

Autor: Gerardo Tripolone

Pertenencia institucional: CONICET – Universidad Nacional de San Juan

Correo electrónico: gerardotripolone@unsj-cuim.edu.ar

Título de la ponencia: El ciclo de la Constitución de la Defensa Nacional en Argentina. La imposibilidad de controlar al Poder Ejecutivo en asuntos militares

Introducción

En el contexto de lo que Battaglini (2013) llamó el “revival de la defensa nacional” en Argentina, la investigación académica en temas de estrategia, política de defensa y sociología militar aumentó en nuestro país. Sin embargo, esto no se reflejó en una profundización de los estudios constitucionales en el área. Los trabajos históricos sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a las rebeliones internas de Miller (1997a), una tesis doctoral de Sinópoli (2003) y los capítulos dentro de obras generales de derecho constitucional como los de Palazzo (2010) o Tauber (2019) son los antecedentes más importantes de estudios sobre los poderes militares desde el derecho constitucional de las últimas décadas. Desde hace un tiempo hemos buscado llenar este vacío (Tripolone, 2018; 2020b; 2021; 2020c). Esta ponencia se enmarca en esta agenda de investigación. A partir del marco teórico de Harold Koh (1990), buscaremos exponer el “ciclo” de la Constitución de la Defensa Nacional en Argentina.

Koh describió un patrón en la Constitución de la seguridad nacional en Estados Unidos. A partir de un caso paradigmático de uso del poder militar por parte del poder ejecutivo de aquel país en el escándalo “Irán-*Contra*”, Koh describe un patrón: el presidente tiene la iniciativa en asuntos militares y de seguridad, el Legislativo consiente en estas políticas y el Judicial tolera las prácticas incluso reñidas con la legalidad o la propia Constitución.

En este trabajo analizaremos de qué manera este patrón se ha dado en Argentina. Abordaremos las cláusulas constitucionales que permiten la primacía del Poder Ejecutivo sobre los otros dos poderes del Estado. Estas son, en gran medida, similares a las de la Constitución de Estados Unidos. Analizaremos decisiones judiciales, legislación y actos del Ejecutivo durante periodos de gobiernos constitucionales del siglo XX y lo que va del siglo XXI. Buscamos apreciar si, en un contexto de vigencia de la Constitución, el patrón descrito por Koh se cumple en Argentina. La hipótesis es que, con las particularidades nacionales, este patrón efectivamente se ha dado (y continúa dándose) en nuestro país.

La supremacía del presidente le ha permitido vulnerar los límites legislativos para el uso de las Fuerzas Armadas Argentinas. En los pocos casos en que la CSJN ha tratado los poderes militares del Ejecutivo (PE) y del Legislativo (PL), no ha podido o no ha querido frenarlo. Incluso se ha dado casos en que el Ejecutivo ha podido ignorar expresamente lo establecido en la Constitución Nacional Argentina (CN) sobre poderes militares y aun así su accionar no fue impedido ni por el Congreso ni el Poder Judicial.

Mediante este trabajo mostraré cómo en concreto se ejercen los poderes militares en Argentina desde un punto de vista constitucional. Esto permite aclarar la praxis constitucional del reparto de competencias en asuntos militares entre los tres poderes del Estado y compararlo con lo que sucede en Estados Unidos. Este trabajo es fruto de indagaciones previas publicadas en las que analizamos las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, por un lado (Tripolone, 2021), y el Ejecutivo y el Judicial, por el otro (Tripolone, 2020b). En este momento quisiéramos unir estos trabajos para explicitar el ciclo de la Constitución de la Defensa Nacional en Argentina.

Harold Koh y la Constitución de la seguridad nacional en Estados Unidos¹

Harold Koh (1990, págs. 5, 12-13, 62-63) sostiene que escándalo *Irán-Contra* no debe ser tomado meramente como un ilícito del entonces presidente Ronald Reagan y otros funcionarios públicos. Para el autor, el punto crucial es lo que enseña sobre el patrón que guía las relaciones entre los tres poderes del Estado en asuntos de seguridad nacional.

Para Koh, el Ejecutivo norteamericano, al menos desde la década de 1970, siempre se impone frente a los otros poderes porque (i) tiene iniciativa plena en asuntos de seguridad, defensa y política militar; (ii) el Congreso consciente lo que hace el PE y (iii) el Poder Judicial tolera sus decisiones (Koh, 1990, pág. 5). El autor elabora este ciclo para analizar las razones institucionales que posibilitó el apoyo militar secreto de su país a los *Contra* en Nicaragua financiado mediante la venta igualmente secreta de armas a Irán durante la guerra con Irak.

Este patrón se halla en casos de intervenciones a gran escala, como en Vietnam, o de menor intensidad y tiempo, como el intento de rescatar los civiles secuestrados en la embajada en Irán decidida por James Carter o la intervención militar en Granada por Ronald Reagan, entre otros casos (Koh, 1990, págs. 38-39). La tendencia se ha acentuado desde entonces.

¹ Una versión anterior de esta sección fue publicada en español en (Tripolone, 2021, págs. 293-297).

La presidencia de George W. Bush y la *war on terror* ofrecen los ejemplos más actuales. Harold Koh era decano en la Universidad de Yale durante los gobiernos de Bush y es reconocido por su crítica a esta situación de preeminencia del ejecutivo, tanto en la obra citada como en trabajos y declaraciones posteriores. Sin embargo, hay autores que afirman lo mismo, solo que para defenderla. Por ejemplo, John Yoo, quien sostiene que, por ejemplo, la forma en que Bush pudo continuar la guerra de Irak durante la “*surge*” de 2007 a pesar de la oposición de parte de los miembros del Congreso sirve como “recordatorio tanto de la preeminencia constitucional del presidente en la guerra, como de la reluctancia del Congreso de usar sus poderes para frenarlo” (Yoo, 2009, pág. 410).

Esta primacía del ejecutivo se debe a muchas razones. Una de ellas es a la naturaleza y las necesidades del instrumento militar, sobre todo en situaciones de guerra o emergencia. Como sostiene Baker, el ejecutivo es un poder unitario que, a diferencia del Congreso, tiene las ventajas de la “sorpresa, velocidad y secreto” (Baker, 2007, pág. 25). Esto es vital para el comando operacional de las fuerzas armadas, que difícilmente podría funcionar si estuviese sujeto al control de diversas agencias o de otros poderes del Estado. Además, continúa el autor, la decisión unilateral del ejecutivo evita “la obstrucción de la política de partidos” (Baker, 2007, pág. 26).

Aunque el propio Baker señala contraargumentos y beneficios del control de las acciones militares del ejecutivo por parte del Congreso y, en general, de la opinión pública (Baker, 2007, págs. 26-27), la primacía del presidente es incuestionable. Esto parece promover la deferencia de los otros poderes incluso en casos en que el presidente ha ignorado, interpretado de forma sumamente flexible o directamente violado normas dictadas por el legislativo o decisiones del poder judicial.

Teniendo en cuenta estas ideas, a partir de ahora analizaremos lo que ocurre en el derecho constitucional de la defensa nacional en Argentina.

Distribución de poderes y fuerzas armadas en Argentina

Como en toda federación, la distribución de poderes se da en dos niveles: entre el Estado federal y las provincias, por un lado; y entre los poderes del Estado federal, por otra. En esta ponencia, nos concentraremos en la relación entre poderes federales.

a) El presidente, el Congreso y la declaración de guerra

Las facultades del Congreso de la Nación al respecto se hallan en el artículo 75, incisos 25 a 28 de la CN. Estas cláusulas incluyen nada menos que la declaración de guerra y la orden de represalias. Se sigue la idea republicana sobre quién debe decidir la guerra: el pueblo mismo o sus representantes quienes, en definitiva, irán a luchar y probablemente morir. Sin embargo, el artículo 99.15 establece que el PE “declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso”. Una directiva de interpretación lingüística de textos jurídicos indica que a dos términos distintos deben darse significados diversos salvo razones de peso en contra. En este sentido, “autorización” y “aprobación” debe entenderse como dos conceptos diferentes. Mientras autorización implica un acto previo a algo, aprobación supone un momento posterior. Esto genera problemas interpretativos que no trataremos en esta ponencia por cuestiones de espacio, pero que dan una pauta importante sobre los márgenes de actuación que abre la propia CN al permitir interpretaciones diversas.

b) Situaciones de excepción y poderes militares

Otro camino por el que el PE triunfa sobre el PL surge del debate sobre la distribución de competencias militares, en particular en lo que respecta a la facultad de disposición de las FFAA (artículo 99.14 CN) y la cláusula de comandante en jefe (artículo 99.12 CN). El alcance de los poderes que tiene el comandante en jefe no es claro, por lo que sirve como base para ampliar las facultades presidenciales en este aspecto. De hecho, según afirma Huntington, la función más importante que esta cláusula ha tenido en Estados Unidos ha sido la de expandir los poderes presidenciales (Huntington, 2002, pág. 184), algo que también puede servir de argumento en nuestro país. Además, la facultad de disposición de las FFAA está otorgada al presidente por la propia CN y es ejercida “según las necesidades de la Nación”, por lo que resulta una facultad en apariencia discrecional.

En base a estas cláusulas, como hemos analizado en otro trabajo (Tripolone, 2018), constitucionalistas como Bidart Campos (1999, págs. t. III, p. 307), Sinópoli (2003, pág. 70) y Palazzo (2010, pág. 834) consideran que la legislación no puede limitar el poder de disposición de las FFAA incluso en asuntos en que el Congreso le ha vedado actuar mediante la legislación. Una doctrina similar sigue ciertos constitucionalistas en Estados Unidos y fue la base para los memorándums que la Oficina de Asuntos Legales del ministerio de Justicia emitió durante la presidencia de Clinton y, con mayores consecuencias, los que fundaron la expansión de los poderes presidenciales luego de los atentados el 11 de septiembre de 2001 (Smith, 2016, págs. 257-258).

Por su parte, las facultades de emergencia del PE en Argentina no tienen correlato en la Constitución de Estados Unidos. La más importante es, sin dudas, la posibilidad que tiene de declarar el estado de sitio por sí mismo cuando el Congreso se halla en receso. Aunque el PL deba ratificar esta declaración, la celeridad del PE le permite actuar entre la declaración y la ratificación, restringiendo derechos, ordenando arrestos y traslados que pueden ocasionar perjuicios graves.

La declaración del estado de sitio activa la posibilidad de utilizar a las FFAA en asuntos de seguridad interna, tal cual lo legisla el título VI de la ley 24.059 de seguridad interior. El artículo 31 establece que, una vez declarado el estado de sitio, si las fuerzas de seguridad “a criterio del Presidente de la Nación” son insuficientes, puede valerse de las FFAA para “el restablecimiento de la seguridad interior dentro del territorio nacional”. Como recaudo previo, el artículo 32 exige que para este empleo de las FFAA se declare el estado de sitio, facultad del Congreso de la Nación pero que, como vemos, puede ejercer el PE durante el receso de aquél.

La cláusula de comandante en jefe y la facultad de disponer de las FFAA que otorga la CN ofrecen dos marcos de discusiones que pueden justificar la utilización por parte del PE del poder militar incluso más allá de los límites de la legislación. Al contrario, la facultad de valerse de ellas en caso de estado de sitio está reconocida expresamente en la ley de seguridad interior. En cualquier caso, todas ellas demuestran por qué el sistema constitucional y legal está diseñado para que el PE se imponga.

c) El Poder Judicial y los poderes de guerra

En la sección tercera de la segunda parte de la Constitución se refiere al Poder Judicial. En el capítulo segundo de esta sección se tratan las atribuciones de este poder. La única mención expresa a una cuestión de defensa nacional es el juzgamiento de acusados por “traición a la patria” (art. 119). La Constitución define traición a la patria “únicamente” como “tomar las armas contra [la Nación]” o “unirse a sus enemigos prestándole ayuda y socorro”. Esto es un límite para el Congreso, que no puede crear un delito penal más amplio de traición a la patria, y al Poder Ejecutivo, que no puede castigar por este delito durante un conflicto armado mediante Consejos de Guerra.

Ahora bien, fuera de esta cláusula, el Poder Judicial puede intervenir, y así lo ha hecho, decididamente en cuestiones militares. Esto se hace mediante el juzgamiento de causas sometidas a su jurisdicción, especialmente relativas al ejercicio del control de constitucionalidad sobre actos del Poder Ejecutivo o leyes del Poder Legislativo. Esta facultad

ha sido ampliamente debatida en Argentina, al igual que en Estados Unidos y en los demás países donde se ha aceptado el ejercicio del control judicial de las leyes. No nos adentraremos en esta cuestión. No obstante, es importante señalar que, en líneas generales, sobre todo a partir del retorno de la democracia en 1983, la CSJN ha mostrado una posición activista en ciertos temas institucionales. Ha declarado inconstitucional ciertas leyes sancionadas por el PL y medidas tomadas por el PE. Sin embargo, en materia de cuestiones militares, la CSJN se ha mostrado mucho más reticente a actuar contra los otros poderes constitucionales.

El ciclo de la Constitución de la defensa nacional en acción

Como dijimos en la introducción, tomaremos algunas causas cuyos hechos que las generaron sucedieron durante gobiernos constitucionales. Esta selección deja fuera causas como “Merck Química”, uno de los precedentes fundamentales sobre poderes militares en el país. La razón es que, aunque la causa fue decidida durante un gobierno constitucional, las acciones del Estado que derivaron en la causa judicial fueron realizadas por un gobierno de facto. Los casos elegidos para analizar son:

- (i) La declaración de “estado de guerra interna” por Juan D. Perón en 1951 para reprimir un alzamiento militar. Esta declaración derivó en una causa judicial fallada por la CSJN.
- (ii) La declaración de “conmoción interior” por Arturo Frondizi en 1962 por el cual se valió de las FFAA para reprimir protestas sociales y de Consejos de Guerra para juzgar a civiles que intervinieron en ellas.
- (iii) La venta de armas secretas a Croacia y a Ecuador por Carlos S. Menem entre 1991 y 1995. Este es el caso que más semejanzas tiene con el escándalo Irán-*Contra* y demuestra, con un ejemplo más contemporáneo, la inmunidad del presidente frente a decisiones de política militar.

Los dos primeros casos refieren al uso de las fuerzas armadas en asuntos internos. Esto se explica por la escasa participación en conflictos internacionales que ha tenido el país desde su organización. Desde la sanción de la Constitución en 1853, Argentina ha declarado formalmente la guerra en dos oportunidades: en 1865 a Paraguay y en 1945 a Alemania y Japón. Solo en la primera intervino militarmente en forma expresa y durante varios años. Más allá de esto, Argentina combatió una guerra sin declaración contra el Reino Unido en el Atlántico Sur por las islas Malvinas, participó en operaciones encubiertas en Nicaragua durante fines de la

década de 1970 y principios de 1980, envió una flota de guerra durante la Guerra del Golfo Pérsico entre 1990 y 1991 y ha enviado efectivos militares para acciones humanitarias durante conflictos armados a distintos lugares. El único caso de los tres ejemplos elegidos que refiere a una cuestión internacional es el último. En él veremos cómo el Estado, a través de una decisión presidencial sin ningún tipo de control del PL ni sanción posterior del Poder Judicial, pudo involucrarse militarmente y en forma encubierta en dos guerras internacionales.

Finalmente, es importante notar que el primer ejemplo refiere a una medida dictada por el gobierno de Perón, el segundo por un gobierno de un presidente de la Unión Cívica Radical y el tercero por un gobierno también peronista, pero en su variante neoliberal. Es decir, tres posiciones políticas distintas. Si extendiéramos los ejemplos, como hicimos limitándonos a las relaciones entre PL y PE en Tripolone (2021), veríamos que hay una permanencia en los distintos partidos políticos alrededor del predominio del Ejecutivo sobre los otros dos poderes.

a) Estado de guerra interno²

El 28 de septiembre de 1951, un grupo de militares liderados por Benjamín Menéndez intentó derrocar al gobierno de Juan D. Perón. Mediante el decreto 19376/51, Perón declaró el “estado de guerra interno”, una institución que no formaba parte de la Constitución nacional, que había sido reformada en 1949. Solo había dos institutos de emergencia: el estado de sitio que provenía de la CN de 1853-1860 y el estado de “prevención y alarma”, creado para situaciones menores a las que permitían la declaración del estado de sitio (Tripolone, 2020a).

El presidente creó una institución de emergencia por su sola voluntad y la llamó “estado de guerra interno”. Perón legitimó su decisión en la facultad de declarar la guerra que el artículo 83.18 de la Constitución de 1949 (mismo artículo e inciso de la CN de 1853-1860) concede al Ejecutivo. El decreto es del 28 de septiembre de 1951, es decir, durante el último día hábil del periodo de sesiones ordinarias del Congreso que, por ese entonces, finalizaba el 30 de ese mes. Si realmente la facultad que estaba utilizando el presidente era la de declarar la guerra, entonces el órgano capacitado para hacerlo era el Congreso Nacional o el presidente, pero con acuerdo posterior del Congreso durante el receso.

Puede pensarse que un evento tan abrupto como un levantamiento militar necesita de una acción rápida. Sin embargo, ¿requiere una declaración de “guerra interna”? La propia Constitución ofrecía instituciones para cubrir este momento: Perón podía declarar el estado de prevención y alarma. El Congreso de la Nación podría haber declarado el estado de sitio. No lo

² Algunos de las ideas de esta sección fueron publicados en español en (Tripolone, 2021, págs. 156-160).

hizo. Tampoco denegó la posibilidad del Ejecutivo de arrogarse un instituto, como el estado de guerra interno, que no existía. Lo que hizo fue aceptarlo expresamente mediante la ley 14062.

El estado de guerra interno se extendió el resto del mandato de Perón (Potash, 1981, págs. 188-189). Esto hace pensar, como sostiene Potash en el lugar citado, en los límites que el propio Perón veía en su autoridad y la necesidad que tenía de mantener facultades de emergencia. Lo interesante es ver cómo una facultad pensada para la guerra inter-estatal y, por tanto, internacional, es utilizada para un enfrentamiento interno. La declaración de guerra es propia del derecho internacional de la modernidad que consideraba la declaración pública de guerra a otro Estado como fundamental para una guerra llevada en forma. En 1951, esta institución fue usada internamente, lo cual coincide con la internalización de los conflictos internacionales o, como señalaba Carl Schmitt desde la década de 1930, con la pérdida de distinción entre interior y exterior, guerra interna y guerra exterior.

Bajo el estado de guerra interno, se arrestó a los soldados y oficiales sublevados y otras personas. A partir de esto, la CSJN tuvo que resolver la causa “Attías” planteada por un civil que había sido arrestado en este contexto. Peticionó la inconstitucionalidad de la declaración de guerra interna y, mediante un “recurso de habeas corpus”, su liberación. La Cámara de Apelaciones rechazó la pretensión de “Attías” de declarar arbitraria la detención, para lo cual se fundó en “Merck”. En esta causa de 1948, la guerra internacional había legitimado ciertos poderes en caso de guerra internacional. En 1951, esta idea sirvió para un estado de guerra interno. En julio de 1952, la Corte dictó, en tres páginas, su fallo.

La CSJN subsume el “estado de guerra interno” en la categoría de “estado de guerra”. Ambas legitiman el uso de los poderes militares del Estado. El estado de guerra es un género que tiene dos especies: guerra interna e internacional: “la declaración del estado de guerra –aún en el orden interno del país, en casos de insurrección u otros análogos– es por su naturaleza, un acto indiscutiblemente político” (Fallos 223:212).

La mayoría de la Corte fundó la potestad de declarar la guerra interna en las cláusulas sobre poderes militares de la CN de 1949: artículos 68 inc. 21 y 83 inc. 18. La primera establecía que el PL tiene la facultad de “autorizar al PE para declarar la guerra o hacer la paz”. La segunda, que el PE “declara la guerra y concede cartas de represalia, con autorización y aprobación del Congreso”.

La argumentación de la CSJN remite a la discusión sobre la facultad de declaración de guerra. Aunque cita la cláusula del 68.21 sobre la potestad del Congreso de *autorizar* al

presidente a declarar la guerra, esta no se utilizó en lo absoluto: la declaración del estado de guerra interna fue durante un periodo de sesiones ordinarias (aun cuando fue el último día hábil) y lo hizo el PE por sí mismo. Luego, el Congreso aprobó esta declaración.

Autorizar y aprobar no son sinónimos, ya que el primer concepto refiere a un acto anterior, mientras que el segundo a uno posterior. El procedimiento podría estar de acuerdo con el 83.18, que utiliza los dos términos “autorización y aprobación del Congreso”: podría pensarse que el Ejecutivo puede declarar la guerra que luego es aprobada por el Congreso. Sin embargo, no estaría de acuerdo con el 68.21, que solo utiliza el término “autorizar” y no “aprobar”.

En cualquier caso, la Corte sostiene que la declaración de guerra “aún en el orden interno del país”, es un acto exclusivamente político (Fallos 223:212-213). En base a esto, sostiene que

la intervención judicial es en principio procedente y cabe requerirla, solamente para juzgar de las formas, condiciones y extensión en la aplicación a los casos particulares de los poderes ejecutivos ejercidos en orden a las atribuciones y derechos excepcionales que derivan de los estados de la naturaleza de los señalados, pero no para revisar a estos (Fallos 223:213).

Cuesta extraer la regla jurídica, si es que hay una, de este párrafo. Sostiene que la intervención judicial es solo para “juzgar” la aplicación de ciertas atribuciones derivadas de la situación de guerra, “pero no para revisar a estos”. No se sabe bien cuál es el alcance de la revisión judicial, ya que, si son “las formas, condiciones y extensión en la aplicación a los casos particulares”, entonces las capacidades de control serían realmente amplias. La formulación parece abarcar tanto cuestiones de forma como fondo. Pero luego sostiene que no pueden revisar “estos”, lo cual no se sabe si refiere a los actos o los “poderes ejecutivos” o los “derechos excepcionales”. En cualquier caso, la CSJN admite que la detención de una persona durante el estado de guerra “constituye el ejercicio regular de uno de los poderes legítimos inherentes a ese estado” (Fallos 223:213). Por tanto, no impugna lo actuado por el PE.

b) La conmoción interior y las fuerzas armadas³

En el año 1962, con el contexto de la Guerra Fría y con la Revolución Cubana muy presente en el marco de la lucha anticomunista en América Latina, el presidente Arturo Frondizi recurrió a una ley sancionada durante el gobierno de Perón y decretó el estado de “conmoción interior”. Fue lo que se conoció como “Plan Conintes”, que incluyó la militarización de la seguridad pública, la creación de comisiones militares para el juzgamiento de civiles, el traspaso de ciertos servicios como los ferrocarriles al área de defensa y la subordinación de las policías a las FFAA

³ Parte de esta sección fue publicada en español en (Tripolone, 2020b, págs. 160-167).

(Quiroga Lavié, Benedetti, & Cenicacelaya, 2009, págs. 365-373). Ciertos delitos referidos al orden constitucional y la autoridad pública se juzgarían en Consejos de Guerra Especiales. En este caso, el Congreso de la Nación habilitó al Ejecutivo a que ampliara sus potestades superando garantías constitucionales de defensa en juicio y juez natural, consagradas en el artículo 18.

Mediante los decretos 2628 y 2639 de 1960, el presidente Arturo Frondizi estableció que se daban los supuestos para que se utilice la ley 13234 de organización de la Nación en “tiempo de guerra” (Potash, 1981, pág. 431 y ss.). Por una decisión presidencial, el gobierno entendió que se estaba en un estado de guerra y, como tal, permitió que fueran los tribunales militares los que juzgasen a la población civil, enemigos combatientes para las Fuerzas Armadas y para el gobierno radical. Este fue el tema principal que debía juzgarse en “Rodríguez Ruggero”.

Esta causa es la más importante, con más desarrollo teórico y de mayores consecuencias para identificar la regla jurisprudencial sobre los poderes militares para el caso de un conflicto armado interno. Sería difícil pensar en una decisión judicial tomada en estos términos en la actualidad. Sin embargo, no hay jurisprudencia posterior sobre el tema.

Juan Carlos Rodríguez, Conrado Andrés Ruggero y Juan Carlos Tambascio fueron juzgados y condenados por el Consejo de Guerra Especial N°1 a doce años de prisión, en el caso de Rodríguez y Ruggero, y a cinco, en el caso de Tambascio (Fallos 254:131-132). El delito era el de estrago y el hecho puntual era el de colocar una bomba en una confitería de Buenos Aires.

La defensa de Ruggero sostuvo la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar y de la ley 13234 de organización de la Nación en “tiempo de guerra”. El tribunal consideró que “es notoria la existencia y gravedad del estado de subversión y violencia generalizada” (Fallos 254:136). La palabra “subversión” (también utilizada en Fallos 254:135) es asociada a “grave y violento desorden interior” (Fallos 254:135) y a “insurrección” (Fallos 254:134). Señala la existencia de un conflicto que se da en el interior del país y que conmueve la tranquilidad pública.

La Corte no utiliza el término “guerra”. Sin embargo, legitima el uso de los poderes militares del Estado y habilita a las FFAA a realizar tareas de represión interna, inteligencia y juzgamiento. Aquí está el meollo de la causa: las FFAA, para la CSJN, están constitucionalmente habilitadas para intervenir internamente incluso en supuestos donde no hay una guerra en sentido estricto. Los poderes militares del Estado se expanden a circunstancias que la propia CSJN no califica como guerra.

Frente al pedido de inconstitucionalidad de las Comisiones Especiales, la ley marcial y los decretos que establecieron el Plan CONINTES, sostiene que:

es doctrina establecida desde antiguo que asiste al Estado la facultad de la autopreservación, contra los ataques llevados con violencia contra las instituciones vigentes. Ya las leyes romanas permitían en supuestos tales la transitoria concentración de todos los poderes en magistraturas extraordinarias, cuyo empleo para dominar la subversión interna –‘seditionis sedande causa’– se admitió desde temprano (Fallos 254:134).

La CSJN postula la “autopreservación” del Estado como una facultad que no requiere de cláusula constitucional. De hecho, la Corte no cita ninguna. Lo que hace es remitirse a la tradición republicana de la antigüedad que daba lugar a la dictadura por causas de conmociones internas. Más adelante agrega otro argumento en favor del poder de autodefensa del Estado acudiendo al talismán de la doctrina norteamericana.⁴ El poder de autodefensa con las FFAA, sostiene la Corte, es

compatible incluso con la inexistencia en la Constitución de expresas cláusulas de emergencia, porque también entonces ‘el brazo militar de un gobierno puede ser empleado para preservar la paz pública y asegurar el cumplimiento de las leyes’ (Fallos 254:135).⁵

Una vez que establece la existen de los poderes de autopreservación, la Corte sostiene que “incluyen los militares, habida cuenta de que en supuestos excepcionales las autoridades legales ordinarias pueden ser incapaces de mantener la paz pública y suprimir la violencia y la depredación” (Fallos 254:134). Las FFAA constituyen un “órgano auxiliar para dominar la subversión” (Fallos 254:135). Las FFAA serían instituciones que actúan en los conflictos internos solo en casos de excepción únicamente si las autoridades ordinarias no pueden afrontar la violencia.

De esta forma, la CSJN explicita el ciclo de la Constitución de la Defensa Nacional cuando sostiene que, aunque “el recurso a las fuerzas armadas de la Nación requiere de ordinario la anuencia del Congreso, no hay razón bastante para desconocer la iniciativa al Poder Ejecutivo ni para negar el carácter convalidante a la ley posterior” (Fallos 254:136-137). ¿Por qué el presidente puede actuar por sí mismo?: porque a él le corresponde “atender la urgencia de ‘las

⁴ Sobre la idea del derecho norteamericano como talismán para la CSJN, véase (Miller, 1997b).

⁵ El entrecorillado corresponde a una cita del libro *Principles of the Constitutional Law of the United States* de W.W. Willoughby.

necesidades de la Nación” como comandante de las FFAA (Fallos 254:137). La iniciativa es del PE, el PL acompaña y el PJ valida.

Una vez aceptada la utilización de las FFAA en el combate de una insurrección, la Corte establece los límites a los poderes militares del Estado. Para la Corte, estos poderes no se circunscriben “a la mera y desnuda coacción física” (Fallos 254:137). Una de las cuestiones más importante de la causa era el valor de los Consejos de Guerra, ya que la actora había petitionado su inconstitucionalidad. Basada en los poderes militares, la CSJN sostiene que, además de la coacción física, las FFAA tienen facultades de investigación, arresto, allanamiento de domicilios y “la adopción de los procedimientos sumarios del Código de Justicia Militar” mediante Consejos de Guerra (Fallos 254:137).

Todas estas facultades tienen un límite temporal: solo mientras dure la emergencia. Aquí la CSJN se arroga la potestad para delimitar la emergencia: una vez concluida *de hecho*, las sentencias dictadas pueden ser revisadas por los tribunales de justicia (Fallos 254:137-138)⁶. ¿Quién va a determinar el límite temporal? Si el PE o el PL no lo hacen, lo hará el PJ. La Corte sostiene que el poder militar debe ser ejercido con control, sobre todo teniendo en cuenta que no se está frente a la ley marcial del derecho norteamericano (Fallos 254:134). Con cita a Edward Corwin, sostiene que, en caso de ley marcial norteamericana, existe un “mando militar discrecional y [...] represión sin forma alguna de juicio” (Fallos 254:134).

El tribunal admite que una situación de estas características podría darse en Argentina. Aunque no está en la CN, la Corte legitima la ley marcial al afirmar que “está incluida en los reglamentos y ordenanzas que el Congreso tiene facultad de dictar para el gobierno del ejército en tiempo de paz y guerra (art. 67, inc. 23, Constitución Nacional)” (Fallos 254:136). Además de las cláusulas constitucionales, cita las causas “Alvear” y “Adhemar”. En cualquier caso, señala que en la causa no se discute ese supuesto, por lo que sus facultades de control se mantienen intactas.

Ahora bien, el tribunal restringe su control al excluir lo que considera como potestades propias de los otros poderes del Estado. El Poder Judicial no podría revisar “el acierto con que los poderes políticos aprecian las circunstancias que se requieren para la validez del empleo auxiliar de las fuerzas armadas” (Fallos 254:136). Esta autorrestricción en el control es, según la propia CSJN, más importante en tiempos de emergencia:

⁶ Esto es compatible con la historia del estado de sitio, tal como resalta Carl Schmitt. El estado de sitio es, antes que nada, una situación de hecho que termina también cuando terminan los hechos (Schmitt, 2009, pág. 221 y ss.).

Tanto más en los supuestos en que, como en el caso, la revisión judicial se requiere en el curso de la emergencia y como impedimento de la actuación militar. Porque la función judicial no puede sustituir la acción de los poderes a los que incumbe como deber primario la preservación de la paz pública ni asumir la responsabilidad de éstos (Fallos 254:136).

Para la CSJN, los límites del control están dados por la “razonabilidad en el recurso a la fuerza militar” (Fallos 254:136). En el caso planteado,

es notoria la existencia y gravedad del estado de subversión y violencia generalizada que motivó la expedición de los decretos 2628 y 2639 de 1960, [por tanto,] lo expuesto basta para desechar, en este aspecto, su impugnación constitucional (Fallos 254:136).

En definitiva, la CSJN (i) se inhibe de evaluar “el acierto” con que los políticos aprecian las circunstancias para el empleo auxiliar de las FFAA; y (ii) admite que debe evaluar la razonabilidad del empleo de las FFAA, algo que considera cumplido en el caso por la gravedad de la situación. Es difícil comprender la regla jurídica en este punto. Lo que sí está claro es la posibilidad de revisar las decisiones tomadas por los Consejos de Guerra. El tribunal apela nuevamente al artículo 23 sobre estado de sitio para sostener que el presidente no impone penas, siendo que es justamente eso lo que hace un tribunal militar. En cualquier caso, una vez terminada la emergencia, queda abierta la posibilidad de revisar las decisiones en los tribunales ordinarios (Fallos 254:138).

c) El escándalo Ecuador-Croacia⁷

El último ejemplo que analizaremos es más contemporáneo. Es el que más parecido tiene con el escándalo Irán-*Contra* norteamericano, ya que incluye también la venta de armas en forma ilegal a países en guerra. Nos referimos a la venta de armas a Ecuador y Croacia entre 1991 y 1995. El caso más resonante por su impacto global es el de Croacia. Argentina había firmado la resolución de la ONU que ordenaba un embargo a todos los países beligerantes en la Guerra de los Balcanes luego de la disolución de Yugoslavia. Sin embargo, el gobierno nacional le vendió armas en secreto a Croacia, el país más cercano al bloque occidental en el conflicto.

El involucramiento secreto del país en el conflicto en los Balcanes y en Ecuador fue una decisión exclusiva del presidente de la Nación. Lo hizo mediante decretos (1697/91, 2283/91 y 103/95) que autorizaban la venta de armas a Panamá a través de la Dirección General de Fabricaciones Militares. Sin embargo, el destino real era Croacia. Ni el Congreso ni el Poder

⁷ Algunos párrafos de esta sección fueron publicados en (Tripolone, 2021, págs. 308-310).

Judicial pudieron evitar este contrabando. Tampoco hicieron algo relevante para penar a los responsables.

Hubo un proceso penal que no derivó en condena. Los acusados fueron, entre otros civiles y militares, los ex ministros de Defensa Oscar Camilión y Erman González, el ex canciller Guido Di Tella y el propio ex presidente Carlos Menem. El proceso judicial se inició en 2008. El Tribunal en lo Penal Económico 3 absolvió a los acusados en 2011. El Ministerio Público Fiscal apeló la decisión y, en 2013, la Cámara de Casación los condenó a penas de entre 4 y 7 años. Luego de nuevas apelaciones, la CSJN ordenó que se dicte otro fallo. En octubre de 2018, la sala I de la Cámara de Casación Penal falló que no se había cumplido con el principio del plazo razonable para dictar una sentencia condenatoria definitiva. Por tanto, absolvió en forma definitiva a todos los acusados. La causa se cerró luego de más de 20 años. El Poder Judicial perdió ante el Ejecutivo.

Algo similar sucedió con el Congreso Nacional. En marzo de 1995, la Cámara de Senadores interpeló al ministro de defensa Oscar Camilión para que diera explicaciones. Allí fue acusado por bloques opositores e incluso por la, en ese momento, senadora Cristina Fernández de Kirchner, quien integraba el bloque del Partido Justicialista (oficialismo) y pidió su renuncia (*La Nación*, 5/09/2011). Camilión renunció recién en julio del año siguiente, por lo que no habría una relación de causalidad entre la interpelación del Congreso y su alejamiento del cargo. Las crónicas de esos años enlazan la dimisión con el proceso judicial por la venta de armas y no por la actuación del Congreso (*La Nación*, 17/06/1996). Posiblemente también se debió al nivel del escándalo, que fue tanto interno como internacional.

La participación del Congreso no fue más allá de esa interpelación. No se creó una comisión de investigación, que es una facultad implícita del Congreso según la práctica y la doctrina constitucional (artículo 75.32 CN). No hubo juicio político a los ministros (que pueden ser acusados por la Cámara de Diputados y destituidos por la de Senadores, artículo 53 y 59 CN) ni, por supuesto, del presidente.

El Congreso ni siquiera modificó la legislación reclamando una intervención en el proceso de exportación de armas. Según el artículo 34 de la ley 12.079, la exportación es una facultad que tiene el PE. Sin embargo, el texto original de la ley, que data de 1941, establecía que, superado cierto valor, se requería autorización del Congreso. Esta autorización fue derogada por la ley 20010 de 1972, es decir, durante un gobierno de facto. Desde ese momento, la obligación del PE es, simplemente, “dar cuenta” de la operación al Congreso. Reasumir esta

facultad parecía la primera acción frente a un escándalo semejante, pero no se hizo. Algo similar sucedió en Estados Unidos con los intentos frustrados del Congreso de frenar la venta de armas de Nixon y la ausencia de iniciativa luego del escándalo Irán-*Contra* (Koh, 1990, págs. 49-52).

De hecho, el senador Alberto Maglietti presentó un proyecto de ley el 2 de junio de 1998 para establecer que el Senado debía aprobar las ventas de armas al exterior. El proyecto era sin dudas defectuoso. En cualquier caso, no fue tratado y caducó⁸. No obstante, uno más elaborado en 2006, propuso el establecimiento de un “Código de Conducta de Exportaciones de Armas, Material Bélico, Tecnologías y Bienes de Uso Dual”, presentado por los legisladores Mario Domingo Daniele y María Cristina Perceval, tuvo el mismo destino que el de Maglietti⁹. En definitiva, el Congreso no hizo demasiado ni para investigar ni para intentar remediar la situación.

Conclusiones

El objetivo de este trabajo fue abordar el ciclo de la Constitución de la defensa nacional en Argentina. Utilizando el modelo de Koh para el caso de Estados Unidos, hemos visto cómo el diseño constitucional argentino responde al patrón de primacía del presidente sobre los otros dos poderes. No hay ninguna objeción en términos valorativos de esto. Sin embargo, la práctica constitucional indica que la supremacía del Poder Ejecutivo le permite superar la legislación del Congreso y evitar el control posterior. El Poder Judicial ha sido deferente ante esta actuación por fuera de la ley y a Constitución.

Hemos abordado esta cuestión a partir de tres ejemplos. Podrían ampliarse a otros, como hemos hechos en trabajos previos publicados en español. Sin embargo, creemos que con esto queda probado que el patrón descrito por Koh para Estados Unidos también se cumple en Argentina. Esto no es de extrañar si se tiene en cuenta la similitud de los textos constitucionales en estas áreas y la tradición argentina de inspirarse en el derecho y la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos.

Como hemos dicho en otro lugar (Tripolone, 2021), esta situación no va a cambiar con una modificación legislativa. Lo que prueba este trabajo es que el Ejecutivo siempre podrá superar a los otros dos poderes del Estado en materia de defensa nacional y potestades militares. La

⁸

http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=891/98&nro_comision=&tConsulta=3

⁹ <http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&numexp=1055/06&tipo=PL&tConsulta=1>

atención de la ciencia jurídica no debe estar tanto en perfeccionar la legislación (que, en líneas generales, es adecuada), sino en la preparación política de los agentes estatales que tendrán que tomar las decisiones en el Poder Ejecutivo.

No cabe ninguna duda de que un control mayor del Congreso y del Poder Judicial es deseable. Sin embargo, este control será casi siempre posterior y llegará tarde. La situación estará consolidada y los daños hechos. Lo fundamental es, entonces, la preparación de quien tiene que tomar la decisión para que sea lo mejor posible y dentro de los marcos constitucionales.

Bibliografía

- Baker, J. (2007). *In the common defense. National Security Law for perilous times*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Battaglini, J. M. (2013). The politics of defense revival in Argentina. *Defense & Security Analysis*, 29(1), 3-15.
- Bidart Campos, G. (1999). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Huntington, S. P. (2002). *The Soldier and the State. The theory and politics of civil-military relations*. Cambridge: Harvard University Press.
- Koh, H. (1990). *The National Security Constitution. Sharing power after Iran-Contra affair*. London & New Haven: Yale University Press.
- Miller, J. (1997a). Courts and the Creation of a Spirit of Moderation: Judicial Protection of Revolutionaries in Argentina, 1863-1929. *Hastings International and Comparative Law Review*, 20(2), 231-329.
- Miller, J. (1997b). The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith. *American University Law Review*, 46(5), 1483-1572.
- Palazzo, E. (2010). Competencias del Congreso en materia de defensa nacional. In D. Sabsay, & P. Manili, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Volumen 3* (pp. 816-840). Buenos Aires: Hammurabi.
- Potash, R. (1981). *El Ejército y la política en la Argentina (II). 1945-1962. De Perón a Frondizi*. Buenos Aires: Sudamericana.

- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. Á., & Cenicacelaya, M. d. (2009). *Derecho Constitucional Argentino. Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Schmitt, C. (2009). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. (J. Díaz García, Trad.) Madrid: Alianza.
- Sinópoli, S. (2003). *El derecho constitucional militar. Tesis doctoral*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.
- Smith, J. (2016). *Bush*. New York: Simon & Schuster.
- Tauber Sanz, N. G., & Vitalini, E. (2019). Art. 21. In R. Gargarella, & S. Guidi, *Constitución de la Nación Argentina comentada. Tomo I* (pp. 794-815). Buenos Aires: La Ley.
- Tripolone, G. (2018). Poderes militares y Constitución en el siglo XXI. *En Letra*(10), 32-55.
- Tripolone, G. (2020a). La Defensa Nacional en la Constitución de 1949. *Revista de Historia del Derecho*(59), 107-139.
- 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. (2020c). Las fuentes de la Constitución de la defensa nacional. In P. Alferillo, *Anuario de la Revista Jurídica Región Cuyo. Tomo IV* (pp. 13-28). Mendoza: IJ.
- Tripolone, G. (2021). El Ejecutivo siempre gana. División de poderes y Fuerzas Armadas en Argentina. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*(44), 291-323.
- Yoo, J. (2009). *Crisis and command. The history of executive power from George Washington to George W. Bush*. New York: Kaplan.