

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDAD POLÍTICA DEL MILITAR, JURISDICCIÓN MILITAR Y MISIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992.

Jorge Seall-Sasiain

I. Introducción.

Estas reflexiones de orden constitucional surgieron al redactar unos comentarios periodísticos¹ sobre unos "arrestos disciplinarios" muy sonados, aplicados a oficiales de las Fuerzas Armadas² (FF.AA.), ya bajo la vigencia de la nueva Constitución, invocándose diferentes causales, tales como: desobediencia, violación de la cadena de mando, agravios a la dignidad de la superioridad jerárquica o a la institución.

En el fondo, se los sancionaba por haber dado a conocer a la opinión pública hechos de corrupción o de abierta intromisión en política de sus superiores o camaradas, aprovechando positivamente y utilitariamente las leyes, los decretos, los reglamentos, los circulares y las órdenes que restringen la conducta del funcionario militar.

El punto de vista constitucional, que nos interesa explorar, es el de la censura de la más fundamental de las libertades públicas: la de libre expresión, libertad anterior o superior a la existencia del Gobierno mismo, si se nos permite parafrasear al "padre" de las libertades estadounidenses, Thomas Jefferson, en su famosa sentencia: "*Si me*

¹ Cf. nuestras columnas: *¿Sanción disciplinaria o un recordatorio más del "poder político" de los militares?*; *Prisión disfrazada de arresto disciplinario* en el semanario "TIEMPO 14", 23 Nov. 1994, p. 34; *Dos puntos sobre la "ies" de la cuestión militar heredada* ib., 7 y 15 Dic. 1994, pp. 11 y 17.

² Nos referimos a los arrestos disciplinarios aplicados a los generales Pedro Concepción Ocampos, Evelio Benítez y al Gral. (SR) Eumelio Bernal en noviembre de 1994 por haber opinado respecto de situaciones que les tocaron vivir como militares. También fue objeto de sanción disciplinaria en 1992 el Cnel. Catalino González Rojas, quien posteriormente pasó a retiro más que probablemente a causa de su denuncia del tráfico de vehículos robados a través del Chaco en el que estaban implicados sus superiores militares y de haber cometido "desacato" a la orden de llamarse a silencio. Mas recientemente, el Cptán. Galeano, de la Fuerza Aérea, fue sancionado disciplinariamente por haber denunciado casos de corrupción en dicha arma.

*dieran a escoger entre tener un Gobierno sin periódicos, o periódicos sin Gobierno, no hesitaría un momento en preferir lo último*³

Creemos que es, no sólo de interés académico sino también, de utilidad práctica, replantearse el alcance de la **libertad de expresión del ciudadano militar** (tanto en servicio activo como en situación de retiro), a partir del **rango constitucional** de las **nuevas normas relevantes** contenidas en la Constitución de 1992, dada la **modernidad conceptual** de las mismas y considerando la **redefinida misión** de las FF.AA.

Para nuestro análisis, revisamos primero la legislación militar desactualizada pero vigente en punto a las restricciones de la libertad de expresión del militar. Se ponderan sus fundamentos a la luz de nuevas normas constitucionales sobre la libertad de expresión y de nuevos institutos derivados o estrechamente relacionados con aquella, *inter alia*, el **derecho a la información**, la **privacidad de la persona pública** y la **prueba de la verdad**.

Seguidamente, se analiza el alcance de la "jurisdicción militar" y de "la misión de las FF.AA." en la Constitución vigente, a partir del desarrollo de dichos conceptos en las Constituciones de 1870, 1940 y 1967.

Asimismo, la **neutralidad política de los militares** nos interesa en igual o mayor medida, por ello sopesamos las contundentes lecciones de nuestra historia política no sólo la reciente que justifican la consagración *expressis verbis* en nuestra Constitución actual de la **prohibición a los militares de afiliación partidaria y de participar en actividades políticas**.

Por metodología, en este trabajo nos ocupamos **exclusivamente** de la situación del ciudadano **militar**, si bien la Constitución prohíbe tanto a **militares** como a **policías** en servicio activo participar en actividades políticas (artículos 173 y 175); en consecuencia, son aplicables, *mutatis mutandi*, a los **policías** las mismas conclusiones que se ofrecen sobre la libertad de expresión de los militares. Por otra parte, el protagonismo o injerencia política de la Policía como factor de poder

³ *Were it left to me to decide whether we should have a government without newspapers, or newspapers without a government, I should not hesitate a moment to prefer the latter*, Thomas Jefferson, *Writings*, VI

independiente de los militares ha sido, virtualmente, inexistente en nuestra historia política.

Por último, atendiendo la teoría constitucional general así como nuestra realidad concreta, retomamos nuestro tema inicial y ofrecemos criterios sobre el alcance de la libertad de expresión de los militares a la luz de la Constitución vigente. Fundamentalmente, se busca precisar en qué casos y con qué justificación (**objetiva o contextual** a diferencia de la **subjetiva o imputada**) corresponde limitar la libertad de expresión del ciudadano militar.

II. Normas que restringen la libertad de expresión del militar.

En principio, el régimen penal y disciplinario militar tiene características especiales —severidad, celeridad, ejemplaridad, etc. estas se fundan en la existencia de un **presupuesto objetivo** (disciplina dentro de los cuarteles, *esprit de corps*, etc.) **necesario** para implementar un exigente régimen de tareas de adiestramiento u operatividad militares, en "tiempos de paz". En "tiempo de guerra", es aún más evidente la necesidad de imponer restricciones a libertades fundamentales entre ellas, la de expresión de los integrantes de las fuerzas armadas por razones operacionales y funcionales.

Hecha esta apreciación general, examinemos la principales leyes que, en cuanto a la **libertad de expresión**, afectan al militar, tanto en actividad como en situación de retiro.

1) Código Penal Militar, Ley N° 843/80.

Numerosas disposiciones del Código Penal Militar riñen, manifiestamente, con la letra y el espíritu de la nueva Constitución, pero ello debe ser objeto de otros estudios. Aquí sólo nos ocuparemos de aquellas normas del régimen penal castrense que censuran o reprimen la libertad de expresión del militar por su condición de tal.

El Capítulo XIV "De los Delitos de Injurias y Calumnias" del Código Penal Militar prevé como "injuria grave", Art 174:⁴ (...)

⁴ Al transcribir las disposiciones, resaltaremos en "**negritas**" los términos o frases

- b) **Las palabras, dichos o acciones que envuelvan (sic) gran falta de respeto a los superiores o a sus padres y descendientes;**
- c) **Las palabras, dichos o acciones que en concepto público se tengan por afrentosas en razón de su naturaleza, ocasión o circunstancia.**

El artículo 176 establece que:

El militar que injuria a otro públicamente o por escrito, sea de un modo directo, sea empleando alegorías o pinturas, o de cualquier manera, sufrirá arresto de tres meses

En el artículo 177 se previene:

Quando la injuria se infiera públicamente y de palabra se aplicará la pena de arresto de uno a tres meses. Si la injuria fuere hecha a un superior se graduará según la circunstancia y la calidad del ofensor y ofendido.

Y cuando la injuria sea "leve" (categoría residual: cuando la injuria no califica "grave", artículo 175) se castiga con "pena disciplinaria" (artículo 178 del mismo código).

El artículo 299 define como *faltas contra la disciplina* (en tiempo de guerra **como de paz**): (...) b) *Las palabras de descontento pronunciadas en presencia de un superior* (...) c) **Las murmuraciones acerca del orden en que se hagan los ascensos, de la falta o escasez del sueldo, de exceso de fatiga, de la incomodidad de los cuarteles, de la mala calidad del rancho o del vestuario y en general cualquier queja que pueda producir descontento o debilitar la subordinación.**

El artículo 300 dispone que la aplicación de las penas de disciplina *corresponde a los Comandantes. Los Oficiales y Clases que le estén subordinados, se limitaran a ordenar el simple arresto del culpable* (sic) *hasta que el Comandante señale las penas correspondientes.*

relevantes.

Lo constitucionalmente cuestionable, en nuestra opinión, consiste en que la pena "disciplinaria" aplicable a oficiales puede implicar el **arresto de 30 a 90 días**, además del "efecto disuasivo"⁵ sobre la libertad de expresión. *In passim*, es inevitable apuntar la manifiesta violación de garantías procesales de rango constitucional, *inter alia*: la presunción de inocencia (artículo 17, inciso 1.); el derecho a la defensa (artículo 16); al debido proceso (artículo 17, inciso 3.); a un juez imparcial (artículo 16); y, en general, a los derechos procesales aplicables a "cualquier otro [proceso] del cual pudiera derivarse pena o sanción" (artículo 17, párrafo inicial). La frase de apertura del artículo 17 de nuestra Carta Magna extiende su espectro tuitivo más allá del procedimiento judicial-criminal estricto, al decir: *En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:* (...) [y siguen los 11 incisos del artículo] por cuanto previene contra arbitrarias exclusiones o aplicaciones restrictivas o limitativa de las garantías procesales de la persona, *verbi gratia* el procedimiento administrativo, el juicio de responsabilidad política o la cómodamente designada "jurisdicción disciplinaria", siempre y cuando ello entrañe la aplicación de una pena o sanción.

Pero la cuestión constitucional, que centralmente nos interesa, consiste en determinar si es justificable la supresión de la libertad de expresión del militar en razón de que supondría "gran falta de respeto" o resultaría "afrentosa" a la "dignidad institucional" o a la "imagen privada de los superiores" sin considerar que se trate de la denuncia de hechos ciertos y verdaderos de:

- a) **corrupción (participación de camaradas o superiores en tráficos ilícitos, sustracción o malversación de recursos) dentro de las FF.AA.;**
- b) **la perpetración de un crimen o la violación de los derechos humanos cometida dentro del arma; o**
- c) **la transgresión de la prohibición constitucional de participar en actividades político-partidarias cometidas por superiores u otros camaradas dentro o fuera del cuartel.**

⁵ "The deterrent effect on free speech" (El efecto disuasivo sobre la libertad de expresión)

Permítasenos postergar la respuesta para el punto en que analizamos la restricción de la libertad de expresión del militar por razones de decoro, de ética y de imagen institucional, *infra* III.3.

2) Estatuto del Personal Militar, Ley N° 847/80.

Nuestro primer reparo a esta ley consiste en que si bien distingue "técnicamente" las situaciones del **militar activo** de la del **militar retirado**, a sus efectos jurídico-prácticos las **equipara** virtualmente en el llamado "estado militar".

En efecto, dicho Estatuto incluye dentro del "Personal Militar de las FF.AA. de la Nación" al "**Personal Militar del Cuadro de la Reserva**" y el artículo 8° inciso a. numeral 1) considera como parte del último al "**Personal Militar en Inactividad**"; éste, a su vez, se distingue en "Retiro Temporal" y "Retiro Absoluto" (artículo 12 inciso b numerales 1 y 2), según se tengan la edad requerida y las aptitudes (físicas, mentales o morales) para el servicio activo (artículo 138 incisos a y b). Sin embargo, el artículo 33 declara que "**tendrán Estado Militar**, el Personal de las Fuerzas Armadas que integre su Cuadro Permanente y el Cuadro de Reserva" (énfasis nuestro).

En punto a la libertad de expresión del militar activo, en el Capítulo III, "De la Ética Militar" se impone a todos "los integrantes de las Fuerzas Armadas" el precepto de "ser discreto en su conducta y en su lenguaje". (artículo 74, inciso g). En el Capítulo V, de los "Derechos de los Militares", el artículo 86 expresa textualmente:

Rigen para el militar en inactividad las siguientes disposiciones:

a) Está sujeto a la jurisdicción militar y disciplinaria

El Título VI, Capítulo II, define el retiro como "el paso del Militar de la situación de actividad a la inactividad, **sin perder su Estado Militar**" (artículo 138)

Sin embargo, el criterio de distinguir el **status jurídico** del militar activo y del retirado, es unánime en el Derecho comparado, además esa diferenciación tenía casi centenaria vigencia en nuestra propia legislación militar. Las primeras décadas de República constitucional (post-1870), sin ser precisamente un ejemplo de Estado de Derecho, sin

embargo ofrecen numerosos ejemplos de **militares** de destacada actuación en la política **pero en situación de retiro**: Bernardino Caballero, Benigno Ferreira, Juan Bautista Egusquiza, Juan A. Ecurra, Patricio Escobar y otros. En efecto, "la **Ordenanza Militar del Ejército de la República del Paraguay** de 1887, restringía estrictamente los derechos civiles y políticos del militar en actividad, **pero le garantizaba toda libertad de accionar político al militar en situación de retiro**. Incluso el **Estatuto de los Oficiales de las Fuerzas Armadas de la Nación**, promulgado por el **Decreto-Ley N° 16.974** del año 1943 paradójicamente, en pleno ascenso del militarismo en nuestro país y en el continente seguía prohibiendo a los militares en actividad la afiliación a partido alguno pero dejando en plena libertad de actuación política al **militar retirado**⁶.

La equiparación entre militares en servicio activo y en situación de retiro contradice el **diferente status cívico y jurisdiccional** de uno y otro, consagrado por la moderna teoría constitucional y el Derecho Constitucional comparado. Acorde con ello, el artículo 172 de la Constitución vigente prescribe:

Los tribunales militares solo juzgarán delitos y faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo (...) Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar, no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses (...) Solo en caso de conflicto armado internacional, y en la forma dispuesta por la ley, estos tribunales [militares] podrán tener jurisdicción sobre personas civiles y militares retirados (El énfasis es nuestro).

Por tanto, fuera del caso de "conflicto armado internacional" **los militares retirados no pueden estar sometidos a la jurisdicción militar**. En nuestra opinión, es inconstitucional que el militar en situación de retiro esté virtualmente equiparado al militar en actividad, llámese en lo "jurisdiccional" como en lo "disciplinario". En consecuencia, **el militar retirado tiene la misma libertad de**

⁶ Artículo 107 "Está prohibido a los Oficiales del Cuadro Permanente, so pena de pérdida del Estado Militar, afiliarse o formar parte de cualquier partido político; la misma disposición rige para los Oficiales de Reserva, hasta que haya transcurrido el plazo fijado en el artículo. 47" [cuatro años]

expresión y, a fortiori, la de realizar actividades políticas que los civiles.

III. Razones clásicas en que se funda la restricción de la libertad de expresión del militar.

La condición de **militar en actividad**, por todo lo que en teoría supone, no puede justificar arbitrarias aplicaciones de la ley, que incluso vulneren el **minimum** de libertades y derechos fundamentales que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos garantizan a toda persona sin distinguir entre civiles y militares como "ciudadano en uniforme" dentro de un Estado y éste como miembro de la comunidad internacional.

¿ Puede toda expresión de un militar ser censurada **in genere**, sin referencia a una situación o contexto que justifique y haga necesaria la restricción de la libertad de expresión ?

El Derecho enseña que toda ley tiene una **ratio juris** (razón de Derecho) y que, por lo tanto, no debe aplicarse en el vacío, arbitrariamente ("sólo porque la ley lo permite"), sin ponderar la circunstancia o supuesto contemplado.

La libertad de expresión del ciudadano militar **en actividad** admite clásicas y bien fundadas restricciones en razón de la reserva de la información (por motivos de seguridad o de defensa), del carácter institucional "no deliberante", y del decoro, la imagen y la ética de la institución castrense. A éstas se le ha agregado una cuarta, prohibición especial de nuestra Constitución: la de realizar proselitismo partidario o actividades políticas, que analizaremos en la siguiente sección. Veamos las tres primeras

1) Reserva o confidencialidad por seguridad o defensa.

El funcionario o empleado público militar no tiene libertad de expresión absoluta; tampoco la tiene el ciudadano común, ya que siempre está expuesto a las consecuencias ulteriores. El cliché del Derecho Constitucional estadounidense se resume en que: "...la más estricta protección de la **libertad de expresión no protegería a una**

persona que falsamente gritara "fuego" dentro de un teatro y causara pánico"⁷. El Pacto de San José de Costa Rica, en el mismo sentido, garantiza la libertad de expresión sin censura previa "salvo las responsabilidades ulteriores" (artículo 13.2).

Hay informaciones sobre asuntos militares confidenciales, cuya divulgación sería claramente perjudicial para la defensa nacional, esto es, **dentro de un contexto objetivo**. No librado al inescrutables arbitrio subjetivo de un jefe o superior que invoca esa causal como pretexto para censurar cualquier forma de expresión: no es lo mismo revelar claves criptográficas, planes de ataque o posicionamiento de efectivos en estado de guerra internacional o durante un ola de actos terroristas, que una charla o entrevista de carácter histórico sobre criptografía en la Guerra del Chaco.

Las democracias avanzadas, con FF. AA. permanentes, conocen esta restricción, de modo que se puede sostener que ella tiene amplia vigencia en el Derecho comparado por su **fundamento material y lógico**, en razón del **daño evidente** que puede infligir al sistema de seguridad o de defensa de un Estado.

2) El carácter de "no deliberante": significado y alcance.

La experiencia histórica latinoamericana y especialmente la nacional aconsejan **delimitar el carácter de la institución militar**. La consagración del carácter "no deliberante" de la misma constituye un hito del Derecho constitucional moderno. Nuestra novel Constitución prescribe en su artículo 173, que las FF.AA. tendrán carácter "no deliberante", además de caracterizarla como institución "nacional, profesional, obediente, subordinada a los poderes del Estado y sujeta a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes".

Dejemos de lado por ser objeto de un debate distinto la cuestión de si la mera inclusión o definición constitucional **tiene virtualidad jurídica bastante**, es decir: de si sólo constituye una **conquista simbólica** cuando no va acompañada de medidas legislativas concretas, de orden penal y militar, para hacer efectiva su vigencia.

⁷ "The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic." *Orbiter dictum* en el voto disidente del célebre Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Oliver Wendell Holmes, en el caso *Schenck vs. United States* 249 U.S. 47, 39 S.Ct. 247, 63 L.Ed. 470 (1919)

Es posible advertir la ambigüedad del término "no deliberante" porque, en puridad, toda repartición de la administración pública es, en un cierto sentido, "no deliberante": un ministro u otro alto funcionario administrativo **no puede entrar a "deliberar" si cumple o no las instrucciones del Presidente: las acata o renuncia.** Si se alega que la caracterización de "no deliberante" alude a que **los militares no le corresponde asesorar o aconsejar a los poderes públicos,** ello tampoco sería rigurosamente cierto porque tanto en la cátedra o docencia militar (Colegio Militar, Colegio de Guerra, etc), como en la discusiones del Estado Mayor de cada arma y, *a fortiori*, en el Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. **se delibera, debate** y resuelve sobre las alternativas a presentar al Poder Ejecutivo (a la sazón Comandante en Jefe), el cual adopta finalmente la decisión propiamente **política** en materia de defensa nacional; igualmente, los militares "deliberan" al comparecer para discutir temas de defensa nacional ante las Comisiones de Defensa del Congreso Nacional. Asimismo, se pueden distinguir dos aspectos de la expresión "no deliberante": el **institucional** y el **personal o individual.** Es decir, si bien a la institución militar y a una parte de la misma les está prohibido deliberar, **al ciudadano militar, en tanto acepte las consecuencias de su decisión personal,** le está permitido "examinar una orden" o sea, "deliberar" sobre el cumplimiento de la misma, si ella importa una violación a la Constitución, a los derechos humanos o incluso al propio fuero militar. Tanto es así que, incluso, el soldado raso está facultado a resistir una orden que suponga perpetrar actos atroces (la condición *quod atrocitatis facinorus*), como se comprobó, *mutatis mutandi*, en Númberg al enervarse la defensa de los criminales de guerra nazis ("cumplimiento de ordenes"), y en Buenos Aires la defensa de los militares de mando inferior al de la Junta Militar argentina ("la obediencia debida"). Ningún soldado ni siquiera en estado de guerra, declarado por el Congreso, puede reputar legal o legítima una orden de exterminio en masa de prisioneros civiles o militares, o de **secuestrar personas (incluyendo ancianos y niños) o de vejar, violar, torturar y ejecutar sumariamente a prisioneros,** incluyendo los denunciados y ahora confesados **"vuelos"**⁸ para arrojar al mar desde aviones a

⁸ El libro *El Vuelo* (Buenos Aires: Planeta Ed., 1995) del escritor y periodista Horacio Verbitsky se basa en la confesión del ex-Capitán de la Marina argentina, Adolfo Scilingo, quien relata, con lujo de detalles, el largamente sospechado pero ahora confirmado, **macabro y cobarde operativo de arrojar desde aviones los cuerpos drogados pero vivos de prisioneros políticos a las aguas del Mar del Plata.** Ello

prisioneros drogados. Actos espantosos como los señalados están y estuvieron prohibidos por el Derecho de Guerra o Derecho Humanitario (*Jus in bello*) y especialmente, por las Convenciones de Ginebra de 1949 (Artículo Tercero Común).

En aras de la subordinación, ejecutividad o eficiencia, el soldado no puede convertirse en un autómatas privado de toda facultad de discernimiento o sentimiento moral y, sobre todo, liberado de las consecuencias de sus actos a terceros. Es inconcebible constitucionalmente y repugna a la concepción alguna de sociedad libre y democrática que se permita la total deshumanización del militar, quien, después de todo, no es más que un "ciudadano en uniforme".

Sin embargo, el Derecho constitucional comparado coincide unánimemente en que "no deliberante" es un tecnicismo que alude a la **prescindencia de los militares de la política** en su doble dimensión: parlamentaria o propiamente deliberante, como ejecutiva o de gobierno, en sentido estricto. El carácter de "no deliberante" de las FF. AA. alude a que su misión funcional es **ejecutiva**. No les está permitido discutir o "deliberar" sobre la justicia, conveniencia u oportunidad de una orden, de un operativo, de un programa de acción que les encomienda su Comandante en Jefe, en ejercicio de su facultad constitucional. "No deliberante" significa también **prescindencia de toda participación** en lo que Maurice Duverger llama el "**proceso político**"⁹; es decir, a las **FF.AA., como institución, así como a cualquiera de sus integrantes,**

motivó la **primera admisión oficial, institucional, de responsabilidad criminal de las FF.AA. argentinas** por parte del Comandante de ese Ejército, Gral. Martín Balza, quien, en una actitud que lo honra a él y a su institución, entre otras cosas sentenció: *...delinque quien ordena y delinque quien comete estos actos*. Poco después, el ex-Sargento Víctor Ibañez también confesó su participación en similar operativo de **lesa humanidad**.

La responsabilidad de estos operativos de eliminación sistemática que se practicaban en la tristemente celebre "ESMA" (Escuela Superior de Mecánica de la Armada, convertida en improvisada "prisión política de alta seguridad") recaen en su siniestro ex-Almirante Emilio Eduardo Massera durante la "Guerra Sucia" argentina (1976-1983), quien posiblemente, junto a los generales Jorge Rafael Videla, Ramón J. Camps, Juan B. Sasiañ, Bussi y otros nefastos oficiales como Alfredo Astiz, habrán creído superar en astucia a Adolfo Hitler con su "Solución Final" al evitar el escándalo y repudio mundial de los "campos de concentración y exterminio". En su incalificable criminalidad, habrán supuesto que inventaron el sistema de exterminio masivo perfecto: "desaparición", torturas y luego arrojamiento al mar. Todo "**sin dejar rastros...**"

⁹ Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ed Ariel, 1988

oficiales, suboficiales y clases les está vedado debatir, juzgar, "deliberar" sobre asuntos políticos.

Esta limitación se refuerza con el concepto de "obediente y subordinada a los poderes del Estado"¹⁰ y sobre todo, con la prohibición de "afiliación y de realización de actividad política"¹¹, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

3) Decoro, imagen y ética institucional.

Al examinar las normas del Código Penal Militar *ut supra* 2.1, *in fine*, nos planteamos la cuestión de su posible colisión con las nuevas disposiciones constitucionales sobre la **libertad de expresión** y de ambas con el **derecho a la propia imagen** y a la **intimidad de la persona**, que ahora también tienen rango constitucional.

En primer lugar, cabe someter la cuestión al **contrapeso de intereses** o "**test del interés prevalente**"¹². Esto es, si se trata de un denuncia fundada por parte de un ciudadano militar en que **los hechos alegados son ciertos**, pero, al mismo tiempo, son considerados "afrentosos" por los superiores aludidos o por la institución castrense, **¿cuál interés jurídico debe prevalecer**: el de la ética y disciplina militar o el de proteger el derecho de "toda persona" [a la sazón funcionario militar] "a difundir información utilizando cualquier instrumento lícito y apto para ese fin"? (**libertad de expresión, sin censura alguna**, artículo 26 de la Constitución).

Está en juego además el nuevo derecho desprendimiento de la esencial libertad de expresión el derecho colectivo de la sociedad ciudadanos y autoridades de conocer un asunto de interés público o que importa a la salud de la República (el **derecho a informarse** del artículo 28 de la Constitución).

Si no fuese una falsa imputación, ¿por qué debería reprimirse o censurarse la libertad de expresión del militar y, de paso, cercenarse el derecho social a la información—, cuando **la gravedad de los hechos denunciados y el interés público para la salud de la República son**

¹⁰ Artículo 173 de la Constitución

¹¹ *Ib.*

¹² Nos referimos a la doctrina del "*balancing test*" o del "*prevailing interest test*" de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.

manifiestos, y los más calificados o, quizá únicos, testigos sólo podrían ser otros militares?

Aparte de la conclusión que la pregunta retórica sugiere, la **Constitución**, a nuestro juicio, **aporta la clave para resolver el aparente conflicto entre la libertad de expresión, por un lado, y el derecho a la intimidad y la prueba de la verdad, por otro.**

Los artículo 23 y 33 de la Constitución marcan la pauta para resolver dicho conflicto de intereses. En efecto, si bien el artículo 23 consagra *el derecho a la intimidad personal y familiar*, así como los *de la dignidad y de la imagen privada de las personas* pero **la misma norma señala el límite de lo privado: en tanto** [la conducta privada de las personas] **no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de los terceros**" (énfasis nuestro), tal como la comisión de un delito o la perpetración de otro acto ilícito. Asimismo, el artículo 33 descarta la **prueba de verdad y notoriedad** de publicaciones *que afecten al honor, a la reputación o a la dignidad de las personas*, sin embargo **las admite** cuando se trata de **censura a la conducta pública de los funcionarios del Estado y en los demás casos establecidos por la ley**" (énfasis nuestro). A título ejemplificativo, señalemos que sería difícil que algún Tribunal sostuviera que, la prensa escrita, oral o televisada **violó el derecho a la intimidad, la dignidad o la imagen privada o familiar** del capomafioso **Al Capone**, del narcotraficante **Pablo Escobar Gaviria**, de dictadores como **Anastasio Somoza, Manuel Noriega o Alfredo Stroessner** o, incluso, de ex-presidentes como **Richard Nixon o Fernando Collor de Mello**, acusados de graves crímenes, corrupción escandalosa, tráfico de influencias, obstrucción a la justicia o mal desempeño del cargo.

Esto es, cuando **los hechos en cuestión se refieran a la conducta pública de un funcionario del Estado**, así como cuando **afecten el orden público o el derecho de terceros, la libertad de expresión** lejos de ceder, **debe prevalecer** y ser protegida constitucionalmente.

Con respecto a esta conducta debe distinguirse cuidadosamente aunque parcialmente se superponga de la mera "afrenta", "gran falta de respeto", "injuria", "violación de la dignidad, imagen o conducta privada de las personas". En nuestra opinión, la "conducta privada del funcionario público" **es una categoría residual hartamente reducida que**

debe ser diferenciada de la denominada "conducta oficial" cuya denotación es mucho mayor.

Por dicha razón, sugerimos la expresión "**conducta censurable del funcionario o de la persona pública**", para connotar el ámbito de las actividades de un funcionario o persona pública que pueden ser examinadas por las autoridades y la sociedad en general.

IV. Prohibición de participar en actividades políticas.

Tradicionalmente, se entendía que el carácter "no deliberante" de las FF.AA. abarcaba la prohibición de este título. No obstante, nuestra experiencia histórica debió ser determinante en la *mens legislatoris* de los constituyentes cuando consagraron esta **prohibición, en forma expresa y distinta, de realizar actividades políticas o de afiliación partidaria.** No conocemos de ninguna otra Constitución, por lo menos de las clásicas del Derecho constitucional comparado, que contenga similar prohibición *expressis verbis*.

Hagamos un poco de historia sobre el tema, a riesgo de incurrir en una pequeña digresión. Se puede hablar de un relativamente corto período de subordinación de los militares a las autoridades civiles legítimamente constituidas que se inicia, aproximadamente, desde 1912 y termina en 1936¹³, exceptuando el grave quiebre institucional que supuso la Revolución de 1922, en la que, sin embargo, triunfó el sector militar institucionalista sobre los rebeldes "schaeristas" liderados por el Cnel. Adolfo Chirife.

Desde 1936, en el plano real o sociológico, se hace evidente la **intervención directa o la influencia -indirecta pero decisiva- de los militares en la política nacional,** en forma permanente y sistemática,

¹³ Existe consenso sobre el año 1936, como hito que marca el fin del período de la subordinación de los militares a las autoridades civiles, no así para su inicio. Situamos el año 1912 como inicio aproximado de dicho período, por coincidir con la estabilidad que trajo la presidencia constitucional de Don Eduardo Schaerer (1912-1916) "*el año 1915 fue señero para la organización militar (...) se creó la Ley Orgánica Militar (...) y se fundó la Escuela Militar por Ley N° 139 del 20 de julio de 1915*" [Gustavo Riart, *El Partido Liberal y el Ejército*. Cuadernos Históricos N° 16 (Asunción: El Gráfico Ed., 1990) p.33

no aislada. Situación que de hecho¹⁴ se mantiene, en diferente medida, hasta nuestros días, por encima de las definiciones de la misión de las FF.AA. en las Constituciones de 1940, 1967 y de 1992, según veremos más adelante (*infra* V.2 al V.4); de la prohibición que nos ocupa (artículo 173 de la Constitución de 1992); y de su reglamentación legal, ley N° 514/94, que prevé sanciones penales a los militares en servicio activo por participar en actividades políticas.

Habíamos visto que tanto la Ordenanza Militar de 1887, la Ley Orgánica Militar de 1915 y el Estatuto de los Oficiales de las FF.AA. de la Nación de 1943, si bien restringían estrictamente los derechos civiles y políticos del militar en actividad, le garantizaba toda libertad de accionar político al militar en situación de retiro.

Independientemente de la inobservancia práctica de dicha prohibición, por ser ello motivo de un estudio distinto, vale la pena remarcar que formalmente hasta el propio General Presidente, Higinio Morinigo, aún después del triunfo del Partido Colorado en la Revolución del 47, se negó a "afiliarse" invocando su condición de militar de carrera, en servicio activo¹⁵. Posteriormente por Ley N° 10 del 22 de julio de 1948 se modificó, parcialmente, el artículo 107 del Decreto-Ley 16. 974 de 1943, sólo en el sentido de que si bien mantenía la prohibición de afiliación para los militares activos "...1) podrán hacerlo, en cambio, los Oficiales que no están en actividad sea por hallarse en situación de retiro o por haberles sido concedida la simple baja, en razón de no llenar los requisitos para la obtención del retiro"

¹⁴ De ahí la constante alusión en los análisis de nuestros politólogos a los "poderes fácticos", o las advertencias a la ciudadanía y al Parlamento de respetar el Cuarto Poder o el Poder Militar por los propios Comandantes de las FF.AA. (Cf. *inter alia*, el discurso del Gral. José Felicísimo Segovia Boltes del 5 de Diciembre de 1994)

¹⁵ "Yo nunca fui partidario de politizar el Ejército. Terminada la revolución, habiendo triunfado y llevado yo al Partido Colorado conmigo, fueron Federico Chaves y la gente del directorio a llevarme el libro de honor para firmar. Y yo le dije a Chaves que agradecía mucho esa distinción pero que había algo que me lo impedía: yo soy militar de carrera, en este momento en servicio activo y les prometo que cuando me retire firmaré este libro con mucho gusto. Yo sostengo que el Ejército debe ser nacional, por una razón muy sencilla: porque no puede sectarizarse una cosa tan nacional como el Ejército. Yo siempre he dicho y pensado concretamente así. Me dijeron en mi época: que se coloradice el Ejército y yo les respondí: eso lo harán ustedes, yo no" [Alfredo M. Seiferheld, *Conversaciones político-militares*, Asunción, El Lector Ed., 1984, Tomo I, pp. 58 y 59] (Las negritas son nuestras).

El primer paso de involución esta vez hasta ya en el plano jurídico formal se verifica en 1949, con la **Circular Nº 20 del 13 de setiembre de 1949, emitida por el Gral. Emilio Díaz de Vivar**, quien en su calidad de Comandante en Jefe de la FF.AA. ordenó (...)

2) *Que los Oficiales propuestos para su movilización **deberán acompañar a sus respectivas solicitudes sus antecedentes militares y políticos de antes, durante y después de la contienda armada de 1947.***

3) *Que los propuestos a ser movilizados **deberán presentar un testimonio de lealtad a la Asociación Nacional Republicana**(sic), [Partido Colorado] **expedido por la Junta de Gobierno de la misma, sin cuyo requisito no será atendida ninguna propuesta.***

Este es un documento inédito, a cuya copia facsimilar he tenido acceso¹⁶.

Posteriormente, **la involución se legalizó** con la sanción por el Presidente **Federico Chaves del Decreto-Ley Nº 21 del 5 de marzo de 1953** (a un año y dos meses de su derrocamiento por el Gral. Alfredo Stroessner) que dispone **Artículo 1º: Derógase en todas sus partes el Art. 107 y sus modificaciones por Ley Nº 10 del 22 de julio de 1948 del Decreto-Ley Nº 16.974 de fecha 15 de febrero de 1943.**

Vale la pena, transcribir el Considerando de dicho Decreto-Ley Nº 21 de 1953:

Que la disposición mencionada [artículo 107] priva de la libre determinación del ejercicio de un derecho admitido en un país de organización democrática.

Que es necesario ponerse (sic) a los Oficiales del Cuadro Permanente y de la Reserva en un plano de igualdad de los ciudadanos civiles para el ejercicio de sus derechos cívicos de acuerdo a las leyes pertinentes.

¿Qué significó esta derogación total del artículo 107 y de sus modificaciones del Estatuto de Oficiales? ¡La más completa libertad

¹⁶ La copia facsimilar de la Circular se publicó como anexo a este mismo trabajo en la Revista "CRÍTICA", Año VII, Nº12, Diciembre 1996, Asunción.

de militares para afiliarse a cualquier organización o partido político!

Al lector extranjero de nuestra historia política, habría que aclararle que ello significaba la **legalización de afiliación al partido oficialista, la Asociación Nacional Republicana, Partido Colorado.**

Esta medida fue ratificada por el **General** en actividad **Presidente Alfredo Stroessner**, en la **Circular N° 24 del 22 de julio de 1955**, la que transcrita en su parte relevante expresa:

*VISTO: La Nota(sic) de la Honorable(sic) Junta de Gobierno de la Asociación Nacional Republicana (Partido Colorado), en la que informa que ha resuelto mantener el **Censo Partidario** en la Jurisdicción de la Capital, el 24 de Julio próximo y **siendo necesario que dicho trabajo se extienda a las Fuerzas Armadas**, este Comando dispone:*

*1º) **Los SS.CC.UU.DD.SS. y JJ.RR.MM.**, de la jurisdicción de la Capital, **permanecerán con el personal dentro de sus respectivas Unidades**, hasta el medio día 12:00 horas, del 24 de Julio próximo, a fin de ser censados los Señores Jefes y Oficiales, Auxiliares de Armas, Buques y Servicios, Sub-Oficiales y Sargentos (...)*¹⁷

Esta aberrante medida de **afiliación forzosa de los militares activos al Partido Colorado**¹⁸, estaba en total consonancia con la totalitarizante política de **afiliación forzosa** al virtual "partido único", la Asociación Nacional Republicana (Partido Colorado), **de todos los funcionarios públicos**, propugnada vigorosamente durante décadas por el "establishment" stronista, entre cuyos representantes más conspicuos estaba el Arq. Tomás Romero Pereira.

Con ese contexto histórico, retomemos el análisis de la prohibición constitucional que nos ocupa.

Corresponde deslindar con precisión qué esfera de **la libertad de expresión del militar** se ve restringida por la **prohibición de afiliación**

¹⁷ La copia facsimilar de esta Circular también se reproduce en el anexo mencionado en dicha publicación.

¹⁸ Cf. Marcial Riquelme, *Stronismo, Golpe Militar y Apertura Tutelada*, Asunción, CDE Ed., 1992 y entrevistas con el politólogo Carlos Martini y el Dr. Alejandro Dávalos Flores.

política y de realización de actividades políticas. El artículo 173 de la Constitución, *in fine*, textualmente dispone:

(...) no podrán afiliarse a partido o movimiento alguno, ni realizar ningún tipo de actividad política' (énfasis nuestro).

En primer lugar, convengamos que **lo prohibido es una conducta, no una creencia o ideología**, a pesar que las "ideas" se pueden "expresar o comunicar" no sólo con palabras, sino también con "conductas" o "expresión simbólica"¹⁹. La libertad ideológica, también llamada "de conciencia o de pensamiento" es no sólo --jurídicamente-- inviolable (artículo 24 de la Constitución), sino irreprochable de hecho; de ahí la agudeza del aforismo *Praetor, de internis, non judicat*²⁰, salvo que se materialice la profecía de una terrorífica **Policía del Pensamiento** (*Thought Police*), que George Orwell magistralmente retrató en su libro "1984".

Por otra parte, no compartimos el criterio de una interpretación extensiva, que abarque **toda conducta** que *lato sensu* supondría una toma de posición u opinión **política**, entendida ésta como el **conjunto de acciones u omisiones, por intrascendentes que fueran, a las**

¹⁹ La distinción: discurso-conducta ("*speech*"-"*conduct*" *distinction*) y mas concretamente, y la expresión simbólica (*symbolic expression*) es creación doctrinaria de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que tuvo su paradigmática aplicación en el caso **Street v. New York** [394 U.S. 576, 89 S.Ct. 1354, 22 L.Ed 2d 572 (1969)] en que el apelante, el señor Street, había sido condenado por violar una ley de Nueva York que considera una falta el destruir, mutilar o exceder públicamente cualquier bandera de los Estados Unidos ya sea por medio de palabras o de hecho. El recurrente (de raza negra) había escuchado por la radio en su departamento en Brooklyn que otro líder de los derechos civiles, James Meredith había sido asesinado por un francotirador en Mississippi [y que se sumaba al asesinato de los Kennedy, Martin Luther King, Malcolm X y muchos otros], sacó su bandera de los EE.UU. la llevó a una intersección muy concurrida de la ciudad y le prendió fuego. La Corte Suprema sostuvo "En **las circunstancias de este caso**, no creemos que ningún interés [gubernamental] **puede justificar constitucionalmente la condena del recurrente por haberse expresado como lo hizo** (*for speaking as he did*)" y "[A]gregamos que la falta de respeto por nuestra bandera debe ser deplorado no menos en estos tiempos difíciles que en los calmos de nuestra historia. Sin embargo, no podemos mantener una condena que pudo haber dependido de una forma de expresión, por más desagradable que sea, ya que la Constitución la tolera y protege (*a conviction that may have rested on a form of expression, however distasteful, which the Constitution tolerates and protects...*)" citado en **Gerald Gunther, Cases and Materials on Constitutional Law** (Mineola, N.Y.: The Foundation Press, Inc.: 1980, 10th Ed) pp. 1312-1313 y 1315

²⁰ El Pretor no juzga el fuero interno

que se le puede atribuir una significación "política", es decir, referidas al bien común de la sociedad, al mejoramiento de la convivencia o al progreso social. Lo decisivo de la prohibición al militar en actividad es, en nuestra opinión, **toda acción dirigida a la toma o alteración del poder político en la sociedad**, lo que en doctrina conocemos como la fase agonal²¹ de la política, **aunque sea por medios democráticos**, esto es, mera militancia o proselitismo político.

En consecuencia, a nuestro juicio, la prohibición analizada debe ser interpretada **estrictamente** en el sentido de que **afecta o restringe la libertad de expresión partidaria y política del militar en dos tipos de conductas**:

- a) las que exteriorizan o hacen pública una **afinidad o simpatía por un partido o movimiento político**, ya sea por admisión (verbal, escrita, simbólica) o de hecho, tal como registrarse como miembro de algún partido o movimiento político o al votar en las internas de algún partido o movimiento²² y;
- b) las que representan **participación directa, intervención o influencia en política (o sea sobre las autoridades e integrantes de cualquiera de los tres poderes del Estado)**, así como de **proselitismo político sobre el resto de sus camaradas o de la sociedad, a través de actos, reuniones, manifestaciones, mítines, etc.** lo cual abarca desde el **proselitismo público o privado** por una candidatura electoral hasta el **expresar públicamente su apoyo o rechazo de todo o parte del ideario-programa de un partido o movimiento político**, sea en forma institucional como individual, en forma sistemática o como acto aislado.

En nuestra opinión, es evidente que el fin de esta prohibición constitucional consiste en **evitar que el militar influya, en razón de su cargo, de alguna forma, no sólo a las autoridades legítimamente constituidas sino al resto del electorado y especialmente a sus camaradas y subordinados, en su adhesión, simpatía y accionar político.**

²¹ Germán Bidart-Campos, *Derecho Político*, Buenos Aires, Aguilar Ed., 1972, pp. 65 y 66. Segundo V. Linares Quintana, op. cit. en el mismo sentido.

²² Esto, sin embargo, no impide que los militares se inscriban como ciudadanos, "electores nacionales" en el Registro Cívico Permanente y, **voten en las elecciones municipales o en las generales de autoridades nacionales y departamentales.**

En las democracias avanzadas, la prohibición legal o reglamentaria, no constitucional para los militares, se circunscribe a que no realicen los actos mencionados, **vistiendo el uniforme**; en tenida civil y fuera de sus cuarteles, están equiparados a los civiles.

Nuestra inexistente o débil "cultura democrática", se traduce en la ausencia de una sociedad civil vigorosa y en el riesgo probable de "reincidencia de influencia militar decisiva" en la ecuación del poder político. La "influencia militar" en la sociedad de tipo tradicional y predominantemente rural, como la paraguaya, trasciende lo político. En muchos sectores de la población se manifiesta más como **temor reverencial** que como **respeto institucional** al "funcionario" militar, a quien, jamás se lo percibe como un funcionario más, que sólo tiene *autoritas* en el ámbito preciso de su competencia²³. **La mayoría de la población paraguaya es de origen rural o campesina y, aunque buena parte de ella haya migrado hace décadas a Asunción, su conurbano o a capitales del interior, ello no implica necesariamente que su pautas de comportamiento cívico y mentalidad hayan cambiado en forma automática a su relocation ciudadano o con el mismo tempo.**

Con el precedente de dictaduras militares en nuestra historia, la pervivencia del **factor militar** en nuestra política²⁴, y en el contexto de una sociedad, aún predominantemente tradicional y rural, con sólo aislados enclaves modernizantes, **creemos idónea y justificada la prohibición constitucional de militancia partidaria y de realización de actividades políticas para los militares activos**, sea vistiendo

²³ Por ejemplo, el Coronel o General fulano de tal, no es nunca el señor fulano de tal, a secas, aunque vista de civil; sigue siendo considerado militar; se presenta con su grado militar y como tal es tratado aún en la "megápolis" paraguaya: Asunción.

²⁴ Las repetidas intervenciones de militares en política y/o amenazas de golpe de estado durante esta transición, de público conocimiento como un "secreto a voces", alcanzaron su punto más álgido con la reciente "**crisis militar**" del 22 al 25 de abril de 1996 al desafiar el —entonces— Gral. Lino Oviedo a acatar la orden de su relevo como Comandante del Ejército emanada del Presidente de la República y la **extorsión ejercida para lograr el cambio del titular del Ejecutivo**, a cambio de deponer su actitud, en abierta violación al proceso constitucional y continuidad democrática, amén de los delitos de rebelión e insubordinación, que puso en vilo a la ciudadanía y a la comunidad internacional.

uniforme o no, en mitines públicos como en reuniones o ámbitos privados.

Una crítica no desatendible, sin embargo, sostiene que **es inocua toda mera prohibición constitucional**, si la misma no contempla una sanción también expresa. La crítica es válida, parcialmente. Si bien antes de la sanción de la Ley 514/94 que tipificó como delito y estableció la sanción para los militares en servicio que se afilian o que realizan actividades políticas, no era posible aplicar pena alguna²⁵, ello no implica, a nuestro juicio, que la prohibición constitucional no puede tener virtualidad jurídica alguna. Antes que todo, es un acto expresamente inconstitucional. Por ende, perfectamente, podría ser, *inter alia*, fundamento o criterio para el ascenso de grado, relevo de cargo o comando, pase a retiro, etc. de oficiales de las FF.AA, independientemente de todas las otras aplicaciones de la Constitución que los poderes del Estado están obligados a hacer, especialmente el Poder Judicial, expresamente encargado de su interpretación y cumplimiento²⁶.

V. La misión de las Fuerzas Armadas en las constituciones anteriores y en la vigente.

Si bien el tema de la misión de la FF. AA. debería ser objeto de un estudio aparte, analizamos la evolución de este concepto en las Constituciones de la República, por tener una relación aunque tangencial al tema central de este trabajo, en tanto en cuanto, incide en la definición de la condición del militar.

1) La Constitución de 1870.

Esta Constitución, fiel a sus congéneres del estado "democrático-liberal"²⁷ clásico, moldeada en las "Bases" del pionero del constitucionalismo latinoamericano, el tucumano Juan Bautista Alberdi,

²⁵ En virtud del principio "*nullum crimen sine lege*" consagrado en el artículo 17, inciso 3) de la Constitución

²⁶ *El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir* (...) artículo 247 de la Constitución (Las negritas son nuestras)

²⁷ García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Huecolor Ed., 1964, p. 141

es una adaptación a nuestro sistema unitario de la Constitución de la República Argentina de 1853/60 y ésta, a su vez, se inspiró en la Constitución de los Estados Unidos de América, modelo clásico del tipo racional-normativo²⁸, en el que se sólo se declaran los derechos fundamentales y se dan los grandes lineamientos orgánico-funcionales, por lo tanto, no hay mención específica sobre la naturaleza ni la misión de las Fuerzas Armadas.

La única referencia, muy tangencial y general, al tema de las FF.AA. en la Constitución del 1870, se encuentra quizá en los artículos 29 y 30. El primero dispone:

Todo ciudadano paraguayo está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos naturalizados están igualmente obligados a prestar este servicio después de tres años de su naturalización (El énfasis es nuestro)

En una primera lectura, parecería que establece una "obligación ciudadana general" de defender la soberanía e integridad territorial, similar al sistema aún vigente en la confederación helvética²⁹. No obstante, prevé la prestación obligatoria de un servicio que, si bien no especifica al remitir al legislador su regulación, parecería referirse al servicio militar.

Por otra parte, el artículo 30 prescribe:

El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición. (Las negritas son nuestras)

Aquí se encuentra, tal vez, el "germen" del concepto de institución *no deliberante, subordinada y obediente* con que se caracteriza a las

²⁸ Ib. p. 34 y sgtes.

²⁹ Ib. p. 552

FF.AA. en la Constitución actual. Refuerza la idea subyacente de sujeción de los militares a las legítimas autoridades de la sociedad civil, la prevención de que cualquier *grupo armado, o reunión de personas*, aunque aquellos que tengan legítimamente el monopolio de la fuerza o coerción estatal, como es el caso de las fuerzas armadas, cometen el delito de sedición, ya que se da una **desviación o perversión de la "fuerza armada" de su función natural hacia el ejercicio del gobierno**, por más que se invoque la representación del pueblo. Este artículo debe leerse en concordancia con el artículo 13 (última frase) de dicha Constitución: *Toda dictadura es nula e inadmisibles en la República del Paraguay y los que la formulen, consientan o firmen, se sujetarán a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.*

2) La Constitución de 1940.

La llamada "Carta Política" de 1940, por primera vez, **consagra expresamente la misión de las FF.AA.** y lo hace en la forma más amplia que Constitución alguna lo haya hecho, quizá como reflejo jurídico-constitucional de la irrupción fáctica de los militares en nuestra política desde 1936 ya como protagonistas directos, interventores o autodesignados "árbitros" de nuestro proceso político o vida democrática.

En puridad, trasuntaba la tendencia o el *zeitgeist* (espíritu de los tiempos) no sólo en este país y el continente, sino también en la "occidental y cristiana" Europa, concomitante con la alegada "crisis" del estado "democrático-liberal" y la clara opción o seducción por los modelos intervencionistas, cuando no por declarados totalitarismos de derecha o de izquierda.

El artículo 18 de dicha Carta Política expresa:

La custodia y defensa del orden y de la soberanía, de la integridad territorial y del honor de la República así como la defensa de esta Constitución, quedan confiadas a las Fuerzas Armadas de la Nación. El Presidente de la República es Comandante en Jefe de ellas, pero podrá delegar en un oficial general el mando efectivo de las tropas. Las Fuerzas Armadas de la Nación estarán organizadas con carácter permanente (énfasis nuestro).

Como se verá, ésta es la Constitución en que mayor amplitud conceptual tiene la llamada "misión" de las fuerzas armadas. ¿Qué no se podría justificar con categorías tan ambiguas como "la custodia y defensa del orden"? ¿Se refiere al "orden" interno, social, económico, político? ¿Qué no podría invocarse que requiere la defensa de la "soberanía"? ¿Qué es el "honor" de la República? ¿Quién y cómo y ante quién decide que la "Constitución necesita ser defendida" o que se ha agraviado "la soberanía o el honor de la República"?

3) La Constitución de 1967.

El artículo 42 de dicha Constitución expresa:

La custodia y defensa de la soberanía y la integridad territorial de la República quedan confiadas a las Fuerzas Armadas de la Nación. Para el mejor cumplimiento de su cometido, serán organizadas con carácter permanente.

Aunque resulte paradójico, conforme a dicho texto, formalmente, la Constitución sancionada durante y a la hechura del "Presidente General" Alfredo Stroessner **redujo la misión, ex lege, de las fuerzas armadas en el texto constitucional**, en comparación con la Constitución de 1940. Se excluyeron: la custodia y defensa del "orden", el "honor de la República" y de "la Constitución".

Sin embargo, vagos conceptos, como los señalados, son los que sirvieron para justificar peligrosas "funciones", mejor dicho, "**desviaciones de las fuerzas armadas**", no sólo como actores políticos o auto-ungidos "árbitros de la democracia", sino hasta para argumentar la "**eliminación del enemigo estratégico** dentro del territorio nacional" [concepto clave de la no muy lejana "Guerra Fría"]. Aunque aquellos "enemigos estratégicos" fueran actores sociales **internos** (organizaciones campesinas, obreras, estudiantiles, partidos de izquierda, incluso grupos subversivos) propugnada por la nefanda "Doctrina de Seguridad Nacional" que, si bien fue impulsada desde los EE.UU. para servir a principalmente a sus intereses en su "guerra de no ceder posiciones al bloque soviético", entrenando y apertrechando a los ejércitos de América Latina, los centenares de miles de muertos resultaron, mayoritariamente, de las indefensas poblaciones campesinas, indígenas y obreras atrapadas en el "fuego cruzado" de los

bandos enfrentados en las llamadas "guerras de baja intensidad". De "baja intensidad", posiblemente para Washington, Moscú, etc. pero de "alta mortalidad" para las predominantes clases populares o marginales de América Latina³⁰, y que fue convenientemente utilizada, *pro domo sua*, por los Ejércitos de la región y sus corruptas oligarquías entre mediados de los años sesenta hasta los ochenta, entre ellos, por el Ejército de Stroessner³¹, dictador a quien dicha doctrina le vino como anillo al dedo para proseguir su política de represión brutal y sistemática de toda oposición real o potencial a su autocracia y que, en puridad, fue muy anterior a la concepción de la "Doctrina de Seguridad Nacional" de los EE.UU. y a su efectiva implementación por los ejércitos de América Latina.

En resumen, no obstante la reducción conceptual de la misión de la FF.AA. en la Constitución de 1967, en el plano fáctico e histórico, fue durante la dictadura de Stroessner que el predominio militar en lo político, económico y social se acrecentó y consolidó, alcanzando, quizá su punto más alto.

³⁰ Por citar sólo los casos más representativos; si bien en la Argentina de la "Guerra Sucia" (pero especialmente entre los años 1975 a 1978), se registraron la mayor parte de las 30.000 a 40.000 bajas que sacudieron al mundo, tenían la media mas alta de miembros de la clase media y alta, incluyendo a los téticamente famosos "desaparecidos"; en El Salvador desde 1981 a 1992, se registraron 80.000 muertos, en su gran mayoría campesinos y obreros, para una población de sólo 5 millones; y el peor "record" lo tiene la castigada Guatemala, que, con sólo 9 millones de habitantes, en las últimas tres décadas y media se calcula entre 130.000 y 150.000 las personas asesinadas, en su gran mayoría pueblos indígenas, eliminados en "masacres colectivas" en su propio habitat Maya, una de sus milagrosas sobrevivientes es la Premio Nobel de la Paz'93, Rigoberta Menchú.

³¹ La expresión "Ejército de Stroessner" no es un *lapsus* o una exageración, sino una descripción bastante objetiva del autoritarismo militar ejercido por Stroessner. Si bien con la dictadura del Gral. Morínigo y los gobiernos colorados de 1948 a 1954, se logró "coloradizar" a las Fuerzas Armadas, con Stroessner se "stronizó" a las Fuerzas Armadas, dado el manejo discrecional, personal y patrimonial que Stroessner ejerció sobre las FF.AA., especialmente sobre los ascensos y pases a retiro, así como por la perpetuación de comandos lacayos. Incluso para el ingreso al Colegio Militar se requería aparte de la afiliación al Partido Colorado, una declaración de lealtad al Gral. Stroessner. Un estudio acabado, con abundante prueba documental sobre el tema, es el del Dr. Marcial Riquelme (*op. cit.*)

4) La Constitución de 1992.

La nueva Constitución en su artículo 173 ("De las Fuerzas Armadas") reduce aún más *ex lege* la misión de las fuerzas armadas al confinarla a dos tareas: "*de custodiar la integridad territorial*" (misión clásica de la institución militar) y la "*de defender a las autoridades legítimamente constituidas*". Esta última es una brillante innovación, ya que tiene un claro sentido de **defensa de la legalidad democrática**. Esto es, obliga a las FF.AA. no sólo a defender el sistema democrático sino que les **inhibe e impide, constitucionalmente, atentar contra la autoridades de los poderes del Estado**.

Lo importante es resaltar que desde la Constitución de 1967 y más aún con la Constitución de 1992 se ha **limitado constitucionalmente la misión de las fuerzas armadas**. Conviene subrayar esto, en vistas al discurso de militares y de algunos políticos, y al contenido de proyectos de ley sobre "la defensa nacional" en que se da por descontado que es función de las FF.AA. su contribución en el **desarrollo económico y social**, así como en el mantenimiento de la **seguridad interna** y, para justificar lo último, evocan casos especiales que se alega rebasan la capacidad operativa de la Policía Nacional: tráfico ilícito de drogas, autovehículos, rollos de madera o ganado, el crimen o mafia organizada, la subversión, el terrorismo, etc.

Por justificables o razonables que sean los motivos (operacionales o logísticos), nuestra opinión es que **asignarle funciones de seguridad interna a las FF.AA. sería inconstitucional**, ya que se arrogaría la **función constitucional específica de la Policía Nacional**: esto es, *preservar el orden público legalmente establecido, así como los derechos y la seguridad de las personas y entidades y sus bienes; ocuparse de la prevención de los delitos; ejecutar los mandatos de la autoridad competente y, bajo dirección judicial, investigar los delitos...* (artículo 175 de la Constitución).

Se suele argumentar que la Policía no es competente y que aunque lo fuera, no está equipada técnica ni logísticamente para enfrentar el flagelo de la subversión o del terrorismo. Rechazamos el argumento (aún como *ultima ratio*) de emplear las Fuerzas Armadas de la Nación para combatir en conflictos armados internos, esto es, **hacer la guerra a sus propios conciudadanos**, en su gran mayoría de la

clase campesina, sectores populares o marginales, liderados por un una pequeña elite de clase media. **Las consecuencias probadamente funestas, no sólo en materia de observancia de los Derechos Humanos, sino para la Democracia y el mantenimiento del Estado de Derecho, desaconsejan este alternativa.**

Reconocemos la complejidad del problema, así como las dispares experiencias históricas, Argentina, El Salvador, Guatemala y por otro lado Perú, con la virtual "derrota" del flagelo terrorista (Sendero Luminoso) por parte del autoritario Pdte. Fujimori.

Al caso peruano, oponemos el éxito en Italia contra las *Brigatte Rosse*, en Alemania Federal contra la Fracción del Ejército Rojo (RAF), y en España contra ETA, en que sin mengua alguna a su Estado de Derecho y a la vigencia de todas sus instituciones democráticas, se recurrió en forma sistemática y eficiente de los servicios de inteligencia y al refuerzo logístico a la Policías (*Carabinieri, Polizei y su BKA*³², y *Guardia Civil*, respectivamente). No fue necesario que el "Ejército salga a las calles". Se pudo enfrentar y "vencer" a la subversión y al terrorismo sin "militarizar" su enfrentamiento.

Se debe ponderar que las Fuerzas Armadas, como se dice, son los profesionales de la guerra, esto es, están entrenados para destruir el objetivo, para eliminar al enemigo, para matar, etc. Permítasenos la metáfora, ¡es difícil que no ocurran "numeros accidentes fatales" si para arrear gallinas uno se vale de una jauría de perros de pelea, entrenados para atacar y matar incluso a seres humanos!

VI. Conclusiones.

1) Compartimos las válidas razones clásicas para la existencia de una legislación militar con disposiciones que limitan la libertad de expresión del "ciudadano en uniforme". De hecho, no sólo la ley sino la propia Constitución, **limitan el pleno ejercicio de la libertad de expresión del ciudadano militar.**

2) Pero es importante resaltar que estas **situaciones o condiciones objetivas** tienen que darse *ex necessitatis* para la

³² *Bundeskriminalamt, BKA*, Oficina Federal de Asuntos Criminales, organismo similar a la F.B.I. (Federal Bureau of Investigations) de los EE.UU.

legítima y fundada aplicación de una limitación o restricción a la libertad de expresión del funcionario castrense, en situación de actividad. No basta que sea útil, conveniente o deseable. De lo contrario, se está imponiendo -lisa y llanamente- **la censura a la libertad de expresión** con el pretexto de que "el militar está bajo jurisdicción militar" o el ciego positivismo de que "la ley o el reglamento prevé o permite la aplicación de la sanción", haciendo caso omiso a lo expresado (o denunciado) y a sus fundamentos. Por sobre todo, se debe ponderar que **ningún código, estatuto, reglamento u orden general puede alterar ninguna disposición de la Constitución ni el espíritu que la misma impone**, por el principio de supremacía constitucional, (artículo 137 de la Constitución).

3) Por la misma razón y a tenor del artículo 174 (De los Tribunales Militares) de la Constitución, se debe subrayar que es constitucionalmente insostenible la tesis que mantiene bajo "disciplina militar" al militar retirado. El militar retirado tiene la misma libertad de expresión que los civiles y para él obviamente no rige la prohibición de afiliación partidaria o de realizar actividades políticas.

4) Un aspecto fundamental de la libertad de expresión, o su consecuencia, es el derecho a la información mediante el cual la ciudadanía o el pueblo en general puede y debe informarse sobre la gestión y administración de la *res-publicae*, de la cual las FF.AA. forman parte, como cualquier otra repartición pública del Estado.

5) El discurso u opinión del "ciudadano en uniforme" o militar que suponga una voz de alarma o denuncia respecto de una grave irregularidad, un delito, una violación de derechos humanos o de actos de corrupción, lejos de ser reprimido, debe ser permitido, protegido y amparado por la Constitución cumpliendo a cabalidad la función de derecho fundamental del individuo en un Estado de Derecho **y no ser censurado o suprimido bajo el discrecional, indeterminado y prejuicioso único pretexto de que proviene de un "militar"**. Como todo ciudadano que ejercita un derecho *in casu*, la libertad de expresión, y siempre que acepte la responsabilidad de sus actos **aquel sólo debe estar sometido a las consecuencias ulteriores**, ya sean de orden penal militar o común (privación de libertad, destitución, multa, etc.) y/o de orden civil (indemnización de daños y perjuicios) **en el caso de que sus expresiones resultaran falsas o infundadas y causaran daño o perjuicio**, sea este material o moral.

6) Muy diferente es el caso de la **prohibición constitucional de afiliación** a partidos o movimientos políticos **y de realización de actividades políticas**, ora como proselitismo en favor propio o ajeno o de una plataforma electoral, ora como mero apoyo moral, con su participación o simple presencia en actos de naturaleza política. Tomando en consideración nuestra historia de intromisión de los militares en política así como de su partidización, en el contexto de una sociedad, predominantemente, tradicional **creemos idónea y justificada la prohibición constitucional de militancia partidaria y de realización de actividades políticas para los militares activos**, sea vistiendo uniforme o no, en mítines públicos como en reuniones o ámbitos privados.

7) En punto a la libertad de prensa y la misión de las FF.AA., nada de lo que connotan las frases "custodia de la integridad territorial" y "defender a las autoridades legítimamente constituidas" (Art. 173 de la Constitución) **faculta a privar irrestricta, ilimitada e indiscriminadamente la libertad de expresión de los ciudadanos funcionarios públicos militares**, por su mera condición de tales.

8) En conclusión, está en juego un derecho fundamental: la libertad de expresión de ciudadanos, a la sazón, funcionarios públicos, militares activos. Se debe recordar que **toda represión de la libertad individual de expresión desata un proceso disuasivo o intimidatorio en los demás integrantes del grupo en cuestión e incluso en la sociedad en general**. En materia constitucional, se debe estar celosamente en guardia contra este efecto disuasivo o "congelante"³³ para el libre, robusto e irrestricto pero responsable debate de las ideas dentro de una sociedad democrática, tal como enseña el bicentenario constitucionalismo estadounidense.

³³ El llamado "*chilling effect on public speech*"

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán, Derecho Político, Buenos Aires, Aguilar Ed., 1972.
- Duverger, Maurice, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Barcelona, Ed. Ariel, 1988.
- García Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional, Madrid, Huecolor, Ed., 1964.
- Revista CRITICA, Año VII, N°12, Diciembre 1.996, Asunción.
- Riart, Gustavo, El Partido Liberal y el Ejército, Cuadernos Históricos N° 16, Asunción, El Gráfico. De., 1.990.
- Riquelme, Marcial, Stronismo, Golpe Militar y Apertura Tutelada, Asunción, CDE Ed., 1.992.
- Seiferheld, Alfredo M.. Conversaciones político-militares. Asunción, El Lector Ed., 1.984.
- Verbitsky, Horacio, El Vuelo, Buenos Aires, El Planeta Ed., 1.995.