

Título: Delimitación de los conceptos legales de defensa y seguridad interior en el aerospacio. Su implicancia en el uso de la fuerza y sector estatal encargado de llevarla a cabo. Legitimidad y consideraciones respecto del Derecho Internacional Humanitario.

Autores: Vice comodoro Dr. D. Luis CARRANZA TORRES. Ab. Griselda Nancy FERNANDEZ. Cap. Ab. Da. Cecilia Natalia DUARTE. Cap. Ab. Da. Natalia Soledad FIGUERAS.

Tema: Derecho Aeroespacial y Defensa Nacional.

Fecha: 25/11/2018

Palabras claves: Defensa Nacional- Seguridad Interior- Aeroespacio- Control- Facultades Administrativas.

Resumen: La investigación deslinda desde el marco doctrinario y normativo la aplicación de los conceptos de Defensa y Seguridad respecto de las actividades en el aerospacio y su relación con la naturaleza de la fuerza pública del Estado susceptible de aplicarse en dicho ámbito, así como el sector estatal que debe llevar adelante la misma.

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	4
PRIMERA PARTE: MARCO CONCEPTUAL.....	7
Noción de espacio Aéreo.....	7
Condición Jurídica del Espacio Aéreo.....	8
Cielo Común Europeo.....	10
El aeroespacio en la Constitución Argentina.....	11
Límites del espacio aéreo: distinción con el espacio exterior.....	12
Qué entendemos por Aeroespacio.....	14
Funcion estatal de la Defensa.....	15
Función estatal de la Seguridad.....	22
Concepto de Fuerza pública.....	26
Su institucionalización en los cuerpos armados del Estado.....	29
Diferenciación entre la fuerza pública militar o fuerza armada y fuerza pública civil.....	31
SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL ACTUAL ORDENAMIENTO LEGAL ARGENTINO.....	16
Ley N° 23.554 de Defensa Nacional.....	35
Decreto Reglamentario de la Ley de Defensa Nacional N° 727/2006, modificado por el el Decreto N° 683/18.....	40
Ley N° 24.059 de Seguridad Interior.....	44
Ley N° 21.521 de Creación de la Policía Aeronáutica Nacional.....	46
Ley N° 26.102 de Seguridad Aeroportuaria.....	48
Decreto de Creación de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) DNU N° 239/2007.....	51
Decreto N° 1770/07 Programa General de Transferencia a la ANAC.....	52
Decreto N° 1407/2004 Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial.....	53
Resolución MINDEF N° 230/2014 de Creación del Comando Aeroespacial.....	54
Decreto N° 228/16 Declaración de emergencia de Seguridad Pública.....	56
Decreto N° 1054/2018 DECTO-2018-1054-APN-PTE - Decreto N° 228/2016. Modificación.....	58
Ley N° 27.161 Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado.....	60
CIR 330 AN/189 "Cooperación Cívico Militar para la Gestión del Tránsito Aéreo".....	61
El Artículo 3 bis del Convenio de Chicago y la posibilidad de uso de medios ofensivos. Análisis de la norma.....	63
Falencias del 3º bis. Consideraciones respecto de los medios ofensivos.....	68
Vacíos respecto del uso de medios ofensivos.....	71
Nuevas amenazas y cuestiones duales en materia de defensa nacional y seguridad interior.....	71

CONCLUSIONES	81
FUENTES DE INFORMACION	85

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es indagar respecto de los criterios que distinguen a la defensa nacional de la seguridad interior en el aeroespacio, en atención a las particularidades que dicho medio implica, así como también determinar la naturaleza, alcance y atribuciones en la materia de la autoridad aeronáutica militar y el deslinde de competencias respecto de la autoridad civil en el ramo.

Ello en razón que las particularidades del medio influyen en la adopción de los criterios de diferenciación, debiendo establecerse unos específicos de acuerdo con el espíritu que informa la Ley de Defensa Nacional y la Ley de Seguridad Interior toda vez que los parámetros establecidos en materia de competencias terrestres o marítimas no tienen una aplicación directa en el aeroespacio.

A ello se agregan las consideraciones normativas provenientes del Derecho Internacional en la materia, en particular del Derecho Internacional Humanitario.

Entendemos por Seguridad Interior a la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardados la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional (Ley Nacional N° 24.059, artículo 2°).¹

Adoptamos la concepción que la Defensa Nacional es la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la Nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas, en forma disuasiva o efectiva, para enfrentar las agresiones de origen externo y que tiene por finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; proteger la vida y la libertad de sus habitantes (Ley Nacional N° 23.554, artículo 2°).²

Podemos hacer entonces, dentro del marco que se encarrila el presente, una determinación de los alcances de nuestro objeto de estudio, comprendiendo tanto a la cuestión en sí misma y en su actual estado normativo, cuanto en función de las regulaciones que resultan de necesidad para un mejor ejercicio de la soberanía y la autoridad del Estado en el Aeroespacio.

Esto lleva a una doble perspectiva de análisis: la jurídica, es decir en cuanto a la vinculación de lo anteriormente expresado con el derecho vigente, y la de política jurídica, en cuanto a la

¹ Ley de Seguridad Interior, N° 24.059. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/04999/458/norma.htm>

² Ley de Defensa Nacional, N° 23.554. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20988/texact.htm>

relación ya no con lo legalmente debido, sino con lo necesario para lograr el aseguramiento del bien común.

Ello ubica al presente un poco más allá de un estudio estrictamente sobre un aspecto de la ciencia jurídica. El componente político que ha sido incluido en el objeto asignado inevitablemente conlleva el ingreso al mismo, de estudios no ya en el plano del "es" normativo, sino en el del "deber ser" a nivel político. La esencial característica teleológica del nivel político deberá llevar a no limitarnos a describir un sistema dado de normas, sino analizar las mismas desde un perspectiva crítica, distinguiendo lo que a nuestro modesto entender resultan los aciertos y falencias de este y, de ser el caso, llegar al posible planteo de cambios respecto de la normativa de interceptación y uso en tales actos de medios ofensivos.

En tal sentido los objetivos del presente trabajo resultan los siguientes:

- a) Establecer los criterios que distinguen a la defensa nacional de la seguridad interior en el aeroespacio.
- b) Determinar el alcance y la materialización de tales criterios.
- c) Determinar las facultades y deberes propios de la autoridad aeronáutica militar.
- d) Determinar las facultades y deberes propios de la autoridad aeronáutica civil.
- e) Establecer la relación o distintos niveles de relaciones entre ambos órdenes de autoridad.
- f) Comprender y determinar el impacto de la naturaleza del aeroespacio y los medios técnicos de posible uso en dicho deslinde.
- g) Conocer los fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios en que se asientan tales criterios.
- h) Contribuir a desarrollar una disciplina jurídica como el derecho de la defensa en cuanto a la determinación de sus principios y normas de actuación respecto del aeroespacio.
- i) Contribuir a la comprensión del fenómeno jurídico de la defensa en materia aeroespacial.

Para cumplir con ellos partimos en el presente de la tesis que la actuación estatal en general y el uso de la fuerza pública en particular en el ámbito aeroespacial asume particularidades propias en virtud tanto de la misma naturaleza del espacio aéreo como de los particulares rasgos que conlleva el uso de los medios técnicos involucrados para llevarla a cabo.

Tales cuestiones, entendemos a priori, modelizan en forma propia a los conceptos de defensa nacional y seguridad interior, otorgándoles un distinto alcance del que se aplica en el medio terrestre en función del cual fueron pensados al dictarse las respectivas leyes.

No existe por otra parte en cuanto al aeroespacio, la posibilidad de efectuar divisiones claras que respondan a elementos "percibibles" directamente por la persona en tal ámbito, lo que

plantea la necesidad de una forma particular de distinción entre Defensa Nacional y Seguridad Interior.

Asimismo, debe hacer frente en tales criterios, a la presunta contradicción a priori de cómo llevar a la práctica la distinción entre Defensa Nacional y Seguridad Interior, criterio de base de la actuación estatal respecto de la fuerza pública en un ámbito como el espacio aéreo que resulta único e indivisible.

Esto implica un condicionamiento de la actuación pública en dicho ámbito, tópico que repercute necesariamente tanto en la estructura organizativa en sí de tal autoridad como en la composición y alcance de sus facultades naturales o propias.

Asimismo, la actividad pública en dicho ámbito se halla sometida a una constante revisión, crítica, y evolución necesaria frente a nuevas actividades y compromisos que asume el Estado; tanto en lo interno como en el marco internacional.

Para ello, primeramente, hemos de indagar acerca de lo que jurídicamente significan los elementos particulares del ámbito (espacio aéreo, control aéreo, actividad jurídica pública) para luego continuar con la particularización de elementos generales (soberanía, frontera, fuerza pública, actividad estatal, administración pública) cuando se aplican en el medio aeronáutico. Luego de lo cual será coordinado con la normativa existente y, a partir de allí, establecer los déficit o faltantes de la misma que permitan vislumbrar la necesidad de otro tipo de normativa complementaria o de reemplazo.

PRIMERA PARTE

MARCO CONCEPTUAL

Noción de espacio Aéreo

Una de las primeras cuestiones que ha ocupado la atención de los juristas desde que el hombre ha comenzado a surcar los cielos y con la evolución del acto aviatorio, ha sido regular esa novedosa actividad, surgiendo así una nueva rama en el orden jurídico: el Derecho Aeronáutico.

Consecuente con ello y de las infinitas cuestiones que aparejaba la circulación por aire de aparatos adecuados a tal fin, se impuso la necesidad de "aclarar exactamente el significado de la expresión espacio aéreo, ya que éste, y únicamente éste, constituye el campo donde se cumplen las actividades aeronáuticas", -expresión utilizada por Federico Videla Escalada-³. En otros términos, la regulación de esa nueva actividad surgida en los albores del siglo XX imponía procurar un concepto válido y una relativa precisión del espacio aéreo, por ser éste el ambiente propio donde aquélla se desarrolla.

Asimismo, esta necesidad de definición y delimitación se ha hecho más evidente e imperiosa al surgir el derecho espacial, pues su determinación es presupuesto indispensable para poder precisar el campo de aplicación de cada uno de estos ordenamientos jurídicos.

"Espacio" es un término con origen en el latín "spatium", que puede referirse a la parte que ocupa un objeto sensible, a la extensión que contiene la materia existente o a la capacidad de un terreno. "Aéreo", por su parte, es un adjetivo que procede del vocablo latino "aerëus" y hace mención de lo perteneciente o relativo al aire o a la aviación.⁴

Ni la Convención de París de 1919 ni la Convención de Chicago de 1944 contienen alguna definición y delimitación precisas del espacio aéreo. Se limita a concretar que se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo soberanía, dominio, protección o mandato.

El primer paso para la elaboración de un concepto del espacio aéreo consiste, como observa Federico Videla Escalada, en dejar aclarada su distinción con el aire. En rigor, "el espacio es el continente y el aire es el contenido". "El aire, por ser un elemento etéreo, sin límites ni medidas,

³ VIDELA ESCALADA, Federico, "Derecho Aeronáutico" Editor Víctor P. De Zavalía. Bs. As. 1969, pág., 268.

⁴ YÉBENES, Javier, en Aviación general. <http://www.gacetaeronautica.com/gaceta/wp-101/?p=5126>

dotado de movilidad y fluidez constantes e inherentes a su cualidad física de masa gaseosa, resulta totalmente inapropiable”.

Por el contrario, agrega que el espacio aéreo -conforme lo expresado por Tapia Salinas- es “perfectamente definible, capaz de ser limitado, fijo y constante”; es “susceptible de apropiación al menos en cierta medida y, por consiguiente, es apto para ser objeto de derechos de soberanía y dominio”.⁵

Gómez Puente, en España, sostiene que el espacio aéreo “*no es más que la común ubicación de cuanto existe sobre la superficie de la tierra, sobre el suelo. Una extensión sin solución de continuidad que se prolonga, en tanto que aérea, hasta los confines de la atmósfera; hasta donde el espacio adquiere, por la ausencia del aire, un carácter distinto...*” Agrega que debe llamarse “aeronáutico” al “espacio singular en el que resulta técnicamente posible navegar”, el que es por ello más reducido.⁶ En el mismo sentido se expresa el Dr. Mario Folchi, designando como “espacio aeronáutico” al ambiente en el que se desarrolla la actividad aeronáutica.⁷

Condición Jurídica del Espacio Aéreo

Podemos analizar la condición jurídica del espacio aeronáutico, siguiendo los pasos del Dr. Mario Folchi,⁸ desde dos vertientes:

- Desde la perspectiva del Derecho Público: soberanía, como atributo del Estado;
- Desde la perspectiva del Derecho Privado: propiedad privada, como atributo de la persona.

Deslindar la situación jurídica del espacio aéreo no sólo tiene consecuencias teóricas, sino también significativas derivaciones prácticas que se traducen, por ejemplo, en la libertad de la circulación aérea y del derecho de sobrevuelo de los Estados, plasmada tanto en las legislaciones nacionales como internacionales.

⁵ TAPIA SALINAS, Luis, Curso de Derecho Aeronáutico, Bosh, Barcelona, 1980, nota 1, pag 27.

⁶ GÓMEZ PUENTE, Marcos, “Derecho Administrativo Aeronáutico”, Madrid 2006, Ed. Fundación Aena y Iustel, pág. 190 y 191.

⁷ FOLCHI, Mario, “Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de la Aeronáutica Civil”. Edit. Astrea. Agosto 2015, pág. 127.

⁸ Opus cit. FOLCHI, Mario, pág. 139 y sig. A quien seguimos en la exposición del tema.

Algunos autores sostienen que el espacio aéreo es "res nullius", y por lo tanto todos tienen derecho a circular libremente por él; y por su misma naturaleza, no es susceptible de apropiación y por ende no puede ejercerse sobre él autoridad permanente y continuada.

Desde otra perspectiva, la soberanía como derecho fundamental de un Estado, esencial para la conservación, desarrollo e inclusive la existencia del mismo. Si bien durante muchos siglos la soberanía del espacio aéreo situado sobre el suelo de un país no fue considerado un tema de utilidad, al incrementarse la circulación aérea, surgió un nuevo interés, habida cuenta que los países superficiarios comprendieron la necesidad de reglamentar las actividades aviatorias desarrolladas sobre ellos⁹, surgiendo el principio que afirma que la soberanía que los Estados poseen sobre su territorio se extiende al espacio aéreo, de tal manera, éste queda sujeto a la potestad pública, derivando de este imperio la regulación de la circulación aérea.

Así, el Código Civil Argentino (Ley N° 340 del año 1869, en vigor a partir de 1871, y derogado en la actualidad), establecía en su artículo 2518 que *"La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. [...] El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio"*. Interpretando analógicamente esta norma con respecto al Estado, éste ejercería soberanía absoluta y exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio.

En la Convención de París de 1919, después de la Primera Guerra Mundial, teniendo en consideración razones estratégicas y militares, los Estados fijaron normas, adoptando una completa y exclusiva soberanía respecto del espacio aéreo sobre sus territorios, lo que implicaba el derecho de prohibir el sobrevuelo y reglamentar la circulación a su criterio.

La Convención de Chicago de 1944, también parte del principio de soberanía absoluta, aunque consagra lo que se denomina "las cinco libertades del aire" buscando el equilibrio entre las mismas y el derecho de los Estados a la protección de su espacio aéreo y su soberanía nacional. Si bien se declama la soberanía absoluta, consideramos que en definitiva es una forma de soberanía atenuada, similar a la concepción que otorga a las aeronaves un derecho de sobrevuelo inocente sobre los territorios de los Estados.

⁹ Consideremos que, durante las dos guerras mundiales, los aviones fueron utilizados como armas ofensivas/defensivas.

Otros juristas reconocen la existencia de un espacio territorial que se eleva sobre la superficie hasta una altura a determinar, extendiéndose por tanto la soberanía en dicho espacio territorial y quedando el resto abierto a la libertad de circulación.

En el mismo sentido, Fauchille reconocía al estado sobrevolado un derecho de control o de policía, justificado para proteger intereses legítimos del Estado, defensa sanitaria, secretos militares, entre otros.

En definitiva, esta teoría acerca de la soberanía limitada es la que mayor aceptación ha tenido, ya que si bien reconoce el ejercicio de soberanía de los Estados sobre el espacio aéreo que recubre sus respectivos territorios, esta se ve restringida por el derecho a tránsito inocente a favor de las aeronaves de los demás países de la comunidad internacional.

Por último, hay quienes sostienen que el espacio aéreo es "res communis", y que pertenece a toda la comunidad internacional para la obtención de los objetivos de progreso, con lo cual ni reconocen la soberanía absoluta y exclusiva de los Estados sobre el espacio aeronáutico, ni la completa libertad individual de circulación. Propician la conformación de una autoridad supranacional que fije la circulación internacional de circulación.

Folchi concluye que está en el hombre saber aprovechar su propio ingenio y el valor tecnológico que le ofrece la ciencia moderna para sostener, vigorizar y servirse de la aviación como medio de mayor comunicación entre los pueblos y preservación la paz mundial, apoyados en el principio de la libertad.

También sostiene que el mundo aeronáutico mantiene un lento pero constante avance hacia la unificación de los criterios legislativos en la condición jurídica del espacio aeronáutico que se apoyan en la libertad, favorecido por la globalización de la economía y de los principales temas políticos de la comunidad internacional. Ejemplo de ello es el Cielo común europeo.

Cielo Común Europeo

El Cielo Único Europeo es una iniciativa de la Unión Europea que persigue reformar el fragmentado sistema de gestión del tráfico aéreo europeo por medio de toda una serie de actuaciones que se realizan en cuatro planos diferenciados (institucional, operativo, tecnológico y

de control y supervisión) con el objetivo de satisfacer las necesidades futuras del espacio aéreo europeo en materia de capacidad, seguridad, eficiencia e impacto medioambiental.¹⁰

En octubre de 2001, la Comisión Europea adoptó propuestas de cara a la creación del Cielo Único Europeo, para crear un ente regulador para el control de tráfico aéreo de la UE, Noruega y Suiza. Este ente regulador uniformó el espacio aéreo superior europeo, eliminando las fronteras nacionales, buscando eficacia e integrando a los sectores militares cuando su uso sea posible.

Los límites de estas regiones no coinciden con las divisiones nacionales, sino que se establecen en función de los requisitos de control de cada área geográfica. En el caso español, por ejemplo, la delimitación no se corresponde con las fronteras territoriales ni con sus aguas jurisdiccionales, sino que son el resultado de los acuerdos internacionales, según los servicios que se quiere prestar en ese espacio aéreo.

El aeroespacio en la Constitución Argentina

La Constitución de la Nación Argentina, no prescribe en forma literal y expresa el ejercicio de la soberanía y jurisdicción sobre su territorio nacional y en especial sobre el espacio aéreo. Sin embargo, la comunidad internacional y el propio artículo 1º del Convenio de Chicago de 1944, reconoce que cada Estado tiene soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio; por tanto, el criterio legislativo adoptado por la Argentina en este extremo es no incluir una disposición específica que declare la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo, basándose en que la adhesión al Convenio de Chicago de 1944 es suficiente para poder ejercerlo. Ello así, ya que, a partir de la reforma constitucional de 1994, los Convenios Internacionales firmados por la República Argentina gozan de jerarquía Constitucional, es decir forman parte junto a la Constitución, de la Ley Fundamental de la Nación.

El artículo 1945 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994), establece que:

¹⁰ GARCÍA FERREIRO, Anxo. «El Cielo Único Europeo. Un nuevo concepto de gestión del tráfico aéreo para Europa», en Curso de Derecho Aeronáutico Práctico para Operadores Aéreos. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Madrid, 2016, p. 243.

“El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios”.

“El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales”.

El Código Aeronáutico (Ley N° 17.285, de 1967), por su parte, no define el espacio aéreo.

Límites del espacio aéreo: distinción con el espacio exterior.

Desde que los progresos técnicos han permitido realizar vuelos espaciales e interplanetarios se ha hecho necesario, desde el punto de vista jurídico, distinguir entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre, cuyos regímenes jurídicos son antinómicos: el espacio aéreo se encuentra sometido a la soberanía del Estado subyacente, (reconocimiento dado por convenios internacionales y legislaciones nacionales de múltiples países) y el espacio ultraterrestre escapa a esta soberanía, proclamándose la libertad en la realización de actividades.¹¹

La delimitación surge de la necesidad de los Estados de precisar la extensión de sus propios derechos de soberanía, ya que si bien la delimitación inferior del espacio aéreo es clara: “El espacio comienza donde termina la superficie de la Tierra, ya sea de la tierra firme o del mar”, según lo descrito por Videla Escalada, el límite superior, presenta imprecisiones y divergencias, utilizándose criterios físicos, funcionales o convencionales para su delimitación:

- Las que se basan en criterios científicos. Sitúan el límite en el lugar en el que acaba la atmósfera o bien en el límite del campo gravitatorio terrestre.
- Las que se basan en criterios funcionales. Atienden a la altura en la que es posible el vuelo en la atmósfera de una aeronave o bien al punto más bajo en el cual haya sido colocado en órbita alrededor de la Tierra un satélite artificial.
- Las que se basan en criterios zonales. Consideran que el espacio aéreo posee un límite máximo de 90, 100 ó 110 kilómetros de altura. (Línea de von Karman)

¹¹ IRIGOIN, Jeannette B. “El Espacio, ¿Patrimonio Común de la Humanidad?”. En revista Estudios Internacionales. Año 19, No. 75 (Julio-Septiembre 1986), pp. 392-404.

El espacio aéreo tiene la misma extensión longitudinal que la suma del terrestre y el marítimo sometido a la soberanía estatal, abarcando la tierra, las aguas interiores y el mar territorial.

Pero no ocurre lo mismo con el límite vertical, con la porción que excede el espacio aéreo nacional, denominado espacio ultraterrestre.

Con el fin de garantizar el ejercicio de la soberanía de los Estados sobre sus espacios aéreos, sin perjuicio de la libertad de investigación, uso y exploración reconocida para el Espacio Exterior por el Tratado de 1967 -Carta Magna de este Espacio-, se hace conveniente establecer en un Tratado Internacional, la delimitación entre uno y otro Espacio, aunque sea revisable y acomodada a los progresos técnicos, como es el caso de las naves aeroespaciales que circulan tanto en el Espacio Aéreo como en el Exterior. La doctrina más reciente y el punto de vista de algunos Estados, exteriorizado en las Naciones Unidas, tiende a señalar el límite más razonable del espacio aéreo alrededor de los 100 km.¹²

Así, el espacio ultraterrestre, es considerado un bien público global, esto es, el espacio exterior, incluyendo la luna y otros cuerpos celestes, no están sujetos a ningún beneplácito nacional que reivindique soberanía por medio del uso, ocupación u otros medios la exploración o utilización del espacio exterior; todo ello deberá desarrollarse en beneficio e interés de todos los países, además de que tanto el libre acceso como la ausencia de amenazas que emerjan de él deben convertirse en garantías y medios para los Estados y las personas.

En el artículo sobre la seguridad aeroespacial en América del Norte, López Salas,¹³ sostiene que:

“la región espacial está conformada por el espacio aéreo y el espacio exterior próximo a la tierra, los cuales experimentan reacomodos continuos en su dinámica. La seguridad aeroespacial concierne el acceso seguro, continuo y sustentable de los usos y aplicaciones de este espacio, así como a la ausencia de amenazas provenientes de esta región. Una

¹² CARBAJAL SMITH, Julio Daniel y ORTEGA Mauricio. Derecho Ultraterrestre y Aéreo. Videoconferencia. 5 de febrero del 2011. Aula Magna Jacinto Pallares. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

¹³ LÓPEZ SALAS, Luis Ismael, “La seguridad aeroespacial en América del Norte”. En Norteamérica. Revista Académica del CISAN-UNAM [en línea] 2010, 5 (Enero-Junio) : [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193719382007>> ISSN 1870-3550.

concepción integral de la seguridad aeroespacial considerará las amenazas militares, ambientales, comerciales y de carácter civil o legal".

Qué entendemos por Aeroespacio

La palabra aeroespacio no está definida en el diccionario de la Real Academia Española. Sí encontramos el adjetivo "aeroespacial", al que se define como "perteneciente o relativo a la atmósfera terrestre y al espacio exterior próximo a la tierra"¹⁴.

Es un término que suele utilizarse como sinónimo de espacio aéreo, a pesar de que existe una diferencia en cuanto al continente -aeroespacio- y contenido -espacio aéreo-.

El término aeroespacial apareció por primera vez en el Glosario Interno de Términos Aeroespaciales (editado por Woodford Agee Heflin) publicado en febrero de 1958 en la Universidad Aérea, Base Maxwell de la Fuerza Aérea, Alabama, definiéndolo como aquello que pertenecía "*tanto a la atmósfera terrestre y como al espacio*", siendo el ámbito que abarcaba tanto al espacio aéreo como al que se ubicaba por encima del mismo y próximo a la tierra, considerándolo como un único ámbito para la actividad en el vuelo o en los vehículos aéreos y en el lanzamiento, dirección y control de misiles balísticos, satélites terrestres, vehículos espaciales dirigibles, y similares.¹⁵

El aeroespacio, puede de tal forma, ser considerado como una región más de la tierra, con características medioambientales, operativas, legales e infraestructurales propias; con un carácter diferenciado que puede estudiarse como un conjunto o de manera particular.

¿Cómo tendríamos que analizar las directivas emanadas de los siguientes Decretos Nacionales donde es utilizado los términos "aeroespacio" - "aeroespacial"? Veamos algunos ejemplos:

¹⁴ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. <http://dle.rae.es>
¹⁵ U.S. Air Force. (1958) Interim Glossary; Aero-space Terms. Edited by Woodford Agee Heflin. Air University, Maxwell Air Force Base, Alabama.

- Ley de Defensa Nacional, artículos 2 y 3: Toda nación que se precie de salvaguardar su soberanía, entre otras cuestiones, debe custodiar su ámbito aeroespacial. La vigilancia del espacio aéreo, planteada desde el ámbito de la defensa nacional, constituye una concreta acción de estrecha afinidad con el efectivo ejercicio de la disuasión en tiempo de paz.
- Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1407/2004 y por gestión de la Fuerza Aérea Argentina se creó el Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial (SINVYCA). Al amparo de esta norma se designa como Autoridad Aeronáutica a la Fuerza Aérea Argentina, en su calidad de responsable de la defensa, vigilancia y control integral del Aeroespacio, además de ser el organismo ejecutor del Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial, quedando facultado a efectuar todas las tareas que demande la ejecución del sistema, en el marco de las responsabilidades que le son propias.
- Entre los considerandos que sustentan el desarrollo del Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial, encontramos los siguientes conceptos: “Que dada la evolución que ha tenido el país, se hace imprescindible contar con un Sistema integral, que atienda tanto a la seguridad del movimiento de Tránsito Aéreo propio y proveniente del exterior, como a la detección de todo aquel que viole la soberanía de nuestro aeroespacio”.
- También, en correspondencia con los objetivos del SINVICA, la Resolución N° 206/07 del Ministerio de Defensa relativa a implementar “Acciones Contribuyentes al Fortalecimiento de las Capacidades de Vigilancia y Reconocimiento” señala como criterio orientador: “ A fin de garantizar y salvaguardar de modo permanente los intereses vitales de la Nación, el Ministerio de Defensa, a partir de las políticas diseñadas por el Poder Ejecutivo Nacional, establecerá los lineamientos orientadores de los esfuerzos tendientes al desarrollo y empleo de las capacidades de vigilancia y reconocimiento aeroespacial sobre territorio nacional”.¹⁶

¹⁶ MONTENEGRO, Rubén, “La vigilancia aeroespacial ¿a la caza de narcotraficantes?” En Gaceta aeronáutica. Consultado desde: https://www.gacetaeronautica.com/gaceta/wp-101/?p=8903#_ftn1_7470 [Fecha de consulta: 23/11/2018].

- El Decreto 228/2016¹⁷ (21/01/2016) en el que se declara la “Emergencia de Seguridad Pública” en todo el territorio nacional con el objeto de revertir la situación de peligro colectivo creado por el delito complejo y crimen organizado que afecta a la República Argentina, en el Título II, artículo 9, refiere a la “Protección del Espacio Aéreo”, aprobándose la “Reglas de Protección Aeroespacial” como Anexo I.

Asimismo, en variados artículos de los mencionados Decretos, encontramos términos tales como “Sector de Defensa Aeroespacial”, “Sistema de Defensa Aeroespacial”, “autoridad aeronáutica militar responsable de la defensa aeroespacial del Sector de Defensa”, pero en ninguna oportunidad, se define qué debemos entender o qué queda incluido en el concepto aeroespacial.

Si lo utilizáramos en el sentido antes mencionado como “perteneciente o relativo a la atmósfera terrestre y al espacio exterior próximo”, abarcaría una zona más amplia que la del espacio o ambiente en el que se desarrolla específicamente la actividad aeronáutica, esto es el espacio aeronáutico o espacio aéreo.

Como puede verse el término a emplear en la cuestión resulta el de aeroespacio, un ámbito con particularidades propias en virtud de su misma naturaleza y extensión.

Función estatal de defensa

La Nación concretada en Estado, procura y persigue el cumplimiento de todas las funciones y actividades necesarias a su propia y esencial finalidad. Estas funciones, múltiples y aparentemente dispersas, nos lo muestran bajo la apariencia de un organismo más complejo cada día. Este organismo aparece así integrado por una indeterminable serie de instituciones

17 República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Decreto 228/2016. Consultado desde:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/258047/norma.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018].

interrelacionadas y orientadas en su conjunto, con conciencia más o menos clara de ello, hacia aquel propósito último y esencial de la convivencia.¹⁸

Pues toda forma política, impone al poder un mínimo de actividad en relación con el orden social deseable. Esa actividad se traduce en funciones orientadas a dar satisfacción a los requerimientos y demandas sociales, organizando la cooperación social territorial, mediante la realización del derecho¹⁹.

El Estado tiene una función general de "organizar la cooperación territorial". Su función social, en los términos de Rosetti. De ella se desprenden otras más especializadas. Tales como la legislativa, la jurisdiccional, la gubernativa, la cultural, etc.

No es raro encontrar en las posturas explicativas de los fines perseguidos desde el Estado, la consideración a la problemática de la supervivencia social como una de sus metas principales.²⁰

En esta materia, se entiende que cuando, por exigencias del crecimiento y desarrollo de la vida social de los pueblos, la defensa pasa de ser una exigencia intermitente (cuando surge su necesidad) de todos, a confiarse a determinadas personas como una función normal de la actividad de la organización estatal o en vías de serlo, hacen su aparición en la comunidad, los ejércitos como institución permanente a través de la cual el grupo persigue la garantía su integridad como comunidad política organizada. Dicha función del mantenimiento y defensa de la existencia propia y el propio prestigio, es de tan capital importancia, que bien puede decirse que resulta la primera y fundamental, puesto que su satisfacción es la condición del éxito de la actividad toda del Estado.²¹

En este sentido, Hobbes en su *Leviatán*, anula toda posibilidad de trascendencia estatal por sobre las personas que lo componen, exponiendo una fundamentación absolutamente inmanente del fin del Estado, la que hace coincidir con el cumplimiento de una función específica de defensa; entendiendo que la razón para erigir semejante poder común, es la capacidad de defenderlos (a sus

¹⁸ MARTÍNEZ MUÑOZ, Idelfonso M., *Derecho militar y derecho disciplinario militar*, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especiales págs. 4.

¹⁹ GARRONE, Alberto, *Diccionario jurídico Abeledo Perrot*, tomo 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 103.

²⁰ CARRANZA TORRES, L. (2005). *Naturaleza y proyecciones del Estado militar en el ordenamiento jurídico argentino*. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, p. 69.

²¹ DE QUEROL Y DURAN, Fernando, *Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945)*. Tomo I: Preliminares y derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 17/8. Siguiendo el pensamiento de Jelinek.

miembros) contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos. Lo que se lograba confiriendo "... *todo el poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad*".²²

Como puede verse:

"Hobbes, establece claramente la finalidad del Estado: la *pax et defensio comunis*, o sea la paz interna y la defensa del ataque exterior. A partir de este momento, la confusión entre fines individuales de carácter trascendente, asignados a la organización política, quedaba ya superada. Surgía el fin del Estado como inmanente a éste y coincidente con el cumplimiento de una función objetiva propia, distinta de la subjetiva de los hombres: *la paz y la defensa común*".²³

Para Ihering, por su parte, la defensa surge de la función esencial en el Estado, que resulta de naturaleza jurídica: crear el derecho y asegurar su imperio.²⁴

Martínez Paz²⁵, entiende que el Estado no tiene una única función, de orden jurídico u objetivo ético, observando que, en especial en el Estado moderno, se cumple con distintas funciones que pueden clasificarse en dos campos de acción; el interno donde se hallan las funciones que hacen al orden jurídico, y las que satisfacen al orden social o cumplen funciones sociales; y el externo, donde identifica a la función de defensa, y a la colaboración con otros estados.

En cuanto a las funciones internas, caracteriza como principal, absoluta y directa a la jurídica, estando ella conformada por tres subfunciones, la de constituir el derecho, la de coordinarlo y la de tutelarlos. En esto no tiene el Estado sustitutos, no puede dejar de realizarlas

²² Leviathan, Segunda Parte, Del Estado, capítulo XVII, De las causas, generación y definición de un Estado. Cit por ROSSETTI, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 201.

²³ ROSSETTI, ALFREDO, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 203.

²⁴ MARTÍNEZ MUÑOZ, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especiales pág. 13.

²⁵ MARTÍNEZ PAZ, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988, pág. 255/280.

para funcionar, y no se halla condicionado por criterios de oportunidad y circunstancia, en cuanto a su realización.

Con respecto a la social la entiende como secundaria, condicionada e indirecto, porque en principio debe ser producida o satisfecha por los propios elementos individuales que conforman el Estado, y recién aparece la intervención del Estado cuando los hombres se revelan incompetentes o por falta de posibilidades no pueden dar respuestas a ellas.

Rossetti por su parte, considera que la distinción de varias funciones estatales es ficticia. La función es del Estado, a través de sus órganos, es una sola -la función social- que, sin embargo, se integra con diversos aspectos, o partes, o facetas indispensables de un todo: la política o de gobierno, la judicial o jurisdiccional, la económica y la cultural. Los aspectos político, judicial, económico y cultural aisladamente no consiguen el cumplimiento de la función social; más reunidos, sí. La función social es entonces, una y no varias, pero está integrada por diversas actividades a las que, exclusivamente por razones prácticas y de tradición, se sigue llamando "funciones".²⁶

Respecto a la función política, debe puntualizarse que la palabra política deriva de polis y, en su acepción más exacta, significa participar en el gobierno de la ciudad y conducir a los hombres a la felicidad. Este doble significado de participación y conducción, resume lo que es la función política (o aspecto político de la función social del Estado).

Si por definición se ha entendido a la política como el arte de gobernar los intereses del Estado y la sociedad, es el sector por el cual se gobierna y señala la orientación que deberá tomarse en el ejercicio de la actividad estatal.²⁷

La función política no es igual o equivalente a la administrativa, sino que se integra con: a) el mando o gobierno; b) el control, y necesita de dos funciones anexas -que no son políticas-, pero sin las cuales ésta no se logra: la administrativa y la militar.²⁸

²⁶ ROSSETTI, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 205.

²⁷ DE BORDEJE MORENCOS, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 131.

²⁸ ROSSETTI, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 207.

Debemos remarcar que aquí se está hablando de función en el sentido del conjunto de servidumbres, deberes, prerrogativas y responsabilidad que lleva consigo²⁹; lo que da como resultado, en la cuestión en análisis, el contenido posible del ejercicio de una actividad necesaria de parte de la organización estatal.

Con tal colaboración de las funciones administrativa y militar, la función política es conductriz y de gran importancia. Como tal, influye en las demás funciones (o aspectos) de la función social y es, por cierto, influida por ellas. 30

Del mismo modo que no existe una posición única respecto de la consideración de las funciones del Estado, tampoco es pacífica la formulación, ubicación y hasta la denominación de la función militar estatal. Pero su existencia e importancia se halla fuera de toda discusión, desde que cualquiera sea la posición que se adopte, ella se halla siempre presente.³¹

Es por ello que en la vida de toda organización estatal, cualquiera sea el nivel alcanzado, depende en virtud de una ley a la que Martínez Muñoz³² califica de natural y universal, conformada por dos factores esenciales: el mantenimiento de una armonía interior, y de su capacidad de procurarse un respeto y seguridad exterior frente a otras organizaciones similares.

Desde que la existencia del Estado supone el encarar una actividad finalista, que se encamina a satisfacer determinadas necesidades y propósitos de su pueblo, de lo ello se sigue su deber de desplegar una actividad en tal sentido. Actividad que lo lleva a interactuar en un número plural de ámbitos, privados y públicos, internos o externos, a fin de conseguir determinados objetivos que resultan de importancia tanto para su existencia, como para la consecución de los objetivos de su elemento personal.

La estrategia nacional emplea³³, en conjunto, todos los poderes de la Nación, tanto en la paz como en la guerra, para alcanzar los intereses y objetivos nacionales. Dentro de ese contexto,

²⁹ DE BORDEJE MORENCOS, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 76.

³⁰ ROSSETTI, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 214.

³¹ CARRANZA TORRES, L. (2005). Naturaleza y proyecciones del Estado militar en el ordenamiento jurídico argentino. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, p. 72.

³² MARTÍNEZ MUÑOZ, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especial pág. 11.

³³ Collins, John, La gran estrategia. Principios y tácticas, Círculo militar, Buenos Aires, 1975. Cit por UGARTE, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 21.

existe una gran estrategia política que comprende los grandes temas internacionales e internos; una estrategia económica, tanto externa como interna; una estrategia militar nacional, y varias otras. Cada componente influye en forma inmediata o tangencialmente sobre la obra, y sobre el de defensa.

La defensa resulta un concepto que ha experimentado una interesante evolución estado o histórica. Si bien cronológicamente constituye un concepto relativamente nuevo, habiéndose divulgado sólo posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, su significado se ha presentado en el mundo bajo muy diversos aspectos, habiendo protagonizado una significativa evolución, profundamente emparentada con la experimentada por el arte de la guerra y por las doctrinas estratégicas en el mundo.³⁴

Desde que un conglomerado humano procuró organizarse, debió cuidar de la protección de las personas que lo integraban y de los bienes, tanto comunitarios como privados, que poseían, ante el ataque de otros grupos humanos.

Al decir de Mooney, podemos caracterizarla del siguiente modo:

"La Defensa Nacional es una típica función del Estado, de todo tipo de Estado, y tiene una antigüedad poco común; acaso el Estado nació cuando, en tiempos remotos, la sociedad llegó a un determinado nivel de organización y se planteó la necesidad de defender su territorio, su población o sus recursos económicos".³⁵

Martinez Paz³⁶ la ubica, como hemos más arriba tenido oportunidad de mencionar, dentro de las funciones externas del Estado, las cuales parten de un supuesto de importancia, el de la existencia de unidades políticas (se les dice soberanas o por lo menos autónomas) que tienen una vida interna y una personalidad política indiscutible; y por otro lado, la del reconocimiento que esas unidades políticas no son seres aislados, sino que se insertan en un mundo donde existen otros

³⁴ UGARTE, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 17. A quien seguimos en lo que respecto al desarrollo histórico del concepto de defensa.

³⁵ MOONEY, Alfredo E., Derecho Constitucional. Tomo II, 2ª edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995, pag. 132.

³⁶ MARTINEZ PAZ, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988, pag. 266/9.

Estados, con una obligación de coexistir, de donde emane la necesidad que mantengan entre sí relaciones³⁷, a fin de permitirse vivir en forma pacífica, ordenada y progresista.

En tanto las funciones del Estado internas miran a su intimidad, sin considerar lo que se halla fuera de los límites territoriales del Estado, las externas parten de tal interioridad, para desplegarse fuera de dicho ámbito. Y si bien no resultaría correcto separar de modo tajante ambos ámbitos de acción, desde que hay vinculación entre ellas, es necesario a fin de efectuar una correcta apreciación del fenómeno funcional estatal, debe distinguirse la existencia de estos dos órdenes, identificables por una cierta especificidad.

Las funciones externas, a su vez, pueden desagregarse en dos especies. Una destinada a lograr la garantía y seguridad de la propia personalidad del Estado, o sea al respeto de su propia autonomía. Y la otra la de colaboración en el plano internacional con otros Estados y organismos internacionales a los efectos de lograr objetivos que se reconocen comunes al género humano (paz, civilización, bienestar, etc).

Pero no pocas veces, tal colaboración o cooperación no resulta posible, debido a una contraposición insalvable de intereses. Es allí donde comienza a cobrar importancia la primera función expuesta, o función de defensa.

Dicha función se realiza cuando el Estado vela para que su libertad de acción sea respetada, para que su territorio, su economía, sus funciones internas sean respetadas desde fuera. Está cumpliendo, entonces, no una función interna del mismo, sino una función externa, porque su actividad está relacionada con ese mundo de Estados externos que de algún modo tratan de penetrar sobre estos otros Estados.

Estas funciones externas suelen esconderse bajo el sonoro título de los derechos de la soberanía, de la libre determinación de los pueblos, etc., resultando en definitiva todas aquellas actividades que aspiran a garantizar la necesaria autonomía del Estado, el respeto de sus derechos, el respeto de sus valores económicos, sociales y políticos; el respeto de su territorio, el respeto de lo que se llama regularmente el honor de los pueblos. Pero en todos los casos, nos hallamos frente a una función defensiva del Estado, expresada en una potestad que reconocemos al Estado de ponerle freno a la acción externa de manera que no pueda afectar su autonomía, su capacidad de

³⁷ El autor a quien seguimos en esta parte expresa que toma esta palabra en el sentido más amplio posible del término.

disponer de lo propio; su posibilidad de hacer de su mundo interno lo que él pretende, o afectarlo incluso en su honor, o en sus bienes y valores económicos, sociales y políticos.

Garrone la ha entendido, en un concepto restringido, que la defensa nacional involucra al conjunto de medidas y servicios destinados a asegurar la integridad material del territorio contra los actos de fuerza del extranjero.³⁸

De Bordeje Morencos, desde una perspectiva más amplia, la conceptúa como el resultante de la reunión y acción de todas las fuerzas materiales y morales que una Nación puede oponer a las amenazas de un adversario, a fin de asegurar en todo tiempo y circunstancia y respecto de todas las formas posibles de agresión, la seguridad e integridad del suelo nacional, junto con los de su población, respetando alianzas, acuerdos, y tratados.³⁹

También en términos amplios, Mooney la entiende como el conjunto de medidas que con carácter preventivo y eventualmente "efectivo" se adoptan, de parte del gobierno, para mantener protegidos los llamados "intereses vitales" de la comunidad nacional. En ello participan todos los recursos de que dispone el país en caso de un conflicto grave y extendido, aunque normalmente el tema está a cargo de los organismos (militares y civiles) que están en la órbita del Ministerio de Defensa Pero, eventualmente, si la situación es muy comprometida, todos ciudadanos y todas las entidades, públicas y privadas, deben cooperar con el esfuerzo defensivo.⁴⁰

Riesco⁴¹, en tanto, postula que defensa nacional es el sistema de capacidades (políticas, jurídicas, culturales, económicas, demográficas y tecnológicas) que la Nación puede organizar, movilizar y aplicar para sostener, en la paz y en la guerra, sus intereses vitales, y en especial la acción defensiva-ofensiva de sus Fuerzas Armadas en los casos en que sea necesario el uso de la fuerza, y en el marco de los objetivos del Estado nacional.

Pero no debemos dejar de considerar, que en un Estado de derecho, la defensa está inserta en el sistema institucional y sometida a los controles de la ley, prohibiéndose toda actuación de grupos irregulares que puedan tomarse dicha importante función "por manos propias". Quienes lo hacen cometen el delito de sedición. Otro tanto ocurre con quienes invocando el nombre "del

³⁸ GARRONE, José, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 623.

³⁹ DE BORDEJE MORENCOS, Fernando, *Diccionario militar estratégico y político*, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pag. 44.

⁴⁰ MOONEY, Alfredo E., *Derecho Constitucional*. Tomo II, 2ª edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995, pag. 133.

⁴¹ RIESCO, José, *La defensa Nacional: estrategia y política*, Alveroni, Córdoba, 1986.

pueblo" y usando armas tratan de presionar a las autoridades legalmente constituida para lograr objetivos políticos o de otra índole.⁴²

Función estatal de seguridad

Dentro de un Estado de derecho, se organiza la libertad de los individuos a través de un régimen jurídico, a fin de lograr la difícil tarea de compatibilizar el ejercicio de esta libertad individual con el bien colectivo o de la comunidad. Así, muchos autores como Carlos Maria Bidegain, consideran que la esfera de la libertad debe ser absoluta en el campo de la conciencia y de las acciones privadas, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (art. 19 CN).⁴³

Cuando las acciones humanas salen de esa esfera privada e ingresan dentro del ámbito de la comunidad, el Estado, organiza o reglamenta los derechos individuales, a fin de que sean compatibles con el bien común.

El término "Poder de Policía", cuya construcción y definición es más teórica que práctica, constituye una forma de justificar ciertos gajes del poder institucional o de gobierno. No se trata de un real instrumento de aplicación que pueda ser evidenciado concretamente; por lo tanto, es muy importante tener en cuenta que hablamos de "Poder de Policía" para referirnos a un concepto muy abstracto, con un millar de acepciones, que en su esfera concreta encuentra muchísimas manifestaciones divergentes y hasta opuestas, justamente por la amplitud de su expresión.

Así, los tribunales argentinos, en un conocido fallo, establecieron que:

"(...) la dificultad proviene de la amplitud de su extensión y la multiplicidad de sus aplicaciones, y que complica más todavía el carácter evolutivo del mismo, en constante avance, por razón de las nuevas formas que ofrece la actividad de los individuos y del Estado que lo hace necesariamente variar en relación al tiempo y al espacio. Cabe señalar, sin embargo, que ese concepto, en el significado específico que en la actualidad tiene, ha sido elaborado por la jurisprudencia de las cortes de Estados Unidos de América a medida que se suscitaban conflictos particulares frente al interés general representado y

⁴² MOONEY, Alfredo E., Derecho Constitucional. Tomo II, 2ª edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995, pag. 132.

⁴³ BIDEGAÍN Carlos Maria, Palazzo Eugenio L. (col.) Schinelli Guillermo C. (col.), Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 75.

*defendido por los Estados, desempeñando idéntico papel entre nosotros, inspirada en aquellas enseñanzas, la Corte Suprema de la Nación, en ejercicio por igual de un poder de supervisión de que se encuentran investidas por las leyes de ambos países, como guardianas en último término de la Constitución, de los tratados y de las leyes dictadas por el Congreso".*⁴⁴

La doctrina en general considera que el término Poder de Policía tiene dos acepciones diferentes: una europea o restringida y otra norteamericana o amplia. La primera se refiere al poder que tiene el Estado de imponer sólo limitaciones en protección de la salud, la seguridad y la moralidad del pueblo, mientras que la segunda amplía el concepto a la potestad del Estado, de reglamentar los derechos individuales en beneficio del bien común, general o de la comunidad, lo que presupone diversos fines, entre ellos "los intereses económicos".

Respecto al criterio europeo, Gordillo nos explica que este concepto se vincula con la vieja noción liberal,

*"(...)donde se caracterizaba al Poder de Policía que competía al Estado, como la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran atacarla."*⁴⁵

Pero como nos dice Bidart Campos, es la noción amplia del "police power", proveniente del derecho estadounidense la que ha penetrado en nuestro derecho judicial. Por lo que podemos decir que, en sentido lato, todas las limitaciones que por vía de reglamentación al ejercicio de los derechos han sido reconocidas por la Corte como razonables, se han fundado –en la doctrina del tribunal- en el Poder de Policía.⁴⁶

⁴⁴Cámaras Civil en pleno de la Capital, "María L. Rocca y otros v. Municipalidad de la Capital", *La Ley*, T 31, 1943, p. 347. Voto del doctor César de Tezanos Pinto.

⁴⁵GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. 6ta ed.: Fundación de Derecho Administrativo; Buenos Aires 2003, T II, Cap. IV, p. V-13.

⁴⁶Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Ediar, Buenos Aires, 1986/1995, t. 1, cap. XXII, p. 509.

Es así que se ha expresado que: *"el ejercicio del poder de policía sobre personas y bienes tiende a la protección, no sólo de la seguridad, moralidad y salubridad, sino que se extiende al ámbito económico y social en procura del bienestar general"*⁴⁷

En estas comunidades primitivas, la guerra indudablemente involucraba a toda la sociedad; de la suerte de la misma dependía la suerte de la misma, y de la de sus integrantes. Sus ejércitos se integraban con todos los hombres capaces de portar armas. Todos, en mayor o menor medida, eran combatientes. Pero si bien la guerra involucraba profundamente a tales comunidades, no por ello era confundida con la función de preservar dentro de la propia comunidad la vigencia de las normas establecidas, juzgando y castigando a quienes las violaban.

Refiere al respecto Enrique Fentanes⁴⁸

(...) La función de policía tuvo origen en el primer grupo social prehistórico, que fue una comunidad familiar social, mística y defensiva. Los sociólogos designan a esa comunidad con el nombre genérico de clan, que corresponde, en líneas generales, al genos, griego, y a la gens, latina (...)

La comunidad prehistórica se regía por un conjunto de preceptos no escritos, de origen místico, transmitidos de generación en generación, al que se lo ha denominado código de la Themis... La institución gubernamental de la comunidad se basaba en un régimen unipersonal. Gobierno, sacerdocio y justicia se hallaban confiados a un jefe vitalicio, personaje místico, sagrado, representación viviente de los antepasados (...)

En consecuencia, el gobierno del grupo social prehistórico era un sincretismo: una sola función, ejercida por un sólo órgano. La función era la paz. El órgano supremo, el jefe de la paz, encargado de aplicar el código de la Themis. Lo asesoraba un consejo de ancianos ... Configuraba, pues, por sus caracteres y fines, una función de gobierno interior. La función de paz no era una función de guerra exterior, para lo cual se elegía temporariamente un jefe de guerra. La función de guerra estuvo siempre separada de la paz interior (...)

Pero hasta épocas jurídicas relativamente próximas, si bien existía una somera distinción de las funciones, el instrumento de la fuerza pública era único. Lo policial apareció como una

⁴⁷ CSJN, Fallos: 313:1513.

⁴⁸ Compendio de la Ciencia de la policía. Editorial Policial, Buenos Aires, 1979. Cit por UGARTE, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 17.

especialización de lo castrense, a partir de las tropas destacadas en guarnición, para luego resultar un órgano diferenciado hacia finales del siglo XVIII.⁴⁹

Ya que en tiempos antiguos, los magistrados y militares eran los responsables de mantener la ley y el orden en las ciudades. Con un único e indiferenciado grupo armada, que servía tanto para resguardarse de las agresiones exteriores, como para mantener el orden doméstico de la sociedad.

Pueden detectarse en Roma, ciertos primeros atisbos de diferenciación, con la creación de las cohortes urbanas, que eran una unidad de élite del ejército romano instituida por Augusto como una de las unidades de la guarnición de Roma, junto con las Cohortes Pretorianas -a la que servía de contrapeso- y las Cohortes de Vigiles. Fuera de Roma existían también en Lugdunum (actual Lyon, Francia), entre otros sitios.

Se hallaban estructurados como una infantería pesada, destinada tanto a mantener el orden dentro de la ciudad de Roma, como a resguardarla defensivamente de ataques externos, aunque sólo en contadas ocasiones combatió de forma regular.

Durante la edad media, los nobles eran los responsables de mantener el orden en sus tierras, para lo cual a veces designaban a un vasallo suyo como alguacil. Estando entremezclada la función de seguridad pública, con las facultades "privadas" de un propietario en sus dominios.

En 1476, se instituyó en Castilla, posiblemente, el primer cuerpo policial de Europa. Denominado la Santa Hermandad, tenía como rasgos principales el ser un cuerpo permanente, armado y estructurado bajo las pautas de la disciplina militar. Fue instituido en las Cortes de Madrigal, por los Reyes Católicos «para dar orden en aquellos robos e guerras que en el reino se facían», resultando su misión, perseguir a los malhechores y criminales.

En 1663, Londres contrató cuidadores para resguardar sus calles en las noches, los que se sumaban a los alguaciles, cuyas funciones no eran remuneradas. El 30 de junio de 1800 las autoridades de Glasgow, establecieron en esa ciudad el primer servicio profesional de Policía en el país, dotado de una organización propia y diferenciada de las otras funciones estatales. Siendo tal modelo copiado en otras partes.

⁴⁹ Para un mayor detalle de dicho proceso, puede verse CARRANZA TORRES, Luis, La fuerza pública, sus institucionalizaciones y la calificación del personal, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional de Foro de Córdoba N° 23, Año IX, 2008, p. 52/3.

En 1829, la legislación en lo referente a la seguridad ciudadana en Londres pasó a depender del parlamento, fundándose la Policía Metropolitana de Londres (la "met" como se la apoda en el presente), reconocida por ser la primera policía organizada sobre una concepción de fuerza de naturaleza civil.

En su memorandum del 20 de julio de ese año, el secretario de asuntos internos, Sir Robert Peel, la estructuraba bajo el mando de dos comisionados, situándose por debajo de ellos, ocho superintendentes, veinte inspectores, ochenta y ocho sargentos y ochocientos noventa y cinco agentes. Con un cuartel general en el número 4 de Whitehall Place y ocho divisiones, distribuidas por la ciudad.

En lo que hace a nuestra realidad provincial, el más antiguo registro de ese proceso de diferenciación entre lo castrense y lo policial, se da en 1841 cuando: "El gobierno de López, con el propósito que el pueblo no confunda a la policía con el resto de empleados y tropas que hay en la capital, adopta el distintivo policial". Consistente en un escudo con la leyenda "Policía", en lata para los niveles iniciales y permitiéndose en plata, a su costa, respecto del personal de mayor jerarquía.

En nuestro país, al igual que en Latinoamérica y gran parte de Europa, el derecho aplicable a las fuerzas de policía, se "trasplanta" del derecho militar se "trasplantan", en virtud de la influencia que durante todo el siglo XX, tuvieron las normas militares en la estructura de las fuerzas policiales; las que fueron tomadas como modelo a adaptar a sus propias necesidades.

Concepto de fuerza pública

El concepto de la fuerza pública resulta un elemento central de la vigencia efectiva de un Estado de Derecho. Ya que, como dijo Weber: "Por estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente".⁵⁰

⁵⁰ WEBER, Max. Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva [Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie, 1922]. F.C.E., México, 1969 p. 43/4.

Por definición, el Estado implica un monopolio legítimo de la coacción. Y ello no sólo es compatible con la noción del Estado de Derecho, sino esencial a ella, ya que el postulado de la ley como voluntad general, "...supone la necesidad de garantizar su cumplimiento, incluso por las armas". De esto se sigue, además, que la fuerza armada no puede "...quedar a merced de voluntades particulares y, especialmente, a la voluntad del Monarca".⁵¹

En cuanto a su naturaleza y finalidad, la fuerza pública supone por tanto, la facultad de utilizar una violencia legítima de parte del Estado, cuando fuere de necesidad a fin de resguardar para la sociedad, determinadas normas o valores jurídicos de entidad. Tal autorización se desprende como la consecuencia más extrema del "imperium" estatal.

En este sentido, la expresión alude a una vis legis, susceptible de ser ejercida respecto de personas o cosas a los efectos de realizar o restablecer una determinada situación jurídica, pudiendo asumir dos formas de manifestación, modernamente denominadas como efectiva o disuasiva, pero que en rigor de verdad, remiten a los conceptos clásicos de la vis compulsiva y la vis absoluta del derecho romano, respectivamente.⁵²

En el primer caso, se le utiliza como una posibilidad cierta de actuación inminente, a los fines de hacer desistir a la persona del caso, de resistir al mandato de la autoridad legítima que se pretende hacer cumplir. En cambio la segundo, refiere al empleo material de la coacción, en la medida necesaria para reducir a la persona del caso contra su voluntad, a los efectos de cumplir con el mandato del caso.

La fuerza pública, conceptualmente entonces, remite a la coacción legítima llevada a cabo desde los órganos especializados del Estado dispuestos a tal efecto, con el fin de asegurar la vigencia del orden jurídico y hasta la propia existencia de la comunidad organizada.

Es por ello que se configura en épocas relativamente recientes y guardando estrecha vinculación con el surgimiento del Estado de Derecho, ya que en los estados absolutistas, donde la persona del monarca se confundía como la institución estatal misma, y cualquiera fuese su voluntad, ésta debía ser impuesta, no tenía sentido alguno.

⁵¹ COTINO HUESO, Lorenzo, El modelo constitucional de Fuerzas Armadas, Universidad de La Rioja, Logroño, 2007, p. 211.

⁵² CARRANZA TORRES, Luis, La fuerza pública, sus institucionalizaciones y la calificación del personal, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional de Foro de Córdoba Nº 23, Año IX, 2008, p. 51/2.

Con el surgimiento del Estado de Derecho, regido por el principio de legalidad, en el cual la norma jurídica deja de ser la discrecional imposición de un monarca, para tornarse en una auto imposición de un conjunto de ciudadanos, libres e iguales en derechos y dignidad, realizada a través de los representantes que los mismos han elegido a tales fines, es que la noción de fuerza pública adquiere su sentido jurídico y necesidad fáctica.

La primera enunciación del concepto la hallamos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuyo artículo 12 se expresa que:

“La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada”.

Por su parte, la Constitución francesa de 1791, que buscó instaurar una monarquía parlamentaria, luego del proceso revolucionario de 1789, fue el primer texto de su tipo en contener previsiones respecto de su institucionalización dentro de la estructura estatal. Lo ubicó como un título independiente, el cuarto de los ocho en que se divide tal texto magno. Tal ubicación principal⁵³, es una clara constatación de su importancia en la estructuración de un Estado constitucional.

En su artículo primero, en tal parte del texto constitucional se expresaba que: *“La fuerza pública se instituye para defender el Estado de los enemigos de fuera y para asegurar dentro el mantenimiento del orden y la ejecución de las leyes”*. Para lo primero, existía *“el ejército de tierra y mar”*, debiendo existir diferenciadamente para lo segundo una *“tropa especialmente destinada*

⁵³ La Carta francesa se estructuraba de la siguiente forma, un Preámbulo y ocho títulos conforme al siguiente detalle: Título I: Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución; Título II: De la división del reino y del estado de los ciudadanos; Título III: De los poderes públicos; Título IV: De la fuerza pública; Título V: De las contribuciones públicas; Título VI: de las relaciones de la nación francesa con las naciones extranjeras; Título VII: De la revisión de los decretos constitucionales. A su vez, el título III, se subdividía en los siguientes capítulos: Capítulo I: De la asamblea nacional legislativa; Capítulo II: De la realeza, de la regencia y de los ministros; Capítulo III: Del ejercicio del poder legislativo; Capítulo IV: Del ejercicio del poder ejecutivo; Capítulo V: Del poder judicial.

al servicio en el interior"; y ante la necesidad de mayores efectivos, podía emplearse tanto en uno como en otro supuesto, a todos los *"ciudadanos activos, y sus hijos, en estado de llevar armas, inscritos en la lista de la guardia nacional"*.⁵⁴ La cual, *"no forma ni un cuerpo militar, ni una institución del Estado; son ciudadanos llamados al servicio de la fuerza pública"*.⁵⁵ No pudiendo nunca los ciudadanos, *"constituirse ni actuar como guardias nacionales si no es con un requerimiento o autorización legal"*.⁵⁶

Su institucionalización en los cuerpos armados del Estado

Con el concepto de fuerza pública (la force publique del derecho administrativo francés), se define asimismo en el derecho público, al conjunto de agentes públicos armados que la dirección del Estado tiene a su disposición para lograr mediante algún grado de coacción (disuasiva o efectiva), el cumplimiento de los actos realizados conforme a derecho y el mantenimiento del orden y paz pública, así como la capacidad de autodeterminarse de forma soberana. ⁵⁷

Es decir que desde el derecho, el concepto admite ser entendido como una potestad de coacción legal inherente al imperium propio de la estructura estatal, como también desde un punto de vista orgánico, referido a las instituciones estatales encargadas de llevarla a cabo.

Y si bien en los primeros tiempos de la organización estatal, el concepto de fuerza pública era mayormente de carácter unitario, en el actual nivel de evolución de la cultura jurídica, ello no sólo no procede, sino que se entiende que la diferenciación entre ambos órdenes (fuerza armada y fuerza policial) resulta esencial al concepto de Estado de Derecho.⁵⁸

Ya en su primera enunciación constitucional, en cuanto a sus rasgos primarios, se establecía que: *"La fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar"*.⁵⁹

⁵⁴ Art.2, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

⁵⁵ Art.3, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

⁵⁶ Art.4, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

⁵⁷ Conf. Capitán, Henri (dir), Vocabulario jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 288.

⁵⁸ Por citar sólo algunos autores: Barcelona Llop, Javier, Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español, en Revista española de derecho constitucional - A. 16, Nº 48 (sept.-dic. 1996), p.81-118; Blanquer Criado, David Vicente, Ciudadano y soldado: la Constitución y el servicio militar, Civitas, 1996; Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel, Constitución, policía y fuerzas armadas, Marcial Pons, 1997.

⁵⁹ Art.12, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

Debiéndose regir en ambos casos (fuerzas militares y aquellas destinadas a la seguridad interior), por un ordenamiento jurídico particular dentro del derecho nacional, ya que: *“El ejército de tierra y mar y la tropa destinada a la seguridad interior están sometidas a las leyes particulares, en relación al mantenimiento de la disciplina, a la forma de los juicios y a la naturaleza de las penas en materia de delitos militares”*.⁶⁰

Cualquier parte de la fuerza pública, empleada para garantizar la seguridad del Estado frente enemigos exteriores, actuaría bajo las órdenes del Rey.⁶¹ Pero el requerimiento de la fuerza pública en el interior del reino, correspondía a los oficiales civiles, de conformidad con las reglas determinadas por el Poder legislativo.⁶² No pudiendo actuar ningún cuerpo o destacamento de tropas militares en el interior del reino, sin dicho requerimiento legal.⁶³ Como tampoco: *“Ningún agente de la fuerza pública puede entrar en el domicilio de un ciudadano, si no es para ejecutar una orden policial o judicial, o en los casos formalmente previstos en la ley”*.⁶⁴

Puede advertirse que, más allá de ser instrumentados para distintas funciones, ciertos rasgos se mantienen como una constante tanto en las Fuerzas Armadas como las Fuerzas de Seguridad. Desde que los cuerpos armados del estado tienen como característica común, la de estar organizados de modo acentuadamente jerárquico, teniendo la disciplina una centralidad en todas las formas en que se concreta su actuación, sean éstas internas o externas. Otro de los rasgos en común, es la posibilidad del uso de la fuerza (disuasivo o efectivo) en sus funciones, a los efectos de resguardar los valores centrales de la comunidad, protegidos por el derecho.

A todo ello debe sumarse que, en el cumplimiento de sus tareas propias, se encuentran obligados a poner en riesgo su vida. Exigencia que en el caso de los militares llega a la ofrenda de la existencia física misma, y respecto del personal policial, de su integridad física.

Diferenciación entre la fuerza pública militar o fuerza armada y fuerza pública civil

⁶⁰ Art.13, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

⁶¹ Art.7, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

⁶² Art.10, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

⁶³ Art.8, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

⁶⁴ Art.9, Título IV, Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791.

En un Estado democrático de Derecho, la fuerza pública no sólo corresponde en exclusiva al Estado, sino que éste debe necesariamente disponer en su estructura de tal capacidad, pero sólo puede llevarla a cabo por intermedio de organismos específicamente conformados a tal fin, y conforme a los principios del ordenamiento jurídico.

Es por ello que el uso de la fuerza pública reviste en nuestro derecho, los rasgos de exclusiva, excluyente, indelegable, específica y legal. Exclusiva pues sólo el Estado puede usar de ella, excluyente pues ningún particular o grupo de particulares puede arrogársela. Tampoco puede ser cedido aspecto alguno de su uso, incluso respecto de otros Estados. Resulta específica pues dentro del Estado, sólo las organizaciones instituidas a tal fin, pueden materializarla. Y es legal porque su justificación y alcance surgen del ordenamiento jurídico.

De tal forma, con el concepto de fuerza pública (la force publique del derecho administrativo francés), se define asimismo en el derecho público, al conjunto de agentes públicos armados que la dirección del Estado tiene a su disposición para lograr mediante algún grado de coacción (disuasiva o efectiva), el cumplimiento de los actos realizados conforme a derecho y el mantenimiento del orden y paz pública, así como la capacidad de autodeterminarse de forma soberana. 65

Es a través de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que se ejerce el monopolio, por parte del Estado, del uso institucionalizado de la coacción jurídica, lo que hace imprescindible la utilización de armas por parte de tales funcionarios como parte normal de su actividad pública. Ello, por su indudable trascendencia sobre la vida y la integridad física de las personas, exige el establecimiento de límites y la consagración de principios, señalando los criterios y los supuestos claros que la legitiman.

Podemos distinguir al presente, en la noción de fuerza pública, dos especies de ella⁶⁶:

1º) La fuerza pública militar, constituida por las Fuerzas Armadas.

2º) La fuerza pública civil, constituida esencialmente por las distintas policías (de seguridad y especiales)

⁶⁵ Conf. CAPITANT, Henri (dir), Vocabulario jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 288.

⁶⁶ Conf. CAPITANT, Henri (dir), Vocabulario jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 288.

Esta distinción de la fuerza pública tiene su correlato a nivel conceptual y legal, en la diferenciación entre la defensa nacional y la seguridad interior. Ocupándose la fuerza armada de la primera y la fuerza civil de la segunda.

A este respecto, cabe señalar que por definición legal, la defensa nacional es la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la Nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas, en forma disuasiva o efectiva, para enfrentar las agresiones de origen externo. Teniendo por finalidad, garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; así como el proteger la vida y la libertad de sus habitantes.⁶⁷ En tanto que la seguridad interior ha sido entendida como la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardados la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional.⁶⁸

Es por ello que, en atención a tal diferencia de encargos, el uso de la fuerza pública, por parte de uno y otro tipo de cuerpos armados, es distinta. En el caso de las Fuerzas Armadas, destinadas a actuar en conflictos armados de máxima intensidad, la regla es de emplearla con una adecuada proporcionalidad al objetivo perseguido, en tanto respecto de las Fuerzas de Seguridad, destinadas a actuar entre la población civil para defenderla de ataques puntuales a sus derechos, el principio de su uso es del de mínima intensidad.

Cabe destacar que la diferenciación entre ambas funciones, de defensa y de seguridad, y como veremos a continuación, su diferente tratamiento legal, no conlleva una separación absoluta de recursos del Estado, desde que las fuerzas de seguridad militarizadas tienen un papel a cumplimentar en la defensa, así como las Fuerzas Armadas pueden bajo ciertos, especiales y determinados supuestos, actuar en situaciones de seguridad interior en apoyo de las fuerzas públicas naturaleza a tal materia.⁶⁹

Por otra parte, dicho uso dual de un determinado órgano receptor de la fuerza pública ha existido en distintas sociedades y momentos históricos.

⁶⁷ Art. 2, ley nacional N° 23554.

⁶⁸ Art. 2, ley nacional N° 24.059.

⁶⁹ CARRANZA TORRES, L. (2005). Naturaleza y proyecciones del Estado militar en el ordenamiento jurídico argentino. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, p. 85.

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS CRÍTICO DEL ACTUAL ORDENAMIENTO LEGAL ARGENTINO

El objetivo del presente acápite es realizar una descripción del ordenamiento legal en la Argentina que resulta relevante para el objeto de esta investigación.

Se incluyen algunas normas que no se encuentran vigentes en la actualidad, lo que en cada caso será expresamente aclarado, con el objetivo de enunciar algún antecedente normativo, o demostrar la evolución que existió en la materia.

Finalmente debo advertir que no se sigue un criterio cronológico para exponer las normas por su fecha de sanción, sino que se busca agruparlas por submaterias a modo de analizar cuestiones que se relacionan con más de una norma.

Ley N° 23.554 de Defensa Nacional.

La Ley de Defensa Nacional⁷⁰ fue publicada en el Boletín Oficial el 05/05/1988. Merced a dicha norma se *“establece las bases jurídicas, orgánicas y funcionales fundamentales para la preparación, ejecución y control de la defensa nacional”*.⁷¹

Conforme su artículo 2°, “La Defensa Nacional es la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la Nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas, en forma disuasiva o efectiva, para ***enfrentar las agresiones de origen externo***.”

⁷⁰ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Ley de Defensa Nacional, N° 23.554. Consultado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20988/texact.htm> Fecha de consulta [Fecha de consulta: 22/11/2018].

⁷¹ Art. 1, Ley N° 23.554.

Dicha defensa tiene por finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; proteger la vida y la libertad de sus habitantes.

Este art. 2º tiene como antecedente, en el Derecho Comparado, Ley Orgánica de España, de Defensa Nacional y Organización Militar del año 1980, que dice⁷²:

"La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad, garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el art. 97 de la Constitución".

De la comparación entre ambas normas, surge su diferencia en al menos dos aspectos⁷³:

a) la norma nacional solamente comprende como materia de la defensa a las agresiones de origen externo, frente a la indiferenciación de su fuente⁷⁴;

b) no se refiere, entre sus fines, al "ordenamiento constitucional, si bien el proyecto originario del Poder Ejecutivo (de 1985) sí lo contemplaba.

Dicho concepto de defensa nacional se concreta u operacionaliza en un conjunto de planes y acciones tendientes a prevenir o superar los conflictos que esas agresiones generen, tanto en tiempo de paz como de guerra, conducir todos los aspectos de la vida de la Nación durante el conflicto bélico, así como consolidar la paz, concluida la contienda.⁷⁵

⁷² Carranza Torres, L. (2005). Naturaleza y proyecciones del Estado militar en el ordenamiento jurídico argentino. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, p. 84.

⁷³ Mooney, Alfredo E., Derecho Constitucional. Tomo II, 2º edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995, pag. 133/4.

⁷⁴ Ello es una directa consecuencia del sistema separado entre los conceptos de defensa y seguridad, establecido en el art. 4º de la propia ley. Pero no supone una exclusión absoluta de las FFAA en la segunda, desde que como dice Mooney, hay que advertir que la Ley de Seguridad Interior, de 1991, ha previsto la intervención de las Fuerzas Armadas para casos en que una situación de crisis de seguridad interna haya desbordado a las denominadas Fuerzas de Seguridad y Policiales (Gendarmería, Prefectura y Policías). En este caso extremo se prevé en dicha ley un procedimiento especial que debe cumplirse para que pueda haber participación "militar".

⁷⁵ Art. 3º, ley 23.554

En cuando a su alcance, abarca los espacios continentales, Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y demás espacios insulares, marítimos y aéreos de la República Argentina, así como el sector antártico argentino, con los alcances asignados por las normas internacionales y los tratados suscriptos o a suscribir por la Nación. Contemplándose igualmente dentro de su alcance, a los ciudadanos y bienes nacionales en terceros países, en aguas internacionales y espacio aéreo internacional.⁷⁶

En sus fundamentos, se expresa que con la estructura del sistema normativo propuesto, se ubica a las Fuerzas Armadas con una clara subordinación a la autoridad civil institucionalmente establecida. A la vez que se hace posible que el Presidente de la República asuma plenamente sus funciones y responsabilidades como único Comandante en Jefe de las mismas.⁷⁷

Cabe destacar que una de los caracteres fundamentales del sistema legal de la defensa argentina es lo sentado en su artículo 4º, que expresa: *"Para dilucidar las cuestiones atinentes a la defensa nacional, se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la defensa nacional de la seguridad interior. La seguridad interior será regida por una ley especial"*.

Pero tal diferente tratamiento legal de ambas cuestiones, no conlleva una separación absoluta de recursos del Estado, desde que las fuerzas de seguridad militarizadas tienen un papel a cumplimentar en la defensa, así como las Fuerzas Armadas pueden bajo ciertos, especiales y determinados supuestos, actuar en situaciones de seguridad interior en apoyo de las fuerzas públicas naturaleza a tal materia.⁷⁸

Como integrantes del Sistema de Defensa Nacional el artículo 9º establece los siguientes:

- a) El Presidente de la Nación;
- b) El Consejo de Defensa Nacional;
- c) El Congreso de la Nación, en ejercicio de las facultades conferidas por la Constitución Nacional para el tratamiento de las Comisiones de Defensa de ambas Cámaras;

⁷⁶ Art. 5º, ley 23.554

⁷⁷ Fundamentos de la ley 23554, apartado III.

⁷⁸ CARRANZA TORRES, L. (2005). Naturaleza y proyecciones del Estado militar en el ordenamiento jurídico argentino. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, p. 85.

d) El Ministro de Defensa;

e) *El Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas;*

f) *El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea de la República Argentina;*

g) Gendarmería Nacional y Prefectura Naval Argentina en los términos que prescribe la presente Ley;

h) El Pueblo de la Nación mediante su participación activa en las cuestiones esenciales de la Defensa, tanto en la paz como en la guerra de acuerdo a las normas que rijan la movilización, el Servicio Militar, el Servicio Civil y la Defensa Civil".

Un artículo de sumo interés para comprender los usos duales de determinados cuerpos armados lo da el artículo 31 al establecer que:

"Como integrantes del Sistema de Defensa Nacional, la Prefectura Naval Argentina y la Gendarmería Nacional, desarrollarán en sus respectivas estructuras orgánicas, los medios humanos y materiales necesarios para el debido y permanente control y vigilancia de las fronteras, aguas jurisdiccionales de la Nación y custodia de objetivos estratégicos, así como para el cumplimiento de las demás funciones emergentes de esta Ley y otras disposiciones legales que se le apliquen.

De la lectura de esta ley se desprende que el sistema de defensa nacional es concebido para hacer frente a las "amenazas externas", y el mismo se desarrolla con autonomía e independencia del sistema de seguridad interior.

Para reforzar lo enunciado anteriormente, resulta ilustrativo recurrir al debate legislativo que precedió la sanción de la norma bajo análisis, lo que pone de manifiesto el objetivo perseguido.

Cabe destacar que, en el mensaje de elevación al presidente de la Cámara de Diputados, por parte de los redactores del proyecto de ley, en el punto VI se enuncia que "Se

proporcionan las bases suficientes para la organización territorial del país para la defensa (...); previéndose, además, la movilización del potencial nacional en los casos necesarios".⁷⁹

Al comenzar el debate, el diputado por la provincia de Buenos Aires, Sr. Zubiri, sostiene que "existe la necesidad de encuadrar jurídicamente la cuestión de la defensa nacional y la de derogar de derecho -porque de hecho está derogada desde el 10 de diciembre de 1983- la ley 16.970, por la que se instrumentó en el país la doctrina de seguridad nacional".⁸⁰ A lo largo de su debate dedica varios párrafos a definir esta doctrina de la seguridad nacional, haciendo referencia a los sucesos históricos que había atravesado el país.

El diputado por Misiones, Sr. Alterach en su discurso sostiene que "Se tiene en cuenta, asimismo, la *fundamental diferencia existente entre la defensa nacional y la seguridad interior*. Hablamos de diferencia fundamental porque el Preámbulo de nuestra Carta Magna establece como objetivos constitucionales 'proveer a la defensa común' y 'consolidar la paz interior'. El primero se refiere, según puede verse, a la defensa contra posibles enemigos externos, mientras que el segundo persigue la preservación de la seguridad interna ante una situación de gran convulsión social".⁸¹

La cita precedente refleja con claridad uno de los objetivos fundamentales al momento de analizar el proyecto de ley de defensa nacional, cual es el de diferenciar de manera clara y contundente la defensa nacional de la seguridad interior.

La diputada por la Capital, Sra. Alsogaray, con cierto tono irónico sostiene que "Quienes veníamos preparados para legislar sobre defensa nacional nos encontramos legislando contra la doctrina de la seguridad nacional".⁸²

Sin embargo, encontramos algunas voces disidentes, entre ellas la del diputado por Corrientes, Sr. Contreras Gómez, quien sostiene que "*no admito la dicotomía existente entre seguridad exterior y seguridad interior (...)* creo firmemente que ambos aspectos de la defensa nacional deben estar contemplados en una misma ley (...) considero que la defensa nacional es un

⁷⁹ Transcripciones de los debates de la 5° Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados, 28 y 29 de diciembre de 1987, pág. 4689, disponible en República Argentina. Cámara de Diputados. Secretaría Parlamentaria. Información Parlamentaria. Debates. Régimen orgánico y funcional para la preparación, ejecución y control de la defensa nacional. Consultado desde:

https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_20001_24000.html [Fecha de consulta: 24/11/2018].

⁸⁰ Óp. cit, pág. 4690.

⁸¹ Óp. cit, pág. 4700.

⁸² Óp. cit., pág. 4701.

todo e incluso sostengo que *no siempre es fácil determinar cuándo se está ante una agresión externa y cuándo ante una interna*, porque la primera puede ser fomentada desde el interior y viceversa".⁸³

En el mismo sentido, el diputado por Santa Fe, Sr. Muttis sostiene que "debo señalar que no percibo en el espíritu del proyecto que estamos considerando la voluntad manifiesta de estructurar un sistema de defensa en el que *prejuicios engendrados por nuestro pasado reciente no sean factores determinantes*. Advierto además en él contradicciones notorias con disposiciones constitucionales, aunque paso por alto la discutible y cuestionable afirmación de que existen diferencias fundamentales entre lo que significa la defensa nacional y la seguridad interior... admito –conforme lo expresado por mi partido en la Mesa de Consenso- la posibilidad de dictar en su momento una ley especial sobre seguridad interior. No deja de ser esto, en definitiva, una elección metodológica a seguir. Pero lo que no admito es la idea de que exista una diferencia fundamental entre defensa nacional y seguridad interior".⁸⁴

Y esta referencia a los prejuicios engendrados por el pasado reciente creo que no debemos pasarla por alto, toda vez que opiniones semejantes se siguen replicando cada vez que desde el poder político se intenta discutir el rol de las Fuerzas Armadas Argentinas.

Decreto Reglamentario de la Ley de Defensa Nacional N° 727/2006, modificado por el Decreto N° 683/18.

En primer lugar, debe resaltarse que el Decreto Reglamentario de la Ley de Defensa Nacional se dictó recién el 12/06/2006⁸⁵.

Dicho decreto fue recientemente modificado con el dictado del decreto 683/18 el día 23/07/2018⁸⁶.

⁸³ Óp. cit., pág. 4717.

⁸⁴ Óp. cit., pág. 4725.

⁸⁵ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Decreto 727/2006. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116997/norma.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018].

⁸⁶ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial. Decreto 683/18. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312581/norma.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018].

Realizaremos un breve análisis del decreto en su redacción original, para luego analizar las modificaciones introducidas.

En su redacción original, entre sus considerandos puede leerse:

*“Que la definitiva consolidación de una institucionalidad en materia de defensa nacional contribuirá a **evitar la posible confusión entre los conceptos de SEGURIDAD INTERIOR y DEFENSA NACIONAL**” (el destacado nos pertenece).*

*“Que en esa inteligencia, el sistema de defensa debe orientarse estructural y organizativamente hacia la conjuración de situaciones de agresión externa perpetradas por fuerzas armadas de otro Estado, en un todo de acuerdo con lo dispuesto por la Resolución 3314 (1974) de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), **dejando fuera de la órbita del mismo**, ya sea en sus aspectos doctrinario, de planeamiento y adiestramiento, así como también de producción de inteligencia, **toda cuestión que haga y/o refiera a la seguridad interior.**”*

“Que por ello deben rechazarse enfáticamente todas aquellas concepciones que procuran extender y/o ampliar la utilización del instrumento militar hacia funciones totalmente ajenas a la defensa, usualmente conocidas bajo la denominación "nuevas amenazas", responsabilidad de otras agencias del Estado organizadas y preparadas a tal efecto; toda vez que la intervención regular sobre tales actividades supondría poner en severa e inexorable crisis la doctrina, la organización y el funcionamiento de una herramienta funcionalmente preparada para asumir otras responsabilidades distintas de las típicamente policiales”.

Entre sus disposiciones, merecen destacarse las siguientes:

En su artículo 1º dispone que: *“**Las Fuerzas Armadas, instrumento militar de la defensa nacional, serán empleadas ante agresiones de origen externo perpetradas por fuerzas armadas pertenecientes a otro/s Estado/s**, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 24.059 de Seguridad Interior y en la Ley N° 24.948 de Reestructuración de las Fuerzas Armadas en lo concerniente a*

los escenarios en los que se prevé el empleo del instrumento militar y a las disposiciones que definen el alcance de dicha intervención en operaciones de apoyo a la seguridad interior.

Se entenderá como *"agresión de origen externo" el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de nuestro país, o en cualquier otra forma que sea incompatible con la Carta de las Naciones Unidas*".

En el artículo 3º se dispone que el Sistema de Defensa Nacional no pueda contemplar en su formulación doctrinaria, en la planificación y adiestramiento, en la previsión de las adquisiciones de equipos y/o medios, como así tampoco en las actividades relativas a la producción de inteligencia, hipótesis, supuestos y/o situaciones pertenecientes al ámbito de la seguridad interior, conforme la misma aparece delimitada en la Ley N° 24.059 de Seguridad Interior.

En los artículos siguientes reglamenta el funcionamiento de los distintos integrantes del Sistema de Defensa Nacional.

Las principales modificaciones introducidas por el Decreto N° 683/18 respecto de la norma anterior resultan los siguientes:

Entre sus considerandos se enuncia:

"Que por tanto resulta menester entender como agresión de origen externo, en los términos previstos por la Ley de Defensa Nacional, el uso de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de nuestro país, o en cualquier otra forma que sea incompatible con la Carta de las Naciones Unidas".

Entre sus artículos debemos destacar el artículo 1º, el cual sustituye a su homólogo del Decreto N° 727/06 por el siguiente:

*"Artículo 1º Las Fuerzas Armadas, instrumento militar de la defensa nacional, serán empleadas en forma disuasiva o efectiva ante **agresiones de origen externo** contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de la REPÚBLICA ARGENTINA; la vida y la*

libertad de sus habitantes, o ante cualquier otra forma de agresión externa que sea incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

El cumplimiento de esta misión primaria no afecta lo dispuesto en la Ley N° 24.059 de Seguridad Interior y en la Ley N° 24.948 de Reestructuración de las Fuerzas Armadas, en lo concerniente a los escenarios en los que se prevé el empleo del instrumento militar y a las disposiciones que definen el alcance de dicha intervención en Operaciones de Apoyo a la Seguridad Interior."

Como puede verse, se mantiene el eje dado por la ley respecto de atender situación de agresión externa, pero pierde la nota de la estatalidad que fuera tan criticada y que no luce razonable en nuestros días donde las agresiones externas sin muchas veces llevadas a cabo por organización de similar poderío que las fuerzas armadas de un estado pero sin tener ninguno de sus rasgos.

En virtud del artículo 2°, se sustituyó al artículo 3° del Decreto N° 727/06 por el siguiente:

"Artículo 3° Las Fuerzas Armadas enmarcarán su planeamiento y empleo en los siguientes tipos de operaciones: Operaciones en Defensa de los intereses vitales de la Nación; Operaciones dispuestas en el Marco de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) u otros organismos internacionales; Operaciones encuadradas en la Ley N° 24.059 y Operaciones en Apoyo a la Comunidad Nacional e Internacional. A tales efectos, ajustarán su formulación doctrinaria, planificación y adiestramiento, en la previsión de las adquisiciones de equipos y/o medios de conformidad a las previsiones de la Ley N° 23.554, con las limitaciones previstas en las Leyes N° 24.059 y N° 25.520.

En el caso de las misiones establecidas en la Ley N° 24.059, el MINISTERIO DE DEFENSA considerará como criterio para las previsiones estratégicas, la organización, el equipamiento, la doctrina y el adiestramiento de las FUERZAS ARMADAS, a la integración operativa de sus funciones de apoyo logístico con las FUERZAS DE SEGURIDAD."

Se incorporó asimismo en virtud del artículo 5° como artículo 24 bis del Decreto N° 727/06 el siguiente:

“Artículo 24° Bis: El Sistema de Defensa Nacional ejercerá la custodia de los objetivos estratégicos referidos por el artículo 31 de la Ley N° 23.554, a través de los integrantes identificados en los incisos f) y g) del artículo 9° de la citada Ley.”

De esta manera podemos afirmar que existe una ampliación en las posibles agresiones frente a las cuales se activarán los mecanismos de defensa nacional.

En el mismo sentido, la incorporación del artículo 24° bis asigna como función de las Fuerzas Armadas, junto con Gendarmería y Prefectura Nacional, *“el debido y permanente control y vigilancia de las fronteras, aguas jurisdiccionales de la Nación y custodia de objetivos estratégicos”*.

Ley N° 24.059 de Seguridad Interior

La Ley de Seguridad Interior N° 24.059⁸⁷ fue promulgada el 06/01/1992, complementando las previsiones de la Ley de Defensa Nacional que enunciaba que la Seguridad Interior se regiría por una ley especial.

En el artículo 2° expresaba que:

“A los fines de la presente ley se define como seguridad interior a la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional”.

⁸⁷ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Ley de Seguridad Interior, N° 24.059. Consultado desde <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/04999/458/norma.htm> [Fecha de consulta: 22/11/2018].

En virtud del artículo 3° "La seguridad interior implica el empleo de los elementos humanos y materiales de todas las fuerzas policiales y de seguridad de la Nación a fin de alcanzar los objetivos del artículo 2°".

Especial mención debemos tener respecto del artículo 4° en el cual se expresa que: "La seguridad interior tiene como ámbito espacial el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y su *espacio aéreo*".

Existe pues una consideración expresa del aeroespacio dentro de su formulación con parte de las operaciones previstas dentro de dicha categoría.

Los artículos 27, 31 y 32 de la ley establecen respecto de las Fuerzas Armadas en la materia lo siguiente:

Artículo 27° "En particular el Ministerio de Defensa dispondrá en caso de requerimiento del Comité de Crisis- que las fuerzas armadas apoyen las operaciones de seguridad interior mediante la afectación a solicitud del mismo, de sus servicios de arsenales, intendencia, sanidad, veterinaria, construcciones y transporte, así como de elementos de ingenieros y comunicaciones, para lo cual se contará en forma permanente con un representante del Estado Mayor Conjunto en el Centro de Planeamiento y Control de la Subsecretaría de Seguridad Interior".

Artículo 31° "Sin perjuicio del apoyo establecido en el artículo 27°, las fuerzas armadas serán empleadas en el restablecimiento de la seguridad interior dentro del territorio nacional, en aquellos casos excepcionales en que el sistema de seguridad interior descrito en esta ley resulte insuficiente a criterio del presidente de la Nación para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 2°".

Artículo 32° "A los efectos del artículo anterior el presidente de la Nación, en uso de las atribuciones contenidas en el artículo 86°, inciso 17 de la Constitución Nacional, dispondrá el empleo de elementos de combate de las fuerzas armadas para el restablecimiento de la normal situación de seguridad interior, previa declaración del estado de sitio.

En los supuestos excepcionales precedentemente aludidos, el empleo de las fuerzas armadas se ajustará, además, a las siguientes normas:

a) La conducción de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales nacionales y provinciales queda a cargo del presidente de la Nación asesorado por los comités de crisis de esta Ley y la Ley N° 23.554;

b) Se designará un comandante operacional de las fuerzas armadas y se subordinarán al mismo todas las demás fuerzas de seguridad y policiales exclusivamente en el ámbito territorial definido para dicho comando;

c) Tratándose la referida en el presente artículo de una forma excepcional de empleo, que será desarrollada únicamente en situaciones de extrema gravedad, la misma no incidirá en la doctrina, organización, equipamiento y capacitación de las fuerzas armadas, las que mantendrán las características derivadas de la aplicación de la Ley 23.554”.

De lo expuesto hasta el momento podemos sostener que en materia de Defensa Nacional y Seguridad Interior se utiliza como criterio diferenciador el tipo de amenaza existente. Así el sistema de defensa nacional actúa ante amenazas de origen externo, mientras que las fuerzas de seguridad lo hacen frente a agresiones sufridas en el ámbito interno del Estado.

No se trata, sin embargo de dos conceptos estancos sino que admiten una interrelación en determinados supuestos.

Ley N° 21.521 de Creación de la Policía Aeronáutica Nacional⁸⁸

⁸⁸ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Ley N° 21.521 de Creación de la Policía Aeronáutica Nacional. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26799/norma.htm> [Fecha de consulta: 22/11/2018]. Los destacados nos pertenecen.

El 31/01/1977 se promulga esta ley que, si bien se encuentra actualmente derogada, resulta conveniente citar sus principales artículos a fin de reflejar el diseño que tenía esta fuerza de seguridad, y poder compararla con su sucesora, la Policía de Seguridad Aeroportuaria.

En su artículo 2° enunciaba que "La Policía Aeronáutica Nacional es una fuerza de seguridad militarizada que ejerce **funciones de poder de policía en el aeroespacio** y el servicio de policía de seguridad y judicial en la jurisdicción territorial mencionada en el artículo 4°".

En el artículo 4° establecía que:

"La Policía Aeronáutica Nacional tiene jurisdicción

1°) En el aeroespacio.

2°) En las aeronaves, aeródromos, pistas de aterrizaje e instalaciones terrestres radicadas en los mismos o que sirvan de apoyo a las operaciones aeroespaciales, en lo que no afecta a la jurisdicción militar.

La jurisdicción atribuida en este inciso se ejercerá exclusivamente en aquellos ámbitos territoriales que delimite el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del Comando en Jefe de la Fuerza Aérea.

3°) En los casos de infracciones de competencia federal que compromete el empleo del medio aéreo o la seguridad de la aeronavegación".

El artículo 12°, entre otras funciones enumeraba:

1°) **Vigilar y fiscalizar el aeroespacio.**

2°) Vigilar el **cumplimiento de las normas sobre zonas de actividad aérea prohibida o restringida.**

3°) Ejecutar los compromisos previstos por convenios internacionales en materia de policía de la aeronavegación según las órdenes que especialmente se le impartan.

4°) Ejercer las facultades previstas en relación con las aeronaves que infrinjan las normas legales en vigencia.

5°) Vigilar y mantener la seguridad y el orden; prevenir, investigar y reprimir la comisión de delitos y faltas, dentro de los ámbitos territoriales referidos en los incisos 1°) y 2°) del artículo 4°.

6°) Intervenir en la prevención y represión del apoderamiento de aeronaves e interferencias ilícitas a la aviación civil.

7°) Prevenir y reprimir el contrabando con intervención de las autoridades judiciales y administrativas competentes.

Tal como queda reflejado con la transcripción de los artículos precitados, la Policía Aeronáutica era la fuerza de policía militarizada encargada de la vigilancia y control del aerospacio, como así también de los aeródromos.

Ahora bien, en el aerspacio lo cumplía con medios de la Fuerza Aérea, en un singular ejemplo de lo que hoy organizativamente se denomina como "colaboración interagencial". Es decir la eficientización de los medios y el actuar del Estado mediante la actuación coordinada de todos los sectores con capacidad para actuar en la materia.

Esta ley fue derogada con la sanción de la Ley N° 26.102, que creó la Policía de Seguridad Aeroportuaria. La cual, como veremos seguidamente, se estableció con un sentido muy distinto de la norma derogada.

Ley N° 26.102 de Seguridad Aeroportuaria⁸⁹

Transcribiremos los artículos relevantes para el presente trabajo, para ser contrastados con lo enunciado precedentemente en relación con la Ley de Policía Aeronáutica.

Artículo 3° "A los fines de la presente ley y de las actividades reguladas por la misma, se entenderá por "Seguridad Aeroportuaria" a las acciones **tendientes a resguardar y garantizar la seguridad interior en el ámbito jurisdiccional aeroportuario**, a través de la prevención,

⁸⁹República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Ley N° 26.102 de Seguridad Aeroportuaria. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/117238/texact.htm> [Fecha de consulta: 22/11/2018].

conjuración e investigación de los delitos e infracciones que no estén previstos en el Código Aeronáutico".

Artículo 5° "El **ámbito jurisdiccional de aplicación de la seguridad aeroportuaria se extiende a los aeropuertos y aeródromos integrantes del Sistema Nacional de Aeropuertos (SNA) así como a sus diferentes áreas, zonas, partes e instalaciones**, y comprende a toda persona física o jurídica, pública o privada, que ingrese al aeropuerto o aeródromo y/o haga uso de las instalaciones aeroportuarias, de los servicios brindados dentro del aeropuerto o que tenga cualquier tipo de relación directa o indirecta con la actividad aeroportuaria, aeronáutica o no aeronáutica desarrollada en el mismo".

Artículo 11° "La Policía de Seguridad Aeroportuaria actuará en el ámbito del Ministerio del Interior como autoridad superior responsable de la seguridad aeroportuaria del Sistema Nacional de Aeropuertos".

El artículo 14° enuncia como funciones de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, entre otras las siguientes:

1. La salvaguarda a la aviación civil nacional e internacional a través de la vigilancia, verificación y control de instalaciones, vehículos, personas, equipajes, correo, cargas, mercancías y cosas transportadas, así como de aeronaves y tripulaciones **en el ámbito aeroportuario**.

2. La fiscalización y control del transporte, tenencia, portación de armas, explosivos y demás elementos de peligro potencial **en el ámbito aeroportuario**.

3. La adopción de medidas a fin de dar respuesta inmediata a situaciones de crisis derivadas de circunstancias como el apoderamiento ilícito de aeronaves, amenazas de bombas, sabotajes o de cualquier otro evento crítico o delictivo que pudiera acontecer **en el ámbito aeroportuario y en las aeronaves que no se encuentren en vuelo**. Se entiende que una aeronave se encuentra en vuelo a partir del momento en que se aplica la fuerza motriz para despegar hasta el momento en que termina el recorrido de aterrizaje.

4. La planificación y desarrollo de estrategias y acciones tendientes a la prevención y conjuración de delitos **en el ámbito aeroportuario**.

5. La investigación y conjuración de hechos y actividades delictivas cometidas **en el ámbito aeroportuario**.

El artículo 15°, 2° párrafo establece que: "Cuando las acciones de la Policía de Seguridad Aeroportuaria deban desarrollarse fuera del ámbito aeroportuario, deberá ponerse en conocimiento a la autoridad en seguridad o policial que también posea jurisdicción **en el territorio de que se trate** siempre de que ello no afecte el normal desarrollo de tales actividades."

Artículo 91°. **"Las misiones y funciones asignadas por la Ley N° 21.521 a la Policía Aeronáutica Nacional y que no hayan sido asignadas por la presente ley a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, serán ejercidas por la Fuerza Aérea Argentina. En tal sentido, queda como responsabilidad de dicha fuerza todo lo atinente, a la vigilancia y control del espacio aéreo en materia de defensa nacional"**.

Del análisis de la presente surge que la policía de seguridad aeroportuaria sólo tiene competencia dentro del ámbito geográfico de aeródromos y aeropuertos, y es por esto que resulta relevante destacar lo dispuesto por el artículo 91° de dicha norma, de donde surge con claridad que la Fuerza Aérea Argentina continúa teniendo bajo su órbita de competencia la vigilancia y control del aeroespacio.

Ahora bien, de la lectura del artículo 91° de la Ley N° 26102 se desprende que esta vigilancia y control del aeroespacio se da primeramente "en materia de defensa nacional", por lo que surge la inquietud en relación a quién ejercería la vigilancia y control del aeroespacio en materia de seguridad interior.

A este punto debemos sumar que ninguna fuerza de seguridad cuenta con los medios para llevar a cabo semejante tarea, ni la tiene asignada dentro de sus funciones.

En tal sentido debe hacerse notar que la norma tiene dos partes, a saber:

1°) La transferencia a la Fuerza Aérea de las funciones previstas en la anterior normativa y no asumidas por la nueva fuerza de seguridad.

2°) La ratificación de sus competencias en materia de vigilancia y control del aeroespacio en cuanto a la materia de la defensa nacional.

Es por ello que por aplicación de la primera parte, se halla en capacidad legal de, dentro de la órbita y contexto del caso, llevar adelante las operaciones de control y vigilancia con indiferencia de la materia.

Decreto de Creación de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) DNU N° 239/2007⁹⁰

La norma bajo análisis se dictó el día 15/03/2007, en el marco de las facultades excepcionales conferidas por el artículo 99°, inc. 3° de la CN.

Cabe destacar que el mismo fue posteriormente ratificado por el Congreso de la Nación.

Entre sus considerandos la norma enunciaba:

“Que la centralización de la administración de la Aviación Civil en la esfera de un organismo militar no es compatible con las recomendaciones formuladas por la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL (OACI), a través de sus Documentos 8335- AN/879 ("Manual sobre procedimientos para la inspección, certificación y supervisión permanente de las operaciones"); 9734 AN/959 ("Manual de Vigilancia de la Seguridad Operacional") y PNUD-OACI RLA/86/031 ("Manual Guía de Aviación Civil").”

“Que, a los efectos de mejorar el control de todos los aspectos vinculados con la operación de la Aviación Civil, se torna necesario concentrar las responsabilidades y atribuciones de la AUTORIDAD AERONÁUTICA en un organismo específico.”

Entre sus disposiciones debemos resaltar las siguientes:

Por medio de su artículo 1° se dispuso crear “en el ámbito de la SECRETARÍA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS, la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL (ANAC), quien será la **AUTORIDAD AERONÁUTICA NACIONAL** y ejercerá como organismo descentralizado, las funciones y competencias establecidas en el Código Aeronáutico (Ley N°

⁹⁰ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/126444/norma.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018]. El destacado nos pertenece.

17.285), en la Ley N° 19.030 de Política Aérea; en los Tratados y Acuerdos Internacionales, leyes, decretos y disposiciones que regulan la **aeronáutica civil** en la REPÚBLICA ARGENTINA”.

En el artículo 5° “Dase por iniciado el proceso de transferencia a la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL (ANAC) de las misiones y funciones inherentes a la Aviación Civil que corresponden al COMANDO DE REGIONES AÉREAS de la FUERZA AÉREA ARGENTINA, dependiente del MINISTERIO DE DEFENSA, al ORGANISMO REGULADOR DEL SISTEMA NACIONAL DE AEROPUERTOS (ORSNA) organismo descentralizado en el ámbito de la SECRETARÍA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS, y a la SECRETARÍA DE TRANSPORTE del citado Ministerio”.

Como puede verse, el objeto de la norma era la creación de una autoridad aeronáutica civil específica y diferenciada de la autoridad militar en la materia.

Cabe asimismo destacar que no es un organismo que concentre la totalidad de las funciones aeronáuticas sino simplemente los aspectos civiles del ámbito aviatorio. El control y vigilancia del aerospacio, determinado por el Decreto 1407/2004 continuó dentro de la órbita de la Fuerza Aérea Argentina.

Decreto N° 1770/07 Programa General de Transferencia a la ANAC⁹¹

Este decreto aprueba el programa general de transferencia a la ANAC, su estructura organizativa, transferencia de personal y funciones.

Para los fines del presente estudio, sólo resulta relevante citar lo enunciado por el Artículo 2°, inc. 1°.

Artículo 2° “La ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL creada por el Decreto N° 239 de fecha 15 de marzo de 2007, tendrá las siguientes funciones y facultades:

1. Realizar las acciones necesarias competentes a la Autoridad Aeronáutica derivadas del Código Aeronáutico, las Regulaciones Aeronáuticas, Convenios y Acuerdos Internacionales,

⁹¹ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/135069/norma.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018].

Reglamento del Aire y demás normativas y disposiciones vigentes, tanto nacionales como internacionales”.

De la normativa citada en relación con la Administración Nacional de Aviación Civil, y a riesgo de ser redundantes, debe quedar claro que este organismo se erige como autoridad central en todos los aspectos referidos a la aviación civil, pero no resulta competente en lo que refiere a control y vigilancia del espacio aéreo.

Decreto N° 1407/2004 Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial⁹²

El presente decreto se dicta el 14/10/2004 aprobando el Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial, de conformidad con su artículo 1°.

Entre sus artículos se destacan los siguientes:

Artículo 3° “Desígnese al MINISTERIO DE DEFENSA como Autoridad de Aplicación del presente Decreto. A tal efecto, está facultado para resolver las cuestiones específicas que genere su puesta en marcha y, a la vez, dictar las normas aclaratorias, interpretativas o complementarias que requiera la implementación del sistema que se aprueba por el presente decreto”.

Artículo 4° “Desígnese a la FUERZA AÉREA ARGENTINA, en su calidad de responsable de la defensa, vigilancia y control integral del aeroespacio, Organismo Ejecutor del SISTEMA NACIONAL DE VIGILANCIA Y CONTROL AEROESPACIAL - 2004, quedando facultado para efectuar la totalidad de las tareas que demande la ejecución del sistema, en el marco de las responsabilidades que le son propias”.

En su Anexo I menciona como propósitos del sistema, entre otros:

⁹² República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/99870/norma.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018]. El destacado en la normativa nos pertenece.

"1. PROPÓSITO DEL SISTEMA

1.1. Permitir al ESTADO ARGENTINO, a través de la Autoridad Aeronáutica, que corresponde a la Fuerza Aérea Argentina, efectuar el control de todos los movimientos aéreos, en el espacio aéreo de jurisdicción nacional, incluidos los provenientes desde y hacia países vecinos, contribuyendo de esta manera al cumplimiento de las tareas de la Defensa Aeroespacial y a prestar un eficiente servicio de Tránsito Aéreo..."

Como puede verse del artículo y lo referimos ut supra al tratar la norma de creación de la ANAC, existe una autoridad aeronáutica militar, además de la civil y en paralelo a ella, la cual se halla asignada a la Fuerza Aérea Argentina respecto del control de los movimientos en el espacio aéreo.

Dicha situación se modificó en parte con el dictado de la norma que veremos a continuación.

Resolución MINDEF N° 230/2014 de Creación del Comando Aeroespacial

Dicha norma puntualiza no pocos aspectos respecto de la Autoridad Aeronáutica Militar y su relación con su homóloga civil.

En tal sentido podemos puntualizar los siguientes artículos al respecto:

*Artículo 1° "Desígnese al Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas como **Autoridad Aeronáutica Militar**".*

Artículo 2° "Desígnese a la Secretaría de Estrategia y Asuntos Militares, con el asesoramiento técnico militar del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, como organismo de coordinación con la Administración Nacional de Aviación Civil".

Artículo 3° "Créase el Comando Subordinado Aeroespacial en el ámbito del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas (...)"

Artículo 4° "Establéese que el Comando Subordinado Aeroespacial ejercerá el comando de los operativos de vigilancia y control que el Poder Ejecutivo Nacional disponga desplegar"

Artículo 7° "El comando del Comando Subordinado Aeroespacial será ejercido por un oficial superior de la Fuerza Aérea Argentina"

Artículo 8° "Instrúyase a la Secretaría de Estrategia y Asuntos Militares para que efectúe las gestiones necesarias, a los efectos de coordinar con la Administración Nacional de Aviación Civil los procedimientos y los requerimientos técnicos pertinentes con el objetivo que el Comando Subordinado Aeroespacial tenga acceso a la información provista por los sensores civiles en situaciones de conflicto y guerra"

En su Anexo I la citada Resolución menciona entre las funciones del Comando Subordinado Aeroespacial, en el ámbito del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas:

"Comandar las operaciones de control y vigilancia aeroespacial en los espacios de jurisdicción y de interés establecidos en el marco de planeamiento de la Defensa Nacional u ordenados por el Poder Ejecutivo Nacional, utilizando todos los medios puestos a su disposición, sostenidos, adiestrados y alistados por las Fuerzas Armadas.

De dicha normativa se sigue que la Autoridad Aeronáutica Militar resulta de carácter conjunto y dentro de la órbita del Ministerio de Defensa. Ella ejercer el comando respecto a los medios que se pongan a disposición las Fuerzas Armadas, corriendo las actividades de coordinación con la autoridad civil por cuenta de la Secretaría de Estrategia y Asuntos Militares.

Decreto N° 228/16 Declaración de emergencia de Seguridad Pública⁹³

Este Decreto se dictó el 21/01/2016, declarando la emergencia en materia de seguridad pública en la totalidad del territorio nacional, por el plazo de 365 días corridos desde su publicación.

El Anexo I titulado "Reglas de Protección Aeroespacial", en el punto I establece:

"Para la aplicación de las presentes REGLAS DE PROTECCIÓN AEROESPACIAL (RPA) se considerarán las siguientes autoridades:

a) AUTORIDAD NACIONAL RESPONSABLE. El presidente de la Nación Argentina como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, establece mediante el presente Decreto la aprobación de las REGLAS DE PROTECCIÓN AEROESPACIAL, que delegará a la Autoridad de Aplicación.

b) AUTORIDAD DE APLICACIÓN. Es la autoridad responsable de la supervisión y dirección general de las actividades operacionales que se realicen en cumplimiento de la Misión asignada por el presente decreto.

Son autoridades de aplicación de las presentes RPA:

1) El Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas

2) El Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina

3) El Comandante Operacional de las Fuerzas Armadas

c) AUTORIDAD DE EJECUCIÓN. Es la autoridad responsable de la planificación, conducción y ejecución de las operaciones del Sector de Defensa Aeroespacial del Territorio de la REPÚBLICA ARGENTINA, quien actuará por delegación de la autoridad de aplicación para:

⁹³ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/258047/norma.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018]. El destacado en la normativa nos pertenece.

1) Adoptar decisiones e impartir órdenes a la totalidad de los medios de las FFAA puestos bajo Comando y Control del Sector de Defensa Aeroespacial del Territorio de la REPÚBLICA ARGENTINA en el marco de las RPA establecidas en el presente Anexo.

2) Asesorar a la Autoridad de Aplicación sobre los cambios y modificaciones necesarias para el cumplimiento de la misión asignada.

Es Autoridad de Ejecución de las presentes RPA:

1) El Comandante del Sector de Defensa Aeroespacial del Territorio de la República Argentina.

En su punto II enuncia las "Reglas de Protección Aeroespacial" a utilizarse en el ámbito del Sector de Defensa Aeroespacial del Territorio de la República Argentina.

En el punto IV enuncia una serie de definiciones, entre las que se encuentran las siguientes:

*Fuerza, Vector o Medio Hostil: Medio/s aéreo/s, tripulado/s o no tripulado/s que, **por sus características**, en el marco de la situación y exigencias de la misión, **implica/n una probabilidad de daño o peligro a los intereses vitales de la Nación.***

*Identificación: Es la acción que permite **determinar si un vehículo detectado es propio, aliado, enemigo, neutral o infractor**, entendiéndose con ello la acción realizada en coordinación con los Servicios de Tránsito Aéreo o a través de los medios puestos bajo comando y control del Sistema de Defensa Aeroespacial con el objeto de determinar la identidad, naturaleza, intencionalidad y destino de un vector.*

Vector no identificado: Situación de aquel medio aeroespacial en la que:

*a. **No es factible determinar la identidad, ruta, destino, tripulación y tarea, mediante la información disponible** en los servicios de tránsito aéreo y/o en el sistema de defensa aeroespacial.*

b. Durante la identificación, a través de la interceptación, se verifica que no presenta matrícula y signos distintivos del modo y forma reglamentarios o que se comprueba falsedad de los mismos.

El plazo de vigencia del citado decreto fue prorrogado por el decreto 50/17 por el plazo de 365 días corridos desde la fecha de su dictado (19/01/17), por lo que actualmente no se encuentra vigente.

No obstante, es citado porque resultan claros los conceptos enunciados a fin de entender la problemática que se da en el ámbito aeroespacial ante la dificultad al momento de identificar los vectores.

Esto pone de manifiesto que los criterios que pueden servir en la superficie terrestre o en aguas jurisdiccionales, a fin de identificar si una amenaza es de origen externo o interno, difícilmente resultan aplicables en el ámbito aeroespacial.

Decreto N° 1054/2018 DECTO-2018-1054-APN-PTE - Decreto N° 228/2016. Modificación.⁹⁴

Encontrándonos en la etapa final de investigación del presente trabajo, y en el marco de la organización del operativo de seguridad durante la cumbre del G20 a desarrollarse los días 30 de noviembre y 1 de diciembre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se publica el decreto 1054/2018.

En primer lugar, debemos destacar que el mencionado decreto sustituye, modifica e incorpora artículos al Decreto N° 228/16, el que conforme fuera desarrollado anteriormente no se encuentra vigente, lo que plantea el interrogante de si este nuevo decreto prorroga la vigencia de aquel, y en su caso si le otorga carácter de normativa permanente, teniendo en cuenta la declaración de emergencia en materia de seguridad pública.

⁹⁴ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Consultado desde: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/316449/norma.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018]. El destacado en la normativa nos pertenece.

En lo que hace estrictamente al control del aeroespacio, el presente decreto no introdujo modificaciones significativas ya que el anexo de ambos decretos mantiene el mismo texto.

En virtud de su artículo 3° se incorpora al Decreto N° 228/16 como artículo 9° bis, el siguiente texto:

“ARTÍCULO 9° bis.- La JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS instruirá y establecerá las medidas administrativas que sean necesarias para garantizar la continuidad de los servicios de información y comunicación, y priorizar los requerimientos relacionados con las operaciones de la defensa aeroespacial. Asimismo, se establecerán procedimientos permanentes para efectuar coordinaciones en forma directa ante las empresas prestadoras de los servicios de telecomunicaciones y los organismos de las Fuerzas Armadas o de seguridad correspondientes.”

A su vez, por el siguiente artículo, el 4° se dispone incorporar al Decreto N° 228/16 como artículo 9° ter, el siguiente texto:

“ARTÍCULO 9° ter.- El MINISTERIO DE TRANSPORTE, a través de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL (ANAC) y la EMPRESA ARGENTINA DE NAVEGACIÓN AÉREA SOCIEDAD DEL ESTADO (EANA S.E.), adoptarán las medidas que sean necesarias para garantizar en todo momento la prestación prioritaria de los servicios a su cargo y que se encuentren relacionados con las operaciones de defensa aeroespacial que han sido encomendadas al COMANDO AEROESPACIAL del ESTADO MAYOR CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS.”

Como puede verse, ambas normas establecen los órganos encargados de la coordinación entre la Autoridad Aeronáutica Militar con su homóloga civil. Queda para la normativa

subordinada, el establecimiento de los mecanismos en la práctica, sobre todo los que deberán cumplirse en situaciones operativas donde el tiempo es siempre un factor crítico.

Ley N° 27.161 Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado⁹⁵

La presente ley fue promulgada el 29/07/2015, estableciendo en su primer artículo el carácter de servicio público esencial de la prestación de los servicios de navegación aérea en y desde el territorio de la República Argentina, constituyen un servicio público esencial, en los términos del artículo 24° de la ley 25.877.

De ello se sigue que cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Por medio de su artículo 6° dispone crear la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.), en la órbita del Ministerio de Transporte, con sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley General de Sociedades 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias que le fueren aplicables y a las normas de su estatuto, la que tiene por objeto la prestación del servicio público de navegación aérea.

En cuanto a su integración, toman parte de ella en virtud de lo dispuesto por el art. 7° el Ministerio del Interior y Transporte y el Ministerio de Defensa.

Tras su constitución se le transfieren, en virtud de lo establecido por el artículo 16, las funciones de control operativo de la prestación del servicio público de navegación aérea y la coordinación y supervisión del accionar del control aéreo, con sus respectivas competencias, cargos, personal y créditos presupuestarios, así como la administración de los bienes patrimoniales afectados a su uso.

Respecto de dicha tarea, conforme al artículo 24, en su carácter de autoridad aeronáutica la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) continúa ejerciendo la regulación,

⁹⁵ República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Consultado desde: En <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/249775/texact.htm> [Fecha de consulta: 24/11/2018].

supervisión y fiscalización de las prestaciones transferidas a la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.), de conformidad a las normas nacionales y las internacionales emitidas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

La Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.), como prestadora del servicio, planifica y elabora todo lo concerniente a la organización de los espacios aéreos, gestión de la afluencia de tránsito aéreo, servicios de tránsito aéreo e información aeronáutica, para su posterior elevación a la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC), que la supervisa, publica y distribuye nacional e internacionalmente.

La Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) presta los servicios auxiliares a la navegación aérea y garantiza el ofrecimiento de capacitación profesional y técnica a los trabajadores de la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.)”.

Resulta necesario destacar que la EANA S.E. es una empresa prestadora de servicio, pero de ninguna manera resulta autoridad en materia de aviación.

CIR 330 AN/189 “Cooperación Cívico Militar para la Gestión del Tránsito Aéreo”⁹⁶

En la presente Circular aprobada por el Secretario General de OACI encontramos un concepto que resulta clave para entender la relación que debería existir entre la Autoridad Civil, en nuestro país ANAC, y la autoridad militar, en nuestro caso Comando Aeroespacial.

En su Cap. 3, punto 3.1.2 enuncia que “La gestión del espacio aéreo debe basarse en los siguientes principios y estrategias: a) todo el espacio aéreo disponible debería **manejarse de manera flexible...**” introduciendo así un concepto novedoso, que luego se define como “**El uso flexible del espacio aéreo (FUA)** es un concepto de gestión del espacio aéreo basado en el principio de que el espacio aéreo no debe designarse como exclusivamente militar o civil, sino como un espacio continuo en el que se satisfagan al máximo posible los requisitos de todos los usuarios” (punto 3.2.1).

⁹⁶ Organización de Aviación Civil Internacional. (2011) Circular 330 AN/189. Cooperación cívico-militar para la gestión del tránsito aéreo. ISBN 978-92-9231-867-3 Quebec, Canadá. El resaltado nos pertenece.

Continúa enunciando que “El concepto de FUA requiere comunicaciones eficaces, y la **cooperación y coordinación** necesarias para lograr un uso del espacio aéreo seguro, eficiente y previsible... es indispensable establecer entidades conjuntas de **coordinación cívico-militar** para la organización y gestión del espacio aéreo” (3.2.2).

En el punto 3.2.4 se establece como requisito, entre otros, para lograr un uso flexible y eficiente del espacio aéreo la existencia en cada Estado de “un organismo nacional de alto nivel para la coordinación cívico-militar”.

De lo expuesto podemos deducir claramente que en nuestro país se impone como necesidad la creación de una autoridad de coordinación a fin de poder concretar el uso flexible del espacio aéreo.

A fin de poder comprender el funcionamiento del sistema de control aeroespacial, realizamos una entrevista al Sr. Brigadier D. Juan José Janer, actual Comandante Aeroespacial, quien resalta la imposibilidad material de deslindar los conceptos de seguridad interior y defensa nacional en dicho ámbito.⁹⁷

Lo explica de manera sencilla y con un ejemplo práctico: cuando se observa un punto que se mueve en un radar, se puede suponer que es una aeronave en vuelo, pero de ninguna manera podemos saber cuál es la intencionalidad de esa aeronave, el Comando Aeroespacial trabaja en un contexto de incertidumbre.

Cabe citar textual lo sostenido por el Sr. Brigadier respecto a que “*La función de defensa es determinar si esa aeronave es o no una amenaza para los intereses vitales de la nación, y esa sí es la función del Comando a través de las distintas actividades que realiza. En base a eso se aplicarán las reglas de empeñamiento y se actuará de acuerdo con lo que esté normado*”.

Continúa enunciando que “*Mientras una aeronave vuela es un problema de defensa aeroespacial, a partir de que la aeronave aterriza pasa a ser un problema de seguridad interior y tomarán intervención las fuerzas federales o policiales que corresponda dependiendo del lugar y la situación que se haya dado*”.

Con lo transcrito queda plasmada la noción de que en el ámbito aeroespacial resulta materialmente imposible la confluencia de fuerzas de seguridad y fuerzas de defensa nacional,

⁹⁷ Entrevista personal de fecha 30/08/18.

amén de que la normativa asigna el control del aeroespacio al Comando Aeroespacial, principalmente con recursos de Fuerza Aérea Argentina.

El Artículo 3° bis del Convenio de Chicago y la posibilidad de uso de medios ofensivos. Análisis de la norma

La Asamblea Extraordinaria N° 25 de la OACI, aprobó en mayo de 1984, el Protocolo que Introdujo el artículo 3° bis al Convenio de Chicago. La enmienda consistió en el agregado de un nuevo artículo que se incorporó a continuación del artículo 3° del Convenio básico.

Los considerandos se basaron en aseveraciones existentes en el Convenio de Chicago, en una forma expresa o tácita, y en especial, en las del Preámbulo del Convenio; lo hacen también en los artículos 3° y 4° que son los que más se relacionan con el contenido de la enmienda. En tal sentido se expresa que "es deseable evitar toda disensión entre las naciones y los pueblos y promover entre ellos la cooperación de que depende la paz del mundo"; "que es necesario que la aviación civil Internacional pueda desarrollarse de una manera segura y ordenada"; "que con arreglo a consideraciones humanitarias elementales, debe garantizarse la seguridad y la vida de las personas a bordo de las aeronaves civiles"; "que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio"; "que los Estados se comprometen a tener debidamente en cuenta la seguridad de la navegación de las aeronaves civiles cuando establezcan reglamentos aplicables a sus aeronaves de Estado y "que los Estados convienen en no emplear a aviación civil para propósitos incompatibles con los fines del Convenio". Expresan además los considerandos, los dos puntos básicos de la cuestión suscitada, en sendas declaraciones: uno de ellos es que los Estados han resuelto tomar medidas apropiadas para evitar que se viole el espacio aéreo de otros Estados y que la aviación civil no se emplee para propósitos incompatibles con los fines del presente Convenio, así como para intensificar aún más la seguridad de la aviación civil internacional; el otro de ellos es que es el deseo general de los Estados Contratantes de ratificar el principio de no recurrir a las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo.

En la parte final el Protocolo expresa que el número de Estados Contratantes cuya ratificación se requeriría para que la enmienda propuesta entre en vigor, será de ciento dos. El mismo queda abierto a la ratificación de todo Estado que haya ratificado el citado convenio sobre Aviación Civil Internacional o se haya adherido al mismo, y finalmente el Secretario General

Informará a todos los Estados la fecha de depósito de cada ratificación y notificará a los mismos la fecha de entrada en vigor del Protocolo.

Las expresiones contenidas en el inciso primero del artículo 3° bis ⁹⁸, son de un particular valor y comprenden la parte principal del artículo nuevo.

La afirmación del reconocimiento de los Estados indica que, en todo caso, ellos deben abstenerse de recurrir al uso de las armas. La última parte del párrafo no es óbice para esta aseveración. La palabra "reconocen" significa dotar a esa conducta de una vigencia antigua, y no sólo inserta en el derecho internacional, por este artículo.

Pero de lo que "debe abstenerse" todo Estado Contratante es de hacer uso de las armas, cualquiera sea el acto que realiza la aeronave civil en vuelo. Esta solución pareció en la Asamblea muy extremista. Sin embargo, los principios que sustentan los derechos humanos y el respeto por la vida justifican tal respuesta.

El precepto se refiere al atentado contra aeronaves civiles en vuelo, sean o no de Estados Contratantes, pues ello es un supremo principio que sostiene la humanidad civilizada de fines del siglo XX. Se reconoce, sin embargo, el derecho a interceptar una aeronave, pero ello debe hacerse sin poner en peligro la vida de los ocupantes de esta, ni la seguridad de éstas. Hay muchos procedimientos para ejecutar la interceptación, pero sólo se deberán efectuar los que establecen los Anexos a la Convención de Chicago y los reglamentos específicos.

La última parte del inciso tiene un sentido amplio. En los proyectos que le dieron origen, la referencia a la Carta de las Naciones Unidas nominaba solamente el artículo 51°, que dice que ninguna disposición de la Carta "menospreciará el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas...".

El texto aprobado, sin embargo, se refiere también a otras normas de la Carta como son el artículo 1° relativo a los Propósitos de las Naciones Unidas Para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y el 2° relativo a que los miembros "se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial...". Podrían citarse otras normas que

⁹⁸ "Los Estados Contratantes reconocen que todo Estado debe abstenerse de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de Interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los ocupantes de las aeronaves ni la seguridad de éstas. La presente disposición no se interpretará en el sentido de que modifica en modo alguno los derechos y las obligaciones de los Estados estipulados en la Carta de las Naciones Unidas" (inciso a) del artículo 3° bis del Convenio de Chicago.

en forma directa o indirecta se relacionan con la cuestión, pero de todas maneras ellas no quedan modificadas "en modo alguno" con las normas contenidas en el artículo que comentamos.

El segundo inciso⁹⁹ es el más extenso de la norma y abarca varias cuestiones.

Primeramente, recalca, de conformidad con lo prescripto en el artículo 1° del Convenio, la facultad de control de los Estados respecto de toda aeronave que sobrevuele su territorio, sin estar facultada para ello o si tiene motivos razonables para llegar a la conclusión de que se utiliza la misma para propósitos incompatibles con los fines del Convenio de Chicago, a los que se hace alusión en el artículo 4°, pero no se los define o enumera, siquiera de modo enunciativo, en parte alguna del mismo.

Tales facultades de control derivan como la propia norma lo expresa, del principio de soberanía estatal sobre el espacio aéreo ubicado por sobre los territorio del país, utilizando este palabra como comprensiva tanto de las zonas terrestres cuando marítimas sobre las cuales el Estado detenta tal posición jurídica.

Encuadra también dos supuestos generales que autorizan la interceptación:

a) en el caso de la aeronave que sobrevuele el espacio aéreo de otro país sin estar facultado para ello; y

b) cuando una aeronave sobrevuela el territorio de otro país "para algún propósito incompatible" con los fines del texto del convenio.

Entendemos que las enunciaciones revisten carácter general, y no excluyen por parte de los países la formulación de otros supuestos de mayor especificidad en consonancia con ellas, o que tengan por motivos garantizar el orden y la seguridad aérea en la circulación de aeronaves, principios fundamentales en esta materia.

⁹⁹ "Los Estado contratantes reconocen que todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a exigir el aterrizaje en un aeropuerto designado de una aeronave civil que sobrevuele su territorio sin estar facultada para ello, o si tiene motivos razonables para llegar a la conclusión que se utiliza para propósitos incompatibles con los fines del presente convenio; asimismo puede dar a dicha aeronave toda otra instrucción necesaria para poner en fin a este acto de violación. A tales efectos, los Estados contratantes podrán recurrir a todos los medios apropiados compatibles con los preceptos pertinentes del presente convenio y, específicamente con el párrafo a) del presente artículo. Cada Estado contratante conviene en publicar sus reglamentos vigentes en materia de interceptación de aeronaves civiles" (inciso b) del artículo 3° bis.

Interpretamos que la razonabilidad de la que se habla en la norma resulta impuesta no tan sólo respecto de la ponderación de los motivos, sino también de los actos a llevarse a cabo antes, durante y de manera posterior a la interceptación.

En lo específico de nuestro país, tal exigencia de razonabilidad (entendida como la proporción debida, en las circunstancias particulares del caso concreto, que debe guardar los medios empleados con el fin perseguido), resulta impuesta a los actos estatales en virtud de lo normado en el artículo 7° inc. f, de la ley 19.549, sino que también alcanza su recepción al derecho común, por mérito del artículo 1071°, del Código Civil de Vélez Sarsfield, reformado por la Ley N° 17.711, y sustituido por el actual artículo 10° del Código Civil y Comercial de la Nación.¹⁰⁰

Las facultades del Estado respecto de las aeronaves en infracción abarcan todas las necesarias a fin de poner fin a este acto de violación (por ejemplo, que retome su ruta autorizada, que salga del país, que se dé a conocer si no se ha individualizado, etc.), siempre que resulten compatibles con los preceptos pertinentes de derecho internacional comprendidas las disposiciones pertinentes del Convenio de Chicago.

La exigencia de la publicación de normas y procedimientos es de necesidad, a los fines de prevenir los supuestos que dan origen a las interceptaciones.

El tercer inciso¹⁰¹ de este nuevo artículo 3° bis, establece la obligación por parte de la aeronave civil de acatar la orden de aterrizar "dada de conformidad con el párrafo b) anterior. Impone en cabeza del Estado de la matrícula la punición derivada del incumplimiento de tales conductas. Además, dicho Estado debe incorporar a su legislación las normas pertinentes como para que la orden sea cumplida sin dilación, por la aeronave que la ha recibido.

Entendemos que dos son los supuestos en que puede abstenerse de hacerlo: cuando el aeródromo donde debe aterrizar no tenga las condiciones mínimas de seguridad para la aeronave

¹⁰⁰Artículo 10° del Código Civil y Comercial de la Nación. "Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines de los ordenamientos jurídicos o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

¹⁰¹ "Toda aeronave civil acatará una orden dada de conformidad con el párrafo b) del presente artículo. A tal fin el Estado contratante incorporará en su legislación o reglamentación todas las disposiciones necesarias para que toda violación de esas leyes o reglamentos aplicables se castigue con sanciones severas, y someterá el caso a sus autoridades competentes de acuerdo a las leyes nacionales" (inciso c) del artículo 3 bis.

de que se trata, y segundo, cuando el aterrizaje fuere peligroso para las personas que se encuentran a bordo y para la aeronave misma.

Respecto de sobre quién deberán recaer las sanciones, nos dice el Dr. Héctor A. Perucchi: "el texto ha incluido una clara disposición sobre sanciones, pero no a los Estados que violen el precepto, sino al explotador y personal que no cumplan la orden de aterrizaje. Las sanciones deben ser severas (no se ha dado el criterio de la severidad) y la jurisdicción que corresponde para la aplicación de estas es la del país de la matrícula de la aeronave que no ha acatado la orden, debiéndose aplicar también en tal sentido, sus leyes nacionales. Otra distinta es la situación en que se encuentra la aeronave que acató la orden de aterrizaje pero que es detenida y juzgado el comandante de la aeronave por la violación de la frontera aérea y del espacio aéreo de un país distinto del de su nacionalidad. Para este caso rige la ley del Estado sobrevolado e intervienen sus autoridades".¹⁰²

El último inciso¹⁰³ del nuevo artículo 3° bis, impone a los Estados Contratantes una obligación ineludible: ellos deben tomar las medidas apropiadas para prohibir el uso deliberado de aeronaves matriculadas en dicha Estado con propósitos incompatibles con los fines del Convenio. Resulta una muestra más de la intención de superar el uso de la fuerza por parte del Estado agredido merced a la cooperación internacional de todos los estados en la cuestión. Pero tan loables propósitos no se han visto plasmados en la legislación internacional necesaria para poder instrumentar lo establecido en esta última parte del artículo.

Respecto de la última frase, nos dice Perucchi que: "...fue la que, en definitiva, consiguió el consenso de la 259 Asamblea. No hay duda de que fuertes razones sustentan el que la misma haya decidido la voluntad unánime. Pero la más importante de todas es que la cláusula del inciso d) no afecta al párrafo a) del artículo, el cual no sólo contiene la declaración de abstención del uso de las armas contra aeronaves civiles en vuelo, sino que reafirma sólidamente el derecho de legítima defensa de los países ante un ataque exterior. La declaración anterior no modifica "en modo alguno" los derechos y las obligaciones de los Estados estipulados en la Carta de las Naciones Unidas, de los que surge nítidamente el derecho inmanente a la conservación".¹⁰⁴

¹⁰² PERUCCHI, HÉCTOR A., *Intercepción de Aeronaves Civiles*, A-Z Editora S.A., Bs.As., 1990, pág. 105.

¹⁰³ "Cada Estado contratante tomará las medidas apropiadas para prohibir el uso deliberado de aeronaves matriculadas en dicho Estado o explotadas por un explotador que tenga su oficina principal o su residencia permanente en dicho Estado, para cualquier propósitos incompatible con los fines del presente convenio. Esta disposición no afectará el párrafo a) ni derogará los párrafos b) y c) del presente artículo" (inciso d) del artículo 3 bis).

¹⁰⁴ Óp. Cit., pág. 105.

Respecto del procedimiento de interceptación y el uso de medios ofensivos en el artículo 3° bis, resulta complejo lograr conclusiones acabadas respecto de las cuestiones del acápite, siendo el artículo en cuestión una solución de compromiso entre dos posiciones enfrentadas, lo que ha llevado a su texto a situarse en el terreno de lo ecléctico, jurídicamente hablando.

Falencias del 3° bis. Consideraciones respecto de los medios ofensivos.

La elaboración y sanción del artículo 3° bis fue inspirada, como ya dijimos, en las altas metas de superar el uso de la fuerza por la cooperación internacional como medio de solución de los conflictos relativos a violaciones de la circulación aérea por parte de las aeronaves civiles. Supuso también una posición fuertemente expresada respecto del valor de la vida humana.

Pero el choque de posiciones entre los valores de la seguridad estatal y el antedicho valor vida, sumado a la particular conformación bipolar del mundo de entonces, en el marco de la guerra fría, impidieron avanzar hacia posiciones más concretas.

Ello nos lleva necesariamente a considerar al artículo analizado en el capítulo anterior, no como un producto acabado, sino como la marca de inicio de un proceso aún hoy inconcluso.

Entendemos que la primera dificultad para llevarlo a la práctica resulta de la ausencia de una definición consumada de qué se entiende por aviación civil. Si se mantiene un criterio conceptual de exclusión a ultranza, o se adopta una postura funcional sobre el tema.

Si se toma la primera posición, aeronaves civiles serían todas aquellas que no sean militares o de Estado. De acuerdo con la segunda, que entendemos más válida, serían civiles las aeronaves que se dediquen a funciones civiles. Lo que acarrearía, por tanto, que su uso en otras tareas no civiles o en propósitos incompatibles con los fines de la aviación civil, les haría perder tal carácter.

Asimismo, otro punto que puede suscitar divergencias ciertas y serias resulta de la omisión de la legislación internacional de definir o enumerar a que refiere la expresión del artículo 4, reproducida en el artículo 3° bis del convenio de Chicago de "utilización de aeronaves civiles con propósitos incompatibles con los fines de la aviación civil".

El proyecto presentado por Argentina ante el Subcomité Jurídico sobre interceptación de aeronaves civiles en setiembre-octubre de 1984 (Montreal-Canadá)¹⁰⁵ propone algunas causales no taxativas:

- a) uso activo o pasivo de aeronaves civiles con fines militares;
- b) uso de aeronaves civiles para la comisión de un delito;
- c) uso de aeronaves civiles para el transporte de materiales no autorizados por los Convenios y Reglamentos internacionales;
- d) ingreso de una aeronave civil en el espacio aérea de otro Estado Contratante sin contar con la debida autorización;
- e) desobediencia cometida por una aeronave civil ante una orden de aterrizaje efectuada por las autoridades del país sobrevolado;
- f) comunicaciones en transgresión a las normas y los códigos autorizados por la OACI;
- g) comisión de aquellos actos que configuren violación a la soberanía de otros Estados.

No se ha resuelto a la fecha, la situación que puede plantearse si en un país se prepara un acto ilegal contra la aviación civil para producir efectos en otro. Debería estipularse la obligación de todos los contratantes de controlar expresamente esa eventualidad y de impedir en todo caso que las aeronaves civiles violen la soberanía de otros Estados cuando tales actos se preparen sobre su territorio o espacio aéreo. En tal sentido, deben establecerse reglas sobre la investigación y el tipo de medidas que es necesario tomar para evitar que ello ocurra y que en su momento puede ser gravísimo. Muchos actos relativos al uso indebido de la aviación civil han sido preparados en el territorio de un país para producir efectos en otro. Esto debe contemplarse expresamente en las reglas internacionales para tratar de evitarse.

¹⁰⁵ El instrumento fue redactado en el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, durante el año 1983, concluyéndose a principios de 1984, después de la 24 a Asamblea Ordinaria de la OACI. En su versión original llegó a la Reunión de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (Cocoyoc-México, marzo de 1984), en la cual se dio a conocer a los países asistentes, antes de haberse aprobado en la OACI el nuevo texto del artículo 3 bis. Con algunas correcciones se lo presentó a la reunión del Subcomité Jurídico sobre interceptación de aeronaves civiles en setiembre-octubre de 1984 (Montreal-Canadá).

Tampoco se ha resuelto el problema de las sanciones que efectivamente debería corresponderle a los Estados que violen el artículo 3° bis y el artículo 4°, creando situaciones peligrosas.

Tales situaciones puede referirse al uso de aeronaves con propósitos incompatibles con los fines de la aviación civil, violando la soberanía, espacio aéreo o frontera aérea de un Estado y al uso de las armas contra una aeronave civil, atentando contra la seguridad, contra la vida de los pasajeros y tripulación y contra los bienes transportados.

Si bien Convención de Chicago las tiene, así como la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, las mismas no resultan efectivas, atento revestir el carácter de obligaciones que deben adoptar los Estados.

Sobre este particular, Perucchi entiende que: *"...deben imponerse sanciones que puedan resultar efectivas y susceptibles de ser aplicadas por los otros Estados, sin necesidad de recurrir a ninguna autoridad internacional que se vea comprometida por la imposición de esta"*.¹⁰⁶

Tampoco se ha regulado sobre la cuestión patrimonial de los daños que pueden acontecer por causa de la interceptación y/o uso de medios ofensivos.

Yendo a lo específico de nuestro tema a tratar, el artículo 3° bis no contiene normas expresas acerca de cuestiones práctica de base en una interceptación, como el qué hacer frente a la situación de una aeronave intimada a aterrizar, que no obedece la orden de aterrizaje recibida, pues está segura que no serán usadas las armas contra ella; tampoco respecto de lo que ocurre si el Estado de matrícula de la aeronave no sanciona severamente al Comandante que no obedeció la orden de aterrizaje.

Tampoco dice nada ante la falta de incorporación, a las legislaciones internas, por falta de los Estados, de los principios contenidos en el artículo 3° bis.

También quedó sin resolver, el comportamiento de los Organismos de Control de Tránsito Aéreo, de particular importancia pues son dichos organismos los que vigilan, ordenan y dirigen el comportamiento de las aeronaves en las rutas.

No se han previsto asimismo normas de solución a los conflictos entre los Estados que puedan presentarse por causa de una interceptación. Especialmente cuando hay discrepancias con

¹⁰⁶ Interceptación de aeronaves civiles, pág. 108.

respecto al evento ocurrido y a su investigación. Conforme lo expresado con el Dr. Perucchi¹⁰⁷, en tal supuesto deberá facultarse a los Estados comprometidos a que confíen la investigación directamente a los funcionarios de la Organización de Aviación Civil Internacional, que designará el Consejo.

A continuación, veremos en detalle la problemática que la redacción del artículo 3° bis plantea respecto del uso de medios ofensivos durante una interceptación.

Vacíos respecto del uso de medios ofensivos

Hay quienes entienden que el tema de la interceptación de aeronaves no es un tema de Derecho Aeronáutico exclusivamente, ni ven que sea la OACI el ámbito donde deba debatirse el problema, ni consideran al Convenio de Chicago como el instrumento jurídico apropiado en donde pueda plasmarse la solución para la materia.¹⁰⁸

Entiende el Dr. Emilio Romualdi, que el ámbito natural donde deba buscarse la solución al problema debe ser la Organización de las Naciones Unidas, y que deben participar del mismo no sólo especialistas en Derecho Aeronáutico sino también de Derecho Internacional.

Si la violación del espacio aéreo proviene no solo de aeronaves civiles, la temática general del Convenio de Chicago queda excedida, en su opinión, revistiendo el artículo 3° bis un efecto meramente declarativo.

Por nuestra parte, entendemos que la norma del 3° bis no es una formulación jurídica acabada, sino tan sólo el principio general de la materia, que debe ser especificado en otros ordenamientos jurídicos respecto de la materia.

No puede pedirse más de la norma de lo que esta ha abarcado. El artículo 3° bis resulta ser, a la luz del proceso de creación de este, tan sólo el acápite de una normativa que todavía resta por escribirse.

¹⁰⁷ Óp. Cit., pág. 109

¹⁰⁸ ROMUALDI, Emilio Elías: Interceptación de aeronaves. El artículo 3 bis del mismo convenio de Chicago de 1944. Insuficiencia de este para regular la situación que contempla, Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial, Mar del Plata, 1986.

Ver en tal norma una construcción jurídica acabada, y la totalidad de las prescripciones jurídicas que deben aplicarse a la materia, conduce a caminos sin salida a la hora de dar soluciones respecto de los problemas concretos.

Por ello, el 3 bis debe ser complementado con la normativa específica para los distintos supuestos del tema.

Ellos podrían resumirse en: la cuestión de qué debe ser considerado como aeronaves civiles y cuáles no, la reglamentación de las facultades del control del espacio aéreo de parte de un Estado, la conducta a seguir por los Estados respecto de las violaciones a las zonas de vuelo prohibido o restringido. La especificación de que debe considerarse como actividades incompatibles con los fines de la aviación civil, y lo que es más importante, la consecuencia de realizar tales conductas, respecto de la aplicación del Convenio y, por último -pero no por ello de menor importancia-, la forma en que debe hacerse uso de la fuerza o en caso de legítima defensa.

Respecto de la interceptación de aeronaves comerciales regulares, el proyecto argentino, objeto de análisis en el siguiente capítulo, ofrece una interesante perspectiva para reemplazar el uso de las armas en el control del espacio aéreo por la cooperación responsable y mancomunada entre los Estados, brindando una plataforma normativa específica para llevar a la práctica lo estipulado de modo general en el artículo 3° bis.

Sin embargo, actualmente se presenta un nuevo problema con las pequeñas aeronaves no regulares, muchas veces usadas para la comisión de delitos como contrabando o tráfico de drogas, que por sus particularidades hace imposible aplicar a las mismas lo prescripto en dicho proyecto. Son numerosos en esta parte del mundo, los casos de aeronaves que utilizan el espacio aéreo de un Estado en forma ilícita sin estar en contacto con controladores de tránsito aéreo realizando, en general, vuelos desde un país limítrofe o cercano en abierta violación no sólo a la soberanía del Estado sobrevolado, sino también a normas de tipo penal.

En general, tales vuelos presentan estas características: ausencia de control, procedencia y destinos desconocidos, probabilidad de un ilícito y negativa a seguir las indicaciones de los interceptores. Todas estas irregularidades habilitarían la interceptación y el eventual derribo, previo paso intimidatorio y de un procedimiento que debería establecerse en el convenio internacional a firmarse.

Asimismo, muchas de ellas operan desde y hacia pistas clandestinas, sin portar muchas veces signos de identificación alguno e inevitablemente haciendo caso omiso de los requerimientos estatales de identificarse o aterrizar en un aeropuerto designado para efectuar una inspección de esta.

Frente a tal proceder, y una vez agotados todos los recursos razonables de comunicación e identificación, entendemos procedentes, en uso del derecho de legítima defensa, que el Estado haga uso de las armas, sin apartarse por ello de lo estipulado en el texto del artículo 3° bis de la Convención de Chicago.

Obviamente, tal eventualidad debe ser un último recurso.

Deberá establecerse en un Código de Señales que puedan realizar las aeronaves interceptoras, una frecuencia de radio específica para la comunicación entre aeronaves y los servicios de tierra, la obligación de aterrizar bajo pedido del Estado subyacente o modificación de rumbo en caso de serle requerido, obligación de identificación, punto de partida y destino, principalmente deberá notificar sin dilación la nave interceptada el servicio de control de tránsito aéreo con el que está en contacto.

El Estado interceptor deberá notificar al servicio controlador inmediatamente y establecer comunicación abierta entre éstos y los interceptores conjuntamente con la aeronave interceptada.

De igual manera, el convenio sobre este supuesto específico debería contemplar soluciones para el caso de negativa de una aeronave a seguir las indicaciones del Estado sobrevolado cuando el transporte implique un riesgo importante para su población.

Aquí se debe permitir la inspección de este con el objeto de establecer si se cumplen las normas de seguridad.

Otro punto que debe establecerse es el relativo al problema de los sobrevuelos en zonas que el estado subyacente ha declarado como de acceso prohibido. Es sin duda, el más grave a resolver. Y así es porque el Estado que ha declarado la prohibición lo ha hecho en virtud de un interés legítimo.

En este supuesto es de rigor establecer una zona de seguridad alrededor de la zona prohibida, tal y como se realiza, por ejemplo, en los Estados Unidos.

En esa zona se deberá producir la interceptación y realizar el procedimiento de disuasión, control e intimidación.

La determinación de la zona prohibida deberá ser notificada a la OACI de acuerdo con lo establecido en el convenio, como asimismo deberán notificarse las penalidades respecto de la violación a la misma.

Entendemos que el punto crucial de todo este tema resulta si el Estado tiene, en virtud del marco establecido por el 3° bis, un derecho de derribo en determinados supuestos respecto de aeronaves civiles, o que pudiesen llegar a estar comprendidas en el Convenio de Chicago.

En referencia a lo que venimos exponiendo, el Dr. Romualdi,¹⁰⁹ sostenedor del derecho de derribo por parte de los estados cuando se halla comprometida la seguridad de los Estados, parte de una consideración inicial para fundar su postura: Si realmente la aeronave está realizando una actividad reñida con la aviación civil y por ello mismo, se niega a descender para eludir el castigo, se cuestiona: ¿qué debe hacerse? *"Si no derribamos, seguramente procederán los Estados a realizar reclamos, denuncias... Sin embargo, el hecho estaría concretado, el objetivo cumplido, el derecho burlado"*. Entiende que la posibilidad del uso de la fuerza en tales casos es el presupuesto básico para que otros se abstengan de realizar actos que pudieran ocasionar el uso de ella. Sin embargo, tal uso de la fuerza no puede ser indiscriminado, sino que debe estar regulado, limitado a ciertos hechos taxativamente enumerados en un instrumento jurídico. El cual, hoy por hoy, falta en las normas internacionales vigentes, y resultando imperioso contar con el mismo.

Ello nos coloca frente a la difícil tarea de examinar los valores en conflicto, a fin de elaborar soluciones al choque de estos. A fin de poder determinar, al menos someramente, la procedencia o improcedencia del uso de la fuerza frente a tales hechos.

Nuevas amenazas y cuestiones duales en materia de defensa nacional y seguridad interior

¹⁰⁹ Óp. Cit.

Con el objeto de abordar cuestiones específicas de Defensa Nacional y Seguridad Interior, partimos del conocimiento de las definiciones propuestas por la normativa interna, que se han analizado oportunamente.

Ahora bien, en ninguna de las norma precitadas, existe prescripción específica en relación a la actuación del Estado en el ámbito aeroespacial, lo que plantea cuestionamientos respecto del alcance de su accionar, así como de los efectores destinados a participar en dicho ámbito y su cobertura jurídica. Podríamos aventurarnos a considerar la cuestión regulada haciendo uso de analogías, pero lo cierto es que en orden a la proliferación de nuevas amenazas (terrorismo, tráfico de estupefacientes, trata de personas, etc.), la analogía resulta insuficiente para responder a la realidad, en un marco normativo que dé seguridad jurídica tanto a los efectores como a los administrados. Puede agregarse, que la excepcionalidad con la que se contempla la participación de las Fuerzas Armadas, en acciones de seguridad interior, tampoco da respuesta al interrogante que se plantea en este estudio. Aún desde el nuevo enfoque previsto por el Decreto 683/2018.

De la mano con la insuficiencia de los conceptos tradicionales de defensa y seguridad interior para abordar acabadamente las nuevas cuestiones actuales, aparece en la escena sudamericana durante la última década y de la mano de la ruta política seguida por algunos países de la región, un cambio en el contexto de seguridad y defensa, pasando de un eje nacional, hacia una perspectiva estratégica regional, avanzando hacia definiciones políticas y sistemas comunes de seguridad y defensa, y acciones cooperativas y complementarias, en razón de las nuevas percepciones de riesgos y amenazas que plantea la actualidad, en tanto que el escenario de la protección a la soberanía e integridad de los Estados, se encuentra íntimamente relacionado con aspectos de seguridad relativos al entorno vecinal.

Según surge del Informe Preliminar del CEED al Consejo de Defensa Suramericano acerca de los términos de referencia para los conceptos Seguridad y Defensa en la región Suramericana:

“La Defensa constituye una función esencial del Estado vinculada con la protección y mantenimiento de su soberanía y la integridad de su población, territorio e instituciones; en tal virtud, abarca los asuntos de seguridad relacionados con el ámbito externo, en cuanto entorno estratégico de la política exterior de los Estados y se configura como el espacio específico y exclusivo de organización y uso de la fuerza militar

del Estado, en función a riesgos o amenazas relativos a su misma integridad y existencia independiente y soberana."¹¹⁰

Por otra parte, y retomando el concepto de la regionalización de la defensa, cabe mencionar que desde la perspectiva clásica, los objetivos de los países sudamericanos son coincidentes, pero se presentan diferencias en orden a las políticas y prácticas a la hora de encarar fenómenos de inseguridad novedosos, relacionados con el crimen organizado transnacional y terrorismo, resultando indispensable reformular una doctrina que permita resolver la cuestión desde lo jurídico en forma satisfactoria. Con respecto al escenario regional suramericano, se destaca la aparición del Consejo de Defensa Suramericano (CDS) de UNASUR.¹¹¹

Cabe destacar que en la "Declaración sobre Seguridad en las Américas", aprobada en la tercera sesión plenaria, de la Conferencia Especial sobre Seguridad, celebrada el 28 de octubre de 2003, se renunció que "Los Estados del Hemisferio enfrentamos tanto amenazas tradicionales a la seguridad como nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos que por sus características complejas han determinado que la seguridad tenga un carácter multidimensional".¹¹²

Efectuada una primera ponderación general de la situación, cabe entonces adentrarse en la dificultad que presenta establecer la relación entre Defensa Nacional y Seguridad Interior en el aeroespacio, puntualmente por las particularidades de éste.

Sin perjuicio de lo reciente en la exploración y desarrollo de las actividades en el espacio aéreo, lo cierto es que la aviación y el uso del espacio han evolucionado rápidamente y se constituyen como uno de los pilares de la globalización, tanto en orden al transporte de personas, mercaderías, observación, comunicaciones, navegación, guerra electrónica, etc. Por otra parte, cabe mencionar que el asegurar sobrevuelo inocente, así como acceso libre al aire-espacio, resultan elementos fundamentales para el normal desarrollo de la vida cotidiana de un país tanto desde las relaciones con Estados extranjeros, como desde los vínculos comerciales, constituyéndose éste en un ámbito de especial interés para la Seguridad.

¹¹⁰ Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR). Centro de Estudios Estratégicos de la Defensa. Informe Preliminar del CEED al Consejo de Defensa Suramericano acerca de los términos de referencia para los conceptos Seguridad y Defensa en la región Suramericana, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Estratégicos de Defensa (2011). p. 6.

¹¹¹ Op. Cit. p.7

¹¹² Organización de los Estados Americanos. Conferencia Especial sobre Seguridad, celebrada en la Ciudad de México, México, los días 27 y 28 de octubre de 2003. Informe del Relator de la Conferencia Especial sobre seguridad. OEA/Ser.K/XXXVIII CES/doc.14/03, 21 noviembre 2003. Original: español, p. 104.

Entre los intereses nacionales a proteger en el ámbito aeroespacial, podrían mencionarse a modo enunciativo, la protección de la vida humana, la libertad de navegación aérea, el libre acceso y explotación del espacio, desarrollo de comercio y transporte aéreo, comunicaciones, navegación y observación, así como también la capacidad de influir en beneficio de otros ámbitos de seguridad desde el aire.

Así como las características propias del ámbito aeroespacial facilitan su desarrollo y utilidad social, del mismo modo se presentan vulnerabilidades inherentes a sus condiciones, y que paralelamente dificultan los tiempos de reacción de las autoridades competentes para repeler agresiones o amenazas, que pueden ser en ocasiones excesivamente lentos, tornando ineficaz la respuesta a brindar. Cabe aclarar que el ámbito aeroespacial comprende partes del espacio aéreo donde cada estado ejerce su soberanía nacional, y otras partes consideradas espacios comunes, por tratarse de espacio aéreo no perteneciente a ningún Estado o ser espacio ultraterrestre. En orden a los conflictos armados convencionales, la capacidad de acceder rápidamente a cualquier punto del globo, de forma precisa y contundente, contra los centros de gravedad de una sociedad y golpear sus intereses vitales y estratégicos, confiere al poder aeroespacial un carácter decisivo. Los factores adicionales de modulación en su empleo, flexibilidad, gradualidad en los efectos deseados, precisión o rapidez, hacen de las capacidades aeroespaciales una opción principal e imprescindible en el abanico de respuestas bélicas de un Gobierno. A este respecto no caben dudas del accionar legítimo de los instrumentos de la defensa nacional.¹¹³

Sin embargo, los conflictos convencionales son sólo una parte de las amenazas que enfrenta potencial o actualmente un Estado, por lo que efectuaremos un listado enunciativo de posibles amenazas a repeler por parte de un estado en el ámbito aeroespacial¹¹⁴:

a) *Terrorismo:* Por su gran visibilidad en los medios periodísticos, su rol esencial en las comunicaciones globales y sus efectos en la opinión pública, las organizaciones terroristas mantienen su interés en objetivos vinculados al ámbito aeroespacial,

¹¹³ BIOSCA VÁZQUEZ, Enrique Jesús (2017). Bases para el desarrollo de una Estrategia de Seguridad Aeroespacial Nacional (ESAN). Cuadernos de estrategia, ISSN 1697-6924, N°. 192, 2017 (Ejemplar dedicado a: Hacia una estrategia de seguridad aeroespacial), págs. 59-104

¹¹⁴ Seguimos al respecto lo expuesto en CABROL, Guillermo. (2014) "Los principios de la acción militar conjunta aplicados al control del aerospacio argentino en tiempo de paz". Trabajo final integrador. Escuela Superior de Guerra Conjunta de las Fuerzas Armadas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires y BIOSCA VÁZQUEZ, Enrique Jesús (2017). Bases para el desarrollo de una Estrategia de Seguridad Aeroespacial Nacional (ESAN). Cuadernos de estrategia, ISSN 1697-6924, N°. 192, 2017 (Ejemplar dedicado a: Hacia una estrategia de seguridad aeroespacial), págs. 59-104

en particular, aeronaves y aeropuertos. A pesar de los esfuerzos desplegados por las autoridades gubernamentales para contrarrestar la amenaza terrorista en estos escenarios, la permanente evolución de la tecnología genera continuos desajustes que deben ser corregidos oportunamente para mantener adecuados niveles de seguridad en las operaciones de aeronaves y las instalaciones asociadas. En esta cuestión, merece especial atención el sabotaje aéreo, el secuestro de aeronaves, el empleo de vehículos aéreos no tripulados y las agresiones a la seguridad aeroportuaria, los atentados llevados a cabo con aeronaves o los ingresos ilegales por vía aérea.

En este punto, resulta factible asumir que las acciones preventivas en pos de la seguridad aeroportuaria, podría residir en forma casi exclusiva en organismos de seguridad interior, pero a su vez, la misma estructura organizativa de la célula terrorista, torna difícil identificar su procedencia como agente de amenaza externo o interno. Consideramos que, de momento, la situación se encuentra bajo el ámbito de la seguridad interior, resultando factible la intervención de las FFAA sólo en caso que excepcionalmente así se requiera conforme el procedimiento previsto por la normativa de seguridad interior, o bien en el avance en la implementación del Decreto 638/18.

b) Ciberamenazas: Según manifiesta Enrique Jesús Biosca Vázquez en su análisis, esta elevada dependencia tecnológica es susceptible de presentar fallos de diseño ocultos, incompatibilidades no detectadas con otros sistemas operativos o, simplemente, dejar abiertas puertas de acceso no autorizado que pudieran ser utilizadas con fines delictivos, principalmente terroristas. Si bien la seguridad operativa y funcional (*safety*) ha sido siempre un factor prioritario en las operaciones aeroespaciales, con protocolos elaborados y organizaciones de prevención y alerta contrastados, la otra seguridad, interna del propio sistema (*security*) se presenta como una vulnerabilidad contra la que no existen mecanismos equivalentes y que pueden ser explotadas con la intención de causar daños indiscriminados. Los ciberataques en el ámbito aeroespacial constituyen actividades de la máxima rentabilidad dada la facilidad y bajo coste relativos con los que se puede alterar la integridad de sus complejos sistemas.

Entendemos en este punto, que la respuesta debe ser dada a través de un organismo de carácter bilateral, atento la extrema novedad de la materia, en el que se posibilite el estudio, capacitación y manejo de recursos suficiente para afrontar este tipo particular de amenaza, que difiere de lo material y concreto que normalmente puede observarse en otro tipo de peligros.

c) ***Crimen organizado:*** No se trata de organizaciones criminales en general, que exploran todo tipo de medios y ámbitos para la realización de sus actividades delictivas por lo que el aeroespacial ha sido, es y seguirá siendo, una de sus opciones operativas, principalmente orientadas al transporte de mercancías ilegales, en particular y por su rentabilidad, de drogas. La baja detectabilidad y costo de los medios empleados (principalmente aeronaves livianas y helicópteros, pero también un creciente número de RPAS -sistemas aéreos tripulados remotamente-), tanto por su reducido tamaño como por su capacidad de realizar vuelos a muy baja altitud y velocidad, suponen un reto adicional a la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El fenómeno RPAS seguirá planteando nuevos retos y amenazas conforme se vayan desarrollando modalidades delictivas que puedan ser ejecutadas con sistemas de este tipo y para las que será preciso articular mecanismos adaptados de actuación y neutralización.

En la región, desde una perspectiva pragmática y flexible, se reguló la situación a través de lo que se llama "interceptación" de aeronaves.

El derribo de la aeronave, según normas internacionales y reglamentadas por regulaciones nacionales, establece pautas claras en los procedimientos. Los instrumentos legales señalan procedimientos de interceptación para aeronaves sin plan de vuelo, generalmente provenientes del extranjero, con el objetivo de identificarlas, llegado el caso brindarle ayuda, obligarla a retornar a su ruta u obligarla a aterrizar. En última instancia pese a las advertencias dadas por medios de comunicaciones, señales visuales, maniobras intimidatorias, si dicha aeronave continúa con su trayectoria, desobedeciendo la orden de aterrizar o de abandonar el espacio aéreo propio de inmediato, la normativa considera que dicha aeronave no solo viola su espacio aéreo, sino que dicha circunstancia es un acto de hostilidad y por lo tanto una vulneración a la soberanía. La destrucción es un acto excepcional.

Cabe aclarar que la defensa del espacio aéreo no se agota en contar con aeronaves con determinadas capacidades, sino también con sistemas de vigilancia y alerta temprana, a través de radares, tanto con base terrestre como aerotransportados, entre otros elementos.

La potestad de interceptar aeronaves y dar respuestas a actos hostiles en el espacio aéreo, está estrechamente relacionada con el ejercicio de la soberanía. Que no es un hecho jurídico, sino es un acto político. Sin ninguna duda un Estado que no está en aptitud de ejercer efectivamente sus propios espacios, es un Estado débil y por ende vulnerable y factor de conflictos.

d) Espionaje: Otra cuestión, es el espionaje, en tanto que supone una grave amenaza para la Defensa Nacional y la Seguridad Interior y potencialmente cuenta con múltiples fuentes de captación de la información de interés. El que se realiza desde medios aeroespaciales, aeronaves (tripuladas o no) o satélites, se beneficia de las oportunidades y vulnerabilidades propias del medio y repetidamente mencionadas.

Para este caso particular, el accionar para repeler la amenaza, requiere evidentemente un organismo dual y tareas de coordinación y cooperación interadministrativa para una mayor efectividad, toda vez que por las características propias de las operaciones de espionaje, resulta dificultoso limitar su accionar en "tramos" que permitan separar tajantemente los organismos competentes en cada caso, sin que esto conspire contra el cumplimiento del objetivo propuesto, y redunde en definitiva en una suma de esfuerzos estancos que no lleve a una respuesta efectiva.

Tal como se observa al analizar algunas de las diferentes y nuevas amenazas a las que un Estado debe afrontarse en el ámbito aeroespacial, podemos avanzar en el análisis, aclarando que para cumplir con el objetivo de la seguridad, se presenta la necesidad de responder en forma dual, desde la seguridad interior y la defensa nacional, no resultando factible distinguir en forma concreta y estática los ámbitos de accionar de cada uno de los estratos estatales, toda vez que esta división tajante impediría resolver la situación con la flexibilidad que lo requiere, atento las características propias del medio donde se sucede.

Dentro de este cuadro de situación, la perspectiva de un trabajo mancomunado de carácter interagencial se vislumbra como aquel con mayores perspectivas de éxito.

CONCLUSIONES

Lo relacionado al tópico en investigación en nuestro país no ha tenido el desarrollo que, en otros países, reduciéndose la aparición de contribuciones doctrinarias en tal campo a trabajos esporádicos y en general destinados a la materia penal militar.

No se ha tratado, sino parcialmente, lo referente al fundamento y naturaleza de la regulación jurídica de la fuerza pública en el aeroespacio resulta uno de los puntos centrales y menos normados respecto de dicho rubro. Pues las particularidades del medio aéreo llevan a que en él encontremos una muy distinta forma de regulación de derechos fundamentales, así como del ejercicio de los deberes públicos.

En cuanto a la normativa aplicable, la misma se presenta dispersa, fragmentada, procedente de diversos órdenes y no coordinada entre sí o respondiendo a una concepción de conjunto.

Existe, a más de eso, una laguna doctrinaria y normativa en la cuestión, toda vez que las leyes respectivas no contienen norma alguna respecto de la actuación estatal en la materia, en el ámbito aeroespacial, el cual por su propia y particular naturaleza presenta rasgos específicos que

dificultan la aplicación de los conceptos de Seguridad Interior y Defensa Nacional, tal como están normados, siendo necesaria una labor de interpretación y adaptación en función de las particularidades que asume dicho ámbito.

Si se verifica una embrionaria normativización a nivel sublegal de aspectos puntuales, más fruto de hacer frente a coyunturas que siguiendo una idea de planificación general en el tiempo. Pero que deja subsistente la necesidad de una adecuada regulación legal que clarifique y brinde seguridad respecto del tópico.

El deslinde de los concepto de defensa y seguridad interior en el Aeroespacio se trata de un tema no exento de complicaciones, en la medida en que en el presente, la aplicación de las normas se halla condicionada por un medio (espacio aéreo) muy distinto del usual en donde se producen las relaciones humanas, en que la misma es imposible sin la ayuda de medios técnicos, por lo que cualquier actuación de la norma jurídica se ve encuadrada dentro de una plataforma fáctica muy distinta de la que enfrentar el derecho "terrestre" y aun el marítimo o acuífero.

En cuanto a los resultados obtenidos durante la investigación respecto de los objetivos asumidos y la tesis inicial planteada, tenemos que los mismos se compadecen con el planteo inicial del problema adoptado en la tesis de la investigación, la cual expresa que: *"La actuación estatal en general y el uso de la fuerza pública en particular en el ámbito aeroespacial, asume particularidades propias en virtud de la naturaleza del espacio aéreo y los rasgos de los medios técnicos involucrados para llevarla a cabo que modelizan en forma propia a los conceptos de defensa nacional y seguridad interior, otorgándoles un distinto alcance del que se aplica en el medio terrestre en función del cual fueron pensados"*.

En cuanto a los hallazgos que surgen de la investigación podemos concluir:

1º) La propia naturaleza del espacio aéreo y las particularidades de los medios de posible actuación condicionan la actuación pública en dicho ámbito.

2º) Los conceptos de defensa nacional y seguridad interior se aplican de un modo particular en el aeroespacio, determinando asimismo una uso peculiar de la fuerza pública.

3º) La diferenciación legal entre ambas funciones, de defensa y de seguridad, no conlleva una separación absoluta de recursos del Estado, desde que las fuerzas de seguridad militarizadas tienen un papel a cumplimentar en la defensa, así como las Fuerzas Armadas pueden bajo ciertos,

especiales y determinados supuestos, actuar en situaciones de seguridad interior en apoyo de las fuerzas públicas naturaleza a tal materia.

4°) La separación tajante entre las autoridades militares y de seguridad que se da en el medio terrestre no es aplicable en el ámbito aeroespacial atento la naturaleza unitaria del medio en que se actúa.

5°) La normativa en la materia respecto de la Autoridad Aeronáutica Militar y sus potestades de actuación, así como de uso de la fuerza pública, es de nivel sublegal revistiendo los rasgos de resultar fragmentada y fruto de diversas coyunturas, no respondiendo a un plan general en la materia.

6°) Existe asimismo la necesidad de su armonización con otras leyes de la materia aeronáutica y restado del resto del ordenamiento jurídico en donde el concepto de aeroespacio no ha sido sistemáticamente tratado.

7°) El nivel del riesgo posible para los terceros en superficie es el parámetro más claro encontrado a los efectos de considerar la habilitación de actuar en términos civiles o con uso de la fuerza militar en el aeroespacio.

8°) Que tanto por una disposición constitucional interna (art. 28 C.N.) como por los principios del derecho internacional, tanto humanitario como el específico aeronáutico (art. 3 bis Convenio de Chicago) impone la regla de la razonabilidad en el uso de la fuerza pública y como último e imprescindible recurso sólo frente al agravio de bienes jurídico de nivel superior a la extensión del daño a infligir.

9°) La necesidad de ordenar y compatibilizar el sistema normativo actual respecto de las funciones de la autoridad aeronáutica, entendiendo su doble carácter militar/civil y la necesidad de un órgano propio respecto de cada ámbito en cuanto a la ejecución de las funciones propias, pero también la necesidad de establecer un mecanismo legal de coordinación, apoyo o reemplazo de una sobre la otra en cuanto a situaciones de crisis.

10º) El principio de actuación interagencial es el más acorde a tales fines, así como de compatibilizar en dicho ámbito la letra y el espíritu de las leyes de Defensa Nacional y Seguridad Interior con la actuación eficaz del Estado en el mismo.

11º) Por su unicidad, la actuación de la fuerza pública en dicho ámbito supone la asignación de los medios materiales para llevarla a cabo a una sola organización del Estado, sin perjuicio que esta preste o reciba cooperación de otras, actuando como su instrumento o elemento operativo, en el marco interagencial ya previamente expuesto.

12º) En tal sentido, por organización, tradición, especialización, disponibilidad presente como proyección potencial, la Fuerza Aérea Argentina se presenta, más allá de su naturaleza militar y organización como Fuerza Armada, como el elemento del Estado más acorde para llevar a cabo la parte principal de las tareas de aplicación de la fuerza pública en el aeroespacio en tiempo real, tanto en cuanto a la actividad principal directa como respecto de las actividades anexas o de apoyo (vg. vigilancia, control) que ella trae inescindiblemente implicadas por resultar el aeroespacio su ámbito de actuación propio y específico.

13º) Lo previamente expuesto tiene además asidero legal respecto de las cuestiones de seguridad en lo dispuesto por el art. 91 de la Ley N° 26.102 de Seguridad Aeroportuaria en el cual se establece que: "Las misiones y funciones asignadas por la Ley 21.521 a la Policía Aeronáutica Nacional y que no hayan sido asignadas por la presente ley a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, serán ejercidas por la Fuerza Aérea Argentina. En tal sentido, queda como responsabilidad de dicha fuerza todo lo atinente, a la vigilancia y control del espacio aéreo en materia de defensa nacional", así como en el carácter de órgano ejecutor de la Vigilancia y Control en el Aeroespacio dado por el art. 4º del Decreto N° 1407/2004.

14º) Que dicha actividad, de carácter operativo e instrumental, de alistamiento y adiestramiento de recursos humanos y materiales, no va en contrario de los lineamientos de un Comando Conjunto en la materia, ni de una Autoridad Aeronáutica Militar a nivel del Ministerio de Defensa por conducto del Estado Mayor Conjunto, a nivel de su conducción, como tampoco veda la acción concurrente integrada de las otras ramas de las Fuerzas Armadas puedan brindar proyectándose desde sus respectivo ámbitos de actuación, terrestre o marítimo.

FUENTES DE INFORMACION

a) Bibliográficas

Alexy, R. (1997) *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Constitucionales.

Badeni, G. (1993). *DERECHO CONSTITUCIONAL. LIBERTADES Y GARANTÍAS*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.

Bidart Campos, G. (1992) *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO*, Tomo 1: El Derecho Constitucional de la Libertad. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.

Bidegaín C., Palazzo E. (col.) Schinelli G. (col.), (1981). CUADERNOS DEL CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cabanellas de Torres (1961-2), G. DICCIONARIO MILITAR. AERONÁUTICO, NAVAL Y TERRESTRE, Tomos I (1961) y II (1962). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

Capitant, H. dir. (1979). VOCABULARIO JURÍDICO. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Depalma.

Carranza Torres, L. (2004) LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ANOTADA. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar.

Carranza Torres, L. (2008). EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL. RÉGIMEN GENERAL Y ESPECIALES. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Legis.

Cotino Hueso, L (2007). EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FUERZAS ARMADAS. Logroño: Universidad de La Rioja.

De Bordeje Morencos, F. (1981). DICCIONARIO MILITAR ESTRATÉGICO Y POLÍTICO. Madrid: Editorial San Martín.

De Querol y Duran, F. (1948) PRINCIPIOS DE DERECHO MILITAR ESPAÑOL (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Tomo I: Preliminares y derecho orgánico judicial militar. Madrid: Editorial naval.

Duarte, A. (1995) DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR. Río de Janeiro: Forense.

Donadio, M. y Kussrow, S. (2016) ATLAS COMPARATIVO DE LA DEFENSA EN AMÉRICA LATINA Y CARIBE. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: RESDAL.

Folchi, M. (2015). TRATADO DE DERECHO AERONÁUTICO Y POLÍTICA DE LA AERONÁUTICA CIVIL. 2 Tomos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Gómez Puente, M. (2006) DERECHO ADMINISTRATIVO AERONÁUTICO. Madrid: Ed. Fundación Aena y Iustel.

Gordillo, A. (2003) TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo II. 6ta ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Garrone, J. (1986). DICCIONARIO JURÍDICO ABELEDO PERROT. 3 tomos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Huntington, S. (1959): THE SOLDIER AND THE STATE: THE THEORY AND POLITICS OF CIVIL-MILITARY RELATIONS. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.

Martínez Muñoz, I. (1977) DERECHO MILITAR Y DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Depalma.

Martínez Paz, E. (1988). MANUAL DE DERECHO POLÍTICO. Córdoba: Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Mooney, A. (1995). DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo II, Córdoba: Ed. Atenea.

Perucchi, H. (1990): INTERCEPTACIÓN DE AERONAVES CIVILES. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: A-Z Editora S.A.

Riesco, J. (1986). LA DEFENSA NACIONAL: ESTRATEGIA Y POLÍTICA. Córdoba: Alveroni.

Rossetti, A. (1983). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA REALIDAD ESTATAL. Córdoba: Est. Graf. Biffignandi.

Ugarte, J. (2003). LOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DE LA SEGURIDAD Y LA DEFENSA: UN ANÁLISIS ORIENTADO A AMÉRICA LATINA. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.

Tapia Salinas, L. (1980) CURSO DE DERECHO AERONÁUTICO. Barcelona. Bosch.

Videla Escalada, F. (1969): DERECHO AERONÁUTICO. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editor Víctor P. De Zavalía.

Weber, M. (1969) ECONOMÍA Y SOCIEDAD. ESBOZO DE SOCIOLOGÍA COMPRENSIVA [Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie, 1922]. México: F.C.E.

b) Hemerográficas

Biosca Vázquez, E. "Bases para el desarrollo de una Estrategia de Seguridad Aeroespacial Nacional (ESAN)". En Cuadernos de estrategia, ISSN 1697-6924, N°. 192, 2017 (Ejemplar dedicado a: Hacia una estrategia de seguridad aeroespacial), pp. 59-104.

Capaldo, G. "Exégesis de la ley 26102 de Seguridad Aeroportuaria". En Jurisprudencia Argentina. Tomo 2006-IV, fascículo n° 3, págs. 45/53.

Carranza Torres, L. "Aeronaves y derecho de retención: los particularismos de la materia aeronáutica" *El Derecho*. Tomo 219, pp. 594/6.

Carranza Torres, L. "Determinación de responsabilidades emergentes del abordaje aéreo: la particularidad aeronáutica". *El Derecho*. Tomo 220, pp. 263/5.

Carranza Torres, L. "El uso de la fuerza pública en un Estado de Derecho". *El Derecho*. Tomo 230, pp. 420/2.

Carranza Torres, L. "La fuerza pública en un Estado de Derecho". *Foro de Córdoba*, Año XIX, N° 132, julio de 2009, pág. 17 y sgtes.

Carranza Torres, L. "La fuerza pública, sus institucionalizaciones y la calificación del personal". *Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional de Foro de Córdoba* N° 23, Año IX, 2008, p. 52/3.

Cataldi, H. "Intercepción y derribo de aeronaves privadas en la República Argentina". En *Revista Policía y Criminalística de la Policía Federal Argentina*. Volumen 372, número 19, pp. 359/364.

García Ferreiro, A. "El Cielo Único Europeo. Un nuevo concepto de gestión del tráfico aéreo para Europa". En *Curso de Derecho Aeronáutico Práctico para Operadores Aéreos*. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Madrid, 2016, p. 243 y sgtes.

Jeannette Irigoien B. "El espacio, ¿patrimonio común de la humanidad?" En *revista Estudios Internacionales*. Año 19, No. 75 (Julio-Septiembre 1986), pp. 392-404.

Romualdi, E. "Policía aeronáutica, espacio aéreo y seguridad interior". En *Jurisprudencia Argentina*. Tomo 2005-II, fascículo n° 6, pp. 53/59.

Siciliano, D. "Sobre la Justificación del Uso de la fuerza Militar contra Aviones Civiles." En *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Núm. 14/2do Semestre 2009. p. 165-182.

Videla Escalada, F. "El Protocolo que agrega al Convenio de Chicago de 1944 un nuevo artículo, el 3 bis: ratificación de la soberanía sobre el espacio aéreo y preeminencia del derecho a la vida". En *El Derecho*. Tomo 124, pp. 30/36.

c) Digitales

Carranza Torres, L. (2005). *Naturaleza y proyecciones del Estado militar en el ordenamiento jurídico argentino*. Tesis doctoral. Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Consultado desde:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/naturaleza-y-proyecciones-del-estado-militar-en-el-ordenamientojuridico-argentino.pdf>. [Fecha de consulta: 22/11/2018].

Gamboa Montejano, C. y Gutiérrez Sánchez, M. (2010) Estudio de derecho comparado en materia de seguridad y/o defensa nacional de diferentes países. (Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Venezuela). Estados Unidos Mexicanos. LXI Legislatura. Cámara de Diputados. Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Interior. Consultado desde: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-23-10.pdf> [último acceso: 22/11/2018].

López Salas, L. "La seguridad aeroespacial en América del Norte". En Norteamérica. Revista Académica del CISAN-UNAM [en línea] 2010, 5 (Enero-Junio). Consultado desde: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193719382007> [Fecha de consulta: 24/11/2018]. ISSN 1870-3550.

Montenegro, R. "La vigilancia aeroespacial ¿a la caza de narcotraficantes?". En Gaceta aeronáutica. Consultado desde: https://www.gacetaaeronautica.com/gaceta/wp-101/?p=8903#_ftn1_7470 [Fecha de consulta: 23/11/2018].

Organización de Estados Americanos. Comunicados de prensa (2017). "CIDH expresa preocupación por proyecto de la ley sobre seguridad interior en México". Consultado desde <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/200.asp> [Fecha de consulta: 22/11/2018].

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Consultado desde <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola> [Fecha de consulta: 22/11/2018].

Yébenes, J. "El espacio aéreo". En Gaceta aeronáutica. Consultado desde: <http://www.gacetaaeronautica.com/gaceta/wp-101/?p=5126> [Fecha de consulta: 23/11/2018].

d) Documentales

U.S. Air Force. (1958) Interim Glossary; Aero-space Terms. Edited by Woodford Agee Heflin. Air University, Maxwell Air Force Base, Alabama.

Organización de los Estados Americanos. (2003). Informe del Relator de la Conferencia Especial sobre Seguridad, celebrada en la Ciudad de México, México, los días 27 y 28 de octubre de 2003. OEA/Ser.K/XXXVIII CES/doc.14/03, 21 noviembre 2003.

Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR). Centro de Estudios Estratégicos de la Defensa (2011). Informe Preliminar del CEED al Consejo de Defensa Suramericano acerca

de los términos de referencia para los conceptos Seguridad y Defensa en la región Suramericana. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Estratégicos de Defensa.

e) Legislación

Constitución de la Nación Argentina.

Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944. Ratificado por Ley N° 13891.

Protocolo aprobado por la Organización de Aviación Civil Internacional en su 25ª período de sesiones (extrarodinaria) en Montreal Canadá el 10 de mayo de 1984. Ratificado por Ley N° 23.399.

Ley N° 21.521 de Creación de la Policía Aeronáutica Nacional.

Ley de Defensa Nacional N° 23.554

Ley de Seguridad Interior N° 24.059.

Ley N° 26.102 de Seguridad Aeroportuaria.

Ley N° 27.161 Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 239/2007. Creación de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC)

Decreto 1407/2004. Sistema Nacional de Vigilancia y Control Aeroespacial.

Decreto 727/2006. Reglamentación de la Ley de Defensa Nacional.

Decreto 228/2016. Declárase la Emergencia de Seguridad Pública.

Decreto 683/18. Reglamentación de la Ley de Defensa Nacional.

Decreto N° 1054/2018 DECTO-2018-1054-APN-PTE - Decreto N° 228/2016. Modificación.

Resolución MINDEF N° 230/2014 de Creación del Comando Aeroespacial

Organización de Aviación Civil Internacional. (2011) Circular 330 AN/189. Cooperación cívico-militar para la gestión del tránsito aéreo. ISBN 978-92-9231-867-3 Quebec, Canadá.

f) Bases de datos normativas

República Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Base Infoleg de Normativa Nacional. Consultado desde:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/> [Última fecha de consulta: 24/11/2018].

República Argentina. Cámara de Diputados. Secretaría Parlamentaria. Información Parlamentaria. Debates. Consultado desde:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/258047/norma.htm>
[Última fecha de consulta: 24/11/2018].

g) Tesinas y trabajos finales

Cabrol, G. (2014) "Los principios de la acción militar conjunta aplicados al control del aerospacio argentino en tiempo de paz". Trabajo final integrador. Escuela Superior de Guerra Conjunta de las Fuerzas Armadas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Carranza Torres, L. (1999) "Intercepción de aeronaves civiles. Subtema 3: El uso de los medios ofensivos contra la aviación civil. Supuestos y sus límites. Procedimiento de la operación de intercepción. Planteos jurídicos y políticos". Tesina para la Diplomatura de la Especialización en Derecho Aeronáutico y Espacial. Instituto Universitario Aeronáutico. Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

h) Conferencias

Romualdi, E. "Intercepción de aeronaves. El artículo 3 bis del mismo convenio de Chicago de 1944. Insuficiencia de este para regular la situación que contempla". Conferencia. Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial, Mar del Plata, 1986.

Carbajal Smith, J. y Ortega M. "Derecho Ultraterrestre y Aéreo". Videoconferencia. 5 de febrero del 2011. Aula Magna Jacinto Pallares. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

i) Ponencias en congresos y jornadas científicas

Carranza Torres, L. et al. (2018) "Delimitación de los conceptos legales de defensa y seguridad interior en el aerospacio". Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Científico Tecnológicas de la UNDEF. 28 de junio de 2018. Universidad Nacional de la Defensa. Buenos Aires.

j) Audiovisuales

Janer, Juan José. Entrevista personal. 30 de agosto de 2018.