inconstitucionalidad interna?

El debate tomó otro cariz a partir del ataque decidido en Washington contra Irak en 2003, acción que no estuvo aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (Paulsen, 2009). Por supuesto, esta no fue la primera intervención militar norteamericana sin autorización del Consejo de Seguridad. Sin embargo, la de Irak es un ejemplo de una guerra en toda regla iniciada en el siglo XXI con la oposición de la ONU (no hubo consenso tampoco en la Asamblea, como sí sucedió para el caso de Corea). Tanto Estados Unidos como sus aliados iniciaron una acción estrictamente contraria al derecho internacional. La discusión jurídica fue la constitucionalidad de una decisión violatoria del orden internacional.

Como es obvio, el gobierno jamás lo explicitó. Tampoco faltaron argumentaciones jurídicas para defender la posición de la administración de Bush. En los considerandos de la Autorización para el Uso de la Fuerza contra Irak otorgada por el Congreso de Estados Unidos en 2002 se menciona la resolución 678 de 1990 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como documento jurídico internacional que legitima las acciones en 2003. Esta línea argumental fue parte de la estrategia jurídica de Washington luego de que su posición fuera derrotada en el Consejo de Seguridad

en 2003: no se necesitaba una nueva aprobación de este organismo, ya que la autorización para el uso de la fuerza se había otorgado en 1990 luego de la invasión de Irak a Kuwait.

Estos argumentos son, por supuesto, muy difíciles de aceptar. Salvo para juristas y políticos defensores de la administración Bush, hay consenso sobre la violación al derecho internacional que supuso invadir un país sin autorización del Consejo de Seguridad y sin que se den los supuestos de la legítima defensa<sup>3</sup>. Ahora bien, ¿fue inconstitucional para el derecho interno de Estados Unidos?

Dentro del derecho constitucional norteamericano, esta pregunta se responde ateniendo a los poderes militares del Estado. Por eso es que la primera cuestión es sobre la constitucionalidad del inicio de la guerra sin declaración formal. La práctica constitucional es clara: Estados Unidos se ha involucrado en decenas de conflictos armados a lo largo de su historia y solo ha declarado la guerra en cinco oportunidades (Bradley, 2019; Starr-Deelen, 2014). En la discusión académica se admite que el rol del Congreso para entrar en conflictos internacionales es fundamental (Ackerman y Hathaway, 2011). Sin embargo, no es claro si este tipo de autorización es equiparable a la declaración formal de guerra de la Constitución (Prakash, 2008; Bradley y Goldsmith, 2005). En cualquier caso, se ha admitido, sea con argumentos o con resignación, que la declaración formal no es un requisito que haga inconstitucional una intervención armada.

Por otra parte, también ha habido usos de la fuerza sin autorización del Congreso. La cláusula de comandante en jefe, que Argentina también tomó de la Constitución de Estados Unidos, ha sido una fuente de debates desde su sanción (Huntington, 2002, pp. 184-189). Se ha discutido acerca de los límites de los poderes que otorga entre posiciones muy amplias y otras muy restringidas, algo que también se ve en Argentina (Tripolone, 2018). Para darle un aura de constitucionalidad a las guerras decididas solo por el presidente, se ha postulado una diferencia entre “declarar la guerra”, facultad del Congreso, y “hacer la guerra”, facultad del ejecutivo (Baker, 2007, p. 34). Aun cuando sea una cuestión muy discutida, esto se ha hecho

a partir del silencio de la Constitución sobre el poder de hacer la guerra: si expresamente se asigna al Congreso la facultad de “declarar la guerra” y expresamente al Ejecutivo la de ser el comandante en jefe, no se asigna a ningún poder la facultad de *hacer* la guerra (Tribe, 2000, pp. 662-663).

En 1973, el Congreso de Estados Unidos dictó una ley (conocida como *War Powers Resolution*) para limitar los poderes presidenciales, aunque su impacto ha sido ínfimo en cuanto al control del presidente. Esta ley aceptó que el uso de la fuerza ofensiva con autorización del Congreso está legitimado, aun cuando esta no sea específicamente una declaración de guerra formal. En el caso iraquí, la aprobación de la guerra en el Congreso se hizo en octubre de 2002. Se satisfizo el requisito de que el Congreso participen en la decisión.

La cuestión fue si con esto era suficiente en términos constitucionales si se pone en juego el derecho internacional. En otras palabras, si la ilegalidad internacional de la guerra debía impactar en la constitucionalidad de la decisión a nivel interno. La respuesta, como sostiene Bradley y la literatura con la que se enfrenta, es negativa: la de Irak fue una acción internacionalmente ilegal, pero constitucionalmente aceptable dentro de Estados Unidos (Bradley, 2015, pp. 292-293). Es decir, en aquel país, el incumplimiento del *ius ad bellum* internacional no impactó en la constitucionalidad de la decisión. Ningún tribunal consideró algo distinto.

### 1.3. *Ius in bello* y derecho constitucional

Una tercera discusión importante trata el impacto del derecho internacional en las decisiones judiciales y la práctica constitucional dentro de Estados Unidos sobre el derecho *en* la guerra. Tanto la Corte Suprema como la literatura han admitido que los poderes del Estado federal en territorios ocupados por Estados Unidos derivan del derecho internacional (Bradley, 2015, p. 293). Esto fue aceptado tanto durante la guerra anglo-mexicana como en la Guerra Civil, es decir, al menos desde el siglo XIX. Lo interesante es que en ambos casos fue para ampliar los poderes de guerra del presidente, no para acotarlos. Lo que se intentaba es que las fuerzas armadas de aquel

<sup>3</sup> Para los debates en el Congreso de Estados Unidos, véase los documentos recogidos en (Sifry y Cerf, 2003, pp. 359-383). Para las discusiones en la ONU y sobre el proceso en el Consejo de Seguridad, véase (Sifry y Cerf, 2003, pp. 457-505).

país no estuviesen constreñidas por la ley norteamericana, ya que, se postulaba, el derecho internacional regía los casos de conflictos internacionales. En otras palabras, si antes vimos que el derecho internacional no podría frenar el *ius ad bellum*, ahora vemos que sí puede ampliar las facultades regladas en el *ius in bello*. En ambos casos, la interpretación es en favor de la ampliación de las potestades del Estado.

Al contrario, en casos más contemporáneos existe un relativo consenso sobre las limitaciones que ejerce el derecho en la guerra a los poderes presidenciales. Para ciertos autores, los poderes del presidente en Washington estarían limitados por el derecho internacional. Es importante recordar que esto se reduce a los poderes derivados del *ius in bello* y no, como dijimos, al derecho a hacer la guerra (Bradley, 2015, pp. 295-296). Aunque el Congreso podría haber dictado leyes para obligar al presidente a respetar las normas del derecho internacional humanitario (algo que ha sido discutido en la literatura norteamericana, e.g. (Yoo, 2006; Yoo, 2009)), no lo hizo (Bradley, 2015, p. 296). Esto se distingue con la práctica argentina, donde, como veremos, la legislación del Congreso y los decretos del Ejecutivo remiten al derecho internacional para determinar cuándo es posible el uso de las fuerzas armadas (véase el art. 1 del decreto 727/06 todavía vigente) y el comportamiento

de sus agentes en caso de conflicto (art. 20 ley 23554 de defensa nacional).

En cualquier caso, la Corte Suprema de Estados Unidos limitó el poder presidencial en aspectos centrales del *ius in bello*. Un ejemplo interesante atestigua un recorrido donde intervinieron los tres poderes del Estado. Luego de la detención de Salim Ahmed Hamdan, el chofer de Osama Bin Laden, la Corte determinó que el establecimiento de Comisiones Militares para juzgar detenidos superaba las facultades otorgadas por el Congreso en la autorización para usar la fuerza luego del 11 de septiembre del 2001 (*Hamdan v. Rumsfeld*, 2006). Para contrarrestarlo, el Congreso sancionó la *Military Commission Act* ese mismo año. Sin embargo, en *Boumediene v. Bush* de 2008, la Corte determinó que: a) suspender el hábeas corpus para ciertas personas es inconstitucional; y b) que las Comisiones, según la ley, operaban en violación de la Convención de Ginebra (Standon, 2021, pp. 378-379). Es decir, el derecho internacional también funcionó como limitador del poder presidencial y del Congreso en la guerra.

Este repaso breve sobre las discusiones en Estados Unidos alrededor de los vínculos entre el derecho internacional y el interno en relación a los poderes militares nos permitirá comparar con lo que sucede en Argentina, país que siguió el modelo constitucional norteamericano en este y otros aspectos.

## 2. La Constitución, el derecho internacional y la guerra de agresión en Argentina

### 2.1. El artículo 27 y la política exterior

Aunque la literatura sobre la Constitución de las relaciones internacionales en Argentina sea escasa, hay una amplia bibliografía sobre un tema en especial: la jerarquía de los tratados internacionales en relación al derecho interno. Uno de los enunciados normativos fundamentales en el contexto de esta discusión es el artículo 27 de la Constitución Nacional, el cual establece que: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén

en conformidad con los principios del derecho público establecidos en esta Constitución”.

A partir de esta cláusula, se entendió que el precepto consolida la jerarquía superior de la Constitución sobre los tratados internacionales. Luego de la reforma de 1994, no hay dudas: el artículo 75.22, surgido de la reforma, dice expresamente que la Constitución posee jerarquía superior a los tratados internacionales, salvo aquellos de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. En cualquier caso, lo que nos interesa en este momento es

preguntarnos por la incidencia del artículo 27 en la política exterior argentina en relación con la guerra.

Alguna doctrina constitucional ha leído en este artículo una obligación de tener una “política de buena vecindad y amistad con todas las naciones y organismos que integran la comunidad internacional” (Ekmekdjian, 1994, p. 745). Habría una opción por una política pacifista en la arena internacional, por lo que, constitucionalmente, no puede atacarse a otras naciones (Tauber Sanz y Vitalini, 2019, pp. 797-798). La idea sería que Argentina optó por la “república comercial” tal como la concebía Alberdi (2009, p. 205)<sup>4</sup>. Menos categórico, Sola sostiene que no debe darse una “idea excesivamente belicista de las competencias del Congreso en materia de las relaciones exteriores”, ya que, según sostiene, el artículo 27 obliga al Estado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras (Sola, 1997). El Estado habría elegido el comercio como estrategia central de política exterior, lo cual sería contrario a una opción belicista. En otras palabras, el artículo 27 obligaría a tomar partido por una política exterior permanente para el Estado basada en relaciones de paz y comercio.

Esta interpretación no puede aceptarse. El artículo 27 es un enunciado que determina cuáles son los medios para afianzar las relaciones de paz y comercio. La cláusula indica que, para afianzar las relaciones de paz y comercio, el gobierno federal debe hacerlo por medio de tratados “que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. La guerra, por más rechazo que haya generado en el pensamiento de Alberdi y otros contemporáneos, era un recurso político a veces inevitable, aun cuando haya sido desagradable, para resolver conflictos entre naciones. Tal es así, que la propia Constitución originaria contenía (y contiene) cláusulas relativas a la guerra.

Este artículo se limita a acotar los medios disponibles para alcanzar la paz y el comercio. Estos medios no pueden ser contrarios a los principios de derecho público constitucionales. Argentina, con el fin de afianzar la paz con una potencia extranjera o comerciar con ella, no podría optar por tratados contrarios a esos principios. El enunciado

normativo explicita una norma que indica que, cuando el Estado argentino busque afianzar las relaciones de paz y comercio, está obligado a hacerlo con medios conformes a los principios de derecho público constitucional. En otras palabras, que la paz y el comercio no pueden alcanzarse “a cualquier precio”.

Para mayor claridad, es interesante notar cómo se ha renunciado expresamente a la guerra, por ejemplo, en la Constitución de la República Española de 1931, cuyo artículo 6 afirmaba que “España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional” (Gómez Martínez, 2010, p. 216). Al contrario, el artículo 27 de la Constitución Argentina no constituye una renuncia a la guerra. En 1853, año de sanción de la Constitución, la guerra no era un crimen internacional. La Constitución fue sancionada en un contexto donde el *ius ad bellum* constituía una facultad del Estado incontestada en la arena internacional. Renunciar a este derecho era tanto como renunciar a la existencia política del Estado (Schmitt, 2009, p. 347). Los constituyentes en lo absoluto pudieron estar pensando en eso cuando consagraron que el Congreso Nacional tiene la facultad de “declarar la guerra”. Por lo demás, no hay ninguna cláusula constitucional que habilite a pensar esto.

Lo anterior no quita la posibilidad de que los poderes constituidos opten por una política exterior exclusivamente defensiva en términos militares basada en normas de derecho internacional. De hecho, esto es lo que sucede en la actualidad, tal como veremos más adelante. Sin embargo, en el plano constitucional, nada se dice al respecto. Entre los incisos 25 y 28 del artículo 75, la Constitución menciona que el Congreso Nacional tendrá las facultades de “declarar la guerra” (inc. 25), “ordenar represalias” (inc. 26), “fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno” (inc. 27), y “permitir la introducción de tropas Extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él” (inc. 28). En la redacción originaria, también habilitaba a entregar patentes de corso. Por su parte, el Poder Ejecutivo es “comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación” (99.12), “provee los empleos militares de la Nación” (99.13), “dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución

<sup>4</sup> Para la idea de “república comercial”, Segovia (1994, p. 151).

según las necesidades de la Nación” (99.14), “declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso” (99.15).

Ni la potestad de “declarar la guerra” o de “ordenar represalias” del Congreso, ni la de “disponer” de las Fuerzas Armadas y declarar la guerra y ordenar represalias del presidente se circunscriben a una actividad defensiva de las Fuerzas Armadas. Las cláusulas no condicionan la declaración de guerra, la orden de represalias o la disposición de las Fuerzas Armadas a un ataque previo. Es decir, leyendo solo la Constitución, es posible admitir que sería constitucionalmente aceptable iniciar una guerra ofensiva.

## 2.2. El derecho internacional como “ley suprema de la Nación” y el uso de la fuerza ofensiva

Otra cláusula central en el análisis de la relación entre el derecho interno e internacional en Argentina es la del artículo 31. A diferencia del enunciado analizado en el subtítulo anterior, este precepto encuentra uno similar en la Constitución de Estados Unidos en el artículo VI, párrafo segundo. La Constitución argentina sostiene que:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

La primera parte del enunciado es muy clara en consagrar la supremacía del derecho federal sobre el derecho provincial. Era clara antes de 1994 y lo es más con posterioridad. El problema que surgía antes de la reforma de 1994 era que este enunciado colocaba a la Constitución, leyes y tratados en una misma jerarquía. Más allá de que, por el artículo 27 que vimos antes, se entendía que la Constitución poseía una jerarquía superior a los tratados, se generaba la duda en relación a la jerarquía entre las leyes y los tratados. Esa discusión no tiene lugar en la actualidad. Vinculando el artículo 31 con el 75.22 es obvio que el primero establece que hay un bloque

jurídico federal superior al derecho provincial, mientras que el segundo consagra la jerarquía dentro del bloque jurídico federal. De esta forma, la reforma de la Constitución argentina terminó con una posible duda que en Estados Unidos se mantiene: la Constitución de aquel país no posee una solución expresa ante un conflicto entre un tratado y una ley del Congreso (Nowak y Rotunda, 2007, p. 126).

Ahora bien, teniendo en cuenta que el 75.22 coloca a los tratados internacionales en una jerarquía superior a las leyes, aunque inferior a la Constitución, se presenta el problema sobre la influencia de tratados que proscriben la guerra ofensiva y la potestad del Congreso Nacional y del Poder Ejecutivo de declararla. Si la declaración de guerra es una ley en sentido formal, entonces, si esta es contraria al derecho internacional, podría pensarse que la declaración de guerra es inconstitucional. Lo mismo vale para cualquier uso de la fuerza militar aun cuando no se declare la guerra. Siempre que sea contraria al derecho internacional, entonces será inconstitucional, ya que las decisiones presidenciales o legislativas irán en contra de una norma superior, como es un tratado internacional. Como vimos, esto se corresponde con la problemática que mencionamos en el apartado (ii) del subtítulo anterior en Estados Unidos.

A esto se suma que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíbe alegar disposiciones de derecho interno como excusa para incumplir obligaciones internacionales. La Corte Suprema de Justicia consideró en “Ekmekdjian c. Sofovich”, de 1992, que esta cláusula le da primacía al derecho internacional sobre el derecho interno, posición que mantuvo en “Servini de Cubría s. Amparo” del mismo año (Del Castillo, 2012, p. 20).

Es evidente que esta interpretación no surge del enunciado normativo. La Corte le adscribió al precepto de la Convención de Viena una norma jurídica que no se deduce del significado literal de los términos. La norma jurídica que expresa el artículo 27 de la Convención de Viena indica que, en la esfera internacional, no puede alegarse una norma interna. Cuando Argentina ratificó la Convención, se obligó internacionalmente a no alegar, en sede internacional, normas del derecho interno. Nada dice (no podría decirlo) de cómo el Estado debe interpretar y

aplicar el derecho público internamente. En otras palabras, nada dice sobre la jerarquía de las normas internacionales en relación a las internas.

De hecho, en la causa “Fibraca”, la Corte Suprema de Justicia morigeró esta posición al recordar que existe el artículo 27 de la Constitución, el cual obliga a que los tratados estén de acuerdo a los principios de derecho público. Esta era una forma de poner coto a consecuencias absurdas que puede acarrear la interpretación ofrecida en “Ekmekdjian c. Sofovich”.

### 2.3. Una puerta que debe cerrarse

También cabe mencionar la discusión sobre el artículo 118 de la Constitución Nacional como puerta de entrada del derecho de gentes en el derecho interno. Esta cláusula sostiene que

Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Para quien no esté involucrado en los debates constitucionales argentinos, puede sorprender que se analice este enunciado en el contexto de este trabajo. Sin embargo, alguna doctrina y jurisprudencia se ha encargado de postular que la mención al “derecho de gentes” constituye la puerta de entrada del derecho internacional general en el ordenamiento interno. Según la “tesis amplia” de interpretación del artículo 118, analizada por Artabe (2016), el derecho penal internacional ingresa en el derecho interno y, por tanto, el crimen de agresión pasa a ser un crimen de derecho interno. Esto lleva a postular que quienes ocupan puestos para decidir una guerra y lo hacen no solo cometen un crimen internacional, sino también un acto anticonstitucional y un crimen para el derecho penal nacional.

Por supuesto, esta tesis excede totalmente el sentido del artículo 118, que se limita a ordenar al Congreso la

sanción de una ley especial para definir el lugar donde debe seguirse el juicio para los casos de delitos contra el derecho de gentes fuera de las fronteras estatales. Lo dicho no significa, en lo absoluto, que el derecho internacional no influya, de varias formas que no podemos desarrollar aquí, en las interpretaciones de las cláusulas constitucionales, de la misma forma que sucede en Estados Unidos desde su independencia hasta la actualidad, según el análisis de Koh (2004). El punto es que no deben adscribirse contenidos arbitrarios a cláusulas claras, como la del artículo 118 de la Constitución Nacional.

#### 2.3.1. La remisión legal al derecho internacional

Como adelantamos, el derecho interno infraconstitucional remite al orden internacional. La propia legislación en defensa nacional y los decretos reglamentarios derivan a la Carta de Naciones Unidas y, en general, al derecho internacional para determinar las funciones de las Fuerzas Armadas. Por ejemplo, el artículo 20 de ley de defensa nacional 23554 establece que las Fuerzas Armadas, además de someterse al régimen de disciplina interna, “ajustarán su proceder al Derecho Nacional e Internacional aplicable a los conflictos armados” (art. 20, ley 23554).

Aquí hay un reconocimiento expreso sobre el sometimiento de las reglamentaciones y órdenes internas de la actuación de las Fuerzas Armadas al derecho internacional. Jurídicamente, esto implica que el derecho internacional no solo obliga al Estado argentino frente a la comunidad internacional, por ejemplo, en caso de participación en conflictos armados, sino que también obliga internamente. En otras palabras, en una causa judicial sobre el comportamiento de un agente de las Fuerzas Armadas, el tribunal deberá tener en cuenta las normas del derecho internacional. Esta cláusula no resultaba, en lo absoluto, innecesaria en el momento de su sanción en 1988. Era una necesidad de la época la de ajustar la actuación de las Fuerzas Armadas al estado de derecho en el plano nacional y a las normas internacionales, que habían sido violadas sistemáticamente durante las décadas previas.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, el Congreso Nacional dictó la ley de reestructuración de las Fuerzas Armadas en 1998. Al igual que la de defensa nacional de 1988, fue una ley debatida profundamente y con acuerdo multipartidario. El segundo párrafo del artículo

2, establece que: “La Nación Argentina ejerce su derecho a organizar fuerzas armadas aptas para el ejercicio de la legítima defensa, contemplado expresamente en el artículo 51 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas” (art. 2 ley 24948).

En su facultad de dictar las normas de organización de las Fuerzas Armadas (art. 75.27 CN), el Congreso

reconoce que su instrumento militar se acota a la función de legítima defensa contemplada en la Carta de Naciones Unidas. Lo propio hizo el Poder Ejecutivo al reglamentar la definición de “agresión de origen externo” de la ley de defensa nacional de 1988. El artículo 1 del decreto reglamentario 727/06, todavía vigente, remite al derecho internacional para definir ese concepto.

### 3. Redefinir el problema

Hasta el momento hemos tratado un problema de jerarquía de fuentes jurídicas según el artículo 75.22 de la Constitución Nacional. Sin embargo, tal vez el problema sea, justamente, que no es ese el marco para hacerse la pregunta. Es decir, que no estamos ante un problema de jerarquía de fuentes normativas.

Como hemos analizado en otro lugar, las cláusulas relativas a la declaración de guerra dejan muchas dudas sobre cómo es el proceso para hacerlo (Tripolone, 2021b, pp. 298-301). En cualquier caso, requiere de la intervención del Congreso y del Poder Ejecutivo. Según una lectura común, la declaración de guerra comienza con la autorización del Congreso Nacional como paso previo a la declaración presidencial de guerra. Suponiendo que esto es así, ¿podría pensarse que la autorización legislativa se asemeja a la aprobación de una ley y la declaración a su promulgación?

La respuesta, por supuesto, es negativa. La decisión de declarar la guerra o de involucrar al país en un conflicto es una potestad que relaciona al Estado argentino con otro u otros Estados en el plano internacional, no una norma jurídica, general o particular, que estatuye comportamientos para los habitantes del país (más allá de que, obviamente, impacte en ellos). Cuando se decide una guerra no se está sancionando una ley ni dictando un decreto. Como sostiene Bidart Campos, estos actos que no son de naturaleza legislativa, no deberían dictarse bajo la forma de ley (Bidart Campos, 1999, p. 144). El problema es que, en Argentina, no existe ninguna previsión expresa para que el Congreso se manifieste de otra forma que no sea

una ley. Ahora bien, asemejar la declaración de guerra con una ley no parece tener sentido.

Algo similar sucede con el dictado de decretos por parte del Poder Ejecutivo. La doctrina constitucional divide la actividad presidencial en: (i) decretos autónomos, que incluye toda la actividad del Ejecutivo otorgada por la Constitución exclusivamente; (ii) decretos reglamentarios, que son dictados para reglamentar una ley del Congreso Nacional; (iii) decretos delegados, esto es, aquellos dictados en virtud de una delegación previa del Congreso; y (iv) decretos de necesidad y urgencia, los cuales son dictados según la previsión del artículo 99.3 CN.

No hay dudas de que la declaración de guerra no ingresa en los supuestos (iii) y (iv). Por lo que dijimos antes, tampoco en el supuesto (ii), ya que no tendría sentido pensar que la declaración de guerra es la reglamentación ejecutiva de una ley del Congreso. Ahora bien, tampoco es claro que ingrese en la categoría de decretos autónomos. La declaración de guerra, según se ha entendido tradicionalmente, requiere de la participación de dos de los tres poderes del Estado. Con lo cual, no es una facultad autónoma del Ejecutivo.

En *Teoría de la Constitución*, Schmitt aclara que la aplicación del “procedimiento legislativo y la competencia de los órganos legislativos a otros actos del Estado, como si fueran de legislación” han oscurecidos los conceptos de ley y de estado de derecho (Schmitt, 2009, p. 153). El jurista sostiene que ver en actos políticos como la declaración de guerra una ley “no es más que un ardid de técnica verbal” (Schmitt, 2009, p. 153). Schmitt considera que, del hecho de que estos actos sean decididos por el órgano legislativo, no se deduce que sean leyes. Lo

único que puede derivarse de la asignación del concepto de ley es que

ciertos actos fijados por la ley constitucional o por costumbre jurídica deben ser llevados a cabo por los órganos competentes para legislar y dentro del procedimiento legislativo. Sería más que inconcebible querer deducir de aquí la ulterior consecuencia de que, por ello, pueden los órganos competentes para la Legislación resolver en forma de ley todo lo posible y arbitrario, y que todo lo que se toca por la varita mágica del procedimiento legislativo se convierte en una Ley, con lo que el “imperio de la Ley” ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes se confía la legislación (Schmitt, 2009, p. 154).

La declaración de guerra no es una ley o decreto que esté en una jerarquía inferior a los tratados internacionales. Es una decisión política legitimada por la Constitución que no ingresa en la escala jerárquica del artículo 75.22 de la Constitución. Esta decisión está legitimada por el procedimiento, es decir, por ser dictada por el órgano y el procedimiento autorizado para hacerlo según Constitución.

Es importante aclarar, otra vez, que es una cosa distinta el control judicial sobre *ius in bello*. Si el comportamiento de las Fuerzas Armadas es contrario al derecho de los conflictos armados o el Estado le niega derechos constitucionales a sus efectivos militares o enemigos, esto sí es susceptible de ser sometido a tribunales argentinos, como ha sucedido en el derecho comparado norteamericano, según vimos más arriba.

Bidart Campos resume el problema anterior diciendo que “el ‘hecho de que haya guerra’” no es inconstitucional,

“pero ‘lo que se hace’ en la guerra en uso de los poderes de guerra sí puede resultar inconstitucional” (Bidart Campos, 1999, p. 308). La determinación de la guerra, entonces, es una potestad del Congreso y del Poder Ejecutivo que, salvo en sus aspectos procedimentales, no es controlable por el Poder Judicial, ni siquiera en base a normas del derecho internacional.

Ahora bien, en el apartado anterior vimos que la propia legislación nacional limita el uso del poder militar a los supuestos establecidos en la Carta de Naciones Unidas, esto es, casos de legítima defensa y de operaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad. Como la declaración de guerra no es una ley en sentido formal, no podría pensarse que la autorización dada por el Congreso para participar en un conflicto armado internacionalmente ilegal sea una norma posterior y particular que deroga una norma anterior y general que lo impide. Por tanto, la decisión de la guerra debe adecuarse a esta restricción autoimpuesta por el Estado.

Si el Estado se autolimitó en el uso de la fuerza solamente a acciones legitimadas por el derecho internacional, entonces no puede, desde el plano constitucional, involucrarse militarmente en una guerra que sea ilegal para el derecho internacional. Por supuesto, el Congreso o el propio Poder Ejecutivo tienen herramientas para modificar esta decisión estatal de restringir el uso de la fuerza. Sin embargo, teniendo en cuenta el derecho vigente en la actualidad y desde una óptica estrictamente jurídica, un tribunal de justicia podría anular una decisión de involucrar al país en una guerra contraria al derecho internacional al que remiten las normas jurídicas internas.

## 4. La guerra y lo político

Ahora bien, cualquier análisis constitucional sobre la guerra debería tener en cuenta un punto todavía más importante y, en el sentido estricto del término, radical. Una decisión como la guerra no puede juzgarse exclusivamente en términos legales y constitucionales. Más allá de la aspiración encomiable de limitar la guerra por medio del derecho, lo cierto es que el estallido bélico es un desborde

de lo político que el derecho, tanto en el plano internacional como interno, es incapaz de prever en todos sus casos o limitar en todas sus consecuencias.

Intentar subsumir todo el fenómeno bélico a sus aspectos legales implica ignorar el problema jurídico-político de la guerra, como, según Schmitt, le sucede a la tradición

del positivismo liberal (Laleff Ilieff, 2020; Schmitt, 2009; Schmitt, 2004). Norberto Bobbio (1998) sostiene que la guerra muestra que la idea del control por el derecho del poder es un ideal “al que una observación desprejuiciada de la realidad desmiente continuamente” (pp. 107-108). Bobbio, a quien nadie acusaría de belicista, se da cuenta de que “la guerra moderna está, en una palabra, más allá de todo principio de legitimación y de todo procedimiento de legalización” (Bobbio, 1998, p. 109).

De hecho, la historia contemporánea muestra que ninguna limitación legal ha impedido la decisión de la guerra de una gran potencia. Alguien podría decir que el derecho, tanto internacional como interno, ha frenado otras muchas confrontaciones armadas que se habrían dado si no hubiese existido el orden jurídico. Sin embargo, sería una afirmación contra fáctica. Lo que sí podemos afirmar es que, a pesar de la Carta de Naciones Unidas y del Tratado de Roma de la Corte Penal, los Estados siguen usando la fuerza, tanto en confrontaciones menores como en guerras en toda regla.

Si se piensa en el derecho y la política norteamericana, esto ha sucedido de manera muy patente. En un trabajo anterior (Tripolone, 2021b, p. 297) mencioné, a partir de la biografía de Smith (2016, p. 503-504) de George W. Bush, cómo parte de su gabinete e incluso su vicepresidente, Dick Cheney, intentaron convencerlo de que no cumpliera con el fallo Hamdan que mencionamos al principio. Bush y el procurador general Alberto Gonzales estaban convencidos de que la Corte Suprema se había inmiscuido en una facultad presidencial y, por tanto, podían desoir al tribunal. Sin embargo, a partir del consejo de su asesora en seguridad, Condoleezza Rice, Bush optó por acatar el fallo para evitar dejar una mancha oscura como legado de su presidencia. Es decir, lo que frenó a Bush en su estrategia en la guerra contra el terrorismo no fueron argumentos jurídicos, sino políticos.

En el plano internacional, esta imposibilidad jurídica de limitar la guerra hace pensar a autores como Schmitt que el derecho internacional solo puede limitarla, pero no impedirla completamente (Schmitt, 1969; Tripolone, 2021a). El jurista alemán sostenía que la proscripción de

la guerra lejos de aplacar los conflictos, los agudizaba. La juridificación de la decisión de la guerra convierte al enemigo en un criminal que debe ser aniquilado, lo cual totaliza el conflicto armado. No es necesario coincidir con las tesis schmittianas para ver que algunas de las guerras de los siglos XX y XXI le dan la razón.

En cualquier caso, lo importante ahora es notar el acuerdo entre Bobbio y Schmitt sobre la imposibilidad de limitar, desde el derecho, la decisión de ir a la guerra. Tomando nuevamente el ejemplo de la Guerra de Irak, es muy difícil pensar que los tribunales internos de Estados Unidos hubieran podido detener la invasión por una declaración de inconstitucionalidad judicial. Los controles judiciales, como ha señalado Koh (1990) para el caso norteamericano, y hemos indagado de nuestra parte para Argentina (Tripolone, 2018; Tripolone, 2020b), son nulos en aspectos centrales de seguridad y defensa nacional, como es la decisión de una guerra o el involucramiento de las fuerzas armadas en el exterior. En el mejor de los casos, llegan tarde.

Involucrar al país en la guerra es una de las decisiones de mayor transcendencia para una comunidad política. Es muy poco lo que los tribunales puedan hacer frente a esa decisión, que es política. La experiencia muestra que es ingenuo pensar que un juez o incluso el tribunal superior puedan frenar al Ejecutivo de ninguna democracia occidental. No solo no ha sucedido en el derecho argentino ni comparado, sino que es dudoso que sea positivo que suceda. En esta materia, los controles sobre las decisiones del Ejecutivo son principalmente políticos, tal como han argumentado Posner y Vermuele (2010) para el caso de las emergencias en Estados Unidos.

## 5. Conclusión

En este artículo hemos abordado un problema central sobre la relación entre la guerra, los tratados internacionales y la Constitución Nacional. La pregunta fue si la ilegalidad de una acción armada en el orden jurídico internacional influye en la constitucionalidad de la decisión en el plano interno. Para plantear el problema, partimos del caso de la Guerra de Irak en Estados Unidos. Lo tomamos como paradigma no solo por su contemporaneidad, sino por las similitudes en la Constitución de aquel país y de Argentina y por la influencia que ha tenido el derecho constitucional norteamericano.

Del análisis pueden extraerse cinco conclusiones enlazadas entre sí:

(i) La Constitución Nacional no establece una finalidad exclusivamente defensiva para sus Fuerzas Armadas. El artículo 27 no consolida una política exterior de paz y favorable al comercio, sino que acota los medios para alcanzar las relaciones de paz y comercio del Estado. Éstos deben estar de acuerdo con los principios de derecho público.

(ii) La decisión de participar en un conflicto armado internacional tomada por el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo no es una ley y, por tanto, no ingresa dentro de la escala jerárquica del 75.22. Aunque se haga por el procedimiento legislativo, no puede considerarse como actividad legislativa del Congreso.

(iii) Por lo anterior, juzgar la constitucionalidad de la participación en un conflicto armado es independiente de la

legalidad o ilegalidad de la guerra en el plano internacional, ya que no está en discusión si la decisión ingresa o no en la escala jerárquica de fuentes normativas (concretamente, si la decisión de la guerra está de acuerdo con algún tratado superior en jerarquía a las leyes).

(iv) Ahora bien, mediante la remisión en normas jurídicas infraconstitucionales al derecho internacional, el Estado argentino se ha autolimitado en las posibilidades de decidir participar en un conflicto armado internacional. Por tanto, en la actualidad, sí podría juzgarse inconstitucional una decisión de involucrarse en un conflicto armado si es ilegal para el derecho internacional.

(v) Sin embargo, la pretensión de que el derecho pueda limitar las decisiones sobre la participación en una guerra es contraria a un análisis político de lo que supone la enemistad y la guerra. No hay experiencias en el derecho comparado que muestren la posibilidad de detener la decisión política de la guerra por incumplir con normas jurídicas internas o internacionales. Los controles son siempre políticos.

La pretensión de regular toda la actividad estatal por el derecho es la base de la idea de estado de derecho, una aspiración encomiable y que debe mantenerse. No obstante, la guerra como situación extrema muestra la autonomía de lo político en ciertos casos. Desde este punto de vista, este análisis puede contribuir tanto a la dogmática constitucional argentina como a la teoría política y constitucional sobre los límites del derecho en relación a las potestades militares del Estado.

## Referencias

- Ackerman, B., y Hathaway, O. (2011). Limited war and the Constitution: Iraq and the crisis of presidential legality. *Michigan Law Review*, 109(4), 447-517.
- Alberdi, J. B. (2009). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Terramar.
- Artabe, E. (2016). Derecho de gentes. En R. Gargarella, y S. Guidi, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria. Tomo I* (pp. 107-129). La Ley.
- Baker, J. (2007). *In the common defense. National Security Law for perilous times*. Cambridge University Press.

- Bidart Campos, G. (1999). *Manual de la Constitución reformada*. Ediar.
- Bobbio, N. (1998). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. (J. Binaghi, Trans.) Altaya.
- Bradley, C. A. (2015). *International Law in the U.S. Legal System*. Oxford University Press.
- Bradley, C. A. (2019). U.S. war powers and the potential benefits of comparativism. In C. A. Bradley, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (pp. 753-770). Oxford University Press.
- Bradley, C. A., y Goldsmith, J. L. (2005). Congressional authorization and the war on terrorism. *Harvard Law Review*, 118(7), 2047-2133.
- Crelter, A. (2022). El método filosófico o los métodos filosóficos. In G. Lariguet, y D. González Lagier, *Filosofía. Una introducción para juristas* (pp. 19-48). Trotta.
- Del Castillo, L. (2012). *El derecho internacional en la práctica argentina*. Errepar.
- Ekmekdjian, M. Á. (1994). *Tratado de derecho constitucional. Tomo II (Arts. 14bis a 27)*. Depalma.
- Gómez Martínez, R. (2010). *Constitución y Fuerza Militar (1808-1978)*. Universidad de Granada.
- Huntington, S. P. (2002). *The Soldier and the State. The theory and politics of civil-military relations*. Harvard University Press.
- Koh, H. (1990). *The National Security Constitution. Sharing power after Iran-Contra affair*. Yale University Press.
- Koh, H. (2004). International Law as part of our law. *The American Journal of International Law*, 98(1), 43-57.
- Laleff Ilieff, R. (2020). *Lo político y la derrota. Un contrapunto entre Antonio Gramsci y Carl Schmitt*. Guillermo Escolar Editor.
- Macmillan, M. (2011). *París, 1919. Seis meses que cambiaron el mundo*. (J. Beltrán Ferrer, Trans.) Tusquets.
- Miller, J. M. (1997). The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith. *American University Law Review*, 46(5), 1483-1572.
- Nowak, J. E., y Rotunda, R. D. (2007). *Principles of Constitutional Law*. West.
- Paulsen, M. S. (2009). The constitutional power to interpret international law. *The Yale Law Journal*(118), 1762-1842.
- Posner, E. A., y Vermeule, A. (2010). *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*. Oxford University Press.
- Prakash, S. B. (2008). Exhuming the seemingly moribund declaration of war. *George Washington Law Review*, 77(1), 89-140.
- Schmitt, C. (1969). Clausewitz como pensador político o el honor de Prusia. *Revista de Estudios Políticos*(122), 5-30.
- Schmitt, C. (2004). Teología política. Cuatro Capítulos sobre la teoría de la soberanía. In H. O. Aguilar, *Carl Schmitt, teólogo de la jurisprudencia* (pp. 19-62). Ciudad de Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, C. (2009). *Teoría de la Constitución*. (F. Ayala, Trad.) Alianza.
- Segovia, J. F. (1994). La república. De Aristóteles a El Federalista -y la idea republicana en la formación constitucional argentina-. In C. Egües, y J. F. Segovia, *Los derechos del hombre y la idea republicana* (pp. 75-159). Depalma.
- Sifry, M. L., y Cerf, C. (2003). *The Iraq War Reader. History, Documents, Opiniones*. Touchstone.
- Smith, J. E. (2016). *Bush*. Simon y Shuster.
- Sola, J. V. (1997). *El manejo de las relaciones exteriores. La Constitución y la política exterior*. Editorial de Belgrano.
- Standon, M. (2021). Applying the 'War on Terror' to the 'War on Drugs:' The Legal Implications and Benefits of Recategorizing Latin American Drug Cartels as Foreign Terrorist Organizations. *San Diego International Law Journal*, 22, 365-407.
- Starr-Deelen, D. (2014). *Presidential policies on terrorism. From Ronald Reagan to Barack Obama*. Palgrave Macmillan.
- Tauber Sanz, N. G., y Vitalini, E. (2019). Art. 21. In R. Gargarella, y S. Guidi, *Constitución de la Nación Argentina comentada. Tomo I* (pp. 794-815). La Ley.
- Tribe, L. H. (2000). *American Constitutional law*. Foundation Press.
- Tripolone, G. (2018). Poderes militares y Constitución en el siglo XXI. *En Letra*(10), 32-55.
- Tripolone, G. (2019). Poderes militares y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. In M. Benente, *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años* (pp. 207-231). Edupaz.

- Tripolone, G. (2020a). Las fuentes de la Constitución de la defensa nacional. In P. Alferillo, *Anuario de la Revista Jurídica Región Cuyo. Tomo IV* (pp. 13-28). IJ.
- Tripolone, G. (2020b). La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el ciclo de la Constitución de la Defensa Nacional. *Revista de la Facultad, XI*(2), 139-170.
- Tripolone, G. (2021a). *La Nostalgia por el orden. Carl Schmitt y el derecho internacional*. Tirant lo Blanche.
- Tripolone, G. (2021b). El Ejecutivo siempre gana. División de poderes y Fuerzas Armadas en Argentina. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*(44), 291-323.
- Tripolone, G. (2022a). *Vae Neutris! Argentina y las guerras globales, de 1914 hasta la actualidad: un siglo sin neutralidad*. Ediunc.
- Tripolone, G. (2022b). Fuerzas Armadas, protesta social y los límites del sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*(XXVII), 111-129.
- Truccone-Borgogno, S. (2023). Experimentos mentales y el rol de la historia. In G. Lariguet, *La metaética puesta a punto* (pp. 214-228). Ediciones UNL.
- Yoo, J. (2006). *War by other means. An insider's account of the war on terror*. Atlantic Monthly Press.
- Yoo, J. (2009). *Crisis and command. The history of executive power from George Washington to George W. Bush*. Kaplan.