



*Universidad de Mendoza*

*“Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”*

*“Trabajo de tesis para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales”*

## **“La Justicia en la Organización Militar Argentina”**

Dirigida por: Dr. Alejandro PEREZ HUALDE

Doctorando: Mariela CARDOZO

Cursado Año 2.008. Presentación: En MENDOZA, Año 2.014

La Tesis fue defendida públicamente el 26 de mayo de 2015, ante el Jurado compuesto por los Doctores Eduardo Luna, Jorge Sarmiento García, Leonardo Massimino y Oscar Cuadros; siendo calificada de Aprobada Muy Bien.



## **Introducción**

### **1. Presentación del tema**

La presente tesis la hemos abordado, bajo el método expositivo, evolucionista-histórico y mediante la técnica del análisis crítico de los antecedentes y la legislación de la Defensa, particularmente vinculada a la Justicia en la organización militar de la República Argentina, es decir la denominada Justicia Militar.

En primer lugar, quisimos lograr que el lector tome conocimiento de las particularidades de la actividad militar en el ámbito de la Defensa del país, como también de las características que gestaron la Institución desde una mirada histórica evolucionista, vinculándose a las necesidades y contingencias políticas sociales en nuestra Nación y sin agotar el contenido netamente histórico, sino sólo en cuanto sea pertinente, a fin de visualizar el progreso del sistema de justicia militar en la República Argentina.

Además, intentamos mostrar las valoraciones propias del personal militar, que contó con antecedentes que señalaron la sendas de la Patria, a través de la fortaleza guiada por la Justicia, para su posterior comprensión de las situaciones fácticas que se presentan habitualmente; ante la necesidad de poseer una legislación y jurisdicción específica pero, enmarcada en los parámetros de juridicidad vigentes, sin olvidar el fin último o la misión de las Fuerzas Armadas.

Al respecto, cabe destacar, la Justicia Militar en la Argentina previo a la última reforma legislativa, contaba con un Código que databa del año 1.951, sujeto a modificaciones que fueron calificadas “poco sustanciales” por quienes instaron tal medida, pero también se manifestaba en el entorno que resultaba propicia y necesaria ante el cumplimiento de Pactos Internacionales y la recepción de los Derechos Humanos en el contexto de la Constitución reformada en el año 1.994, principalmente fundados estos antecedentes, en el respeto del principio de igualdad del personal militar con el resto de los ciudadanos.

Actualmente, tras la vigencia de la Ley Nro. 26.394, ha quedado claramente distinguido un derecho militar para tiempos de paz del que regirá en tiempos de guerra y otros conflictos armados, sin perjuicio de las apreciaciones críticas que realizaremos en el presente trabajo.

En este sentido, bajo la denominación de Nuevo Sistema de Justicia Militar, se ha restringido la competencia de organismos administrativos al conocimiento de faltas disciplinarias, con la consecuente abrogación de la Jurisdicción Penal Militar, la cual había sido acotada en 1.984 a los denominados delitos esencialmente militares, los que actualmente son de conocimiento y juzgamiento por parte de los tribunales instituidos por la Constitución Nacional y con las garantías propias del sistema Judicialista.

Estimamos, el proceso de revisión debió comprender la integralidad de normas vinculadas, por cuanto en varias leyes penales quedaron resabios de aquella Justicia Militar, además al poner en manos del Juez Penal competente los delitos esencialmente militares, propondremos conocimientos específicos en la materia de los mismos, a efectos que este pueda contemplar diversas situaciones características del combate, las condiciones y valoraciones del personal militar, en el cumplimiento de la misión que la misma Constitución les ha encomendado.

Es por ello que, destacamos desde la aplicación del Nuevo Sistema de Justicia Militar, los Jueces llamados al conocimiento de las diversas situaciones que se plantean en torno a las instituciones militares, son un factor de gran importancia, para lo cual consideramos hubiere sido preferible asignar competencia y no derogar el Código de Justicia Militar sino modificarlo; por las interpretaciones que poseía el antiguo régimen que requiere de una especificación hasta terminológica adecuada a la técnica de la profesión militar.

En segundo término, expondremos los antecedentes de la reforma y los confrontaremos con el texto definitivamente aprobado, entre otros a fin de verificar el cumplimiento de los propósitos y la garantía de la igualdad que se propició en su oportunidad.

Conforme lo anteriormente expresado, con esa intención anticipamos una crítica a la pretendida igualdad, por considerar las asimetrías y valoraciones propias de la profesión militar cuya finalidad es la preparación para la guerra y la eventual intervención en un conflicto armado.

La necesidad del conocimiento y entendimiento de los valores del personal militar, como parte integrante de la Organización especialmente destinada para la Defensa de todos los argentinos y de su territorio, de la dignidad de cada uno de ellos; no hace más que diferenciar a ese grupo humano que vela por el cumplimiento de la misión, teniendo en cuenta que, presta juramento de defensa hasta con su propia vida.

Es por ello que, la escala de valoración y el conocimiento de particulares situaciones personales y materiales de la vida militar; nos impulsa con el propósito de plasmar en la presente tesis, los antecedentes e ideas centrales para la consulta de quienes tienen la honrosa y ardua tarea de juzgar.

Finalmente, la sencilla pretensión de dejar un mero modelo doctrinario, tendiente a introducir en el conocimiento de las actividades y especificidades de la Justicia Militar, tanto para el operador que revista en las Fuerzas Armadas como para el jugador o a quien se le encomiende la defensa, intentando dejar expuestas las normas que rigen la Organización de la Justicia en la Defensa de la República Argentina, mediante un análisis crítico de la legislación vigente en las mismas y proyectando este trabajo como el inicio de mayores obras en la materia.

## **2. Formulación de la tesis- Objetivos**

La presente tesis, propone determinar los diversos ámbitos de responsabilidad del funcionario público militar, como así también las esferas normativas y jurisdicción competente para cada una de ellas.

Partiendo de la unidad del derecho, entrelazado con distintos ordenes y normas que resultarán aplicables, surgirán como condicionantes a las actuaciones pertinentes, la necesaria capacitación de los operadores jurídicos y la preparación previa para la intervención coordinada en el hipotético caso de suceder un conflicto armado, teniendo como base que, el militar si bien es un funcionario público más de la organización administrativa del Estado, durante la paz se instruye y prepara para el cumplimiento de su misión principal y final que es la acción de combate en los conflictos armados.

Si bien, a este denominado doctrinariamente “ciudadano de uniforme”, no sólo lo califica su status o estado militar, cabe destacar es un sujeto portador de armas, que defiende la Patria con su vida y se adiestra para enfrentar un conflicto.

Además, como organización encuentra justificada su necesidad en la misma existencia del Estado, como brazo armado que debe alistarse para el caso de resultar necesario, para la supervivencia, preservar la integridad territorial y protección de los habitantes de terceros pretendientes. En tal sentido, como comunidad política organizada, responderá ante otros Estados, a un derecho internacional de los conflictos armados y a una jurisdicción universal.

Por ello los objetivos propuestos son los siguientes:

- a. Presentar las características propias de la organización militar y de su personal.
- b. Identificar los posibles procedimientos vinculados a la Justicia militar, que resulten perfectibles para evitar litigiosidad estatal.
- c. Reconocer la necesaria capacitación de los operadores jurídicos, ante la técnica necesaria que implica la especialidad de la temática militar, dentro del derecho administrativo disciplinario, penal e internacional humanitario.
- d. Proyectar innovaciones en el Estado, tanto respecto a las funciones judiciales y administrativas, que redunden en un perfeccionamiento del sistema, indicando las necesarias relaciones de coordinación y especialización para atender a situaciones excepcionales.

### **3. Alcances y límites de la Investigación**

El objeto tal como hemos expresado, es el análisis crítico y expositivo de la normativa vigente denominada Nuevo Sistema de Justicia Militar, instaurado mediante la Ley Nro. 26.394, es decir desde la óptica del derecho vigente que, si bien se basa en antecedentes de reciente remisión, fundamentalmente vinculados a legislación y jurisprudencia, sin que allí se agote la materia, implica un renunciamiento a un estudio profundo de dimensión histórica que desnaturalice la aplicación y la pretendida proyección de utilidad práctica, para el conocimiento de este ámbito del derecho destinado a los nuevos operadores jurídicos que designa el sistema mencionado.

Al respecto, se procurará explicar los institutos actualmente vigentes en el derecho militar argentino, haciendo referencia al de otros países pero sólo traídos a colación en la medida que resulten necesarios para su exposición, en cuanto guarden estricta relación con el presente objeto de estudio y cuyo límite es la Organización de la Defensa en la Justicia Argentina que ha dispuesto la Ley Nro. 26.394.

Por ello limitamos el objeto de la presente, fundamentalmente al análisis normativo del Nuevo Sistema de Justicia Militar, instaurado desde el año 2.008, procurando brindar una actualización doctrinaria a la de valiosa envergadura existente, pero que se encuentra derogada ante la abrogación del ex Código de Justicia Militar.

### **4. Metodología empleada**

En la presente investigación, corresponderá indagar acerca de la organización de la justicia militar y sus antecedentes, su evolución hasta la instauración del actual Sistema de Justicia Militar sancionado mediante Ley Nro. 26.394.

Para ello, se utilizará un método histórico evolucionista, en razón de la tradición histórica en que se enmarca la organización castrense y particularmente su justicia militar; intentando plasmar mediante la experiencia teórica - práctica de la auditoría militar, como así también por el uso de la técnica del análisis crítico, en lo que se estime pertinente dentro de la presente exposición.

Lo antes expresado, tendrá la finalidad de proyectar mejoras constructivas al sistema y se orienta a obtener una fuente de consulta, para solución de futuros casos que pudieren plantearse a los operadores jurídicos.

## **5. Importancia del tema**

Tal como lo anticipáramos en el apartado precedente, el aporte de la presente tesis, en primer lugar debemos destacar la valía por la originalidad del tema a tratarse y por sobre todo la interrelación con diversos ámbitos del derecho, con un mismo objeto de conocimiento.

En segundo lugar, plasma una cabal comprensión de la actividad militar, llevada a cabo por un miembro del Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas Armadas, que se encuentra en servicio activo, procurando presentar las relaciones de especial sujeción desde el punto de vista legal, tanto teórico como práctico.

Finalmente, ante la inexistencia de una compilación normativa vinculada a la organización de la defensa en la Justicia Argentina, se propone la integración normativa y

la cooperación permanente de los operadores jurídicos en dos funciones del Estado - administrativa y judicial-, que interactuarán fundamentalmente en caso de producirse situaciones de conflictos armados.

## **6. Plan de exposición- Estado de la cuestión**

En cuanto al estado de la cuestión, se resalta que el Código de Justicia Militar, databa del año 1.907, el que había sido objeto de reformas poco sustanciales (Ley Nro. 23.049). Enmarcados en un escenario en el que Estado argentino, como integrante de la comunidad internacional, ante la preocupante violación de derechos humanos suscitados en la Segunda Guerra Mundial y tras la universalización de los derechos humanos, instó a la protección de los mismos, ratificando Argentina varias Convenciones y Declaraciones internacionales posteriores, proclamándose en el año 2.007 la necesidad de la reforma legislativa de la Justicia Militar.

Con posterioridad y, luego de asumir tales compromisos internacionales, se instauró en Argentina el Nuevo Sistema de Justicia Militar, mediante el dictado de la Ley Nro. 26.394.

Conforme a lo antes expresado en la presentación del tema, procedemos a detallar el plan de exposición, el que será abordado en seis capítulos, quedando conformado según la distribución que a continuación se detalla:

El primer capítulo, versará sobre la Organización de la Defensa en la República Argentina, para lo cual presentaremos la misma conforme a los antecedentes legislativos, organización administrativa y de personal, particularizando el personal dependiente con estado militar, juntamente incorporaremos los historiales de evolución de la Jurisdicción Militar en el país, tanto desde el punto de vista del Servicio de Justicia Militar como de la legislación antecedente del Código de Justicia Militar.

Luego en un segundo capítulo, expondremos los antecedentes de la reforma del Código precitado, particularizando la derogación de la jurisdicción penal militar y la pena de muerte, las incorporaciones y modificaciones de tipos penales realizados por la Ley Nro. 26.394, la necesaria actuación del juez penal en caso de conflictos armados. En el presente haremos especial referencia, por su importancia a la derogación de la pena de muerte.

Posteriormente en un tercer capítulo, se enunciarán modificaciones vinculadas al derecho penal y procesal penal, al derecho penal para el caso de guerra y conflictos armados que suscita a nuestro criterio mayor trascendencia práctica, dejando excluidos los temas propios de la praxis penal que actualmente corresponden a otro operador jurídico, resaltando específicamente la actuación de la justicia en el ámbito militar.

A continuación, en el capítulo cuarto, se expondrá el nuevo procedimiento penal para tiempos de guerra y otros conflictos armados, así como las instrucciones civiles obligatorias para las personas que se encuentren en zona de operaciones o combate, complementando con el régimen que si bien en ninguna parte de la Ley Nro. 26394 se ha intentado integrar, resaltando que posee jerarquía superior a las leyes y rige a los Estados en caso de conflictos armados, por lo cual presentaremos el derecho internacional humanitario.

A la postre, en el capítulo quinto se realizará un abordaje del ámbito actual del derecho disciplinario militar, con especial referencia a las diferentes esferas de responsabilidad del funcionario público militar, en particular la independencia disciplinaria de penal. Además se presentarán pormenores respecto a la sanción de arresto riguroso, para vincularla interdisciplinariamente con el derecho penal y administrativo disciplinario como base de principios y garantías aplicables.

Posteriormente, en el capítulo sexto se arribarán a las conclusiones, anticipando que la modificación del derecho militar pudo realizarse sin mutilar la Justicia militar, como así también la necesidad de un Juzgado con conocimientos específicos en esta materia militar, la preparación del juzgador desde las universidades y en el Consejo de la Magistratura para poder fallar con Justicia los casos de militares sometidos a su consideración con especial atención a las condiciones que califican la actividad militar, proyectando pautas para una propuesta futura que sea equilibrada y omnicomprensiva, enmarcada en los principios del derecho constitucional, convencional fundamentalmente

del derecho internacional de los conflictos armados desde un punto de vista de la unidad del orden jurídico.

## **CAPITULO I**

### **La Organización de la Defensa y la evolución de la Justicia Militar en la República Argentina**

*“Los hombres en general juzgan a lo pasado según su verdadera justicia, y de lo presente según sus intereses.”*

*General José de San Martín*

#### **1. La organización de la Defensa en Argentina**

En el presente capítulo, iniciaremos justificando la existencia necesaria de las Fuerzas Armadas para la defensa del Estado, para luego adentrarnos a los lineamientos jurídicos generales en cuanto a las facultades del Presidente de la Nación como así también del Congreso Nacional en materia de Defensa armada del país.

Posteriormente, presentaremos sucintamente nociones básicas de organización administrativa, a fin de dejar claramente plasmada la ubicación y dependencia dentro de la organización central, como así también dar pautas generales de organización funcional de índole de personal de las mismas, por su particularidad haciendo especial referencia al estado militar.

Para terminar el capítulo, expondremos los antecedentes históricos en materia de legislación militar en Argentina, como así también someramente la evolución del servicio de justicia militar.

## **1. 1. La existencia necesaria de las Fuerzas Armadas como garantía del Estado**

Para comenzar debemos conocer de antemano que, el Estado es en esencia poder y como tal, requiere la fortaleza para mantener su integridad<sup>1</sup>.

Partiendo de tal concepción, afirmaremos que “la sociedad es una organización humana resultante de la decisión voluntaria de sus miembros, para realizar un objetivo o tarea conjunta. El Estado está integrado por hombres de aquella sociedad, disponiendo de poder originario y lo ejerce sobre un territorio mediante la aplicación de un orden jurídico, para conseguir el bien común”<sup>2</sup>.

En este sentido, es la razón de ser de la existencia necesaria de las Fuerzas Armadas en un Estado, donde se avizora la necesidad e importancia de la presencia de las Fuerzas Armadas de una Nación. En tal orden, de acuerdo con lo expresado por COWELL, históricamente “los atenienses inventaron la educación. En cambio a los espartanos y romanos sólo les interesó el adiestramiento”.

---

<sup>1</sup> SARRÍA, Félix, “*Derecho Administrativo*”, Ediciones Assandri, Córdoba, 1.961, Pág. 12.

<sup>2</sup> CUELLO, Claudio – “*Las Fuerzas Armadas y el Estado*”- Publicación de Defensa- Centro Argentino de Estudios Internacionales, Pág. 122.

Como toda generalización dice el precitado autor, una afirmación tan rotunda equivale a simplificar demasiado las cosas pero, contribuye a señalar nuestra enorme duda para con los griegos que supieron hacer esa distinción vital entre educación o total desarrollo de la mente humana, y simple adiestramiento o medio de preparar a los jóvenes para determinadas tareas”.

Luego, en los tiempos heroicos de Homero, importaba que los niños fueran adiestrados para sobrevivir, especialmente para la victoria, en sitios y batallas, así es como expresaba que: “La defensa es mucho mas importante que la opulencia...”, y por tanto los jóvenes griegos, debían adiestrarse y fortalecerse para tensar el arco y arrojar la lanza con mortal efectividad”, agregando “los espartanos concentraban su energía tan intensamente en su tarea suprema, que para ellos la educación significaba bien poco”.

Sin embargo, la potencia militar -observa el historiador COWELL-, fue esencial para los atenienses, pero no les bastaba, por encima de la preparación física y militar se valoraba la vida del espíritu. Los atenienses no tenían deseos de imitar la educación al modo espartano; ni pasarse la vida en los cuarteles y campos de instrucción...”, tal como lo expresa ARISTÓTELES: “Esta clase de vida, no produce hombres sino lobos”<sup>3</sup>.

Servirá de experiencia o estrategia a los ejércitos modernos, que los intelectuales atenienses vencieron a los persas- en Maratón y Salamina-, en tanto los lobos espartanos fueron excepto dos de ellos, exterminados por los mismos persas en las Termópilas.

Posteriormente, son caracterizados los militares por PLATÓN en “La República”, donde los denominó “Los Guardianes”, para enunciar que la profesión militar, presupone la existencia de conflictos de intereses humanos por lo que el orden jurídico se hace necesario para contenerlos, ocurriendo a veces al instrumento militar a fin de solucionar el litigio o para apoyar mediante la disuasión los intereses contrapuestos de los oponentes.

Así, es que PLATÓN, describía a los guardianes como todos los hijos de la tierra y entre ellos como hermanos, afirmando asimismo que Dios, creador del bien, puso oro en

---

<sup>3</sup> COWELL, Frank Richard, “*La vida cotidiana de GRECIA y ROMA, en la civilización occidental*”, Editorial Labor- Barcelona, 1966, Pág. 195.

los que han de gobernar, plata en la composición de los guerreros y metal de hierro en los labradores y artesanos<sup>4</sup>.

El precitado filósofo, también cita a SÓCRATES refiriéndose a los guerreros, para expresar que ellos deben ser peligrosos para con los enemigos y corteses con sus amigos, por ser estos últimos, los ciudadanos de la República<sup>5</sup>.

Con el correr de los años, las interacciones de los Estados produjeron guerras devastadoras, que hicieron del Guardián un profesional de las Fuerzas Armadas, en donde las cualidades del militar, entre las que se encuentra su actitud, los valores, el sentimiento del hombre de armas se destacan para calificarlo y diferenciarlo como grupo humano dispuesto a dejar la vida en defensa de su Patria y de los compatriotas.

En este sentido HUNTINGTON, describe al militar en base a dos métodos. El primero vinculado a “las actitudes militares” como la disciplina y el autoritarismo. El militar considera que la paz es paralizante y el conflicto o la guerra tienden a engendrar las más altas cualidades intelectuales. El autoritarismo se refiere a las aspiraciones del militar para organizar la sociedad, fundada en una concatenación de jerarquías y mandos.

El segundo método, es precisar “los valores militares por la fuente”, llegando a la esencia de la psicología castrense definiéndola como la ética militar, siendo la mentalidad militar los valores, actitudes y perspectivas que son propias al desempeño de la función castrense y son deducibles de la naturaleza de tal función<sup>6</sup>.

Las *actitudes y los valores* definirán al militar, muchas veces actuará de manera diferente, por cuanto sin desconocer que es parte de la sociedad, ingresa con la vocación de defender a su país y a sus semejantes hasta con la propia vida.

---

<sup>4</sup> PLATÓN, “*La República*”, Editorial Nueva Acrópolis, España, Pág. 54-58.

<sup>5</sup> VASSEY John William., “*Citando a Sócrates y Glauco*”, Revista de Publicaciones navales, 1987 1er trimestre- Pág. 42, expresa textualmente: “La necesidad de esta dote, igual que la de las demás, se infiere por un procedimiento original de Sócrates, pero favorito de Platón: la comparación con el mundo animal. En los perros, guardianes por excelencia -viene a decir-, hay un gran afán de conocer, puesto que sólo por serles conocido distinguen al amigo del enemigo”.

<sup>6</sup> HUNTINGTON, Samuel, “*El Soldado y el Estado*”- Círculo Militar, Editorial Leonardo, Buenos Aires, 1.964, Pág. 440.

El militar no es un demente que se entrega a morir, eso sería un suicida, sino que por el contrario él confía en su fuerza, preparación e inteligencia que le permitirá ganar en el combate frente al enemigo.

Valga citar las palabras de Carlos PELLEGRINI, la función de los militares es mantener las normas receptadas por la Constitución Nacional. Dijo al respecto, en conceptos tan rotundos como expresivos, respecto a su diferencia con la población civil: “El militar tiene otros deberes y otros derechos, obedece otras leyes, tiene otros jueces; viste de otra manera, hasta habla y camina en otra forma. Él está armado, tiene el privilegio de estar armado en medio de los ciudadanos desarmados. A él le confiamos nuestra bandera, a él le entregamos la llave de nuestras fortalezas, de nuestros arsenales; a él le entregamos nuestros conscriptos y le damos autoridad para que disponga de su libertad, de su voluntad, hasta de su vida. Con una señal de su espada se mueven los batallones, se abren nuestras fortalezas, baja o sube la bandera nacional; y toda esta autoridad y todo ese privilegio, se lo damos bajo una sola y única garantía: *-bajo la garantía de su honor y de su palabra-*”<sup>7</sup>.

Es en ese sentido, es como SARMIENTO GARCÍA con el que compartimos criterio, postula las Fuerzas Armadas como parte del derecho natural internacional de la existencia del Estado, con sus correlativos derechos a la conservación o defensa, igualdad jurídica, autodeterminación y respeto, para el mantenimiento de la soberanía nacional en el marco de la organización internacional<sup>8</sup>.

## **1. 2. El lineamiento jurídico general de la Defensa en la República Argentina**

---

<sup>7</sup> PELLEGRINI, Carlos, “Extracto del último discurso ante el Congreso Nacional”, 11 de Junio 1.906 vinculado al Honor Militar.

<sup>8</sup> SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “Sobre la función administrativa militar”, Obra conjunta Instituto de Estudios de Derecho Administrativo- Mendoza, Ediciones DIKE, 2.002, Tomo VIII, Págs. 365/366.

El Estado Argentino, como persona jurídica internacional, posee derechos y deberes que hacen a su existencia, como son a la conservación, igualdad jurídica, autodeterminación y respeto, los que deben ser garantizados a través de la comunidad internacional y de la Defensa Nacional, tanto como un individuo tiende a defender su vida, el Estado defenderá su existencia.

Así también la paz, es el orden por la Justicia; además de un deber del Estado garantizarle a todos sus habitantes su goce, reconociéndose internacionalmente que mientras exista riesgo de guerra, los gobiernos y pueblos tienen derecho a defenderse legítimamente (equiparable a lo que en derecho penal respecto a la persona es la legítima defensa), no hallando otro modo más que el sistema diplomático y el militar.

Por otro lado la guerra, es materializada en el poder del Estado, para prevenir y realizarla; como facultad o poder político con las limitaciones impuestas por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales relativos a los conflictos armados.

El lineamiento jurídico general de la Defensa de la Nación Argentina, está dada por la Constitución Nacional, en el marco de la organización de un Gobierno Nacional. La misma fue plasmada en 1.853 al dejar expresos en el Preámbulo los propósitos de constituir la Unión Nacional, afianzar la Justicia, consolidar la Paz Interior y *proveer a la Defensa común*<sup>9</sup>.

---

9 Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina: Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

Ante tal, debemos tener presente, el marco del texto constitucional precitado, tras la independencia de España, ante la legislación vigente en aquella época – Las Ordenanzas de Carlos III para los Ejércitos de tierra y mar de España-, en ésta constitución prevaleció la doctrina constitucional norteamericana, tanto en su texto como en algunos precedentes, cuestión esta última debatida entre ALBERDI y SARMIENTO, citada por SOLA<sup>10</sup> y sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>11</sup>.

En base a ello, es que se puede inferir que el constitucionalismo, no dejó de normar la defensa ni de organizar sus Fuerzas, así como determinar la autoridad máxima en el orden militar, en sus dos esferas: - la defensa contra el enemigo externo y - la defensa de la misma Constitución como de las autoridades creadas por ella, según el artículo 23 de la Constitución Nacional<sup>12</sup>.

El precitado artículo, similar en la constitución estadounidense había tenido en el país del norte, el antecedente de la denominada “Rebelión del whisky” del 02 de mayo de 1.792, donde los agricultores de Pensilvania ante las dificultades en el transporte de maíz

---

<sup>10</sup> SOLA, Juan Vicente, *“Manual de Derecho Constitucional”*, Editorial La Ley, 1ra Edición, 2.010, Pág. 24.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 211:162 y 193 “MERK QUÍMICA ARGENTINA c/ Gobierno Nacional s/ recurso federal por Interdicto de recobrar la posesión de empresa de propiedad del estado enemigo”, del 09 de Junio de 1.948, reconoció los poderes de guerra en salvaguarda de la integridad e independencia con los límites impuestos por la Constitución y tratados internacionales para los casos de excepción; destacando la valía de los precedentes jurisprudenciales norteamericanos respecto a tales poderes.

<sup>12</sup> Artículo 23. En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

deciden fabricar con éste whisky, negándose a abonar al gobierno el impuesto de retenciones, alegando que trasladaban maíz; lo que implicó el dictado de una ley del Congreso de los Estados Unidos “Calling Forth”, para movilizar a la milicia cuando fuere necesario para evitar la insurrección; cuestión que en el año 1.795 diera lugar a la autorización del Presidente WASHINGTON para convocar a la milicia cuando sea necesario, para evitar cualquier rebelión y evitar invasiones<sup>13</sup>.

Por otro lado, dispuso en el artículo 21<sup>14</sup>, la obligación para todo ciudadano de armarse en defensa de la Patria y de la Constitución Nacional, seguidamente por el artículo 22 en el que determinó la prohibición a las Fuerzas armadas de atribuirse los derechos del pueblo.

Los constituyentes tenían en mente, al tiempo de sancionar la Constitución, dos situaciones que había vivido el país: la guerra internacional y la rebelión de las provincias con los caudillos; no dudando de emplear los poderes militares del Presidente de la Nación, en el proceso de pacificación interna y en la guerra internacional<sup>15</sup>.

En ese sentido, valga destacar que el artículo 21, se encuentra en la parte dogmática de la carta magna, enmarcado en los derechos y garantías de los ciudadanos siendo a estos a quienes se les debe garantizar y a quienes se les obliga armarse en defensa de la Nación, lo que interpretado concordantemente con el artículo 23 de la misma norma, les queda prohibido atribuirse los derechos del pueblo y peticionar en su nombre, bajo pena de cometer el delito de sedición.

Estos poderes precitados, hoy en día deben apreciarse conforme a las facultades y competencias conferidas por las Leyes de Defensa Nacional y Seguridad Interior.

---

13 STEVEN, Paul Schott, “EE.UU. Fuerzas Armadas y Defensa Nacional, el marco legal”, del Centro de Estudios y Estrategia Internacional” traducción del texto original “*U.S. Armed Forces & Homeland Defense, the legal Framework*”, The Center Strategic & Internacional Studies, 2.001, Pág 9.

<sup>14</sup> Artículo 21. Todo ciudadano argentino 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 Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.

<sup>15</sup> BELTRÁN, Virgilio, “*La Defensa Nacional y los poderes del Presidente*”, Revista Argentina de Derecho Militar Nro 4, Pág. 20.

Entre los precedentes de la Constitución de los Estados Unidos de América, la sección 8 dispone en su artículo primero, que atribuye al Congreso la facultad de proveer a la defensa común y a su vez, en su sección 2 el precitado artículo adjudica al Presidente la Jefatura Suprema del Ejército y la Armada.

### **1. 2 . 1. Atribuciones del Presidente y del Congreso por mandato constitucional**

El texto de la Constitución Argentina, en su artículo 99 incisos 12 a 16 dispone las atribuciones en materia de Defensa asignadas al Presidente de la Nación, quien fundamentalmente “es el Comandante en Jefe de las Fuerzas armadas, teniendo la obligación de velar por la seguridad e integridad del país respecto a las demás potencias”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Artículo 99 incisos 12 al 16: El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

12. Es comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación.

13. Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; y por sí solo en el campo de batalla.

14. Dispone de las Fuerzas Armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.

15. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.

16. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el Artículo 23.

Valga destacar, la facultad precitada, le posibilita al presidente en caso de guerra ponerse al frente de las Fuerzas Armadas, tal como lo hicieron de manera directa los Presidentes URQUIZA y MITRE (1.859 y 1.865) o indirectamente el Presidente SARMIENTO a través de los telegramas enviados a PAUNERO, recordando tal hecho en la Guerra del Paraguay.

Entre otras de las atribuciones, “es responsable de la organización, disponiendo de las fuerzas de mar y tierra y fijando su despliegue según las necesidades de la Nación”, es decir en defensa de la soberanía del país, según lo que marque la política internacional fijada, con el solo límite establecido por el Congreso de número de efectivos y el dictado de leyes necesarias para el gobierno, administración y conducción de las Fuerzas.

El antecedente de tales facultades, lo podemos encontrar como precedente en la jurisprudencia de la Corte Norteamericana, explicitado en fallo del Juez MARSHALL, en el caso «Mc Culloch vs. Maryland»<sup>17</sup>, en el que dejó sentado que el poder del Presidente como comandante en Jefe es indiscutible para dictar normas destinadas al Gobierno del Ejército, sin otra limitación que la de no poder hacer disposiciones de carácter legislativo y por ende, el Congreso puede dictar leyes referidas a las Fuerzas Armadas, pero está impedido de ejercer el mando de las mismas, o de quitar al Presidente el ejercicio de esa facultad.

Además, provee los empleos militares hasta el grado de Teniente Coronel y puede destituir, para el caso de los oficiales superiores previo acuerdo del Senado, salvo los ascensos en campo de batalla por actuación heroica o brillante.

Por otra parte, el texto constitucional ha conferido expresas facultades al Congreso de la Nación, previstas en el artículo 75 incisos 16, 25 a 29 de la Constitución Nacional<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> US SUPREME COURT CENTER “*James Mc Culloch v. The State of Maryland*”, 17 U.S. 316, 06 Mar 1.819, estableció la primacía de la Constitución sobre las leyes de los Estados y las facultades privativas de los poderes del Estado donde otro no puede interferir.

<sup>18</sup> Artículo 75 incisos 16, 25 a 29: Atribuciones del Congreso:

16. Proveer a la seguridad de las fronteras.

25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.

26. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

Al respecto, sólo a la Cámara de Diputados posee la iniciativa sobre “reclutamiento de tropas”, según lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley Suprema<sup>19</sup>.

### **1. 2. 2. Los Antecedentes legislativos de la Defensa Nacional**

En cuanto a la ley que rige el sistema de Defensa Nacional, hay que recordar como antecedente la Ley Nro. 16.970 del 10 de octubre de 1.966, llamada "Ley de Defensa Nacional y Sistema Nacional de Planeamiento y Acción para la Seguridad", que establecía la finalidad de la Defensa Nacional identificándola, con *el mantenimiento de la seguridad nacional, en defensa de los intereses vitales de la Nación, las interferencias y perturbaciones sustanciales y la situación ambiental*.

Respecto al mencionado cuerpo normativo, aludía en su artículo 1ro que eran “las bases para la preparación y ejecución de la defensa nacional, con el fin de lograr y mantener la seguridad nacional necesaria para el desarrollo del país” y también le otorgaba facultades para estados de excepción<sup>20</sup>.

---

27. Fijar las fuerzas *armadas* en tiempo de paz y guerra, y *dictar las normas para su organización y gobierno*.

28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.

29. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

<sup>19</sup> Artículo 44. Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación.

En este entorno, la ley Nro 19.061 en su artículo 1ro, bajo el imperio de la doctrina de la seguridad nacional, facultó al Poder Ejecutivo Nacional a emplear en vigencia del estado de sitio territorial- marítimo y aéreo- las fuerzas armadas que considerara convenientes en operaciones militares, a fin de prevenir y combatir la subversión interna, el terrorismo, entre otros.

Así también, fue trascendental la facultad conferida en materia de Justicia por el artículo 2do de la mencionada norma, el que facultó al Poder Ejecutivo Nacional a emplear a las Fuerzas Armadas en la prevención e investigación militar de delitos de competencia de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación; claro está el contexto de la doctrina de la seguridad nacional se dio en un marco intercalado con la Defensa Nacional y los presuntos delitos contra tal seguridad nacional, fueron el marco fáctico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles tales facultades.

El concepto de *Defensa Nacional*, se vinculaba a la seguridad, que pretendía preservar no sólo valores representados por la soberanía e integridad territorial, sino también su desarrollo económico, social, cultural, los recursos naturales y hasta el estilo nacional<sup>21</sup>.

En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se refirió al concepto de seguridad nacional e internacional, enunciando el factor militar, como uno de los aspectos de la seguridad sumados a los factores políticos, económicos y ambientales.

---

<sup>20</sup> La ley Nro 16.970- Para el caso de guerra, el Presidente de la Nación está facultado para fijar el "teatro de operaciones". Esta ley en caso de conmoción interior, en su artículo 43 facultaba a utilizar a las fuerzas armadas y declarar zonas de emergencia bajo la autoridad militar. Asimismo, su artículo 39 autorizaba al comandante de zona de seguridad a dictar bandos, al juzgamiento de civiles por tribunales militares en casos de robo, hurto, daño, etc., mediante el procedimiento verbal y sumario propio o de tiempos de guerra, pudiendo aplicar la pena de muerte. Esta era complementada por las leyes de Servicio Militar, Servicio Civil de Defensa, Movilización, Soberanía en el Mar Argentino, Represión del Comunismo, Identificación, Registro y Clasificación, Zonas de Seguridad, Políticas de Fronteras, Extranjería, Telecomunicaciones y Enrolamiento.

<sup>21</sup> UGARTE, José Manuel, "*Los conceptos jurídicos y políticos de la Seguridad y la Defensa*", Editorial PLUS ULTRA S.A., 2.003, Pág. 20-28.

Específicamente respecto a las políticas de defensa, el concepto se restringió mediante la Resolución Nro 45/58 del 04 de diciembre de 1.990 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGN)<sup>22</sup>, donde la seguridad con fines defensivos, se refiere al empleo del poder militar para asegurar la independencia, soberanía e integridad territorial de los Estados, incorporando conceptos de fuerzas armadas que actúan de manera *defensiva* y no ofensiva.

Ahora bien, esta doctrina militar de seguridad defensiva, fue adoptada en Berlín por la Organización del Pacto de Varsovia, en Mayo de 1.987, la cual está basada en la confianza en los otros países que no amenazan al propio, mediante una carrera armamentista u otros signos notorios, o alianzas que manifiesten poderío militar y peligro de agresiones<sup>23</sup>.

Por otra parte, desde el aspecto doctrinario se impartió en los institutos militares de países latinoamericanos, hasta los años 80 y 90 inclusive, la basada en obras clásicas francesas de la *contrainsurgencia*<sup>24</sup> y estadounidenses, entre las que se resaltaban “*El Soldado y el Estado*”, basado en la organización de un ejército profesional donde impere la jerarquía y la autoridad, a fin de garantizar el orden, combatir las ideologías, organizaciones o movimientos que, dentro de cada país, pudieran favorecer al comunismo, denominándose la Seguridad Hemisférica<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Resolución Nro 45/58 de la Asamblea General de Naciones Unidas, “*Relación desarme general y completo bajo control internacional y su relación con el desarrollo*”, O. Conceptos y políticas de seguridad con fines defensivos.

<sup>23</sup> La Organización del Pacto de Varsovia que cooperaban para defensa mutua Alemania, en 1987 determinaron la cooperación en tareas de mantenimiento de la paz, la inmediata organización en caso de ataque previsible (artículo 3), la defensa mutua en caso que alguno de los miembros fuese atacado (artículo 4) y el establecimiento de un Estado Mayor Conjunto para coordinar los esfuerzos nacionales (artículo 5), comprendiendo a los países socialistas de Europa del Este salvo Yugoslavia (Albania, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Alemania, Rumania y la Unión Soviética).

<sup>24</sup> PIÈRÉS, Gabriel, “*La contrainsurgencia en el siglo XXI y su crítica-La Década de los 80 fue Clave para la Evolución de la Contrainsurgencia*”, Cuadernos de actualidad en Defensa y Estrategia Nro 3, Editorial Ministerio de Defensa Argentino, Pág. 13.

Valga aclarar, la doctrina contrainsurgente, es la normatividad específica codificada para el uso de la violencia en sus reglas coactivas y coercitivas a los fines de sofocar una insurrección a mano armada, tiene como fuente el espacio imperial y colonial francés, por una parte, pero también el británico, que entra en crisis al inicio de la Guerra Fría, cuyo objetivo fue impedir la penetración indirecta soviética en Europa y luego en América.

Estas doctrinas se vieron sustituidas por las actualmente imperantes, en la que prima el ejército ciudadano, sustentado en el libro del régimen alemán de la post guerra “*El Ciudadano de Uniforme*”, entendiéndose a la organización jerárquica de las FF.AA., históricamente estructurada para el combate, se tiende a reemplazar por grupos humanos sin calificación, desorganizados, a los que sólo les distingue el uso de uniforme.

El término ciudadano de uniforme, ha sido criticado por HERNÁNDEZ DE OLMO<sup>26</sup>, conforme a la legislación española, haciendo alusión que el uniforme que usa el bombero sería igual al del militar, que contrastarían con las reales ordenanzas de las Fuerzas Armadas Españolas<sup>27</sup> e inclusive el militar profesional está dispensado por regla del uso del mismo<sup>28</sup>. A lo que agrega que, no puede ser equivalente el funcionario civil del militar, por cuanto adquiere el compromiso de entregar la vida, puede ser privado de libertad sin orden judicial previa y es depositario de la fuerza para repeler en legítima defensa la integridad del Estado.

---

<sup>26</sup> HERNÁNDEZ DE OLMO, Pedro, “*Los militares ¿ciudadanos de uniforme?*”, (En: Diario Aragonés Liberal, España, 02 de Junio de 2.011).

<sup>27</sup> Ley española 85/1.978, el artículo 168 recoge la obligación para todo militar de respetar la Constitución y cumplir ejemplarmente los deberes generales de todo ciudadano, expresando de manera innecesaria por evidente, a no ser que no se entienda comprendido al militar entre la ciudadanía.

<sup>28</sup> Ley española 17/1999, Disposición Final- Segunda- Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas: “Los militares profesionales vestirán uniforme reglamentario en los actos de servicio. Los que se encuentren en situaciones administrativas de servicios especiales y de excedencia voluntaria **sólo** podrán vestir uniforme en actos militares y sociales solemnes ó cuando se les autorice expresamente para ello en sus relaciones con las Fuerzas Armadas y siempre que no estén ejerciendo cargos públicos.

A diferencia del sector doctrinario que lidera COTINO HUESO, sostienen que la función militar ya no requiere más que la función, como cualquier miembro de la Administración del Estado, donde el militar es un funcionario que sirve al Estado y a la comunidad y al que basta con que se le considere militar durante las horas de ejercicio de su función, ya que a la Administración no le importa su vida fuera del servicio, más allá de lo que pueda afectar directamente al mismo<sup>29</sup>.

Por otro lado, para los alemanes la “*Bundeswehr*”, no es más que el soldado supeditado a las leyes del estado democrático que apoya el orden constitucional y lo conduce a un ejército profesional<sup>30</sup>, en los términos de MOSKOS Jr. para quien asume un papel instrumental del servicio a la sociedad y apolítico<sup>31</sup>.

Enunciados someramente los antecedentes legales de la organización militar bajo la doctrina de la Seguridad Nacional, actualmente rige la Ley Nro: 23.554 -denominada de Defensa Nacional-, la que determinó como finalidad “garantizar la soberanía e independencia, integridad territorial, capacidad de autodeterminación y protección de la vida y la libertad de sus habitantes”.

Asimismo, la precitada norma define la defensa nacional en su artículo 2do, como “la integración y 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 agresiones de origen externo”.

Destacando que en el artículo 4to, expresamente dispone la separación de la Defensa Nacional con la Seguridad Interior, por lo que no intervendrá en caso de agresión económica, ideológica, social, terrorismo, narcotráfico que corresponden a responsabilidades de la seguridad interior.

El Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, claramente y de conformidad a la norma precitada, ha determinado la misión de las Fuerzas Armadas cual es “Contribuir a la defensa nacional actuando en forma disuasiva o empleando los medios en

---

<sup>29</sup> COTINO HUESO, Lorenzo, “*El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*”, Cuadernos y debates Nro 144, Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2.002, Pág. 70.

<sup>30</sup> BLANCHÓN, Mirra, “*La Bundeswehr alemana: ciudadanos de uniforme*”, (En Diario Deutsche Welle, publicado el 07 de junio de 2.005).

<sup>31</sup> MOSKOS Jr, Charles, “*Las Fuerzas Armadas y la sociedad*”, Editorial Alianza, Madrid, 1.984, Pág. 60.

forma efectiva, a fin de proteger y garantizar de modo permanente la soberanía e independencia, la integridad territorial, la capacidad de autodeterminación, la vida y libertad de los habitantes y los recursos de la Nación frente a los riesgos y eventuales amenazas de origen externo”.

El mencionado organismo, ha establecido como misión secundaria de las Fuerzas Armadas, las siguientes:

- Participar en Operaciones de Mantenimiento de Paz y/o coaliciones multinacionales bajo mandato de Organismos Internacionales.
- Participar en el desarrollo de medidas de cooperación y confianza mutua, en el marco regional e internacional, para la prevención de situaciones de conflicto.
- Participar en misiones de seguridad interior de manera subsidiaria y con los recaudos establecidos en la Ley de Seguridad Interior<sup>32</sup>.

En esta última misión subsidiaria, dada la división de funciones y atribuciones de los Ministerios de Defensa y Seguridad, como ha quedado explicitado, deberá estarse a lo dispuesto expresamente en la Ley de Seguridad Interior Nro 24.059.

---

<sup>32</sup> Ley de Seguridad Interior Nro 24.059 Artículos 31 y 32.

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 la norma citada y la ley Nro 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.

### **1. 3. La organización administrativa de las Fuerzas armadas argentinas**

La conducción del Estado, debe asegurar el funcionamiento de los mecanismos que, organizan y coordinan el potencial nacional, a fin de disponer los medios necesarios para la defensa, cuando se ve comprometida su existencia u objetivo ante amenazas de agresiones externas.

La organización militar de la Nación, es uno de los elementos que conforman la estructura de la Defensa, adquiriendo un valor protagónico cuando los intereses afectados son esenciales y la amenaza sobre ellos, no pueden ser neutralizadas por medios pacíficos de solución de controversias o de la diplomacia.

Las Fuerzas armadas, constituyen instrumentos de conducción política, para la preservación de la existencia de la Nación; que delinean su organización, magnitud, capacidad, la que es determinada por el poder político, en función de amenazas previsibles.

En la Argentina, las fuerzas armadas son tres por precedencia Fuerza Aérea Argentina, Armada Argentina y Ejército Argentino, conforman una estructura única, armónica e indivisible, actuando de manera coordinada en los tres ámbitos espaciales (aéreo- naval y terrestre), en los que pueden realizarse operaciones bélicas; requiriéndose del adiestramiento, organización, planificación y ejecución de actividades conjuntas; con proyectos y planes subsumidos en un mismo objetivo, bajo criterios comunes, con una ajustada y necesaria coherencia; para lo cual resulta necesaria la intervención activa del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas; como órgano de asistencia y asesoramiento del Poder Ejecutivo Nacional.

Las Fuerzas Armadas con anterioridad a la Ley Nro 23.554 y a la ley de Ministerios Nro 22.250, la organización administrativa de las Fuerzas Armadas contenían en su cuadro organizacional y bajo dependencia del Ejército a la Gendarmería Nacional y

a su vez, la Fuerza Aérea respecto a la Policía aeroportuaria, de la Armada dependía la Prefectura naval, las que se desmembraron y pasaron a depender del Ministerio del Interior como fuerzas de seguridad.

Esta estructura posee similitud con la de Chile que, constitucionalmente en su artículo 90 dispone que, integran el Ministerio de Defensa las Fuerzas armadas y párrafo aparte las Fuerzas del orden y la Seguridad Pública compuesta por carabineros e investigaciones dependientes del Ministerio de Seguridad, agregando son fuerzas obedientes y no deliberantes, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas, bajo relaciones de coordinación y no de subordinación<sup>33</sup>.

Por nuestra parte, desde la praxis militar, entre los oficiales ingresados bajo el sistema democrático, es de considerar el acierto de la organización administrativa del país mediante la separación de las Fuerzas Seguridad de Fuerzas Armadas, por cuanto sus cometidos son diferentes y el adiestramiento difiere como así también las consideraciones del sujeto enemigo, teniendo finalidades u objetivos distintos, según sea la seguridad pública interna o la defensa nacional contra las agresiones externas y, solo en casos excepcionales cuando las fuerzas de seguridad no poseen resistencia suficiente para defender eficazmente los problemas de seguridad interior, previo los procedimientos establecidos en la ley de Seguridad Interior; sin perjuicio que las mismas tienden a la consecución del mismo interés público del mismo Estado manteniendo relaciones de coordinación entre ambas; estas misiones confusas encomendadas conllevaron posteriores enjuiciamientos de personal militar.

---

<sup>33</sup> Constitución de la República de CHILE, Artículo 90. “Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública. Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”.

En la organización interna de las Fuerzas armadas, cada una de ellas posee una organización administrativa, de similares características coincidiendo con principios de jerarquías y subordinación, con particularidades propias de su ámbito de actuación pero con idénticos valores y objetivos impartidos para la actuación conjunta por el Estado Mayor Conjunto.

Así es que, formando parte de la organización común a las tres Fuerzas Armadas, poseen un Jefe de Estado Mayor, un Subjefe como colaborador, un Secretario General de asistencia permanente y coordinador, un Inspector General para labores de contralor y fiscalización de funcionamiento interno como representativo, ambos coadyuvan en el cumplimiento de la labor y con las relaciones con la comunidad.

Luego se distribuyen, según los ámbitos en principios administrativos de competencia y territorialidad, en Direcciones y Comandos.

Nos limitamos a determinar los principios de organización administrativa imperantes en las Fuerzas armadas, disponiendo cada una de ellas de su propio cuadro organizativo u organigrama, según sus requerimientos y necesidades operacionales y funcionales<sup>34</sup>.

En este sentido, corresponde expresar que dentro de la Organización Administrativa, la misma cumple funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales militares, para llevar a cabo su cometido, todas ellas se encuentran debidamente normadas en la legislación militar correspondiente.

En resumen, se puede destacar la organización administrativa de las Fuerzas armadas como parte de la organización del Estado Nacional, sus cambios de doctrinas imperantes han estructurado las mismas bajo diversas ideologías, pero siempre se han mantenido las características propias de la misión principal y la actividad que fundamenta la existencia de las Fuerzas armadas, bajo un marco constitucional y legal de defensa nacional que define a su personal militar, sometido voluntariamente a la Jurisdicción y detentando estado militar.

Esto nos permitirá comprender la organización del personal en la defensa, que actuará en tiempos de conflictos armados y se preparará en tiempos de paz para el

---

<sup>34</sup> Web ejército.mil.ar, faa.mil.ar, ara.mil.ar

cumplimiento de su misión, cual es la defensa en caso de ataque exterior, su valoración es tener fortaleza para luchar por la Patria y subordinarse a un orden jerárquico con la confianza que le indicará las ordenes precisas para derrotar al adversario.

#### **1. 4. La organización del personal militar en la Defensa Argentina**

La organización del personal militar en la Argentina, se encuentra debidamente normada por la Ley de Personal Militar Nro. 19.101 (LPM), la cual rige para las tres Fuerzas armadas, que como anticipara son exclusivamente la Fuerza Aérea, el Ejército Argentino y la Armada Argentina (artículo 1ro LPM).

El mencionado texto legal, define al personal militar como “aquel que posee estado militar”, y este a su vez, en el artículo 5 expresa que “es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos, establecidos por las leyes y reglamentos, para el personal militar que ocupe un lugar en la jerarquía de las Fuerzas armadas”, a lo que agrego las jerarquías se materializan en clases y en grados dentro de esta prima la antigüedad<sup>35</sup>.

Asimismo, el término militar deriva del latín *militaris*, alude a lo perteneciente a la milicia o a la guerra, por contraposición a quien no lo detenta que es el civil<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Ley de Personal Militar Nro 19.101 y reglamentación

<sup>36</sup> Real Academia Española, Diccionario de Lengua Española, Vigésima Edición, Editorial ESPASA, Madrid, 1.992, Tomo II, Pág. 622.

Nos permitiremos parafrasear al jurista ROMERO, quien expresa que las palabras milicia y militar, se hayan vinculadas al hecho que, antiguamente, de cada mil hombres, se elegía uno para defensor de la tierra o soldado<sup>37</sup>.

En este sentido, la Ley Nro. 19.101, determina quienes tienen estado militar, en su artículo 7mo, agrupando al personal que integra el cuadro permanente determinado por el artículo 3ero personal de oficiales suboficiales y voluntarios como así también los alumnos de institutos y escuelas de reclutamiento.

Por su parte, fuera del cuadro permanente poseen estado militar la reserva incorporada, que es la organización que sirve al propósito de completar, cuando así se lo disponga el cuadro permanente y el personal proveniente del tal cuadro que se encuentra en situación de retiro, el que se adquiere al dar de alta la Fuerza Armada y se pierde con la baja de las filas de la Institución.

Además, se disponen determinados los deberes y derechos del personal militar, entre los que se encuentran, los deberes la sujeción a la jurisdicción militar y disciplinaria, y oficiales también a la jurisdicción de honor (actualmente derogada), a la aceptación del grado, distinciones o títulos, al ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias, desempeño de cargos, funciones y comisiones ordenadas, la no aceptación de funciones públicas electivas, ni participar en actividades de partidos políticos, la firma del compromiso de servicio cuando lo disponga la ley, la no aceptación de cargos, funciones o empleos ajenos a la actividad militar, sin la debida autorización -salvo para el personal de educación física y justicia militar.

Entre los derechos concedidos por la Ley Nro 19.101 es la propiedad del grado y el uso de su denominación, la asignación del cargo que corresponde al grado, el uso del uniforme, insignias, distintivos propios del grado y función, la percepción de haberes correspondientes y a la percepción del retiro y/o pensión en el caso de corresponder.

Ahora bien, el militar se somete voluntariamente al estado militar y por ende, a la Jurisdicción militar o en casos es sometido forzosamente, tal es el caso del antecedente del Servicio militar obligatorio en nuestro país, que se encuentra aún vigente según la Ley

---

<sup>37</sup> ROMERO, César Enrique, *“Derecho militar y Constitución”*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, Argentina, 1.957, Pág. 3-5.

Nro. 17.531 temporalmente suspendido, cuya naturaleza es protectora, no individual sino social de la existencia; en cumplimiento del artículo 21 de la Constitución Nacional y en otro caso de manera voluntaria sea incorporándose de manera transitoria hasta los 28 años de edad según la Ley de Servicio Militar Voluntario (LSMV)- dispuesto por la Ley Nro 24.429-, o de manera permanente al cuadro que se incorporan por Institutos militares de manera voluntaria asegurando profesionalidad, eligiendo con su incorporación y de conformidad a criterios de idoneidad el arma o servicio en la que permanecerá durante toda la carrera militar.

Los criterios de aptitud e idoneidad, están íntimamente ligados a la capacidad vinculada a afecciones, enfermedades, accidentes, como así también, a las calificaciones objetivas y subjetivas que le son impuestas a ese personal durante su carrera militar; todo ello relacionado a la aptitud y capacidad para cumplir eficaz y eficientemente la función militar.

Por todo ello, el militar solo puede existir en el ámbito de una organización castrense, donde las personas se encuentran sujetas a principios de jerarquía, subordinación, respeto y su actuar permanente responde a la actividad militar que sirve para una exclusiva finalidad la preparación y la acción en la Defensa del país.

Valga resaltar que, en tiempos de paz, el militar se encuentra inmerso en la sociedad y como tal, posee derechos y deberes de ciudadano, aunque con un adiestramiento e instrucción diferente al resto de la ciudadanía; por necesidad de la misma sociedad que integra su educación, formación e instrucción es diversa pero por ello no deja de complementarse con la sociedad.

Para representar ello, conceptualmente el funcionario militar, resulta imprescindible citar a SARMIENTO GARCÍA, quien expresa que, la profesión militar se honra portando armas del Estado, profesar el oficio con espíritu de sumisión y no como desganada ejecución de un contrato de trabajo, disposición al sacrificio de la vida en cumplimiento del deber, sin eximirse de la obligación de servir a la comunidad<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> SARMIENTO GARCIA, Jorge, *“El Funcionario Público”*, Obra conjunta Instituto de Estudios de Derecho Administrativo- Mendoza, Ediciones DIKE, 2.002, Tomo VII, Págs. 75/76.

A modo de síntesis, podemos expresar que el militar posee un status que lo diferencia del personal civil, que implica deberes y derechos con una sujeción voluntaria al régimen militar; por lo que hace necesario para adentrarnos al conocimiento de lo jurídico militar conocer las características esenciales que le disponen y lo califican con un estado especial, conciliado con el principio democrático, con la igualdad y libertad.

#### **1. 4. 1. El status jurídicos o estado militar**

Al iniciar el presente se hizo referencia al personal militar y a su estado militar calificando tal status por la propia legislación nacional.

Además, el militar debe respetar la Constitución del país que defiende, es función de todos, desde el Presidente de la República hasta el más modesto funcionario y los militares no estamos ni nunca estuvieron exceptuados de esa observancia, tal como lo expresa RUIZ MORENO<sup>39</sup>.

Integrar la organización de Defensa de La Patria “honra”, dichoso es el militar que se emociona con el paso de las tropas, con las condecoraciones, que lucha por la gloria, por lograr laureles, por traer batallas a su país, por destacarse entre sus pares en cada una de sus armas o servicios según su competencia y más especialmente por derrotar a quien pretende deshonorar a su país.

También destaco en el ámbito militar, es mal visto y no merece obediencia el militar que es un porta galones que no sabe el arte de mandar ni es un profesional

---

<sup>39</sup> RUIZ MORENO, Isidoro, “*El militar y la Constitución*”, Revista de la Escuela Superior de Guerra Nro 566, Pág. 82.

militar<sup>40</sup>, que solo obedece para permanecer en su puesto, viendo como sus subordinados sufren miseria y necesidades y pudiendo ir al frente al menos informando la situación a quien tiene poder de decisión, les oprime, abusa de su mando y les arriesga innecesariamente, por la sola codicia personal.

Cabe destacar que, al militar de comando se le ha enseñado a conducir, que es la ciencia y arte de aplicar el precitado; entendiéndose por comando de la organización que le ha sido conferida, a quien ejerce el mando, siendo éste sinónimo de liderazgo, en forma legal; es por ello que, se lo define como la autoridad legal con la que se inviste a un militar para ejercer, dicho mando, sobre una organización militar, aún con coerción, puesto que en toda organización militar el valor fundamental a preservar es la disciplina.

Asimismo, hemos resaltado que en tiempos de paz, los ejércitos se preparan para la guerra, siendo esta su razón de existir; y por ello que sus diseños deben responder a las necesidades de los conflictos armados, contando con basta instrucción y adiestramiento durante la paz.

Ahora podemos entender las características propias del personal militar, sumado a que llevo a conocimiento del lector de la presente, esta situación, el militar realiza guardias, en las cuales se mantiene armado, vistiendo la misma ropa, el mismo calzado durante el tiempo que dure tal actividad la que generalmente, es de 24 horas; tiene problemas personales, esposa, hijos pero sobrepasa esas situaciones y se presenta a cumplir su actividad militar conforme a reglamento; su única función es el cumplimiento de la misión o consigna que le ha sido asignada.

En este marco, se destaca que el militar no se queja, no se imagina realizar una huelga en medio de una misión, sabe que una acción mal realizada perjudicaría el resto del personal militar y fracasaría por él la misión de todos, es entonces cuando la camaradería, el sentido de pertenencia a una organización militar hacen que este personal sólo piense en cumplir el objetivo que le ha sido impartido, porque es una parte esencial en la ejecución de quien planificó las operaciones a realizar.

La misma persona que en maniobras lleva los elementos de subsistencia en su mochila, componentes que se encuentran limitados por su capacidad para cargarla a aproximadamente  $\frac{3}{4}$  de su peso; su casco, su fusil; ellos sabe que le permitirán sobrevivir

---

<sup>40</sup> GAVET, André- Capitán del Ejército Francés, *“El arte de mandar”*, 4ta Edición, Editorial de la Dirección e Publicaciones Militares Nro 38 Anexo, Buenos Aires, 1.982, Pág. 9.

y los cuales deberá llevar a lo largo de su camino; caminará kilómetros como parte de su preparación; su calzado puede ser pesado porque su calidad le debe permitir sobrepasar inclemencias climáticas, cursos de aguas; sin que pueda detenerse; el mantenerse instruido carente de uso de luces y sonidos hará que se pueda agazapar y no ser detectado por su rival; todo ello es una preparación para la supervivencia y seguridad personal que redundará en la defensa del resto de ciudadanos de la Nación.

Sabe que posee un Jefe al que por su jerarquía debe confiar y obedecer; conoce que su vida y la del resto del personal dependen del actuar del conjunto, le es encomendada la misión que le toca enfrentar, pero por sobre todo piensa en que no puede responsabilizarse por su indisciplina, su cobardía o su traición porque su in conducta redundará en perjuicios materiales y humanos para con los bienes y personas de su Patria.

El militar cuenta con el respaldo de su organización; no hay reclamo, no hay recurso legal, ni denuncia que lo proteja si se encuentra en el campo de batalla, sólo dispone de la confianza mutua del personal de la Institución, para salvar y ser salvado.

La experiencia práctica, ha plasmado una serie de características propias del militar, de su sentir que se exteriorizan en diversas situaciones fácticas que permitan entender la vida en campaña, las que sucintamente me he permitido citar tomando como antecedente de ejercicio terrestre, un ejército caracterizado por sus actividades en el terreno, recordemos al General San Martín en el Cruce de Los Andes, quien postrado en una camilla por su úlcera estomacal no abandonara a sus soldados y fuera transportado en camilla para cumplir con la ejecución de su planificación, que entre otros hubo más bajas por las inclemencias climáticas del personal que le acompañaba que las acaecidas en combate en la Batalla de Chacabuco, se le investió con el cargo de Gobernador Intendente de Cuyo para que tuviera el poder de la Organización; la Provincia de Mendoza y su gente se transformó en un gran cuartel y fábrica militar que ayudaba a la tropa Sanmartiniana.

Estas situaciones que se viven a diario, son propias para apreciar las circunstancias y las especiales características del personal militar, permitiéndonos inferir cual es la escala de valores diversa a la del ciudadano común.

Resulta difícil para quien detenta estado militar, compartir la idea que es un ciudadano de uniforme sino que la organización militar es parte de la organización del Estado Nacional y como tal, bajo su dependencia, el militar nació persona y como tal tiene sus derechos fundamentales que le dignifican, pero se debe comprender la actividad

propia de las Fuerzas armadas para poder apreciar las circunstancias de la preparación para el combate y es el propio combate o su preparación lo que le diferencia del resto de la ciudadanía.

Expresa Virgilio BELTRÁN, “los comportamientos militares deben ser evaluados conforme al contexto de una ley penal que resguarda valores específicos y es aplicada por técnicos en la materia. Por eso se trata no de un fuero funcional, en razón de las necesidades de la actividad militar y no de un fuero personal que contravenga el artículo 16 de la Constitución Nacional” (el subrayado me pertenece).

Por ello, hay que tener muy clara la situación de un conflicto armado o su preparación, donde es inimaginable un cuadro con una computadora redactando un reclamo o un recurso, interponiendo una denuncia, pues adicionarle a un jefe de misión un asesor jurídico para saber si sus acciones rozan la ilegalidad de la norma penal, si las ordenes que les impartan sus superiores son legales o ilegales, contraviniendo con ello todo el orden del servicio, la disciplina y la obediencia que debe reinar en una Fuerza Armada<sup>41</sup>.

Es claro que las órdenes manifiestamente ilegales o que contravienen la dignidad de la persona humana actualmente sin obediencia debida – se debe incumplirlas-, pero la orden de avance conociendo previamente que enfrentará con su propia vida al enemigo, en el marco de una guerra, queda patente que en ese momento priman otras valoraciones, diría no es ciudadano sino que ante todo es persona humana con estado militar y como tal responderá al comando, las órdenes e instrucciones que en su conjunto reciban, es en ese momento cuando estimamos es la acción conjunta bajo un mando donde se cumple una sola dirección.

En síntesis, hasta aquí, hemos dado a conocer las características de la organización, de la actividad militar y del personal que detenta estado militar, la aprehensión de la misión, finalidad y la identificación de valores que sostienen la organización militar, entendiendo su necesidad como brazo armado de la estructura organizativa a la que pertenece, que nos permitirá abordar el conocimiento de los

---

<sup>41</sup> BELTRÁN, Virgilio, obra O.p. cit., Pág. 30.

antecedentes del Servicio de Justicia Argentino, como de la legislación que ha regido a las mismas.

Finalmente quiero resaltar que, no pretendo justificar excesos de ejercicio de mando, desviaciones de la actividad militar cuando se hayan realizado contra personas que conforman la misma Nación que se defiende; al contrario la razón y la Justicia debe resolver acerca de ellos; pero sí intento manifestar que un Estado sin una buena Organización Militar, será flanco fácil para quienes se les ocurra traspasar sus fronteras con ánimo de dominación, no creo que Ejércitos de Pueblo poco profesionales ni desorganizados, lleven a cabo eficazmente una operación militar.

## **2. La evolución de la Justicia Militar Argentina y la instauración del Servicio de Justicia Militar Argentino**

Para comenzar la reseña, expresaremos que la Justicia Militar nació con el mismo Ejército Argentino (E.A.) en 1.810, ya que el 14 de junio de ese año la Primera Junta dictó el decreto de designación de Don Francisco Antonio de CHICLANA como Auditor de Guerra en el expedición militar auxiliar a las provincias interiores, asistiéndolo como Secretario de Justicia Don Vicente LÓPEZ Y PLANES. Este es el inicio de la vinculación del derecho con las Fuerzas Armadas<sup>42</sup>.

Seguidamente nos permitiremos hacer una síntesis de la tesis doctoral del Dr. ABÁSULO, por considerar que agotó el estudio histórico del derecho penal militar en la Argentina, requiriendo su cita obligatoria como antecedente de la evolución del derecho militar argentino tras la reforma de la ley Nro 26.394.

---

<sup>42</sup> <http://www.colegiomilitar.mil.ar/2008/profesionales/justicia.asp>

## **2. 1. El Gobierno Colonial en América**

La consolidación del gobierno colonial en la América Hispánica, requirió de un largo proceso que no se agotó con la conquista territorial. Las características de cada región condicionaron, sobre todo en los primeros tiempos, las formas de gobierno que se fueron implementando.

La libertad de acción que tuvieron de hecho las primeras autoridades, fue limitándose paulatinamente, el poder central procuró hacer sentir su presencia y autoridad desde los inicios de la conquista alcanzando su mayor expresión en los últimos tiempos de la dominación española.

Valga destacar que, no se llegó a establecer un sistema de gobierno como el que hoy podría definirse de división de poderes, debido a que los controles eran poco precisos y engorrosos.

Así es que una de las autoridades de mayor trascendencia era el virrey, quien dependía directamente del Rey, aunque los amplios poderes iniciales de la conquista fueron acotándose con el correr del tiempo, dado que la legislación española intervenía en cuestiones mínimas.

La figura del virrey, detentaba los cargos de gobernadores, capitanes generales y presidentes de las audiencias de sus distritos, entre las funciones asignadas eran: \* hacer respetar las leyes protectoras de los indígenas, \* castigar los delitos anteriores a su gestión, \* presidir las audiencias de otros distritos cuando se encontraban sin resolver sobre cuestiones de justicia, \* mejorar y ejecutar las disposiciones legales.

El virrey como presidente de la Real Academia, representaba al rey, decidiendo la competencia de los magistrados, controlando la forma como se administraba justicia e informando la conducta privada de los jueces. Además como capitán general era el

responsable y la autoridad máxima de las fuerzas militares del distrito pudiendo ejercer la justicia en el fuero militar.

La primera mención de la existencia del cargo de asesor de gobierno, la encontramos en el corpus legal sobre el que se edificó la Jurisprudencia en América: “Las leyes de Indias”. En la compilación del siglo XVII, La ley 35, Título III; Libro Tercero, ordenaba a los Virreyes que nombraran un Asesor para entender en la Materia de Justicia y Derecho de Partes.

Además por Real Ordenanza para el “Establecimiento e Instrucción de los Intendentes del Ejército y Provincias en el Virreinato de Buenos Aires” de 1.782, se hicieron plenamente presentes las ideas del racionalismo del siglo XVIII, modificándose la organización del Virreinato, dividiéndose el territorio del Río de la Plata en ocho Intendencias.

Es así que, el Intendente tendría a su cargo los cuatro ramos tradicionales: justicia, policía, hacienda y guerra. En los artículos 12, 13 y 14 de la Ordenanza se refiere a la existencia de un Asesor. Dice textualmente el artículo 12: “... cada Teniente incluso el General, tendrá un Teniente Letrado con Jurisdicción Civil y Criminal, sea Asesor ordinario en los negocios de la Intendencia, despáchelos en falta, enfermedad o ausencia del Intendente, y sean tenientes consultados por la Cámara de Indias”.

Los funcionarios de menor jerarquía en sucesión del Virrey fueron los Gobernadores, quienes también contaban con asesores.

Es de resaltar, al momento de la Revolución de Mayo, el Asesor General del Virreinato era Juan de ALMAGRO.

## **2. 2. La primera década de la revolución, desde Mayo 1.810 hasta la formación de la provincia de Buenos Aires**

La Revolución de Mayo no se debe enfocar solamente por lo ocurrido en Buenos Aires en la llamada Semana de Mayo, sino como parte del proceso Revolución Americana que recién concluye en su aspecto militar con la derrota española de 1.825, etapa de la desintegración del imperio hispánico cuanto al uso que daba de los fondos de las cajas real en América, no obstante que España conservó por muchos años posesiones territoriales en el continente, por ello es que la revolución se denomina la formación de los estados americanos.

Tanto la guerra por la emancipación como la represión realista, se plantearon a nivel continental en: Caracas, Bogotá, México, Santiago de Chile y Buenos Aires en forma prácticamente simultánea desconociendo el propio territorio y preparando el camino para la futura independencia.

La cuestión que aparejaba la independencia y que desde los comienzos de la revolución se discutía, era el esquema político que organizaría este nuevo estado. De allí se sostenían dos doctrinas orientadoras de la discusión jurídica: - la primera requería que la Junta se abrogara de los poderes del virrey y, - la segunda disponer la retroversión de poderes ante la falta de autoridad legítima, por parte del pueblo quien podía darse sus propias autoridades.

Entre las consideraciones importantes, en la organización de la Nación, la Junta Provisional surgida el 25 de mayo de 1.810 dictó un reglamento interno que constaba de 10 artículos, el que se denominó “Reglamento Administrativo para el ejercicio de la Autoridad”.

El precitado reglamento en su artículo séptimo establecía “Los señores que componen la Junta Provisoria queden excluidos de ejercer el Poder Judicial, el cual se refundirá en la Real Audiencia, a quien pasarán todas las causas contenciosas que no sean de Gobierno”, lo que sería el origen de lo contencioso administrativo en el país y del sistema judicialista.

Apenas diez días después de producido el cambio de autoridades, en la Junta se jubiló el Dr. Juan de ALMAGRO, quien ocupaba el cargo de Asesor General del Virreinato, seguramente por la afinidad al gobierno anterior, sucediéndole en la asesoría Privada de Gobierno el Dr. Miguel Mariano DE VILLEGAS.

Para estos tiempos, era común el “proceso de residencia”, esta era una instancia semejante a un juicio que se hacía desde la época hispánica a los Virreyes para evaluar su

gestión y de ser necesario someterlos a la justicia ante una falta o un delito, lo que hoy equivaldría a un juicio de cuentas.

La inestabilidad que caracterizó políticamente el período post revolución, con los gobiernos de la Primera Junta, la Junta Grande, el Primer y segundo Triunvirato y el Directorio, la Asamblea del año 1.813 produciéndose la primera revolución federal, en la que sucediéndole a ALVEAR asume Ignacio ALVAREZ THOMAS y convoca un nuevo congreso encargado de declarar la Independencia.

En este período se destaca el accionar del Dr. Juan José PASO, quien estuvo a cargo de la asesoría entre 08 de febrero al 10 de junio de 1.815, en donde la Asesoría recibe el nombre y las funciones de Asesor de Gobierno y Auditor de Guerra, tomando importantes acciones investigativas de las funciones de la gestión anterior para ser reemplazado por AGRELO.

### **2. 3. El año 1.820 y el origen institucional de Buenos Aires**

El año 1.820 fue sin duda uno de los momentos más interesantes de nuestra historia. Por la presión de las circunstancias y los cuadillos litorales surgió la provincia de Buenos Aires. Ese año vio nacer las instituciones propias de la división de poderes: “el Gobernador, confirmado en su función puramente ejecutiva”; “la Sala de Representantes, órgano eminentemente legislativo”, y “la estructura del poder judicial”.

El 13 de mayo de 1.820, fue nombrado Asesor el Dr. Pedro José AGRELO, con funciones también de Auditor de Guerra y Gobierno cargo que había desempeñado brevemente durante el gobierno del Director ALVEAR.

Conviene aclarar que el concepto de Auditor, suponía la injerencia en la interpretación de las leyes y en procedimientos judiciales instruidos en lo referente al Ejército o a las cuestiones militares.

Respecto a AGRELO, contaba con 44 años, a quien Ricardo LEVENE lo calificó como un magistrado inflexible e implacable.

Es en el período de ROSAS, es suprimido el cargo de asesor, correspondiéndole al Dr. Manuel Vicente MAZA, por decreto del 3 de septiembre de 1.829 restablecer el cargo de Auditor del Ejército y Marina.

#### **2. 4. El predominio de Juan Manuel de Rosas. El partido federal de Buenos Aires**

Reinstaurado el cargo de Asesor General y auditor de Ejército y Marina, el momento fue propicio cuando el gobierno de la provincia de Buenos Aires estaba a cargo de Juan José VIAMONTE quien designó para ocupar el cargo restituido de Asesor al Dr. Manuel Vicente MAZA.

Es destacable que en los considerandos del decreto se decía: No obstante las poderosas razones que se tuvieron presentes para suprimir la plaza de Asesor General al sancionar el Presupuesto de Gastos para el año 1.824, una experiencia constante ha demostrado que ella “es necesaria para la mejor expedición de los negocios, muy particularmente los que tienen relación con la administración de justicia”.

Luego se sucedieron entre 1.832 y 1.839 en la asesoría los Doctores Antonio Domingo DE EZQUERRENEA, Manuel ISIARTE y Eduardo LÍATE, completando las funciones de asesores hasta la caída del gobierno de Juan Manuel DE ROSAS: los doctores Baldomero GARCÍA y Roque SÁENZ PEÑA. Con el cambio de gobierno ocupó el cargo el Dr. Francisco PICO.

## **2. 5. El gobierno de Urquiza. La Constitución Nacional y Buenos Aires**

En el periodo comprendido entre la caída de ROSAS, el 3 de febrero de 1.852, hasta la unión definitiva de Buenos Aires en 1.861, se sucedieron en el cargo de Asesor de Gobierno ocho funcionarios.

Vale como aclaración que, durante la gestión del Dr. PINTO como Gobernador, en 1.852 se suprimió la Asesoría, pero dos años después en 1.854 se volvió a crear ocupando el cargo el Dr. Dalmacio VÉLEZ SARFIELD hasta 1.858.

De su labor en este período, se destacaron dos dictámenes por ser un claro testimonio de su idoneidad al frente de la Asesoría. El primero trata sobre el funcionamiento en el país de las sociedades anónimas extranjeras y el segundo de la necesidad de autorización para crearlas en el país.

El excelso jurista cordobés culminó la tarea como Asesor al presentar su renuncia al cargo el 4 de septiembre de 1.858, la que textualmente expresaba: *“El día de ayer se me ha comunicado por el señor Ministro de la Guerra un decreto de S.E el Señor Gobernador librado en un negocio particular en que yo me había excusado de dar dictamen por ser una materia ajena a mi profesión, por el cual se me hace saber que mis funciones como Asesor son otras que las que yo creía; y que es de mi deber auxiliar al Gobierno de palabra o por escrito en todo asunto, sea de la naturaleza e importancia que sea, siempre que el Gobierno halle conveniente el oírme, y acerca de cuya necesidad o conveniencia, es solamente el Gobierno y nadie mas quien puede y debe juzgar. Puede ser, Señor Ministro, que el Gobierno encuentre Abogados que le sirvan en la manera que dice quererlos. Yo ni puedo prometerle aptitudes universales, ni tampoco someterme a la servil condición en que me hallaría después del decreto de S.E., tanto menos, cuanto que en el difícil puesto que he ocupado hacía un sacrificio oscuro e ignorado de todas mis conveniencias, que yo solo puedo estimarlo.*

*A más Señor Ministro, hacen quince o veinte días que expresé a V.S. que no me era posible continuar en el empleo de Asesor de Gobierno, porque el cúmulo de negocios*

*que venía a mi despacho era muy superior al trabajo del más laborioso Abogado y que podrá por lo tanto el Ministerio pensar en el letrado que debiere subrogarme. Hago pues la más indeclinable renuncia al empleo que sirvo esperando que elevado al conocimiento de S.E. será admitida. Dios Guarde V.S.”.*

Más allá del temperamento y convicción que demuestra VÉLEZ SARFIELD, indirectamente esboza las funciones que debían cumplir un asesor o mejor dicho lo que se esperaba que cumpliera, que fuera evidentemente expedirse en cualquier asunto para el cual fuera requerido por parte del Gobierno.

## **2. 6. Las presidencias de Mitre, Sarmiento y Avellaneda. La organización institucional hasta la capitalización de Buenos Aires**

El período comprendido entre 1.863 y 1.880 presentó una serie de innovaciones, en la reconstrucción institucional de nuestro país, la importancia de la inmigración, la exportación de cereales y el ferrocarril.

A partir de MITRE podemos decir que, se anuncian los cambios que en 1.880 representaron la Argentina moderna. Las otras dos presidencias SARMIENTO (1.868/1.874) y AVELLANEDA (1.874/1.880) señalaron la transición política.

Como funcionario a cargo de la Asesoría de Gobierno estuvo el Dr. Carlos TEJEDOR, a quienes sucedieron Mariano SAAVEDRA, Adolfo ALSINA, Mariano ACOSTA, Carlos CASARES, entre otros de singular importancia desempeñaron el cargo de auditor de guerra<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Institucional de EJERCITO ARGENTINO- Reseña del Servicio de Justicia, Ingreso a la Institución Año 2005.

### **3. La legislación de Justicia Militar en la República Argentina**

Ahora bien, corresponde presentemos someramente los antecedentes de la Legislación de la Justicia Militar Argentina, fundamentalmente del derecho penal militar, para poder comprender en base a sus fuentes las diversas figuras, idiosincrasias y consideraciones propias del derecho miliar.

Para lo cual, refiriéndonos a la legislación de Justicia militar es propio citar a ABÁSULO, quien parafraseando a Antonio MILLÁN GARRIDO expresa que “el estudio de lo jurídico militar adolecía de la debilidad propia de una disciplina minoritaria, marginal y carente de la atención necesaria que le resulta imprescindible”, por cuanto el derecho penal castrense argentino se erigía sobre experiencias varias veces seculares.

El mencionado autor agrega, lo jurídico castrense no muchas veces ha marchado al ritmo de los cambios operados en el resto el plexo normativo nacional, especialmente observándolo hacia mediados del siglo pasado, permaneciendo estático frente al cambio del resto de plexos normativos argentinos, que sufrieron transformaciones<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> ABÁSULO, Ezequiel, “*La transformación del derecho penal militar argentino ante la perspectiva histórica*”, Revista Argentina de Derecho Militar Nro 2, 2.004, Págs. 41- 64.

### **3. 1. El derecho penal militar español durante el antiguo régimen**

Ahora bien, teniendo en consideración que las normas militares, surgieron ante los diversos acontecimientos bélicos de la convulsionada realidad europea, se puede comprender la complejidad del derecho castrense hispánico del Antiguo Régimen- que sirviera de antecedente al argentino – de los que muchos de sus caracteres se debieron a la gravitación de ciertas convicciones subyacentes.

De este modo, junto con la sostenida creencia de que la administración de justicia debía permanecer ligada al ejercicio del mando militar, desempeñaron un papel fundamental las ideas relativas al necesario mantenimiento de la obediencia.

Así las cosas en 1.603 Cristóbal DE LECHUGA dijo que “Un ejército sin justicia” era “como un bosque de ladrones”, otros contemporáneos insistieron en subrayar que “el cuerpo enfermo de la milicia española” solo podría ser reparado merced a las virtudes terapéuticas de los Tribunales militares.

Asimismo como derivación de estas concepciones, de la convicción de que, entre los hombres de las armas, el escarmiento era el único correctivo posible, y de que la costumbre de hacer el bien, debía convertirse en “naturaleza”, se impuso sin cortapisa el criterio según el cual el derecho penal militar debía ser ejemplar y rápido.

Vale decir pues, que como previno en 1.769 la Junta de Ordenanzas españolas o debían admitirse en la normativa castrense “efugios que dilatara el castigo”.

Por otra parte, paralelamente a lo referido, tanto la preeminencia del honor, y en lo particular del honor castrense, como la celosa actitud de los militares, propendieron entre los operadores jurídicos castrenses otra creencia: la de la evidente justicia y conveniencia de mantener y acrecentar un fuero militar peculiar y privativo, que estimulase a los hombres de armas a “entrar en tantos peligros y trabajosa profesión”.

Durante el siglo XVIII, el derecho penal militar español fue objeto de importantes cambios, a partir de los cuales se evidenció la profunda transformación que entonces impactó en la mentalidad de los operadores jurídicos castrenses.

En efecto, aún vigentes aunque desplazados, los antiguos cánones jurídicos que exaltaban la experiencia y la aplicación del derecho natural y de la equidad, durante la décima octava centuria el pensamiento ilustrado irrumpió de lleno en la materia, impulsando el paulatino predominio de conceptos tales como el de la utilidad y la racionalidad. Así, respecto al avance primero de los conceptos mencionados, la utilidad debía ceder toda conveniencia privada, así influyó en el proceso que culminó en 1.768 con la Sanción de las Ordenanzas de Carlos III.

Por otra parte, en cuanto al papel asignado a la razón en la concepción de lo jurídico militar, resulta evidente que con el transcurrir del siglo se fue imponiendo el concepto según el cual, el derecho castrense debía basarse necesariamente sobre “fundamentos racionales”. Así, por ejemplo lo afirmó la Real Cédula del 3 de abril de 1.776.

En cuanto a este tipo de asuntos, cabe recordar, además, la pretensión carolina tendiente a superar la práctica del arbitrio judicial, estableciendo “reglas fijas y generales hacia futuro”.

Cabe señalar que, las características del derecho penal militar hispánico no resultaron ajenas a las circunstancias sociales y políticas del antiguo régimen.

De este modo, en lo atinente al aspecto señalado en primer término resulta evidente que la estructura jurisdiccional proporcionada por el fuero militar constituyó lo que para sectores doctrinarios denominaron manifestaciones de la multiplicidad de instancias jurisdiccionales privilegiadas y socialmente discriminatorias. De manera que no sorprende que la condición social haya sido considerada entonces como un elemento relevante para regular a las conductas penales.

Por otra parte, en cuanto a la gravitación de lo político, es indudable que los importantes cambios introducidos en el ámbito de lo penal militar durante el transcurso del siglo XVIII constituyeron una de las tantas modificaciones que, impulsadas por el absolutismo, afectaron la totalidad del ramo castrense, por ejemplo, la aparición de las academias destinadas a la formación de los oficiales y la generalizada imposición de una vestimenta uniforme para todos los soldados.

Asimismo, en lo atinente a la relación del absolutismo con el mundo castrense, la doctrina también ha encontrado como características, el identificar el ejército como una institución adecuada y modélica para poner previamente en práctica, aquellas medidas que

aplicarían sobre la entera sociedad en cuanto al gobierno y administración. En ese contexto, los tribunales castrenses fueron perdiendo, paulatina y parcialmente, el carácter de instrumentos jurisdiccionales puestos al servicio de un estamento particular, para convertirse, en cambio- en lo que constituyó, ciertamente, un preanuncio de la oposición del constitucionalismo a la vigencia de los fueros personales-, en una de las piezas más sumisas y dependientes del aparato judicial de la monarquía.

En cuanto a la relación entre lo jurídico castrense y el resto del mundo del derecho, debe tenerse presente si bien la sistemática oposición de los operadores militares a los letrados civiles- que no identificaban una autonomía de lo penal castrense frente al derecho represivo ordinario, y para otros se advertían importantes diferencias entre ambos ordenamientos.

En este sentido, entiendo que la sanción de las ordenanzas particulares, primero, y la de otras normas de alcance general, después preparó debidamente el terreno para que durante el siglo XVIII se llevase a cabo la vertiginosa transformación que culminó con la plena sustantivación del derecho represivo castrense, al tiempo que en materia jurídico militar se imponía un monismo legalista- característico, indudablemente, de la modernidad jurídica-, que no sólo sofocaba todo vestigio de pluralidad jurisdiccional, sino que tendía a circunscribir la legitimidad normativa del derecho creado por voluntad regía.

En efecto, correspondió a los ilustrados insistir en el diseño y sanción de una normativa dotada de abundantes definiciones, de claridad expositiva y de un orden metódico externo, que hiciese posible resolver anticipadamente todas las potenciales situaciones jurídicas. De este modo en tanto que en toda Europa se iba imponiendo la idea de redactar tanto un “Código criminal” como uno militar, bien puede decirse que, a despecho de las afirmaciones de Francisco TOMÁS Y VALIENTE respecto de lo que sucedió en el ámbito del derecho represivo ordinario, los contenidos penales auténticamente ilustrados de las ordenanzas de Carlos III terminaron, a no dudarlo, constituyendo un evidente anticipo de las abstracciones propias de las codificaciones decimonónicas.

En efecto, aunque los testimonios de los contemporáneos en España daban cuenta de vulneraciones de las garantías procesales, no puede negarse la constante preocupación de las autoridades por asegurar el ejercicio de la defensa del imputado, al punto que Colón DE LARRIÁTEGUI lo conceptuó como un auténtico “derecho natural” de los reos.

Así, por ejemplo, la Corona ordenó la difusión de la legislación militar entre los soldados; garantizó, como parte “integral” del juicio criminal, la asistencia de un procurador desde la indagatoria; y estableció, en beneficio de los reos presos, la brevedad en la resolución de los recursos elevados ante el Consejo Supremo de Guerra.

Así también, se fueron imponiendo ideas tales como la de la presunción de inocencia de los imputados, y la de que no podía aplicarse pena alguna si previamente no se substanciaba un proceso en el que se hubiese ofrecido un debido espacio a la acusación, a la defensa y a la prueba.

### **3. 2. El derecho represivo castrense aplicado en las Indias**

Admitida una cierta peculiaridad de lo jurídico castrense indiano respecto de lo represivo militar hispano en general, cabe advertir, empero, que si bien para principios del siglo XVII ya se hablaba de la existencia de unas “leyes y costumbres” propias de la milicia americana la situación jurídico militar indiana nunca dejó de estar vinculada del todo con la de la península, lo que en principio se aplicó en América fue el derecho militar castellano.

Así las cosas, por ejemplo, una real cédula dirigida al gobierno de Buenos Aires en 1.695 aludiría a la puesta en práctica local de las ordenanzas militares dictadas para toda la monarquía.

Sin embargo, en buena medida debido al influjo del particularismo de las regulaciones penales militares dictadas en o para las Indias, las normas comunes que regían a las tropas europeas y americanas terminaron siendo objeto de un peculiar aplicación en América.

Al respecto, corresponde no olvidar que si hubo algo que caracterizó lo jurídico militar indiano fue una práctica muy rudimentaria.

Así, hubo casos en los que la instrucción del sumario no se confió a los oficiales, sino a auditores o escribanos públicos, y otros en los que el escrito de defensa fue redactado por un sargento. Además, de las actuaciones jurídico castrenses de la época cabe señalar la existencia de procesos en los que se omitió la designación de defensor o la confesión de los reos, y otros en los que la instrucción debió volverse a labrar por haberse omitido importantes disposiciones de las ordenanzas, con lo que, al decir de testimonios contemporáneos, se afectó sensiblemente “la libertad con que los testigos deben expedirse”.

Asimismo, también hubo sentencias que adolecieron de notorios desarreglos, o en las que se invocaron reales órdenes que nunca fueron comunicadas a América.

Ahora bien, debe admitirse que lo rudimentario de las estructuras jurídico militares indianas eran resultado de aplicar la normativa represiva castrense a una tropa cuya disciplina era inferior a la de los contingentes metropolitanos, y a los que no alcanzaban a corregir los castigos previstos en las reales ordenanzas.

Pero si la disciplina de los militares profesionales era más o menos buena- aunque se “relajaba” cuando las unidades se fragmentaban en pequeñas y distantes guarniciones-, la situación era muy distinta en cuanto a las milicias, a las que se sindicaba, con justicia, como carentes de la “civilización y disciplina” de la tropa veterana.

Pasando al examen de otro tipo de asuntos, corresponde decir ahora que aunque lentamente fueron incorporándose al imaginario jurídico indiano nociones tales como la de que “los individuos militares y sus procesos no están exentos de cuerpos legislativos que rige la constitución civil”, o la que el particular régimen militar se hallaba inserto en el amplio marco de la “constitución civil” de la monarquía, al igual que sucedió en Europa, en el Nuevo Continente tales ideas no lograron desplazar arraigadas creencias relativas a la especificidad y autonomía del derecho penal militar. De este modo, los prácticos el foro castrense americano no ocupaban su desprecio por las “sutilezas del derecho común”, ni por “los medios reprobados e indignos de la ponderación, hipérboles, y discursos sofisticados” de letrados civiles.

Por el contrario, ellos consideraban como verdades indiscutibles que los hombres de armas no estaban obligados a “saber las leyes”, y que la apreciación de los delitos militares en los que no estuviese comprometido el honor, debía ser considerada con cierta especialidad, hasta en casos con indulgencia.

Así las cosas, en la praxis forense militar indiana comenzaron a incorporarse elementos propios de la modernidad jurídica en ciernes, por ejemplo, cabe recordar en defensas en las que se invocaron a favor de la situación de un encartado el “derecho natural” de las personas a proteger la propia vida, y que en sendos casos en los que se habían suscitado dudas respecto de la autoría del hecho imputado, se aludió al beneficio de la duda a favor del reo.

### **3. 3. El primer derecho penal militar Patrio (1.810- 1.819)**

Aunque los primeros gobernantes patrios miraron con simpatía las posturas jurídicas más innovadoras de su época, y, como testimonió en su hora José María PAZ, en los semi-regulares ejércitos revolucionarios fueron escasos los hombres de armas que, imbuidos en la “añeja rutina de la milicia española”, contaban con aptitud suficiente como para convertirse en obstáculo a la renovación, lo cierto es que en el ámbito del derecho penal militar los aires renovadores que acompañaron al proceso de emancipación no se hicieron sentir tanto en el campo de las concretas instituciones aplicables, como en el de las mentalidades.

Asimismo, es evidente que al margen de que las necesidades bélicas dieron lugar a la incorporación de puntuales modificaciones en el régimen jurídico castrense tradicional, la formalidad del derecho sustantivo permaneció más o menos intacto, mientras que todo lo relativo a la administración de justicia- vale decir, la organización de los tribunales, el procedimiento y la extensión del fuero castrense- fue lo que, a la postre, demostró mayor receptividad frente a las novedades.

En este sentido, paulatinamente se impusieron nociones tales como que las causas debían ser públicas; que los imputados debían gozar de las garantías del debido proceso conforme con lo preceptuado por el derecho natural; que era necesario que la

determinación de culpabilidad se asentase en la demostración de hechos positivos; y que la determinación de las penas debía resultar de la adecuada ponderación de los respectivos atenuantes y agravantes.

En cuanto a lo dicho en el párrafo precedente, cabe consignar que entonces no sólo se consideraban atenuantes las características culposas del delito y la falta de educación de los reos; sino también la previa prestación de servicios a la patria; en tanto que se sindicaba como agravantes; además de la reincidencia, la escasa adhesión de los reos a la empresa revolucionaria.

Asimismo, otro criterio que por estos días obtuvo general aceptación fue el de considerar lo penal militar como un elemento moralizador del ejército, útil para la educación del ciudadano y del soldado en tanto que severo límite a la delincuencia y simultáneo estímulo de las virtudes republicanas.

Valga destacar que muchas causas que hoy podríamos catalogar como “de gravedad institucional”, se decidieron en forma extraordinaria a la luz de lo que el auditor del general José de SAN MARTÍN, Bernardo VERA Y PINTADO, calificó de “consideraciones importantes de política”.

En este orden de cosas, corresponde indicar, además, que la riesgosa situación revolucionaria impuso, muchas veces, la toma de decisiones reñidas con la seguridad jurídica paradójicamente enaltecida por la modernidad a la que decían adherir los hombres de mayo.

Ello motivo, por ejemplo, que en ocasiones los simples indicios provocaran a detención preventiva de personas, que se produjera la condena de los imputados sin admitirse substanciación alguna, y que se impusiera la vigencia de una especie de ‘peligrosismo’ precautorio, que se traducía en la vigencia secreta y constante de ciertas personas.

En otras palabras, durante la década iniciada en 1.810 el derecho penal militar de la Argentina, revolucionaria terminó amoldándose a las circunstancias de la guerra.

### **3. 4. La penalidad castrense Argentina en el tránsito de la República hacia su organización definitiva (1.820- 1.851)**

Durante el período comprendido entre 1.820 y 1.851, las viejas ordenanzas españolas- calificadas en alguna ocasión como “ordenanzas de la patria”- conservaron oficialmente su vigencia, en la medida en que se reconocía la necesidad de contar con una legislación penal especial para el ejército, fundada en los principios de rigurosidad y de celeridad.

Empero, en la concreta vida forense Argentina las disposiciones carolinas resultaron paulatinamente alteradas. A tenor de lo referido, no sorprende que el antiguo régimen de las penalidades militares hispánicas comenzase a ser interpretado con particular indulgencia a la luz de los nuevos criterios jurídicos patrios.

Fue así que no extrañó que los consejos de guerra actuantes hicieran caso omiso a la “severidad de las leyes”- sobre todo en aquellas situaciones en las que estaban comprendidos milicianos u oficiales inexpertos-, o evitasen la “rigurosa observancia” de las ordenanzas. Simultáneamente, adquirió gran importancia el conocimiento de la práctica patria en materia de asuntos jurídicos militares, de modo tal que en los caos dudosos las cuestiones llegaron a resolverse merced a la remisión a la misma.

Pasando al análisis de la práctica jurídica, cabe señalar aquí que durante esta época se observaron algunos avances. De este modo, se afirmó que para considerar consumado un delito se requería tanto la acción contraria a la ley como de la voluntad de violarla, aludiéndose, así, al dolo como un elemento integrante de las figuras delictivas.

Por otra parte, además de recurrirse al empleo de pericias médicas en materia probatoria, se sostuvo la inidoneidad de la prueba fundada en un único testimonio, no corroborado por otros elementos.

Asimismo, se recomendó ponderar la presencia de atenuantes y de agravantes, con el objeto de equilibrar “la balanza de la justicia”.

Un aspecto que merece ser destacado es que, continuando con la tendencia inaugurada durante la primera década revolucionaria, a partir de 1.829 la crítica al derecho militar hispánico se profundizó considerablemente.

De este modo, no sólo se dijo que la antigua legislación castrense militar era insuficiente para regular ciertas conductas, sino que también se afirmó que su contenido era, en buena medida, “inútil”, “impracticable” y tales como que las “infernales” ordenanzas carolinas eran expresión de la barbarie; que resultaban “inaplicables y demasiado severas”; que estaban montadas “sobre la base de un poder absoluto por parte de los jefes”; o que su articulado- al que se consideraba ilegítimo por haber sido dictado por un monarca absoluto- era incompatible con el espíritu patrio, en la medida en que parecía estar destinado a “educar esclavos armados y a sostener la tiranía”.

Ahora bien, como simultánea derivación de la crítica comentada en el punto anterior, de las experiencias de las guerras por la emancipación, y del triunfo de la creencia según la cual el ramo de la guerra era “el más atrasado entre nosotros”, tras la disolución de las autoridades nacionales en 1.820 se impuso en Buenos Aires- único lugar de la Argentina en el que el intercambio de opiniones sobre la cuestión jurídico castrense alcanzó cierta entidad- la idea de que era necesario instaurar un sistema jurídico militar uniforme, que acorde con la calidad de los nuevos integrantes del ejército, restituyese a la sociedad un “movimiento regular” y superase “los tiempos crueles de la arbitrariedad revolucionaria”.

Así las cosas, durante la década de 1.820 los operadores jurídico militares discutieron apasionadamente sobre la posible reforma y codificación del derecho penal castrense patrio, debate que, a excepción de la abolición del carácter personal del fuero y de tímido principio de ejecución que significó el dictado del decreto del 1 de septiembre de 1.824, no alcanzó a plasmarse en otras normas concretas.

En respuesta a los despiadados reproches contra la legislación hispánica, Manuel BORREGO dijo que siempre era mejor contar con un dispositivo penal militar imperfecto, que dejar que el juzgamiento de los militares quedase librado al capricho de las autoridades castrenses.

Asimismo, algún contemporáneo señalaría en 1.825, en el seno del congreso constituyente, que el hecho de que las ordenanzas carolinas estuviesen llenas “de deberes

precisos y fatales” era resultado del carácter peculiar de una carrera como la militar, que debía sujetarse siempre “a un régimen más estricto, y más riguroso que otras profesiones”.

### **3. 5. Organización constitucional y cambios de mentalidad (1.852-1.861)**

Si el afianzamiento de la organización constitucional no puso formalmente en tela de juicio la vigencia formal de las ordenanzas españolas, tanto en el ámbito del Estado de Buenos Aires como en el de la Confederación Argentina- de hecho, en esta última su carácter de norma jurídica positiva fue expresamente reconocido durante 1.860, con motivo del dictado de la ley que atribuyó al auditor general el rango de coronel-, sería un error suponer que por aquellos días el texto de las ordenanzas de 1.768 reflejaba el derecho penal militar que se aplicaba cotidianamente.

En este orden de cosas, digamos que, a mediados del siglo XIX, lo que contaba con auténtica vigencia en el país era un peculiar- e impreciso- derecho penal castrense que, bien que basado en el texto de las ordenanzas de Carlos III, también debía mucho al influjo de las costumbres militares y a la práctica de los cuarteles. Así las cosas, por ejemplo, Dalmacio VÉLEZ SARFIELD hablaría en 1.858 de la existencia de un auténtico “derecho consuetudinario castrense”.

Frente a la imprecisión que se advertía en la práctica cotidiana de lo jurídico castrense, durante el período comprendido en este apartado también es verdad que se produjeron algunos innegables avances legislativos y doctrinarios, como la ley del 24 de agosto de 1.857, que distinguió, implícitamente, entre las faltas y los delitos castrenses.

En el mismo orden de cosas, también cabe tener presente que, como consecuencia inmediata de la instalación del régimen constitucional, personajes como Bartolomé MITRE advirtieron la necesidad de “armonizar el régimen política con el régimen

militar”, cuestión que si reimpulsó los esfuerzos en pro de la codificación castrense, suscitó más de una polémica.

De este modo, junto con el predominio de la noción según la cual la fuerza armada del país debía someterse a los dictados del derecho, donde lo jurídico castrense debía adecuarse a lo prescripto por la constitución y a lo recomendado por el espíritu de los tiempos, como así también el derecho militar argentino no podía permanecer ajeno a la influencia de los principios jurídicos del orden normativo ordinario.

Así las cosas, se comenzó a hablar de la necesidad de tutelar acabadamente los derechos de los hombres de armas, asegurando, de este modo, el acatamiento de las “formas esenciales de todo juicio” en los procesos militares.

### **3. 6. La incorporación de novedades en la regulación vigente y alternativas en torno a la codificación (1.862- 1.882)**

En lo que hace a este período debe señalarse que si bien en materia de derecho penal militar, las viejas ordenanzas del período hispánico todavía conservaban un importante papel, su ámbito de aplicación siguió restringiéndose paulatinamente.

Si hubo algo que identificó notablemente a los operadores jurídico militares del período con respecto a sus homólogos de años anteriores, fue su creciente interés en profundizar los conocimientos en materia jurídico militar.

En este sentido, una contundente expresión de dicha tendencia fue la notable apertura evidenciada respecto del derecho comparado, sobre todo del proveniente de aquellas naciones que tenían mejor organizado su ejército.

Así las cosas, los integrantes de las comisiones codificadoras de 1.881 recomendarían, por ejemplo, tener en cuenta la legislación de “aquellos pueblos que por

su estado de cultura y por la dedicación que prestan a estas materias, pueden ofrecer un modelo más o menos acabado”.

Entre otras el esfuerzo de Manuel QUINTANA para distinguir los delitos militares comunes, partiendo de la abolición de los fueros personales en el país, las infracciones castrenses no surgían de la calidad de las personas, sino de la naturaleza de los hechos cometidos, de los propósitos tenidos en vista por los agentes, y de los derechos que ellos habían amenazado.

Contrapuesta a la antedicha crítica a las ordenanzas, la codificación se erigió como la única alternativa posible. De este modo, y demostrando el triunfo de esta “tendencia filosófica” entre los argentinos- como la bautizaría, muy al decir de la época, José Tomás GUIDO-, se afirmó que el régimen jurídico castrense argentino no podía permanecer ajeno a un movimiento que abarcaba la totalidad del derecho patrio, ni a “la luz de los principios que formaban el derecho común del linaje humano”, y se impulsó la codificación como algo imprescindible, en atención “al progreso del país”, al “grado de su civilización y cultura” y a los “mismos adelantos del Ejército Argentino que tanto ha ganado en regularidad, en instrucción y en disciplina”.

En definitiva, pues, durante estos años se creyó que, de concretarse, la sanción del código militar, al imponerse la creencia de que así como la guerra se hacía entonces “a la europea”, “los principios y la legislación” del derecho patrio debían amoldarse a aquellos ejemplos.

Ello culminó con la sanción de los Códigos de 1.895<sup>45</sup> y 1.898<sup>46</sup>-, no impidió que los contemporáneos advirtiesen sobre la necesidad de adaptar las normas extranjeras a

---

<sup>45</sup> Ley Nro 3.190—Sustituidos por el Código de Justicia militar aprobado por la ley 3.679. Antecedentes parlamentarios: Diario de Sesiones Diputados., 1894, t. I, ps. 368, 376, 397, 413; Diario de sesiones Senado, 1894, p. 863, en *Anales de la Legislación Argentina* Complemento. 1889-1919. Editorial La Ley. Buenos Aires. Jurisprudencia-Doctrina-Legislación, 1954; p. 302. Biblioteca del Congreso de la Nación. Dirección de Referencia Legislativa. Departamento de Información Argentina y Atención al usuario.

<sup>46</sup> Ley Nro 3.737, declara ley el Libro III Código de Justicia Militar, según la redacción del Dr. Bustillo. Fuente: Diario de sesiones. Cámara de Diputados. Leyes que se sancionaron en el año 1898. Sesiones de prórroga. Compañía Sudamericana de Billetes de Banco. Buenos Aires, 1899: 1040.

“nuestro temperamento” y la incorporación de características del derecho penal argentino, como el reconocimiento pretoriano de la legítima defensa en sede militar, la voluntad criminal y al estado moral del agente, incorporándose al derecho positivo castrense la regulación de la tentativa- que podía ser declarada impune a criterio del tribunal, de acuerdo con “los antecedentes y circunstancias especiales que concurran”.

Ahora bien, se afianzó la convicción de que la jurisdicción militar era indispensable en todos aquellos “países civilizados de la tierra” que pretendiesen evitar la impunidad criminal. Asimismo, partiendo del concepto de que la situación de la administración de justicia militar expresaba el grado de progreso alcanzado por las fuerzas armadas, también se creyó que lo jurídico castrense debía modificarse paulatinamente, avanzando, de este modo, hacia la perfección.

Por otra parte, resultaba preocupante la disciplina militar, en su mantenimiento como “severa y racional”, y colocada a la altura de “las necesidades de la guerra moderna”, conceptualizada como la virtud castrense por antonomasia y la base de la fuerza de los ejércitos permanentes de la nación.

Así las cosas, se pensaba que la disciplina militar debía mantenerse “incólume y guardarse estrictamente en garantía de la moral de la fuerza pública destinada a salvaguardar las instituciones y leyes, la integridad e independencia de la república así como los deberes y libertades del ciudadano”.

A la vez, se propugnaba una disciplina militar, fundada en la aplicación de la ley y en el respeto de la dignidad humana.

En fin, cabe recordar que MITRE insistió en la “imperiosa necesidad” de contar con un código específico, a los efectos de subsanar la “heterogeneidad” de la legislación militar patria y las falencias de una administración de justicia castrense que el mismo Poder Ejecutivo consideraba “muy deficiente, contraria a sus mismos fines, repugnante al estado actual de la civilización y de la ciencia y aún opuesta al espíritu de nuestras adelantadas instituciones”.

Así las cosas, los contemporáneos no dudaron en adjudicar el entorpecimiento en la “marcha regular del Ejército” y el desquicio existente en materia jurídico militar a la demora del Congreso en sancionar los códigos.

Amén de lo dicho, durante estos años se consolidaron en materia jurídica militar dos líneas de pensamientos distintas, aunque no necesariamente contradictorias en todos sus

aspectos. Así, mientras que una de ellas, que reflejó en buena medida las aspiraciones civilistas en lo relativo al derecho castrense, alcanzó su punto culminante con la puesta en práctica de los códigos de 1.895, la otra, a la que cabe identificar con el espíritu del Código de Justicia Militar de 1.898, se orientó a consagrar la especialidad de lo jurídico castrense.

En cuanto a la perdurable vigencia del civilismo, es indudable que entonces se afianzaron tendencias manifestadas en décadas anteriores. Así, por ejemplo, la idea de subordinar completamente lo jurídico castrense a los principios “titulares de la sociedad” y a la preceptiva constitucional, condujo a muchos operadores contemporáneos al convencimiento de que los Consejos de Guerra tradicionales, surgidos en el “tiempo del absolutismo”, eran incompatibles con los principios de la Constitución Nacional, y que la legislación militar debía ser ajustada a tenor de la particular naturaleza de las instituciones políticas argentinas.

De esta manera, en la concepción de los codificadores de 1.894 dominó el principio de que el derecho militar debía integrarse al resto del orden jurídico, y que la penalidad castrense, más que orientarse al mantenimiento de la disciplina propia de las fuerzas armadas debía tener por objetivo evitar los potenciales desbordes militares contra la república y la sociedad civil.

De un modo análogo, en diversas oportunidades se defendió la concepción de que el soldado tenía “el deber de obedecer como ser racional y como ser libre”, y no como “mero instrumento”, en tanto que la verdadera disciplina militar de un país culto era una “disciplina natural, de convicción”, que descansaba “en el cumplimiento de la ley y en la educación y preparación de cada uno”.

Asimismo, se insistió en subrayar que la justicia militar “no dejaba de ser justicia” aunque lo fuese de excepción, y que, precisamente por ello, no podían ignorarse en sede castrense las garantías primordiales del procesado.

Ahora bien, en tanto que lo dicho arriba fue expresión de los anhelos tendientes a integrar por completo el derecho militar al orden jurídico general, simultáneamente otros operadores adhirieron a la idea de que las peculiaridades de lo jurídico castrense respondía a la “naturaleza de las cosas”, y que, por ende, no se podía introducir “el espíritu de las sociedades civiles”, en una institución que, como el ejército, requería, al decir del

codificador de 1.898, José María BUSTILLO, de un “régimen de gobierno bastante severo” previsto para el cumplimiento de la misión propia del Ejército.

Así, y de la mano de este tipo de concepciones, algunos operadores comenzaron a hacer hincapié en la especialidad del derecho castrense.

De este modo, por ejemplo, se afirmó que en tanto los hombres de armas se hallaban sujetos a deberes particulares, el derecho militar debía ser una legislación de excepción, que respondiese a las “especiales exigencias” de la Organización castrense, de las situaciones de guerra y de las relaciones mantenidas por los individuos militares entre sí y con sus superiores jerárquicos. Por otra parte, esta incipiente tendencia autonómica se manifestó en la enunciación de principios concretos.

Asimismo, cabe recordar, por último que, como manifestación del fenómeno descrito en este apartado, también se sostuvo que “para codificar en lo militar” había que poseer ante todo, una elevada idea de las cosas de la Guerra y el más acendrado espíritu de milicia”. De este modo, no fue sorprendente que se criticara a los gobiernos por adjudicar la redacción de la normativa específica a ciudadanos “profanos en la materia”, ni que se condenase a las Códigos de 1.895 por la “tendencia natural en las personas dedicadas al estudio del derecho” a “caer en el error de querer aplicar las disposiciones de la legislación común a la legislación militar”.

### **3. 7. Ajustes en el derecho positivo, pretensiones reformistas y contrastes de mentalidad (1.899/1.942)**

Respecto a los cambios introducidos en la concreta regulación de la penalidad militar Argentina, durante las cuatro décadas comprendidas en este apartado, corresponde aquí recordar que, salvo las reformas introducidas en 1.905 al Código de Justicia Militar- plasmadas en la Ley de Organización del Ejército y modificaciones al Código de Justicia

Militar<sup>47</sup>-, que terminaron con la posibilidad de la defensa letrada, subordinaron más a los funcionarios de la Justicia Militar, modificaron parcialmente el régimen legal de la obediencia debida, y ampliaron los plazos de extinción de la acción penal y de la prescripción, no se produjeron otras modificaciones.

Sin embargo, al margen de lo limitado de estas reformas, lo importante es que entonces también cobraron vida una serie de interesantes reflexiones y debates en el ambiente. En este sentido, definido el ordenamiento penal militar por Rodrigo AMORRORTU “como un derecho penal especial, mas no como un derecho extraordinario o excepcional”, algunos operadores, como Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, advirtieron la necesidad de circunscribir “la determinación precisa y exacta del verdadero concepto del delito militar y de los elementos que lo caracterizan en relación al delito común”.

Además, durante esta época no resultaron infrecuentes los reclamos de los expertos y de los magistrados, algunos de los cuales sostuvieron que, en ocasiones, en los procesos militares “brillaba una mera formalidad burlesca”, que la substanciación de las causas resultaba indebidamente lenta, y que los defensores no se destacaban por su diligencia, sobre todo en lo atinente a la interposición de los recursos.

Así las cosas, se formularon oportunas propuestas, tendientes a incorporar al Código de Justicia Militar el instituto de la condenación de ejecución condicional; a imponer un régimen más elástico en la aplicación de las penas, que, entre otras cosas, contemplase la distinta jerarquía de los imputados; a eliminar la pena de muerte durante las épocas de paz; a establecer en sede castrense el recurso de apelación; y a incorporar un sistema de jueces de instrucción y de fiscales letrados inamovibles.

Al margen de estas cuestiones, empero, el debate mayor giró en torno a la cuestión de la posición de los procesados en sede castrense, sobre todo a partir de la reforma de 1.905 que suprimió la posibilidad de la defensa letrada.

Así luego, abundaron las impugnaciones contra el régimen vigente en materia de defensa. Al respecto, cabe recordar, que Roque SÁENZ PEÑA denunció los obstáculos

---

<sup>47</sup> Leyes Nros. 4.707 y 4.708, En Anales de la Legislación Argentina. Leyes sancionadas. Tomo I. 1.889-1.919. Ediciones La Ley. Buenos Aires, 1.954; 417-439. Biblioteca del Congreso de la Nación. Dirección de Referencia Legislativa. Departamento de Información Argentina y Atención al usuario.

que conspiraban contra la tarea de los defensores, y que un funcionario de Justicia Militar señaló que aquellos estaban impedidos de satisfacer ampliamente los sagrados deberes exigidos en virtud de su cargo, sugiriendo varios la necesidad de volver a autorizar la presencia de letrados civiles ante los Consejos e Guerra.

Este predominio de lo disciplinario- bueno es señalarlo- no fue exclusivo de los juristas castrenses, sino que gravitó en el pensamiento de los civiles. Tal es el caso, por ejemplo de Ramón CASTILLO, quien definió los “delitos militares” como “las infracciones contra la disciplina y la obediencia”.

En definitiva, en tanto que tendiese a la conservación de la disciplina- considerada como Ley Suprema que no podía limitarse por consideraciones de ningún género- para los operadores contemporáneos, la Justicia Militar constituía un Acto de Autoridad y uno de los tantos servicios imprescindibles del Ejército.

Como fenómeno próximo al creciente protagonismo de las preocupaciones disciplinarias, cabe señalar aquí que durante este período cobró progresiva importancia la idea de que lo penal militar constituía un ámbito jurídico necesariamente autónomo respecto del derecho ordinario.

De este modo, pues, para los operadores jurídico militares contemporáneos la esencia de este derecho penal- que no ocultaba una clara vocación intimidatorio, y que sólo se preocupaba por la vigencia de los derechos individuales en tanto éstos no colisionasen con el fin disciplinario primordial- no reposaba tanto en los principios inmutables de justicia sino en el arraigado concepto de que lo jurídico militar debía resguardar la obediencia y sumisión del soldado y la autoridad y conducta de los comandos, en el interés primordial de conservar la disciplina.

Pese a todo, empero, cabe reconocer que el carácter “especial de la Jurisdicción disciplinaria militar” no excluía la posibilidad de su adaptación a los nuevos principios introducidos en el orden común en materia penal, en la medida en que ellos resultasen conciliables con las necesidades primordiales del orden militar.

Así las cosas, José María BUSTILLO fue uno de los más entusiastas defensores de la especificidad del derecho penal militar. Mientras tanto, otros expertos en la materia sostenían que el Código de Justicia Militar debía “evitar analogías” con el derecho penal común, para fundar la organización disciplinaria en sus propias bases.

Así las cosas, y pese a que el derecho comparado seguía interesando a los expertos, sobre todo a partir de los años 20, se abrió paso en la Argentina una sólida concepción jurídica militar nacionalista, a tono con el auge de aquellas tendencias que relacionaban la eficiencia de un orden normativo con su adecuación a la idiosincrasia de los pueblos, a su grado de civilización, y a las condiciones geográficas y políticas de cada país.

De este modo, al calor de dicha reacción nacionalista- en virtud de la cual nosotros mismos los elementos básicos de toda reforma legislativa-, no sólo se revalorizaron las viejas ordenanzas de Carlos III, que de vetustas y criticables pasaron a ser adjetivadas de “famosas y sabias”, sino que, en líneas generales, todo el aparato penal militar argentino pasó a ser merecedor de elogios.

En efecto, se habló así de la excelencia de la organización jurídico militar Argentina- incluso se afirmó que ésta era mejor que la francesa-, y de las bondades de un Código como el de BUSTILLO, al que supuestamente solo cabía efectuarle algunos ligeros retoques.

### **3. 8. Transformación y recodificación del derecho penal militar** (1.943/1.955)

Consolidada a comienzos del siglo XX la idea de que la substantividad y legitimidad del derecho militar, resultaba incuestionable y de que la jurisdicción castrense constituía un fuero de excepción, necesario para asegurar el orden y el interés público, durante estos años se pensó que el objetivo del Código de Justicia Militar no sólo pasaba por mantener y asegurar la disciplina de las Fuerzas Armadas, sino también por determinar los principios fundamentales que debían constituir el marco jurídico en el que se encuadraba toda la actividad nacional en el caso eventual de una guerra.

Al respecto, cabe señalar que esta tendencia expansiva de lo jurídico castrense- una de cuyas manifestaciones consistió en el frecuente sometimiento de los civiles a la jurisdicción militar- se fundó en la aplicación de nuevas orientaciones en materia de defensa nacional al campo del derecho, en una época en la que se conceptuaba que los tiempos de paz entrañaban los tiempos de guerra; pero fundamentalmente requería la adaptación a la Constitución Nacional de 1.949.

Así, por ejemplo, al decir del codificador de 1.951, Oscar Ricardo SACCHERI, la nueva legislación militar Argentina derivaba del imperio de los conceptos modernos de guerra total y de la Nación en armas.

Empero, si bien se negaba a los consejos de guerra la independencia que poseen los tribunales ordinarios, y se afirmaba que la esencia y fin de la Justicia Militar era el mantenimiento del orden y de la disciplina, y no garantizar derechos individuales, paulatinamente también se fue aceptando entre los mismos operadores jurídico castrenses que la actuación de los tribunales militares debía apoyarse sobre los principios sagrados del derecho.

De este modo, mientras que algunos hicieron lo posible para que en tiempo de paz se asegurasen los derechos del imputado dentro de lo compatible con la disciplina, otros recomendaron que la defensa en sede militar fuese adjudicada a letrados, surgieron el nombramiento de defensores permanentes, y propusieron que la defensa tuviese mayor intervención en el sumario militar.

Asimismo, otra importante característica de la penalidad militar Argentina de estos años fue la incipiente recepción del derecho internacional de guerra.

Preconizada entonces tanto la autonomía del derecho penal militar respecto del orden represivo ordinario- lo que llevó a algunos a sostener que la redacción de los proyectos jurídicos militares no se podía confiar a los legistas profesionales-, como la substantividad del derecho punitivo castrense, en atención a la peculiaridad del bien jurídico tutelado, la mayoría de los contemporáneos compartía el criterio de SACCHERI<sup>48</sup>, según el cual el Código de Justicia Militar debía constituir un todo orgánico que se bastase a sí mismo. Minoritarias fueron, pues voces como las que Miguel

---

<sup>48</sup> Exposición de motivos a la Ley Nro 14.029.

Ángel ZAVALA ORTIZ, quien rechazó las teorías según las cuales la Justicia Militar se consideraba como una fracción del poder de mando del presidente, y pretendía, en su lugar, la consagración de una Justicia Militar totalmente autónoma, integrada por magistrados civiles.

Es loable lo expresado por la Asamblea de Constituyentes de 1.949, en los que uno de los convencionales oficialistas, con la vigencia del concepto de Nación en armas la defensa de los supremos intereses de la Nación y la de todos sus habitantes, se concebía la penalidad militar como un sistema no sólo aplicable a la conducta de los hombres de armas entre sí y con relación al Estado, sino también como un mecanismo al que le interesaba velar por la protección de las Fuerzas Armadas, frente a las agresiones externas que éstas pudiesen sufrir.

En efecto, así como la nueva constitución, aprobada en marzo de 1.949, había consagrado el fuero castrense, dos años más tarde, y después de haber sido considerado como una prioridad del primer plan quinquenal, se sancionó un Nuevo Código de Justicia Militar, a la par de una vertiginosa producción de libros y artículos de la especialidad.

También en lo que se refiere al tema cuyo estudio abordamos en este apartado, cabe señalar que, durante el primer gobierno peronista, una de las más claras muestras de expansión del modelo jurisdiccional castrense estuvo dada por la creación de un sistema de Justicia Policial Nacional inspirado en el ejemplo militar. Sobre el tópico señalado, cabe decir que si bien no existía una absoluta identidad entre ambos regímenes penales y disciplinarios, la constante referencia modélica al Código de Justicia Militar condujo a que, en ciertas ocasiones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicase al ámbito policial los principios de la Jurisprudencia castrense.

### **3. 9. El derecho penal militar contemporáneo. Reformas y principales debates**

Aunque tras la caída del primer peronismo, no se introdujeron en materia de regulación represiva castrense mayores modificaciones hasta la sanción de la ley Nro 23.049<sup>49</sup>, norma que además, se centró en cuestiones relativas al procedimiento fundamentalmente de apelación y al control de los Consejos de Guerra por parte de Tribunales integrantes del Poder Judicial, cabe advertir desde entonces una creciente preocupación por juridizar las instituciones penales militares entre los distintos operadores jurídicos.

Se impuso en la vida forense un criterio sumamente restrictivo de lo que debía entenderse por “delito esencialmente militar”, sostenido ya en autos TÓRTOLA, Pedro<sup>50</sup> donde la Corte sostenía los delitos esencialmente militares según el artículo 508 del CJM a los que infringían las leyes militares y perjudicaba la disciplina militar.

Aceptado que, el principal objetivo del derecho militar gira en torno al mantenimiento de la disciplina, durante los últimos años del período estudiado en este apartado se impuso, sin embargo, la convicción de que dicha disciplina debía ser fruto de la realización del valor justicia.

Así las cosas, abandonado el concepto de que la Justicia Militar era un mero atributo del mando, como ya queda dicho comenzó a preconizarse la necesidad de juridizar el derecho penal militar argentino, instando a la garantía del derecho de defensa, la defensa letrada y propugnar un nuevo concepto de disciplina militar que garantice un Ejército republicano.

Asimismo, comenzó a hablarse de la necesidad de integrar el aparato jurídico militar de tiempo de paz a las estructuras del Poder Judicial de la Nación. Todos estos antecedentes condujeron a la reforma del derecho penal militar argentino.

---

<sup>49</sup> InfoLEG. Información Legislativa. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28157/norma.htm>.

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 147:45 “TÓRTORA, Pedro Victorio s/ insubordinación a mano armada con vías de hecho”.

Para concluir los antecedentes conmemorados por ABÁSULO, respecto al derecho penal militar, se resume en que, la estructura del derecho penal militar argentino se apoyaba en antecedentes históricos desde instaurados desde la colonización en el período hispánico. Aunque con vaivenes propios de rupturas que condujo a la codificación del derecho militar argentino, basado fundamentalmente en el articulado de las ordenanzas de Carlos III con una escasa impronta de precedentes hispano indios y aditamentos de las enseñanzas de la escuela italiana de derecho militar.

No obstante el avance del derecho penal militar con la Constitución de 1.949, el mismo no avanzó a la par del ordenamiento jurídico global, padeciendo desajustes y desactualizaciones que anunciaba la derogación del mismo, al no pretender armonizarse con el derecho global.<sup>51</sup>

Algún sector doctrinario llamó la muerte anunciada del Código de Justicia Militar, para lo cual avanzaremos en el próximo capítulo en los antecedentes que propiciaron la reforma.

### **3. 10. El Código de Justicia Militar Ley Nro 14.029**

Brevemente expresaremos que, el Código de Justicia Militar- Ley Nro 14.029, según la exposición de motivos del Grl. Aud Oscar Ricardo SACCHERI<sup>52</sup>, expresaba que era

---

<sup>51</sup> ABÁSULO, Ezequiel, *“El derecho penal militar en la historia Argentina”*, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba XXXV, Córdoba, 2.002, Págs. 640/671.

concordado con el Art. 29 de la nueva Constitución Nacional, con el Código Penal común y leyes especiales orgánicas sancionadas por el Congreso y no obstante realizar una enunciación de seis Proyectos de Códigos de Justicia Militar, Ley de Disciplina Militar, entre otros.

El mencionado oficial superior, destacó que prefirió adoptar la modificación del código en vigor en aquella oportunidad, el cual demostró tras cincuenta años de vigencia ser un instrumento legal de excelentes condiciones, tanto de organización y procedimiento como a la penología con que ha sabido afianzar el mantenimiento de la disciplina de las Fuerzas Armadas, objeto fundamental del Derecho Penal Militar.

Asimismo expresó que los códigos son instrumentos legales, destinados a regir a la colectividad o a grandes sectores de la misma en forma duradera, debiendo satisfacer las necesidades de las instituciones político-sociales del Estado que, si bien viven su propia época y no pueden permanecer ajenas a las leyes innovadoras del progreso y la evolución, son de carácter permanente.

En consecuencia, son la expresión de la ecuación personal de las ideas, teorías o sistemas jurídicos que abraza el autor del proyecto, sino la expresión de una ecuación impersonal, elaborada por la vida misma de las instituciones que pretende regir, maduras por la experiencia sedimentadas por la aprobación y el consenso de la mayor parte de expertos.

Luego citó la no innovación salvo en lo que la práctica sugirió como conveniente, ha sido permanente respetado por Dres. Manuel OBARRIO, Aristóbulo del VALLE, Estanislao CEVALLOS y otros; quienes proyectaron los primeros Códigos en 1.895 sobre los principios fundamentales de las Ordenanzas Españolas y la vida propia de los ejércitos argentinos en la época de la Colonia; igualmente la obra del Dr. BUSTILLO en 1.905, destacando que reformar es perfeccionar lo existente.

En este sentido, mantenía la estructura de los Tribunales Militares y las funciones de los auxiliares de la Justicia Militar, procedimientos, adecuándolo solo al actual desarrollo y organización de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, en cuanto al Derecho Penal militar destaco que, su adecuación del Código de 1.898, a la Constitución de 1.853 y al Código Penal de 1.887, hacen necesaria

---

<sup>52</sup> Exposición de Motivos Ley 14.029, brindados por el General Auditor Oscar Ricardo SACCHERI; el 14 de Junio de 1.949.

su adecuación a la Constitución Nacional y al actual Código Penal de 1.921; como así también a la Ley de Defensa Nacional y a la de Organización General de la Nación en tiempo de Guerra, todas sancionadas por el Congreso de la Nación.

Tratado I- Organización y competencia de los Tribunales Militares; en los que se distinguía en tiempo de Paz y de Guerra.

En su Art. 2ro, como fuente normativa de la Jurisdicción Militar se encontraba en el artículo 29 de la Constitución Nacional que expresaba que “la Jurisdicción militar se ejerce por los tribunales y autoridades que este Código determina”, asimismo en su artículo 108 el Código de Justicia Militar (CJM)<sup>53</sup>, que comprende delitos y faltas esencialmente militares y en el 109 CJM<sup>54</sup> determinaba el alcance de la Jurisdicción militar en razón de la persona.

Además en el Tratado II, se disponían procedimientos para los Juicios Militares, tales como normas generales vinculadas a la gratuidad, actuaciones judiciales, hábiles los feriados, notificaciones fehacientes- citaciones y emplazamientos, cómputos de plazos de 24 horas a correr desde la media noche de la notificación, términos prorrogables por autoridad militar competente.

Cabe destacar entre ellos que expresamente disponía respecto a los delitos contra el honor, previstos en los artículos 71 y 72 del Código Penal, no se inicia actuación de oficio por depender de instancia privada<sup>55</sup>. Además de orientar que los prófugos se registrarán por

---

<sup>53</sup> Artículo 108 CJM “La Jurisdicción militar comprende los delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de este carácter todas las infracciones, que por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sanciona”.

<sup>54</sup> Artículo 109 CJM “Están en todo tiempo sujetos a la Jurisdicción militar, en lo que hace a los delitos esencialmente militares y a las faltas disciplinarias a las que se refiere el Art. 108” y el Art. 110 CJM, hacía extensiva la jurisdicción a terceros no militares en caso de Guerra.

<sup>55</sup> Artículo 147 CJM “No se iniciará juicio ante los tribunales militares por delitos comunes de acción dependiente de instancia privada, conforme a lo dispuesto por el Código Penal, si no mediere denuncia de mujer agraviada, o de su tutor, guardador o representantes legales”.

disposiciones de procedimiento penal común, previendo la declaración de rebeldía por incomparecencia a la citación y por encontrarse fugado estando legalmente detenido.

### **3. 10. 1. El Procedimiento ordinario en tiempo de paz**

Se instrumentó bajo la denominación de “El Sumario”, determinando quien ordenaba la actuación, el objeto y su duración; la obligación de denunciar delitos sujetos a jurisdicción militar a quienes tuvieren conocimiento no siendo aplicables la exención prevista en el Código Penal (consanguíneos, amigos íntimos, etc.) y dando lugar a investigación la denuncia anónima; todo ello fundado en el superior interés de la disciplina militar.

La Instrucción, importaba la incomunicación en la forma legal, la pesquisa o el registro domiciliario, cuyas facultades era otorgada al Juez de Instrucción Militar (ex JIM), sin necesidad de ocurrir a solicitar autorización a otro Juez.

Respecto a la comprobación del hecho, preservación de las pruebas, identidad de víctima y victimario. Se encontraba prevista la declaración Indagatoria, a quien se le imputa delito o falta cuya represión exija sumario, otorgó importancia a la salud mental y capacidad de delinquir si el delito importaba pena mayor a diez años de prisión o reclusión, como la incapacidad mental del imputado posterior al hecho.

Por otra parte, el auto de procesamiento, cuyo efecto es, tras la declaración indagatoria, el cambio de situación procesal de imputado a procesado independientemente de si procede o no prisión preventiva (rigurosa o atenuada) -para el caso que existiese sospecha cierta de participación en la comisión del ilícito-; momento en el cual, al causante se le reducía el sueldo y las actuaciones se elevaban a plenario, se emitía resolución ejecutiva o se sobreseía o no, en consideración a los hechos y probanzas adoptadas a la misma.

La conclusión del sumario, era obligatoria para el instructor, aconsejando la solución correspondiente a todo imputado a quien se le reciba declaración indagatoria, indicando responsabilidades penales y disciplinarias que surjan del mismo con dictamen jurídico de auditor interviniente.

En el sobreseimiento, se dejaba constancia que la formación del sumario no afecta el buen nombre y honor de los procesados, borra la inculpación que suponía. Este podía ser definitivo o provisional (este es equivalente a la falta de mérito permite reabrirlo).

La segunda etapa denominada “El Plenario”, era el procedimiento que se lleva a cabo ante los Consejos Permanentes de Guerra; cuyas características son la plena oralidad, para evitar dilaciones, el ofrecimiento y producción de prueba en el seno de la audiencia y luego se articula el requerimiento fiscal y la defensa; podían producirse pruebas de oficio. Solo admitía las excepciones de incompetencia- prescripción- cosa juzgada- amnistía o indulto.

La Vista de la causa, se materializaba respecto de las cuestiones de hecho, eran formuladas por el auditor adscripto, pudiendo el Tribunal hacerle observaciones a la forma de redacción sin modificarlas sin su consentimiento y realizarle preguntas al mismo, puesto que estos eran responsabilidad del letrado y los miembros del Jurados (son legos) y sólo votaban sobre lo expresado.

Tanto fiscal como defensa, podían hacer notar deficiencias en la redacción de los hechos o proponer agregar otros, resolviendo el consejo sobre su procedencia al deliberar para sentencia.

En cuanto a la Deliberación y Sentencia, correspondían al consejo de Guerra, estos eran jurados en la apreciación de la prueba y jueces en derecho en la calificación legal de los hechos que declaran probados en sus sentencias.

Antes de discutirse por el tribunal las cuestiones de aplicación de la ley, el auditor debía dejar su expresa opinión, con constancia en acta; luego se votaba la pena correspondiente, primero en cuanto a la naturaleza y luego a la extensión de la misma.

Respecto a dichas resoluciones, cabía el recurso de infracción a la ley, cuya procedencia era de interposición por el acusado o defensor contra sentencias de destitución o confinamiento; cuando se infringió la ley en la sentencia, por errónea aplicación de la norma o establecimiento de la pena, o en caso de quebrantamiento de formas si no hubiese tomado la declaración indagatoria, intervención de fiscal, omisión de

prueba, cuyas nulidades estaban establecidas en el CJM. En el término de 24 horas se notificaba.

El recurso de revisión, correspondía cuando era aplicable la ley penal más benigna; ante conocimiento de hechos o pruebas posteriores o contradicciones; en cuyo caso se suspendía la ejecución o se interrumpía el cumplimiento de la sentencia firme.

El recurso ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, se fundaba en causales de nulidad expresados en el agravio.

Cabe recordar que en 1.984 se incorporó el artículo 445 bis, previendo el recurso directo ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar del hecho, cuya procedencia era contra sentencias de Tribunales Militares por inobservancia o errónea aplicación de la ley e inobservancia de formas esenciales previstas por la ley para el proceso (por limitar el derecho de defensa o prescindencia de prueba esencial para la resolución de una causa).

Finalmente referente a la ejecución de sentencia; el Presidente de la Nación poseía atribuciones en cuanto a la aplicación de la pena de muerte o el establecimiento de penas a personal superior, produciendo sus efectos cuando la resolución mande ejecutar. También tenía facultades respecto a penas para hacer cumplir, perdonar (indulto), substituir (conmutar), igual en sanciones imponer, aumentar, disminuir, modificar o perdonar la sanción disciplinaria.

### **3. 10. 2. El Procedimiento en tiempo de guerra**

El trámite, era equivalente al procedimiento en tiempo de Paz, salvo que la autoridad militar que ordena la instrucción, fundado en razones de disciplina o urgencia en el que se le imprimía el trámite del sumario. La recepción de la prueba, se realizaba de orden del Presidente del Tribunal, podía ser efectuada por el auditor.

El Código de Justicia militar, se adaptó a la penología establecida en la Constitución Nacional de 1.949, la que en su artículo 29 había dispuesto principios de política procesal penal, tales como la irretroactividad de la ley, ley penal más benigna al imputada, la inaplicabilidad de la analogía a tipos penales, y en caso de duda a favor del reo.

En la exposición de motivos SACCHERI, exaltaba la concordancia al Código Penal de 1.921, en cuanto fuere posible ya que el derecho penal militar no es independiente sino autónomo; destacando que el mismo tiene diferencias pero analogías con el derecho penal común. Así, el Art. 870 disponía que los delitos por violación a la ley penal común o de ley especial, en los casos sometidos a la jurisdicción militar, serán reprimidos con arreglo a las disposiciones de las primeras.

También se encontraba prevista la condena condicional, siendo facultativa para el tribunal y restringida a los delitos comunes culposos (Art. 512); entendiéndose que en este caso existen en menor grado. Entre las razones del establecimiento de la condena condicional era que en la esfera militar, el interés de la disciplina requiere la ejemplaridad de la sanción, el mantenimiento del prestigio de la Institución y subsidiariamente la reforma del delincuente.

En cuanto a los delitos esencialmente militares, se aproximaba al derecho penal común; aplicando el Capítulo I del Código Penal a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del CJM; sin perjuicio de las causales de justificación, atenuación y agravantes de responsabilidad típicamente militares (Art. 515/252).

Entre las especificidades, incorporaba a la embriaguez, como causa de justificación en los delitos militares, no era una causal de exención ni atenuación por el mismo fundamento que la disciplina preserva.

Es importante destacar, el anteproyecto destacaba que, se colocaba a los militares en igualdad de situación con el resto de los ciudadanos.

Por otra parte, en los delitos de jurisdicción militar la participación era considerada y reprimida según las reglas del Código Penal.

En cuanto a la penología, la exposición de motivos expresaba que con el fin de propender a la individualización de la pena, de mantener concordancia con el Código

Penal, se deslinda con nitidez la diferencia entre pena aplicable a delitos<sup>56</sup>; y sanción aplicable a las faltas disciplinarias<sup>57</sup>.

No obstante lo cual destacó que para ciertos casos se establecieron penas alternativas para la mejor administración de justicia aplicable al caso.

El texto del Código de Justicia Militar, no obstante distinguir entre faltas y delitos, incorporó el término infracciones militares distribuidas según el bien jurídico protegido y cuya finalidad se daba en dar mayor margen de apreciación de hechos y graduación de penas al juzgador:

\*La Lealtad de la Nación: delito de traición (actividades del traidor armarse contra la nación- unirse al enemigo- ser espía de una potencia extranjera), instigación a cometer actos hostiles (a potencia extranjera a hacer la guerra, realizar actos hostiles- le realizare inteligencia para favorecer operaciones militares en caso de guerra), espionaje y revelación de secretos concernientes a la defensa nacional (revelar secretos – obtención indebida de datos- reconocimientos- levantar planos/ croquis, tomas fotográficas, ingreso engañoso a lugares prohibidos).

\*Delitos que afectan las relaciones internacionales de la Nación (piratería).

\*Los Poderes públicos y el orden constitucional: la rebelión (utilizar las fuerzas a su mando para revelarse o adherirse al movimiento rebelde).

\*Delitos contra el orden constitucional.

\*Delitos contra la Disciplina: Vía de hecho contra el superior (ataque de hecho al superior), irrespetuosidad (agravio- amenaza- injuria o falta de respeto al superior), insubordinación (resistencia ostensible a una orden del servicio), desobediencia (sin rehusar obediencia ostensible o expresa deja de cumplir injustificadamente una orden del servicio), insultos a centinela, motín (militares reunidos en mas de 4 se sustraen a una

---

<sup>56</sup> Artículo 508 CJM “Constituye delito militar toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este Código y demás leyes militares, que no se encuentre comprendida entre las faltas de disciplina; y además, todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten, en tiempo de guerra”.

<sup>57</sup> Artículo 509 CJM “Constituye falta de disciplina toda violación de los deberes militares, que la ley o los reglamentos repriman con alguna de las sanciones enumeradas en el artículo 549”.

obligación u orden del servicio), sublevación, actividades políticas o subversivas (militar activo que participa en actividades políticas no autorizadas o en suscitar descontento en sus camaradas con el régimen o el servicio militar).

\*Infracciones en el desempeño de cargos: Abuso de autoridad, usurpación de mando.

\*Delitos y faltas contra el servicio: Abandono de servicio, calumnia o injuria a un subalterno, abandono de destino o residencia, desertión (simple y calificada en tiempo de guerra/ excavación/ escalamiento- faltar a la unidad de destino o lugar fijado de residencia por más de 5 días desde que se produjo la ausencia), infracción a los deberes de centinela y violación de consigna. La negligencia (descuido injustificable con graves consecuencias).

\*Infracciones diversas en el mando- en comisiones o en el servicio (abandono del cargo por piloto, pasividad perjudicial de jefe de unidad en caso de siniestro, ocultar averías o deterioros de material militar).

\*Delitos contra el honor militar (públicamente ultrajare a la Nación o símbolos patrios Fuerzas Armadas, cobardía, devolución de despachos, actos homosexuales y deshonestos; calumniar o injuriar a otro militar de igual grado).

\*Infidelidad en el servicio.

\*Infracciones especiales de la Marina y la Aeronáutica, violar disposiciones en caso de siniestros.

\*Infracciones cometidas por personal civil de buques o aeronaves mercantes, principalmente en tiempo de guerra, puestas en colaboración con las Fuerzas armadas.

\*Mutilaciones y substracciones al servicio, incita o ayuda a sustraerse del servicio u obligaciones.

\*Delitos contra la propiedad: exacciones ilegales (extorsión beneficio patrimonial ilícito), disposición indebida de prendas (privación aún temporal del bien por el Estado), daños- incendios y otros estragos- según sea común o calamitosa o compromete la capacidad bélica de la Nación.

\*Delitos en el desempeño de cargos: prevaricato (expide sentencia o resolución injusta), denegación y retardo de justicia, cohecho.

\*Omisiones, defraudaciones, para el caso de distraer fondos en provecho propio o ajeno y la malversación (cambiar el destino a los fondos).

\*Falsedades: falsedad en la administración o en el servicio militar, falsificación-ocultación, substracción o destrucción de documentos públicos u oficiales, otras falsedades. Usurpación de condecoraciones- uniformes- distintivos e insignias militares.

\*Evasión de presos y de prisioneros (fuga con violencia en las personas o fuerza en cosas, excavación/ escalamiento) y el que pone –procura o favorece la evasión.

\*Delitos cometidos por prisioneros de guerra.

\*Delitos Comunes- Norma general- Robo y hurto.

### **3. 10. 3. La previsión de la pena de muerte en el Código de Justicia militar Argentino**

El Código de Justicia militar tenía prevista la pena capital, en los artículos 621; 626; 627; 629; 632; 641; 643; 656; 657; 662; 663; 667; 670; 677; 678; 686; 706; 711; 724; 731; 733; 734; 735; 747; 748; 749; 750; 759; 762; 775; 792; 798; 800; 808; 809; 819; 824; 828 y 845 en donde se hace referencia a los siguientes casos para la aplicación de dicha pena:

- A los individuos de las fuerzas armadas que cometan delito de traición, cuando han puesto en peligro la independencia de la República o si ha impedido que una operación de guerra produzca los resultados esperados.
- Al militar que instigare a una potencia a hacer la guerra contra la Nación y esa instigación tuviera su efecto.
- Al militar que instigare a una potencia a realizar actos hostiles contra la Nación y a consecuencia de ello sobreviniere una guerra o se produzcan estragos, muerte de personas.

- Se le aplicara pena de muerte al militar que cometa delito de espionaje.
- A los espías en tiempo de guerra.
- Al militar que con abuso de su condición de tal o empleando la fuerza cometiera actos de piratería.
- A los promotores y cabecillas con mando superior en la rebelión y los superiores de ellos que participen de la misma.
- Al militar que frente al enemigo o frente a la tropa formada con armas, ataque a un superior aunque este no sufra daño alguno.
- Se le impondrá la pena de muerte al militar que causare la muerte o lesiones graves a otro.
- Al militar que obligare a un superior a ejecutar u omitir algún acto de servicio en tiempo de guerra.
- Cuando un militar le faltare el respeto debido al superior con palabras, escritos dibujados, en tiempos de guerra frente al enemigo
- En caso de insubordinación, al que se negare a cumplir una orden que le fuere impartida por un superior frente al enemigo en tiempos de guerra.
- Al militar que cometa con armas violencia contra centinelas o salvaguardias en tiempos de guerra.
- Cuando la desobediencia haya sido causa de que se malogre una operación de guerra y se favorezca al enemigo.
- A los promotores de un motín cuando se produzca derrame de sangre frente al enemigo o cuando comprometa una operación de guerra.
- Se le impondrá pena de muerte al militar que emprenda una operación de guerra con tropas a sus órdenes si el hecho haya puesto en peligro las Fuerzas Armadas.
- Por abandono de servicio que ponga en peligro las fuerzas armadas en tiempo de guerra.
- Cuando la deserción se produzca frente al enemigo en tiempos de guerra.
- Al militar que estando de centinela, salvaguardia, vigía, escucha u operación de telecomunicaciones abandona su puesto frente al enemigo.
- Al militar que no cumpliera con las consignas estando en los puestos mas arriba mencionados.
- Al militar que no avise que se aproximan los enemigos.

- A todo militar que viole una consigna general dada a las tropas de que forma parte cuando se comprometiére la seguridad de las fuerzas armadas.
- Al militar que no preste auxilio en tiempos de guerra.
- Al que se rinde frente al enemigo teniendo los medios y la posibilidad de no hacerlo.
- Se aplicara la pena de muerte a los militares que descienden de paracaídas para realizar una operación de guerra y no se incorporen inmediatamente al resto de equipo.
- A quien causare falsa alarma o confusión y desorden en las tropas en tiempos de guerra.
- A todo militar que deliberadamente ocasione la pérdida de un buque o aeronave militar en tiempo de guerra.
- Si por falta de auxilio pedido se perdiere un buque o aeronave militar o mercante de matricula militar.
- A todo individuo que por negligencia produjere en tiempos de guerra averías, incendios en las aeronaves y buques.
- Al militar que destruyere, inutilizare y privare al Estado de disponer de alguno de los elementos integrantes del armamento militar cuando estos hubieren dificultado la operación de guerra.
- Cuando un militar destruyere, incendiara o hiciera desaparecer bienes muebles e inmuebles del Estado que tenga relación a la defensa del país teniendo esto como resultado la muerte de una persona.
- Al militar que corresponda proveer a las tropas de los elementos de guerra y no lo hiciere por negligencia en tiempos de guerra.
- Por defraudación militar en tiempos de guerra.

### **3. 10. 4. El procedimiento para su aplicación**

No obstante destacar que la pena de muerte, era una figura que no se empleaba en la práctica, el procedimiento para su aplicación era que todo condenado a muerte sería fusilado en presencia de tropa, en el paraje y hora que designe el presidente de la nación o el jefe que ordenó la ejecución. La sentencia de muerte se ejecutaba públicamente de día y a las veinticuatro horas de la notificación. No podía ejecutarse en fiesta cívica. El fiscal de la causa era el encargado de vigilar la debida ejecución de la sentencia.

La notificación de la sentencia era ordenada por el Presidente de la Nación, luego el proceso se enviaba al Consejo de Guerra y el secretario del tribunal se dirigía acompañado por el fiscal de la causa al lugar donde se encontrara el reo y le notificaba la sentencia leyéndola íntegramente. Notificada la sentencia el fiscal la comunicaba al Ministro de Guerra, a efectos de que designara la autoridad encargada de su cumplimiento.

Una vez notificado el reo, era puesto en capilla, allí se le concederían los auxilios que solicitara y las visitas que el deseara recibir.

En el lugar y a la hora indicada, asistían las tropas debiendo formar línea o cuadro.

A la hora señalada, el jefe de las fuerzas procedía a dar cumplimiento a la sentencia, mandando a que se conduzca delante de él al reo, asegurado y escoltado por ocho soldados que serían los mismos tiradores de la ejecución. Luego se llevaba formalmente al reo hasta el sitio del banquillo, el sargento le vendaría los ojos y lo haría sentar. El pelotón se aproximaría seis pasos y el sargento que los mandaba levantaría el brazo a cuya señal apuntarían el fusil al pecho del reo, al bajar el brazo el pelotón abría fuego. El sargento se adelantaría y daría el tiro de gracia.

Si la pena de muerte se ha impuesto con degradación, se le disparaba por la espalda.

Terminada la sentencia, en un acta se dejaba constancia de la ejecución firmada por el fiscal, el jefe de las fuerzas y dos jefes u oficiales de los presentes como testigos

siendo refrendada por el secretario del Consejo. Acto seguido, el fiscal impondría la inhumación del cadáver.

#### **4. Conclusiones preliminares**

A modo de conclusión del presente capítulo, podemos afirmar que hemos demostrado mediante hechos históricos y fundamentos doctrinarios, la necesaria existencia de las Fuerzas Armadas en un Estado, para luego permitirnos avanzar en la Organización de la Defensa Nacional en Argentina, con sus diversas doctrinas y legislación imperante.

Luego hemos descripto la organización de las Fuerzas armadas dentro la estructura organizativa administrativa del Estado Nacional, disponiéndose facultades por mandato constitucional y legal; para dejar sentadas las pautas de organización de personal respecto a quienes integran las mismas, quienes necesariamente requieren un status jurídico diferenciado denominado “estado militar” con los consiguientes derechos y deberes que el régimen impone a quienes se han sometido voluntariamente destacando lo propio de sus actividades y misiones.

Aparte, hemos podido observar como los diversos hechos históricos sentaban un derecho militar que se adaptaba a los cambios políticos y sociales en que vivía el país, así también a la legislación común imperante en el momento, pero conservando las bases e idiosincrasias del ejército patrio.

Además la conformación del servicio de justicia militar, cuyos miembros han sido importantes figuras en la historia del país, quienes tenían la responsabilidad de asesoramiento de los mandos y en algunos casos de presidentes de Argentina.

Desde las Ordenanzas de Carlos III, la adaptación del derecho indiano, un derecho militar propio del ejército patrio y luego la necesidad de una legislación codificada adaptada al constitucionalismo, que entre otros el Código de BUSTILLO o el de SACCHERI, este último en su exposición de motivos destacó importantes principios como la diferenciación entre falta y delito, no obstante sin expresarlo entendiéndolo confundió para dar a la autoridad de aplicación discrecionalidad la terminología de infracciones y establecerse sanciones ó alternativamente penas, que dará lugar a confusiones esgrimidas en el caso CORREA BELISLE, antecedente que será pormenorizado en el capítulo próximo de la presente.

También es destacable, la incorporación de principios procesales penales previstos en el artículo 29 de la Constitución Nacional de 1.949.

Por la data, recientemente finalizada la Segunda Guerra Mundial del que surge el reconocimiento expreso de los derechos humanos, entre otras figuras contemplaba la pena de muerte, aplicada para tiempos de guerra y prohibida en la Constitución Nacional de 1.853 sólo con fines políticos, la posterior vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos con rango constitucional a partir de 1.994, imponía un cambio legislativo al ratificarse la cláusula de abolición progresiva e irreversible.

## **CAPITULO II**

### **Antecedentes de la reforma del Código de Justicia Militar mediante la Ley Nro: 26.394 y la importancia de la abolición de la pena de muerte**

*“Se apoderaron de mí, las ideas de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, y sólo veía tiranos en los que se oponían a que el hombre fuese donde fuese, no disfrutase de unos derechos que Dios y la naturaleza le habían concedido”.*

*General Manuel Belgrano.*

#### **1. Los antecedentes de la reforma y el resultado de las modificaciones**

Expuestos los antecedentes del derecho militar argentino, actualmente, en contexto social, político y legal imperante propio del siglo XXI, se argumentó la necesaria modificación de los antecedentes legales de la Justicia Militar Argentina, fundado en que había quedado rezagado en paridad al resto del orden jurídico.

La totalidad de legislación, se fue adaptando a los nuevos parámetros constitucionales a partir de la reforma del año 1.994, la que incorporó al texto constitucional los tratados de derechos humanos previstos en el artículo 75 inciso 22 y la Justicia militar no fue ajena.

El derecho militar, como parte del orden jurídico argentino, debía adecuarse y conciliar su texto con aquellos; no obstante tal como expresara SACCHERI en la exposición de motivos, hubiere sido importante la modificación y no la abrogación de la totalidad de los antecedentes del Código de Justicia Militar, tal como lo expresa el artículo 1ro de la mentada ley; por cuanto la terminología y la técnica como la valoración que sustentó años de aplicación de la legislación precedente no se ha tenido en cuenta en el Nuevo Sistema de Justicia Militar.

Fue el mismo Poder Ejecutivo Nacional, el que instó la reforma del derecho militar argentino, así propició ante el Poder Legislativo la derogación del Código de Justicia militar y todas las leyes y reglamentaciones que existieran vinculados al mismo.

Por otra parte, entre los antecedentes citados en la exposición de motivos, surge un principio fundamental en materia de tratados internacionales, cual es el cumplimiento de compromisos asumidos por el Estado Argentino ante organismos internacionales<sup>58</sup>.

Así también, refirió a la adecuación de los Tribunales Militares a los principios constitucionales, determinando que en tiempo de paz la totalidad de delitos cometidos por personal militar deben ser investigados y juzgados por los Jueces ordinarios, dejándose sin efecto los Consejos de Guerra, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y los Jueces de Instrucción Militar.

Respecto al procedimiento, las modificaciones que afectan a la organización militar son las facultades conferidas por el artículo 187 bis del Código Procesal Penal de la Nación, fundamentalmente obligando al personal para el caso de ocurrir un delito en

---

<sup>58</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Preámbulo “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos... Teniendo presentes los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de igualdad de derechos y de la libre independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respecto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades.” y en su artículo 27 que reza “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46”.

establecimiento militar se preserve el cuerpo del delito y dar inmediata noticia al Juez interviniente.

En cuanto a los derechos humanos, es dable destacar que ha consagrado expresamente el principio de no discriminación, establece prohibiciones tendientes a la no persecución, hostigamiento, que afrente la dignidad, entre otros.

Por otro lado, la nota dirigida al Congreso junto con la exposición de motivos y el proyecto de ley, plantea objetivos a cumplir vinculados a lo disciplinario fundamentalmente el compatibilizar con pautas constitucionales, establecer las faltas y las prohibiciones contra la discriminación o que afecten la dignidad personal, garantizar el ejercicio del derecho de defensa y el control judicial suficiente de los actos sancionatorios.

Desde ya, anticipamos la conformidad con la derogación del fuero penal militar que se encontrara a cargo e los ex Jueces de Instrucción militar, por cuanto dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, no cumplían con las características propias del sistema judicialista previsto por el artículo 109 de la Constitución Nacional, como así también se produjeron cambios en la organización al dejar sin efecto los Juzgados de Instrucción Militar, Consejos, Tribunales Penales Militar, sin distinguirse entre delito común y delito militar o esencialmente militar, consideró al militar y a la función de las Fuerzas Armadas una función pública más, integrante de la organización administrativa y remitió el juzgamiento de todos los hechos ilícitos acaecidos en su órbita a la Justicia Penal Ordinaria.

Por otra parte, dados los lineamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que requiere a los países firmantes la paulatina derogación de los regímenes internos de la pena de muerte, la que se encontraba prevista en el Código de Justicia Militar, que conforme a la cláusula de abolición progresiva e irreversible que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos. Una vez derogada la pena de muerte de la totalidad del ordenamiento jurídico, ya no podrá volver a implantarse en nuestro país.

Para una mayor comprensión de las modificaciones expondremos los antecedentes presentados y los mencionados para instar la reforma del Código de Justicia Militar:

## **1. 1. La nota de elevación del proyecto de ley Nro 26.394**

La nota de elevación del Ministerio de Defensa al Congreso de la Nación, fundamentó la reforma en los compromisos internacionales asumidos por el país y la deuda de la democracia con el personal militar a través de un reconocimiento de sus derechos fundamentales, mediante mecanismos ágiles para la tramitación de cuestiones disciplinarias y la reforma integral de la justicia penal militar a fin de adecuarlo a estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Por otro lado, dejó expresados los objetivos propuestos de la reforma al sistema disciplinario de las Fuerzas Armadas, entre los que enuncia: \*compatibilizar con los principios constitucionales, \*determinar las faltas reprochables y prohibiciones de no discriminación ni afectación a la privacidad de las personas, \*reconocer las garantías de control judicial suficiente y óptima regulación del derecho de defensa<sup>59</sup>.

Asimismo, argumentó la mencionada en que, el Código de Justicia militar, era exiguo en su transparencia, arbitrario y generaba inequidades y la reforma tendía a garantizar la igualdad de derechos y garantías del personal militar en relación con los civiles.

En este sentido, por nuestra parte consideramos la igualdad es asimétrica, conceptualizada como “dar a cada uno lo que le corresponde en derecho”, pero considerando las asimetrías propias de cada elemento asignado”, y en consecuencia teniendo en cuenta las particularidades en este caso, de la profesión militar, partiendo de la base de sus valores, derechos y obligaciones diversos al del ciudadano común, por cuanto su vida se encuentra destinada a ceder en caso de conflicto bélico y para lo cual aún en tiempo de paz es preparado para la Defensa de la Patria.

---

59 [www.biblioteca.jus.gov.ar](http://www.biblioteca.jus.gov.ar) -Nota enviada al Congreso por el Ministerio de Defensa, Septiembre 2006.

Por su parte, en caso extremo de considerar la plena igualdad el militar gozaría de los derechos enunciados en la Constitución Nacional como los son derechos a huelga, a agremiarse, a discutir su salario, a reclamar por las órdenes que les imparten sus superiores; todo ello en circunstancias de Paz, podría resultar posible mediante el uso de reclamos y recursos y como firme expresión de su derecho de petición, expresión, libertad, todos de raigambre constitucional.

Sin embargo, la equiparación de derechos y brindar la solución mencionada en el párrafo precedente, se nos torna inimaginable en tiempo de guerra u otros conflictos armados, es que la solución debería enmarcarse como ha expresado NIETO MARTÍN, en garantizar la aplicación del Convenio de Derechos humanos a los militares, en equilibrio con las especificidades de la vida militar, en ejercicio de ponderación que lleva consigo la delimitación del contenido del derecho fundamental<sup>60</sup>.

La circunstancia de pretender la igualdad y transpolarla al campo de batalla, desnaturalizaría la función de la organización militar, reconocida también por mandato constitucional y por ente munida de coerción y garantía de la existencia del propio Estado y sus potestades.

Intentar propender la igualdad a quienes no son iguales, es discriminar a los desiguales- es lo que se denomina discriminación inversa-, razón por lo cual coincidimos que el militar tiene derechos humanos porque antes de ser militar es persona, pero también se deben reconocer las desigualdades naturales y accidentales, caso contrario el principio de igualdad no cumple su razón de ser.

Asimismo, destaco la necesidad de mantener integras las instituciones que hicieron y hacen a la misma existencia del Estado argentino, a su idiosincrasia; logrando a través de la cohesión de los grupos científicos y a través de la posibilidad que nos brinda el espacio académico de manifestar el sentimiento nacional, como el pensamiento propio de quien conoce el derecho y viste uniforme; sin ser anacrónicos e intentar preservar sin la

---

<sup>60</sup> NIETO MARTIN, Adrián, “*Los derechos humanos en el derecho penal militar y en la guerra*”, Revista Italiana de derecho y procedimiento penal, 2008, Nro 3, Pág. 2, en versión Italiana “*I Diritti Humani in il diritto penale militare e in la guerra*”, Rivista Italiana di diritto e procedura penale, 2008, N° 3.

correcta adecuación a las necesidades, tecnologías y demás evoluciones propias del transcurso del tiempo.

La necesidad de la prevalencia de valores del personal militar que integra la Organización especialmente destinada para la Defensa de todos los argentinos y de su territorio, de la dignidad de cada uno de ellos, no hace más que diferenciar a ese grupo humano que vela por el cumplimiento de la misión que ha jurado con su vida llevar a cabo; es por ello que la escala de valoración y el conocimiento de particulares situaciones personales y materiales de la vida militar, nos llevó a la pretensión de plasmar en la presente los antecedentes y las ideas centrales para la consulta de quienes tienen la honrosa y ardua tarea de juzgar.

En este sentido es interpretado por juristas especializados en México; en exposición del Dr. ESPINOSA, dice claramente "... no pueden reputarse como especiales debido a que son de carácter general, para todos aquellos ciudadanos que sean militares, se encuentran preestablecidas en normas, son previos a los hechos-salvo los consejos de guerra especiales-, públicos y técnicamente se afirma el carácter especializado que le distingue de leyes y tribunales especiales prohibidos por la Constitución"<sup>61</sup>.

Entre otros el Dr. VILLAPANDO, aclara respecto al fuero de guerra vigente en México, que se ha considerado una excepción al fuero común, en donde se establece el principio de igualdad respecto a las leyes privativas ni juzgado por tribunales especiales, donde el fuero de guerra preexiste para el juzgamiento de delitos y faltas contra la disciplina, no extensible a personas que no pertenezcan a las fuerzas armadas<sup>62</sup>. Resaltado por GARCÍA RAMÍREZ, en cuanto sostiene los procedimientos de justicia militar en México, al igual que el de menores, singularizan el procedimiento penal común, aclarando que si bien en México se determina el principio de igualdad legal y de jurisdicción, no veda el funcionamiento de jurisdicciones especiales, tales como menores, administrativa,

---

<sup>61</sup> ESPINOSA, Carlos Alejandro, "*Régimen jurídico de las Fuerzas Armadas- La condición jurídica de los militares en México*", Editorial Universidad Nacional de México, Serie Estudios Jurídicos Nro 182, México, 2.011, Pág. 97.

<sup>62</sup> VILLAPANDO CESAR, José Manuel, "*La Justicia Militar en México*", Revista RP Nro 95, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1.995, Pág. 45.

donde en lo militar resulta indispensable la especialidad en el enjuiciamiento en razón de la materia y de la persona<sup>63</sup>.

Tal cobra sentido en nuestro régimen que se han incorporado figuras al Código Penal denotan una necesaria tecnificación de la Administración de Justicia, aún dentro del Poder Judicial, exige a los magistrados mayor capacitación y celeridad dadas las circunstancias excepcionales y urgentes en que se enmarcan.

## **1. 2. La exposición de motivos del proyecto de ley Nro 26.394**<sup>64</sup>

El Proyecto de Ley bajo análisis, en su exposición de motivos, cita la necesaria adecuación de la Justicia Militar Argentina a las exigencias propias de la transformación institucional democrática de las Fuerzas Armadas, agregando como antecedentes inmediatos -pero sin describirlos- los compromisos asumidos por el Estado Argentino, en los casos 11.758 caratulados “Rodolfo CORREA BELISLE vs. ARGENTINA” y 12.167 “ARGÜELLES y Otros vs. ARGENTINA”.

Ambos casos fueron presentados y tramitados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que fueron sometidos a procesos de solución amistosa, y propendió a la reforma integral del sistema de la administración de Justicia penal en el ámbito castrense, para adecuarlo a los estándares internacionales de Derechos Humanos,

---

<sup>63</sup> GARCIA RAMIREZ, Sergio, “*Características del Enjuiciamiento Penal Militar en México*”, Estudios Penales de México, Escuela Nacional de Artes Gráficas, México, 1977, Págs. 7/30.

<sup>64</sup> El Nuevo Sistema de Justicia Militar - Ley 26.394- Publicación Ministerio de Defensa de la República Argentina, 2008.

de la cual surge la obligación de crear una comisión revisora y redactora de la modificación de la justicia militar Argentina.

La precitada comisión, fue integrada en su mayoría por penalistas – Eugenio ZAFFARONI (Departamento Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires), Alberto BINDER (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales), Rodolfo MATTAROLO (Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos)<sup>65</sup>, Gabriel VALLADARES (Comité Internacional de la Cruz Roja en su carácter de observador), Alejandro SLOKAR (Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), Gastón CHILLER (Centro de Estudios Legales y Sociales), Mirta LÓPEZ GONZÁLEZ (Asociación de Mujeres Jueces de Argentina) y Diego FREEDMAN (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la equidad y el crecimiento), estos tres precitados de la Cruz Roja, Mujeres Jueces, Políticas de Equidad y crecimiento, junto al Cnl. Manuel LOZANO (Asesor Jurídico de la Dirección de Planeamiento del Estado Mayor General del Ejército) y Contralmirante José Agustín REILLY (Auditor General de las Fuerzas Armadas), quienes ensamblaron el proyecto durante seis meses, teniendo como guía los “Principios de Administración de Justicia de los Tribunales Militares adoptados por la ONU en Agosto de 2005” (Dto. ONU E/CN4/Sub2/2005/9); todos ellos fueron designados mediante resolución Ministerio de Defensa Nro 154 del 10 de febrero de 2.006.

En este sentido, ingresa el proyecto de ley a la Cámara de Diputados de la Nación, el 19 de abril de 2.007, cuyo primer párrafo alude al un proceso de “Democratización” de las Fuerzas Armadas, expresando que las exigencias propias de tal proceso importan someterse a las reglas mediante las que se juzgan y definen conductas disciplinarias y delictivas de quienes las integran.

---

65 MATTAROLO, experto en derecho internacional de los conflictos armados, quien diferencia plenamente los derechos humanos del derecho internacional humanitario, desistió en la integración de la Comisión.

Lo antes expresado, ha sido materializado, mediante la derogación del fuero penal militar y la instauración de un nuevo código de disciplina de las Fuerzas Armadas.

En este orden, el precitado proyecto destacó que el compromiso ineludible que, en las instituciones militares promuevan condiciones para la efectiva vigencia de los derechos garantizados por la Constitución Nacional y el ejercicio de éstos por parte de los ciudadanos de profesión militar que las integran.

Además agregó que el modelo de Justicia Militar (CJM), prevé para los ciudadanos de profesión militar órganos administrativos para entender en el juzgamiento de delitos que ellos cometan, completamente ajenos al poder judicial, sin más elementales condiciones de contradictoriedad y publicidad, elementos que configuran el debido proceso que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de protección de Derechos humanos, se han encargado de precisar (cita el artículo 8vo de la Convención Americana sobre derechos Humanos).

Luego se expuso de manera sintética los ejes de la reforma, los cuales quedaron demarcados en:

- a. Tratamiento de los delitos esencialmente militares en la órbita de la jurisdicción federal y la consiguiente eliminación del fuero militar para el juzgamiento de delitos cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas. El fundamento esgrimido, fue el resguardo de las garantías de independencia, imparcialidad e igualdad de las personas de profesión militar. Cita un primer avance, que marca diferencias en el contexto regional, dado en el año 1984 mediante la ley Nro 23.049 que dispuso, además de quedar la jurisdicción militar reservada estrictamente para la investigación y juzgamiento de delitos esencialmente militares, no podían ser sometidos a la misma los civiles, lo que alude que no impide el avance en una propuesta para conjugar la necesidad de brindar un adecuado tratamiento a los delitos militares con una garantía más acorde con las exigencias de la igualdad y acceso a una única jurisdicción por todas las personas. A ello sumó el reconocimiento de los principios que informan el derecho penal común para regir sobre el derecho penal militar.
- b. Eliminación de la pena de muerte del ordenamiento jurídico argentino: Dicha pena, sin uso, expresa se mantenía vigente en el ámbito militar, destaca es un paso

en la profundización del compromiso del Estado Democrático con las personas, su integridad y dignidad; cuyo objetivo destacado es eliminar el riesgo de que, legitimada formalmente por su pervivencia en el ordenamiento jurídico pudiere ser utilizada en algún momento.

- c. El rediseño completo del sistema disciplinario: Tendiente a la adecuación de las conductas sancionadas y los procedimientos a las necesidades de la eficacia del servicio pero por sobre todo a las exigencias que la Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos imponen, asegurando el valor de la disciplina y eliminando reglas que favorezcan la burocracia y la arbitrariedad.
- d. El reordenamiento de los servicios de Justicia en el ámbito militar: Mediante la creación de un servicio de justicia común a todas las Fuerzas Armadas.

Por último, el proyecto pretendió justificar la técnica legislativa de la derogación del Código de Justicia Militar, argumentando un proceso de reforma cultural y de las prácticas vigentes que, por las características propias de la legislación militar resultan dificultosas a tratar de forma individual, sin comprometer la seguridad jurídica en el área militar; que debido a la propia del Código de Justicia Militar, no era posible derogar parcialmente por la relación disciplinaria con las vinculadas a los delitos militares, razón por la cual bajo una misma Ley ha remitido a anexos y procedió a presentarlos<sup>66</sup>.

Sin perjuicio de lo antes expresado, cabe destacar la impronta y humildad con la que SACCHERI se refirió en la modificación al Código de BUSTILLO, el que expresara que no sin razón el mismo había perdurado en su aplicación por más de cien años; la interpretación terminológica, técnica y específica de cada uno de los institutos gozaban de significación que le es propia.

---

<sup>66</sup> MENSAJE Nro 367 del Poder Ejecutivo Nacional a la Cámara de Diputados, ingresado el 19 de abril de 2.007.

Por otro lado, luego de elevado el proyecto de ley al Congreso, en el tratamiento propusieron la derogación del Código de Honor, que regía en las Fuerzas Armadas; que derivaba de lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley Nro 19.101, indudablemente, de una naturaleza especialísima que complementa la que se ejerce en materia disciplinaria. El artículo precitado, derogado también por la ley bajo análisis, establecía que "el Poder Ejecutivo creará con carácter permanente y reglamentará la competencia, composición y procedimientos de los tribunales de honor, a los cuales estará sujeto todo el personal superior que tenga derecho al uso del uniforme y al título del grado".

En ese sentido, la jurisdicción del honor estaba reservada únicamente al personal de oficiales en actividad y en retiro, que constituye el cuadro permanente, y para el personal superior de la reserva cuando este incorporado. Es decir, comprendía al personal superior que posea estado militar -de conformidad con lo previsto en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Nro 19.101-.

Los tribunales de honor eran organismos colegiados que resolvían cuestiones relativas al honor castrense, y cuyas resoluciones tenían imperio, en la medida en que producían efectos positivos en los sancionados al punto que podían afectar la carrera del mismo. Al respecto, el oficial que considerara su honor afectado, o simplemente rozado, estaba facultado para solicitar al jefe de su unidad u organismo la constitución de una comisión de honor para juzgar su conducta y, en el caso de que exista un ofensor, para juzgar la conducta de éste.

En este sentido, la solicitud de la constitución de la comisión de honor se efectuaba por nota y, si se pedía para otro oficial, se le cursaba nota comunicando la medida adoptada. De pertenecer este último a otra unidad, también se le informaba al jefe. Ordenada la constitución de la comisión de honor, ésta tenía por objeto averiguar la verdad de los hechos y, una vez cumplida esta investigación, informaba si procedía o no la intervención de un tribunal de honor, es decir desestimaba o daba curso a la denuncia.

Una vez tomada la resolución por la comisión, se elevaba lo actuado al presidente del tribunal de honor e informaba, por cuerda separada, a la autoridad que la designó sobre el resultado de su gestión. Posteriormente el tribunal de honor precitado confirmaba o no lo resultado por la comisión interviniente y si aceptaba el temperamento propuesto por ésta, informaba de ello al Jefe de Estado Mayor General que corresponda.

Además, la responsabilidad acaecida por honor, era autónoma de la responsabilidad penal o disciplinaria que cupiere por el mismo hecho. Las sanciones que podía imponer era amonestación, leve, grave o descalificación por falta gravísima al honor militar; en éste último de los casos importaba la privación del grado y el uso del uniforme, sanción que por su entidad sólo era competencia aplicar por el Presidente de la Nación.

Respecto a esta jurisdicción de honor, doctrina militar sentada por SINÓPOLI, propiciaba por la importancia de la jurisdicción militar y su relevancia histórica, la incorporación expresa al texto constitucional de tal, fuere como atribución del ejecutivo, o como fuero federal especial y la adecuación del procedimiento a los regímenes actuales<sup>67</sup>.

### **1. 3. El Caso Rodolfo CORREA BELISLE - reseña y comentarios**

Surge del informe Nro: 2/04 del 24 de febrero de 2004 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el análisis de la petición presentada el 28 de mayo de 1.997, por el Capitán de Ejército CORREA BELISLE, representado por ZAFFARONI y OLIVERA. Luego de sendas comunicaciones entre partes, se resolvió con fecha 20 de agosto de 2.008, cuyos antecedentes fueron los siguientes según sus partes:

---

<sup>67</sup> SINÓPOLI, Santiago Mario, Tesis doctoral “El derecho constitucional militar”, UCA, Facultad de Derecho, (2.003) recuperado el 29 de mayo de 2.013, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/el-derecho-constitucional-militar.pdf>; bajo la dirección de SAGÜES, Néstor; Pág. 123.

1.3.1. Alegaciones de la actora el peticionante alegó la detención arbitraria sufrida por el Capitán Correa, en violación de las garantías judiciales y debido proceso, ocurridas durante el proceso por irrespetuosidad llevado a cabo por el Juez de Instrucción Militar Nro: 9 (JIM 9), donde le impuso una sanción de 20 días de arresto.

El hecho ocurrió durante una testimonial brindada en el marco del proceso penal, que se ventilaba por la investigación de la muerte del Soldado CARRASCO<sup>68</sup>, en el que afirmó se realizaron tareas de inteligencia. Advertido que, el General BALZA hecho que el precitado oficial superior había negado en el marco de la causa y aseguró que existieron tales actividades y que Balza mentía; hecho que tuvo extensa repercusión en la prensa.

Ante ello el JIM N°: 9, dictó auto de prisión preventiva.

Correa, sin embargo, presentó ante el Juez Federal de NEUQUÉN, un recurso de inhibitoria que fue denegado, elevándose a resolución del Consejo de Guerra Permanente, en donde le imponen 3 meses de arresto (90 días).

Además, Correa alegó no haber podido designar abogado defensor y que no se había hecho lugar a prueba ofrecida por su defensa, como así también la inexistencia de recursos internos que garantizaran el acceso a Tribunal Judicial para revisión de la sentencia del tribunal militar, por lo que interpone paralelamente un habeas corpus contra la sanción de arresto, que resultó también denegado.

Por otra parte, agregó la expresión “infracción” en lo militar, refiere a “delitos y faltas”, pero el hecho de haber sido sancionado con arresto, hacía referencia a una falta disciplinaria y no a un delito.

1.3.2. La defensa del Estado Manifestó que CORREA no fue procesado por declarar en el marco de la causa judicial, sino por la forma de expresarse respecto a un superior - al

---

68 El fundamento normativo de la presentación, se basó en los Art. I, II, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración americana de derechos y deberes del hombre y Art. 7.8.24 y 25 de la Convención Americana de derechos humanos por violación del derecho de defensa, imparcialidad de las autoridades e igualdad ante la ley.

llamar al General BALZA mentiroso-, en término descalificante y agregó que el mismo no agotó los recursos internos<sup>69</sup>.

Además, dejó constancia de haber posibilitado el Juez de Instrucción Nro 9 a CORREA, designar defensor previo a la indagatoria, a lo que CORREA respondió –“lo designaría cuando fuera intimado a ello”-, sosteniendo que la superioridad militar existe respecto a quien ejerce el mando y no la función jurisdiccional pese a ostentar jerarquía.

Finalmente, destacó que el recurso idóneo era el de revisión ante la Cámara Contencioso Administrativo Federal<sup>70</sup>, no siendo el habeas corpus procedente contra delitos esencialmente militares como era el caso de la irrespetuosidad.

1.3.3. La Comisión Interamericana de Derechos Humano Sin prejuzgar sobre el fondo, anticipó la admisibilidad formal de la petición con fundamento en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana de Derechos Humanos y declaró su competencia.

Además expresó que la sanción de arresto por falta disciplinaria, no tenía recurso para interponer ante la jurisdicción federal, por lo que correspondía interponer un habeas corpus; el “testimoniar es un deber” y “el juez natural” previsto por el artículo 18 de la Constitución Nacional, “es el Juez Federal”, correspondiendo el trámite de recursos de inhibitoria y habeas corpus, los que fueron denegados y cuyo propósito de Correa había sido “impedir el proceso y anular sus efectos”.

---

69 La parte presentante contestó la presentación del Estado en cuanto agotamiento de recursos internos, alegando ser la excepción del Art. 46 de la Convención Americana de derechos humanos, al no existir en la legislación interna un debido proceso legal para proteger sus derechos vulnerados.

70 Artículo 445 bis del derogado Código de Justicia Militar.

Finalmente, la Comisión mediante informe 15/06 del 16 de marzo de 2010, dicta solución amistosa, conforme al acuerdo celebrado el 14 de agosto de 2006- aprobado por Decreto Nro 1.257/2.007-, asumiendo los siguientes compromisos por parte del Estado Nacional:

\*Reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado Argentino, producido mediante dictamen de la Auditoría General de las Fuerzas.

\*La reparación según la naturaleza:

a. En lo “no pecuniario”, una disculpa al Sr. CORREA por haberle sido aplicado un régimen incompatible con los estándares internacionales exigibles y la reforma del sistema de justicia militar, que ya había dispuesto la conformación de una comisión de trabajo para llevar a cabo el proyecto antes del 19 de julio de 2.006 y una publicación del acuerdo en los medios de comunicación según el artículo 49 del la Convención Americana de Derechos Humanos.

b. En “lo pecuniario”, dejan constancia que CORREA promovió demanda por integra reparación en autos Nro 8752/08 ante el Juzgado contencioso administrativo Federal Nro 1, declinando competencia a nivel internacional.

Luego, el informe en cuestión del año 2.010, destaca el estado de cumplimiento del compromiso asumido por el Estado, al haber derogado el Código de Justicia militar, adoptó el sistema de juzgamiento de delitos por la Justicia ordinaria, eliminó el fuero militar y erradicó la pena de muerte a fin de otorgar al personal militar, las mismas garantías que gozan los civiles; agregando que en lo disciplinario se suprimieron las sanciones discriminatorias por homosexualidad y se incorporó la sanción por acoso sexual.

Por otra parte, la causa 12.167 Hugo Oscar ARGÜELLES y otros, pertenecientes a cuadros de la Fuerza Aérea Argentina, quienes fueron procesados por Defraudación militar y delito conexo en procedimientos iniciados en 1.980, que culminaron en 1.988, con el rechazo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del recurso de hecho, interpuesto contra sus condenas; a la fecha de la sanción del Código no obstante ser citado por la Comisión sólo obtuvo el Informe Nro 40/02 en el que se declaraba admisible la petición – no se encontraba resuelto al momento de la reforma de justicia militar, no obstante haber sido citado entre sus antecedentes.

#### **1. 4. Análisis del cumplimiento de objetivos propuestos en la reforma**

En este estadio, podemos confrontar los propósitos de la reforma legal. En cuanto al régimen disciplinario con el texto normativo sancionado, entre los que contemplamos: el derecho de defensa no se ha regulado garantizando plenamente su ejercicio- sólo posibilita la designación de abogado defensor en la audiencia con vista de los actuados con 10 días de anticipación, sin previsión del descargo, instancia anterior y diversa al procedimiento recursivo en sede administrativa.

Si bien, se criticó oportunamente la inexistencia de plazos precisos respecto a las instancias recursivas para agotar instancia administrativa que no surgían del texto de la ley, el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto Nro 2.666/12 se pormenorizaron algunas de las cuestiones que habían sido destacadas por la doctrina administrativa, la que pretendió el cumplimiento de las garantías del administrado militar sujeto de actos disciplinarios, lo que se denomina el derecho a la tutela administrativa efectiva, conforme a los enunciados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso ASTORGA BRATCH.

Valga señalar, la revisión judicial ha sido prevista genéricamente en el texto de la Ley Nro 26.394, obligando al infractor a informar al presentar la demanda, sin precisar el fuero competente, términos de interposición y alcance del control; lo que mediante la reglamentación .

Respecto al derecho penal, ha quedado clara la competencia de los Juzgados ordinarios en tiempos de paz, lo que anticipo no se torna muy comprensible es la actuación del mismo en tiempo de guerra, cuando deba constituirse en la zona de operaciones o de combate; sin tener en consideraciones las normas como los usos y costumbres del derecho internacional de los conflictos armados.

Además, para el caso en que en caso de conflictos armados se constituya una Justicia Penal militar, que podría denominar de emergencia, al resultarle imposible

trasladarse al Juez Ordinario o común, estimamos serán funcionarios a quienes les asigne competencia con su correlativa responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones, que no han cumplido con anterioridad ni han tenido la praxis suficiente para ser ejecutores de tales mandatos, siendo el servicio de justicia conjunto de las fuerzas armadas actualmente especialistas en derecho administrativo, por cuanto sólo se aplica durante la paz el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, en las previsiones de procedimiento penal, las tareas de preservación de cuerpo de delito como facultades conferidas a las Fuerzas armadas, corresponde señalar no poseen cuerpos especializados en científica que les permita el cumplimiento cabal de la obligación prevista en el artículo 184 bis del Código de Procedimiento Penal y cuya misión corresponde a las fuerzas de seguridad según mandato legal.

### **1. 5. Otros antecedentes en el orden nacional, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Caso Ángel Ramón López**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó sentencia con fecha 06 de marzo de 2.007, en autos Nro 2.845 caratulados “LOPEZ, Ramón Ángel sobre recurso del artículo 445 bis del Código de Justicia Militar”, contra la resolución de tribunal militar que había condenado al capitán de intendencia a la pena de 1 año de prisión como autor del delito de falsedad previsto en el artículo 856 del precitado cuerpo normativo.

En este sentido, la defensa ocurre a la Corte, desempeñada por la Asociación por los derechos civiles, cuestionando la constitucionalidad de la Justicia penal militar, en razón de las restricciones a la libre elección de abogado defensor de un acusado sometido a proceso militar por violación del principio de defensa y por la falta de independencia o imparcialidad judicial que resulta garantizada por la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El fallo de la Corte, contó con los votos de la mayoría de Eugenio ZAFFARONI, Ricardo LORENZETTI, Carlos FAYT y Carmen ARGIBAY, quienes hicieron lugar a los cuestionamientos planteados por la defensa, considerando que se había violado el derecho de defensa de López, por lo que declararon la nulidad del proceso al que había sido sometido y su consiguiente absolución.

Asimismo, los tres primeros jueces mencionados, hicieron lugar al segundo cuestionamiento entendiendo que el juzgamiento de delitos penales por parte de un tribunal militar- cuya dependencia es del Poder Ejecutivo Nacional-, resulta inconstitucional por no garantizar la imparcialidad del juzgador.

La minoría del tribunal, que integraban los jueces Elena HIGHTON, Enrique PETRACCHI y Juan MAQUEDA, votaron a favor de la revocación de la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, que había fallado contra López por entender era arbitraria, al no haberse expedido sobre la totalidad de planteos realizados por la defensa y la remisión del caso nuevamente a Cámara para que examinara el caso.

Si bien, el caso jurisprudencial precitado ha sido inmediato a la modificación del derecho militar argentino bajo análisis, destacamos las garantías de los derechos fundamentales al personal militar, habían sido reconocidos con anterioridad en los casos ESPINA<sup>71</sup> y LÓPEZ<sup>72</sup> por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las principales consideraciones fueron que: “Los tribunales militares son inconstitucionales, pues no están integrados por jueces independientes y desconocen el derecho de defensa en juicio debido a que el militar argentino en tiempo de paz tiene menos garantías que el prisionero enemigo en tiempo de guerra, porque el primero no tiene derecho a elegir un defensor letrado de confianza, mientras que el segundo si posee tal derecho. (Del voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni)”. “Los actuales tribunales

---

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 54:577 “ESPINA, Mario s/ Rebelión” del 20 de diciembre de 1.983.

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 310:1797 “LÓPEZ, Osvaldo Antonio s/ Asociación ilícita- revelación de secretos” del 14 de octubre de 2.004.

militares no pueden considerarse jurisdicción en sentido constitucional ni internacional, sino tribunales administrativos incompetentes para aplicar penas, ya que no hay argumento alguno que permita que funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo y sometidos a sus órdenes, apliquen leyes penales, por lo cual sólo pueden actuar en estado de necesidad y en los estrictos límites que para éste marca el propio Código Penal. (Del voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni)”. “Si la competencia de los tribunales militares emerge de la condición de comandante en jefe del Presidente de la República – Art. 99, Inc. 12, Constitución Nacional – se trata de competencia administrativa y, siendo tal, no tienen jurisdicción penal, pues expresamente carece de ella el Presidente – Arts. 23, 29 y 109 –, razón por la cual no pueden tenerla sus subordinados. (Del voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni)”. “El Inc. 27 del Art. 75 de la Constitución Nacional, al asignar al Congreso de la Nación la función de fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra y dictar las normas para su organización y gobierno, no lo autoriza a hacerlo en forma violatoria de los Arts. 23, 29, 109 y 75, Inc. 2, del mismo texto, razón por la cual no puede desconocer que los delitos deben ser juzgados por jueces —principio de judicialidad— y que el juez requiere independencia y no puede estar sometido jerárquicamente al Poder Ejecutivo. (Del voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni)”. “Los tribunales administrativos, como son los militares, no pueden juzgar delitos y la competencia militar, tal como se halla establecida, es inconstitucional por violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLIV-B, 1250; 1107) y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. (Del voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni)”. “Las disposiciones del Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra —12 de agosto de 1949— y su comparación con el Código de Justicia Militar demuestran que la pretendida jurisdicción militar no es un privilegio para los sometidos a ella, pues cae en el escándalo de que el militar argentino en tiempo de paz tiene menos garantías que el prisionero enemigo en tiempo de guerra, ya que el primero no tiene derecho a defensor letrado de confianza, lo cual sí tiene el prisionero enemigo. (Del voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni)”. “Siendo el derecho penal militar un derecho penal especial, cabe exigir que la criminalización sea decidida por jueces independientes, que podrán o no ser especializados, cuestión que no tiene relevancia en la medida en que no se trate de comisiones especiales y, por ende, constitucionalmente prohibidas. (Del voto de los

doctores Lorenzetti y Zaffaroni)”. “Toda persona sometida a la jurisdicción castrense goza de los derechos fundamentales reconocidos a todos los habitantes de la Nación, de los cuales no puede ser privada. (Del voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni)”. “El resultado de declarar la inconstitucionalidad de la forma en la que – al menos en tiempos de paz – opera la competencia penal militar, en lo principal responde a que el temperamento adoptado en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se articularon problemáticas emparentadas con el tema, no condeciría con la tutela que merecen las garantías previstas en el Art. 18 de la Constitución Nacional, que exigen ser resguardadas a la hora de imponer una pena por todo tribunal, más allá de su especialidad. (Del voto del doctor Fayt)”. “Corresponde concluir que no se ha respetado el derecho de defensa en juicio de un militar juzgado y condenado por un tribunal militar con relación a la acusación de carácter penal que se le incoara, toda vez que la elección de defensor que debió realizar estuvo restringida en virtud del o dispuesto en el Art. 97 del Código de Justicia Militar y el mencionado defensor tuvo restringida su capacidad de actuación de acuerdo a los Arts. 367 y 664 del mismo ordenamiento, lo que conculca los Arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLIV-B, 1250; 1107). (Del voto de la doctora Argibay)”. “El mero trámite del proceso seguido por un tribunal militar con relación a una acusación de carácter penal, conforme a las disposiciones del Código de Justicia Militar que resultan contrarias a las reglas constitucionales en su letra y en su efecto limitativo de la libertad de acción del defensor, configura un menoscabo a las garantías constitucionales del militar juzgado, razón por la cual no es menester acreditar algún otro gravamen concreto. (Del voto de la doctora Argibay)”. “Es procedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró inadmisibile el recurso de casación mediante el cual se cuestiona la condena impuesta por un tribunal militar, ya que, frente a los argumentos relativos a la restricción del derecho de defensa en juicio que sufrió el imputado durante el procedimiento militar en el que fue asistido por un lego, no podía exigirse al defensor técnico designado ex post que especifique las defensas de que se vio privado el imputado y sostener, además, que la restricción al derecho de defensa por falta de letrado fue tardíamente introducida, pues ello desnaturaliza el sentido mismo de la inviolabilidad de la defensa en juicio y la

igualdad de armas. (Del voto en disidencia parcial de los doctores Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda)<sup>73</sup>.

## **2. La importancia de la abolición de la pena de muerte**

Inicialmente, presentaremos los antecedentes vinculados a la pena de muerte, mediante el método histórico doctrinario, a fin de plasmar las diversas proyecciones que tuvo a lo largo del tiempo tal pena capital, haciendo hincapié en que la muerte ocasionada se encontró muchas veces vinculada a las disidencias políticas de la sociedad.

Luego en base a los antecedentes colectados, nos permitiremos esbozar la vigencia escueta en la actualidad en diversos regímenes vigentes como así también su aplicación excepcional para los casos de guerra u otros conflictos armados.

Es en este marco donde estableceremos específicamente la abolición en la República Argentina, mediante Ley Nro 26.394 junto al sustento que le enmarcaba en el año 2.008 y su consecuente para la posteridad.

Seguidamente, citaremos los instrumentos internacionales que determinan la abolición, que han sido ratificados y por ende deberían ser cumplidos por los Estados firmantes.

Finalmente, arribaremos a conclusiones y a destacar la labor de los organismos internaciones que se ven comprometidos con la abolición de la pena de muerte, cuyo fundamento es de carácter humanitario.

---

<sup>73</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, López, Ramón A. s/ recurso extraordinario-DJ 2007-I-927 – LL 30/04/2008, 7, con nota de Rodolfo R. Spisso y LL 2008-C – 222, con nota de Rodolfo R. Spisso.

## **2. 1. Antecedentes de la pena capital**

En primer término, corresponde brindar un concepto de la pena de muerte la que se contempla entre las sanciones penales capitales y consiste en la privación forzosa y judicial de la vida humana, ello, en la forma y los medios regulados en las respectivas legislaciones que le receptan.

La aplicación histórica de la pena de muerte, se remonta a antiguas civilizaciones, sin que se haya extinguido de la totalidad de los regímenes legales universalmente se ha avanzado según los parámetros dados por la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Tal es así que entre los antecedentes legales, podemos citar el Código Hammurabí, que establecía penas y compensaciones de acuerdo con las distintas clases o grupos sociales de las víctimas y los infractores. La ley judía o Torá, conocida como Pentateuco - conjunto de los cinco primeros libros del Antiguo Testamento-, establece la pena de muerte para el homicidio, secuestro, magia, violación del sabrá y blasfemia y una amplia gama de crímenes sexuales.

Tenemos otro ejemplo en la Antigua Grecia, el sistema legal ateniense escrito por Dragón, Año 621 antes de Cristo; en él, se aplicaba la pena de muerte como castigo por una lista bastante extensa de delitos (de ahí el uso moderno de «draconiano» para referirse a un conjunto de medidas especialmente duro).

Además en Europa medieval, la pena de muerte se empleaba de manera generalizada para los prisioneros.

Valga destacar que, la polémica esencial es presentar la pena capital, dentro de un campo polémico, cual es el debate de la sanción repudiada o aceptada como pena punitiva en sí misma, y para otros es lo relativo a la oportunidad, inevitabilidad y demás

condiciones que deben presupuestar su aplicación como son las causales de justificación y la necesidad social.

En cuanto a la legitimación, podemos citar a BECCARIA quien promovió el abolicionismo, afirmando genéricamente la pena capital no es necesaria ni útil, pero precisa e inmediato determinando cuales son los presupuestos que la legitiman, al indicar que no puede considerarse necesaria la muerte de un ciudadano más que por ciertos motivos: “...Cuando aún privado de libertad tenga todavía tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad Nacional, cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en forma de gobierno establecida, en los tiempos de anarquía...”<sup>74</sup>.

Para el precitado autor, fiel adversario de la pena capital, pero partidario para poner fin o remedio a ciertas circunstancias de necesidad social, acudiendo a los conceptos jurídicos e intereses políticos ideológicos que importaría integrar conceptos jurídicos indeterminados, cuya utilización aún con cautela sirve a los fines meramente especulativos y de índole política.

En esta misma línea ideológica podemos citar a CARRARA<sup>75</sup>, es fervoroso opositor a la pena de muerte con fundamento en la ley de conservación natural. Pero añade, “...En éste sumo principio “di natura e legge essenzialmente conservatrice”, se inspira esa ley y adhiere a él constantemente, a excepción de los casos en que la conservación de un ser sea actualmente incompatible con la conservación de otros seres iguales; pero en este caso, la ley que permite la destrucción no va contra el principio de conservación sino que lo confirma...”, y agrega: “del principio que oponemos a la pena de muerte resulta claro, para el que sepa entendernos que no la impugnamos de manera absoluta, sino relativa; la admitimos como posiblemente legítima, según la ley natural, cuando es necesario para la conservación de otros seres inocentes”.

---

<sup>74</sup> BECCARIA, Cesare- *“De los delitos y de las Penas”*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, Argentina, 2005.

<sup>75</sup> CARRARA, Francisco, *“Programa de derecho criminal- Parte General- Vol. II”*, Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 1962, Pág. 101.

Por ello, el entendimiento de CARRARA, es resumido por el mismo autor como la admisión de la legitimidad por la necesidad de la defensa indirecta, es decir, la doctrina de que cualquier pena se legitima por el fin de infundirles temor a otros.

Por otro lado, FERRI y LOMBROSO fueron contrarios a la aplicación de la pena de muerte, ya que para Ferri mediante conocimientos sociológicos expresa: "... la pena de muerte está inscrita en cada ángulo del universo y en todo momento de la vida mundial; no repugna al derecho porque cuando la muerte de otro sea absolutamente necesaria, ella es perfectamente justa, como en el caso de legítima defensa, sea individual o social.

Para LOMBROSO, en la polémica con MONTI, TARDE y otros, sostiene: "... contra los sentimentalistas teóricos, más tere hemos sostenido siempre la agravación de las penas, la perpetuidad de la reclusión en los reconvictos y hasta en ciertos casos, la "pena de muerte", contra la cual se hace tanto y tan inútil derroche de tinta y de lágrimas femeniles...".

Entre el pensamiento argentino, RIVAROLA, cita a FERRI, remitiéndose a los antecedentes nacionales doctrinarios y legislativos de la pena de muerte, sostiene una doctrina ortodoxa extrema, que lo vincula a las ejecuciones capitales, a las que denomina los homicidios legales, bajo los ideales de la derogada teoría de la guerra y en ese estado de excepción, en la conformación de grandes ejércitos de defensa y de conquista territoriales; sin perjuicio de presentar a su tiempo en la paz universal, la bandera humanitaria común de abolición de la pena de muerte y la supresión de los ejércitos.<sup>76</sup>

Este pensamiento ideal humanitario, tiene el límite del mantenimiento de la confianza y el cumplimiento internacional de los pactos entre Naciones, que se rompe cuando estas vulneran los mencionados, siendo la realidad social interna y externa la que supera los deseos e ideales y nos coloca frente a la necesidad de la defensa de la soberanía e integridad territorial y social del país que se trate.

Es así como RIVAROLA, en el siglo pasado destacaba que la pena de muerte había sido abolida en Grecia, Rumania, Portugal, Venezuela, Brasil, Uruguay y que Francia reclamaba su abolición, todas ellas bajo el fundamento político y circunstancial de

---

<sup>76</sup> RIVAROLA, Rodolfo, "*Derecho Penal Argentino*", Editorial Librería Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1910, Págs. 308 y ss.

diversos países, como es el caso evidente del sostenimiento acérrimo por parte de Estados Unidos de América.

No obstante lo cual, los últimos años han sido primordiales para la abolición, ya que las modernas naciones- estados, aparejan la consideración de todo hombre como ciudadano con igualdad de derechos y garantías, fundamentalmente preserva el derecho a la vida, lo que nos permite abordar a renglón seguido la vigencia de la pena de muerte.

## **2. 2. La vigencia de la pena de muerte**

La pena de muerte, podemos apreciar que ha sido una modalidad punitiva relativa y vinculada a los estados sociopolíticos en los que se admitió la necesidad para la defensa, habiendo sido objeto de polémica internacional acerca de su abolición o conveniencia.

Varios regímenes legales como el italiano, sufren los cambios de permisión excepcional y prohibición, hasta que la Constitución Nacional de 1.943 estableció que no se aplicaría la pena capital sino en los casos previstos por las leyes militares de guerra.

Por su parte Francia, también tuvo vaivenes de instauración para delitos cometidos contra la seguridad del Estado, fundamentalmente para el caso de la traición (Arts. 70,71 y 72 del Código Penal, sin embargo entre las penas contempladas en su artículo 7 ya la contempla “le mort”- la muerte, y en el texto del Código Penal de 1.981 la suprimió y la reemplaza por la detención perpetua<sup>77</sup>.

En su mayoría la muerte de criminales y ha sido empleada para castigar crímenes o para suprimir la disidencia política; lo que tras la segunda guerra mundial, la pena de muerte fue abolida y penalizada en casi todos los países europeos salvo Bielorrusia.

---

<sup>77</sup> Code penal Dalloz, París.

Ahora bien, idéntica dirección se ha reproducido en América, donde tras varios vaivenes históricos sentados por diversas políticas públicas legislativas, permitieron su incorporación como pena para luego en la mayoría de países, fuera abolida la pena de muerte con excepción de los Estados Unidos de América, Guatemala y estados del Caribe en donde sigue siendo aplicada.

Podemos citar casos como Chile, que inicialmente conservó la pena de muerte regulada en el Código Penal de 1.874, la que fuera reglamentada mediante fusilamiento mediante Decreto Nro 1.439/65; la que actualmente fue derogada mediante Ley Nro 19.734 del año 2001 junto al régimen de seguridad del Estado, Código Penal propiamente dicho y respecto al Código de Justicia Militar la mantiene para tiempos de guerra<sup>78</sup>.

Así también Perú, por Decreto Ley Nro 17.388/1969, se dispuso la pena de muerte para delitos de rapto y los que afectaran el honor sexual de menores de 7 años, por la cuantía de delitos que se cometían de ese tipo y la contempló por Decreto ley Nro 18.968 respecto a los delitos de traición a la patria, rapto o sustracción de menores seguida de homicidio. Luego mantenida con carácter de excepción desde la constitución de 1.979, exclusivamente para el delito de traición a la Patria en caso de guerra, los que pese a la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, los constituyentes de 1.993 ampliaron los supuestos a los casos de guerra interna y terrorismo e inclusive recientemente el Nuevo Código Penal Militar y Policial, de 2.010 dispone la sanción con pena de muerte en caso de traición a la Patria para el caso de guerra exterior y de 30 años de prisión hasta perpetua en los otros supuestos.

Entre otros antecedentes que afirman lo expuesto, se encuentra el Centésimo Congreso de Estados Unidos, de 1.988 que mediante la ley antidrogas estableció la pena de muerte a los cabecillas de banda y grandes traficantes que hubieren cometido asesinato relacionado con narcóticos o mataren a un oficial de la policía durante la comisión de un delito de drogas<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Código Penal de Chile.

<sup>79</sup> Informe UPI, Diario CLARIN, 23 Oct 1988

Particularmente en Argentina, la pena de muerte fue contemplada en el primer Código Penal, en el año 1.886, para los delitos que, según Carlos TEJEDOR, resultaban espantosos y repugnantes de la conciencia de todo hombre razonable<sup>80</sup>.

Así es que las diversas circunstancias fácticas llevaron pese a las argumentaciones doctrinarias por las cuales casi una década derogada la pena capital a que, tras la muerte de un ex presidente se instaure nuevamente mediante la Ley Nro 18.953/1971 contemplada junto a la reclusión, prisión, multa e inhabilitación- artículo 5-, suprimida mediante Ley Nro 20.042/1972 pero reimplantada por ley Nro 21.338/1.976, la que fue derogada nuevamente mediante Ley Nro 23.077.

Cabe destacar que, al igual que el régimen constitucional italiano, si bien había sido derogada para tiempos de paz el Código de Justicia Militar, encontraba entre sus disposiciones la previsión del artículo hasta que en el año 2.008, Argentina cumple el compromiso de adecuarse a los cánones impuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y mediante Ley Nro 26.394 deroga el Código de Justicia Militar, aboliendo la pena de muerte que en él era contenida, no pudiendo ser reimplantada<sup>81</sup>.

### **2. 3. La abolición de la pena de muerte mediante ley Nro 26.394**

---

<sup>80</sup> TEJEDOR, Carlos, "*Proyecto del Código Penal para la República Argentina*", Editorial Imprenta del Comercio del Río de la Plata, Buenos Aires, Argentina, 1866, Parte primera, Pág. 89.

<sup>81</sup> Artículo 1ro de la Ley Nro 26.394.

Esta iniciativa, prepara el terreno para que otros países sigan su ejemplo y, con ella, Argentina eleva a siete el número de países americanos que han ratificado todos los instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano.

La tendencia a la abolición mundial de la pena de muerte, fue reconocida el 18 de diciembre de 2.007, con la aprobación por la Asamblea General de la ONU de la Resolución Nro. 62/149, en la que se pide una moratoria de las ejecuciones. La Asamblea General de la ONU aprobó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1.989, y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte en el año 1.990.

Argentina ratificó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, el 2 de septiembre.

Asimismo, el 5 de septiembre de 2.008 ratificó el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, convirtiéndose así en el décimo país que lo hace. En ambos casos realizó la ratificación sin formular ninguna reserva.

Las ratificaciones se sucedieron con posterioridad a la derogación el 07 de agosto de 2.008 del Código de Justicia Militar, aboliendo las disposiciones que establecían la pena de muerte por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas armadas.

Si bien, se puede contemplar la pena de muerte atiende a una política legislativa en la que el legislador, atiende a las diversas situaciones fácticas, merituando una situación de peligro impone la pena ante la comisión de determinados delitos considerados de gravedad institucional que vulneran los derechos y pone en peligro otras personas, cuyos estados de necesidad y emergencia no deberían quedar sujetos a la interpretación o integración ante la vida del sujeto que se somete a tal pena.

Ahora bien, el escenario político y social de los países ha cambiado desde la asunción de compromisos internacionales de los sujetos Estados, a fin de la abolición de los regímenes de la pena de muerte, permitiéndonos recordar el principio “los pactos son para cumplirlos”, para pasar al siguiente tema de la previsión en el derecho internacional humanitario.

Se puede ver claramente la suscripción por Argentina de los tratados internacionales, sea por su adhesión o ratificación de los protocolos-, traía conjuntamente la medida de la derogación del Código de Justicia Militar.

## **2. 4. Disposiciones de Derechos Humanos vinculadas a la pena de muerte**

### **2. 4. 1. La situación en Europa**

La Convención Europea de Derechos humanos, en su protocolo sexto “Abolición en tiempo de paz” y decimotercero “Abolición de todas las circunstancias”. En general los tratados internacionales deniegan la prohibición de pena de muerte en caso de crimen grave, como por ejemplo en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, pero incluyen protocolos opciones que permiten su abolición.

Asimismo, el Protocolo Nro 6 a la Convención Europea de derechos humanos, aprobado en el ámbito del Consejo de Europa y ratificado por la mayor parte de los Estados del continente, donde se proscribe la pena de muerte excepto en tiempo de guerra.

Valga destacar que el Protocolo Nro 13 ha extendido la prohibición incluso al tiempo de guerra.

Además ante varias organizaciones internacionales, la abolición de la pena de muerte, es requisito de ingreso, tales como la Unión Europea y el Consejo de Europa, quienes permiten una moratoria provisoria.

Jurisprudencialmente, los tribunales de Nüremberg y Tokio establecidos para el juzgamiento de crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial aplicaron la pena de muerte<sup>82</sup>, en cambio la Corte Penal Internacional establecida en el Estatuto de Roma que entró en vigor en 2.002, excluyó la pena muerte como posible sanción. La prisión perpetua es la pena máxima dispuesta<sup>83</sup>.

#### **2. 4. 2. Situación en América**

En este ámbito, la pena de muerte ha sido abolida por la mayor parte de países miembros de la Organización de Estados Americanos. Si bien la Convención Americana de Derechos humanos<sup>84</sup>, no prohíbe la pena de muerte pero establece restricciones y prohibiciones específicas respecto a su aplicación.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Artículo 27 de la Carta del Juicio de Nüremberg, anexa al Acuerdo de Londres para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional, 1945 8 de agosto de 1945, 82 UNTS 279; artículo 27 de la Carta del Tribunal Militar de Tokio para el juicio de los principales criminales de Guerra en el Lejano Oriente, 19 de enero de 1946, 1589 TIAS 3.

<sup>83</sup> Artículo 77 “Penas Aplicables”, CPI Estatuto, entrada en vigencia el 1 de Julio de 2002 (2187 UNTS 3).

<sup>84</sup> Convención Americana de Derechos humanos- Artículo 4to: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la

Respecto a las restricciones la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido las restricciones a la aplicación expresando: “Quedan así definidos tres grupos de limitaciones para la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición.

En primer lugar, la imposición o aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto.

En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos.

Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital”<sup>86</sup>.

En 1.990 la Asamblea General de la OEA adoptó el Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte<sup>87</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, precisa la revisión y determina las pautas para el ejercicio del derecho a un juicio justo y con todas las garantías del debido proceso, así expresa “debido en parte a su carácter irrevocable e

---

comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

<sup>85</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Restricciones a la Pena de Muerte, Artículos. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrafo 57.

<sup>86</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Restricciones a la Pena de Muerte, Artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 3/83 del 8 de septiembre de 1.983. Serie A No. 3, Párr. 55.

<sup>87</sup> Preámbulo, Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos relativa a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado el 8 de junio de 1.990 en la 20va Sesión Ordinaria de la Asamblea General, Asunción, Paraguay.

irreversible, la pena de muerte es una forma de castigo que se diferencia sustancialmente y en grado de otros medios de castigo, por lo cual reclama una certeza particularmente rigurosa en la determinación de la responsabilidad de una persona por un delito que comporta la pena de muerte”<sup>88</sup>.

Tal es así como en el informe del 02Ago12, la Comisión destaca el caso mexicano Humberto Leal García, quien fuera ejecutado en Texas- Estados Unidos el 07Jul11 pese a los reclamos de la Comisión, la Corte Internacional de Justicia y el Gobierno de OBAMA- Presidente de los Estados Unidos de América-, fundado en que el preso no había recibido la atención consular que determina obligatoriamente la Convención de Viena.

Asimismo destaca la ejecución en Cuba de Lorenzo Enrique COPELLO- Año 2.003-, uno de los tres secuestradores de la lancha que buscaban huir a Estados Unidos, tal como se conociera públicamente el hecho en los medios de comunicación social y la imposición de la pena de muerte a Fermín RAMÍREZ en Guatemala, año 1.998, en el que no le hubieren permitido el ejercicio del derecho de defensa.

En el año 2.012, la mencionada Comisión urgió a aplicar una moratoria a las ejecuciones como paso hacia la eliminación de la pena de muerte en América, y condenó de trato cruel, inhumano y degradante a los presos que esperan en el corredor de la muerte, el cual consiste en un período prolongado de detención en espera de una ejecución<sup>89</sup>.

Valga destacar, la Corte Suprema de los Estados Unidos, abolió el uso de la pena capital para criminales menores de 16 años en el caso “Thompson vs. Oklahoma” del año 1.988<sup>90</sup> y respecto a los menores en general en el caso “Roper vs. Simmons” del año 2.005<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> CIDH, Informe No. 78/07, Caso 12.265, Fondo (Publicación), Chad Roger Goodman, Las Bahamas, 15 de octubre de 2.007, Párr. 34.

<sup>89</sup> <http://informe21.com/politica/12/08/03/la-cidh-pide-una-moratoria-en-la-aplicacion-de-la-pena-de-muerte-en-america>

<sup>90</sup> US SUPREME COURT CENTER, “Thompson vs. Oklahoma”, 487 U. S. 815 (1.988). Prohibió la aplicación de la pena de muerte a menores de 16 años, destacando que Thompson tenía 15 años por lo que el

Por otra parte en el año 2.002, la Corte precitada declaró inconstitucional la ejecución de personas con retraso mental, por resultar violatoria de la enmienda octava.<sup>92</sup>

Sin embargo en Estados Unidos de América, la pena de muerte resulta aplicable a los delitos militares, es la propia Jurisdicción militar estadounidense, la que conforme al Código Uniforme de Justicia Militar, mediante la aplicación por las Cortes militares, escapa del control de los Estados y tiene vigencia en todo el territorio de la nación. Si el militar es condenado a muerte sólo el presidente puede perdonar la ejecución.

## **2. 5. Disposiciones del Derecho Internacional de los conflictos armados**

Ahora bien, el Derecho internacional de los conflictos armados, prevé la posibilidad de aplicarse la pena de muerte a los prisioneros de guerra, dependiendo de la legislación del país captor, es decir un militar argentino puede ser sujeto pasible de aplicación de tal penalidad, si la legislación del país que detente el prisionero-distinta a la Argentina-, lo contuviere en su legislación.

Para esto, si cayere personal militar de las Fuerzas armadas de Argentina y fuere capturado por el enemigo, la potencia captora debe informar a ese personal militar y a la

---

decisorio fue la no aplicación de la pena capital. Los menores tienen menos educación e inteligencia como para comprender la criminalidad de sus acciones.

<sup>91</sup> US SUPREME COURT CENTER, “Roper (Superintendente del Centro Correccional de POTOSÍ) vs. Simmons”; este último comente hecho penado con pena de muerte a los 17 años y al momento de la condena había alcanzado los 18 años de edad, la Corte considera, no les resulta aplicable la pena de muerte por ser aún menores, la considera desproporcionada a la pena respecto a los delitos cometidos por menores de edad.

<sup>92</sup> [http://articles.cnn.com/2002-06-20/justice/scotus.executions\\_1\\_mentally-retarded-criminals-executions](http://articles.cnn.com/2002-06-20/justice/scotus.executions_1_mentally-retarded-criminals-executions)

potencia protectora de la República Argentina, tan pronto como sea posible, cuáles son las infracciones que conforme a su legislación, son punibles con la pena capital.

Asimismo, la sentencia con la imposición de tal pena no podrá dictarse automáticamente sino que el tribunal correspondiente deberá tener en cuenta las circunstancias atenuantes de no poseer deber de fidelidad con esa potencia y haber caído en manos del enemigo por razones ajenas a su voluntad<sup>93</sup>.

Entre otras previsiones, en lo posible no se dictará pena de muerte contra las mujeres embarazadas o las madres de niños pequeños. Si se dictara, no será ejecutada. En la misma situación, se encuentran los menores de 18 años, al tiempo de cometer la infracción<sup>94</sup>.

Por otra parte, para el caso que los prisioneros de guerra, cayeran en poder de la República Argentina, según el artículo 100 del Convenio II de Ginebra, relativo al trato debido a prisioneros de guerra y a la información a suministrar a los prisioneros de guerra y a las potencias protectoras referente a las infracciones punibles con la pena de muerte; la

---

<sup>93</sup> Artículo 100 del Convenio III de Ginebra – Trato debido a prisioneros de Guerra: “Se informará a los prisioneros de guerra y a las Potencias protectoras, tan pronto como sea posible, acerca de las infracciones punibles con la pena de muerte en virtud de la legislación de la Potencia detenedora. Después, ninguna infracción podrá castigarse con la pena de muerte, sin el asenso de la Potencia de la dependan los prisioneros. No podrá dictarse la pena de muerte contra un prisionero más que si se ha llamado especialmente la atención del tribunal, de conformidad con el artículo 87, párrafo segundo, sobre el hecho de que el acusado, por no ser súbdito de la Potencia detenedora, no tiene para con ella ningún deber de fidelidad y de que está en su poder por circunstancias ajenas a su voluntad”.

<sup>94</sup> Artículo 76 y 77 el Protocolo I al Convenio de Ginebra, vinculados a la protección de mujeres y niños; 76. 3. En toda la medida de lo posible, las Partes en conflicto procurarán evitar la imposición de la pena de muerte a las mujeres encintas o a las madres con niños de corta edad a su cargo por delitos relacionados con el conflicto armado. No se ejecutará la pena de muerte impuesta a esas mujeres por tales delitos y 77. 5. No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años.

República Argentina debe informar que en su legislación no se encuentra prevista la imposición de la pena de muerte, pues ésta ha sido abolida del régimen legal, tanto para civiles como para militares, extensible a personas protegidas bajo la responsabilidad de este país<sup>95</sup>. En todos los casos en el procedimiento judicial se deben respetar las garantías de derecho de defensa y tutela judicial efectiva como control judicial posterior por instancia de apelación o casación<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Artículo 1.1. del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 15 de diciembre de 1.989, aprobado por Ley Nro 26.380, en el que se comprometen los Estados partes a no ejecutar ninguna persona sometida a su jurisdicción.

<sup>96</sup> Artículo 105 y 106 del Convenio III de Ginebra- Trato debido a prisioneros de Guerra: El prisionero de guerra tendrá derecho a que lo asista uno de sus camaradas prisioneros, a que lo defienda un abogado calificado de su elección, a hacer comparecer testigos y a recurrir, si lo considera conveniente, a los oficios de un intérprete competente. La Potencia detenedora le pondrá oportunamente al corriente de estos derechos antes de la vista de la causa. Si el prisionero no ha elegido defensor, la Potencia protectora le procurará uno; para ello, dispondrá de un semana al menos. Si la Potencia protectora la solicita, la Potencia detenedora le presentará una lista de personas calificadas para garantizar la defensa. En el caso de que ni el prisionero de guerra ni la Potencia protectora hayan elegido defensor, la Potencia detenedora nombrará de oficio a un abogado calificado para defender al acusado. Para preparar la defensa del acusado, el defensor dispondrá de un plazo de dos semanas, por lo menos, antes de la vista de la causa, así como de las facilidades necesarias; podrá, en particular, visitar libremente al acusado y conversar con él sin testigos. Podrá conversar con todos los testigos de descargo, incluidos prisioneros de guerra. Se beneficiará de estas facilidades hasta la expiración de los plazos de apelación. El prisionero de guerra acusado recibirá, con suficiente tiempo, antes de comenzar la vista de la causa, comunicación, en idioma que comprenda, del auto de procesamiento así como de los autos que, en general, se notifican al acusado en virtud de las leyes vigentes en los ejércitos de la Potencia detenedora. La misma comunicación deberá hacerse, en las mismas condiciones, a su defensor. Los representantes de la Potencia protectora tendrán derecho a asistir al proceso, a no ser que tenga lugar, excepcionalmente, a puerta cerrada en interés de la seguridad del Estado; en tal caso, la Potencia detenedora se lo comunicará a la Potencia protectora. Además Todo prisionero de guerra tendrá derecho, en las mismas condiciones que los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora, a recurrir en apelación, en casación o en revisión, por toda sentencia dictada contra él. Será plenamente informado acerca de sus derechos de recurso así como acerca de los plazos requeridos para ejercerlos.

### **3. El derecho a la igualdad y la no discriminación en la Ley Nro 26.394**

Si bien, no ha sido un enunciado tan importante como la abolición de la pena de muerte, el actual Sistema de Justicia Militar, propició los principios de igualdad y no discriminación, los cuales son receptados en un sinnúmero de convenciones internacionales de derechos humanos, tales como el artículo 1ro y 2do de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>97</sup>, el artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>98</sup>, el artículo 1ro de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>99</sup>, el artículo 1ro de la Convención Internacional para evitar toda forma rediscriminación racial<sup>100</sup>, entre otros instrumentos convencionales vigentes.

---

<sup>97</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2: 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

<sup>98</sup> Declaración Americana de Derechos y deberes del hombre, Artículo 2: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. Derecho de igualdad ante la Ley.

<sup>99</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 1ro: 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Al respecto, inicialmente se señala la igualdad del personal militar en relación al ciudadano civil, sin perjuicio de que destaquemos que la igualdad es asimétrica, por cuanto el derecho a la igualdad debe ser considerado entre iguales categorías o pares.

Es decir, el ciudadano común es igual al resto de los ciudadanos el militar es igual a otros militares; sin que importen el otorgamiento de concesiones especiales sino sólo el reconocimiento de la diversidad que es la base de cualquier Estado Democrático.

En ese sentido, al ser considerados ciudadanos de uniforme el personal militar pretende el goce de ciertos derechos que posee la ciudadanía, tales como la afiliación, el reclamar a las autoridades, el derecho de huelga, al reconocimiento y pago de horas extras, al pago de suplemento por tareas riesgosas, al derecho de desempeñar actividades políticas partidarias<sup>101</sup>; todas cuestiones que cuando son llevadas a cabo no importan más

---

<sup>100</sup> Convención Internacional para evitar toda forma de discriminación racial, Artículo 1ro: 1. En la presente Convención la expresión «discriminación racial» denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. 2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos. 3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular. 4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

<sup>101</sup> MUHICH, Norberto, Capitán de Corbeta de la Armada Argentina, “*Puede ejercitar el militar sus derechos fundamentales de la misma manera que cualquier ciudadano?*”, Revista del Centro Naval Nro 823- Enero /Abril de 2.009, Págs. 1/2.

que la aplicación de excepciones fundadas en la especialidad del régimen militar; lo que no se entiende si se considera que todos somos iguales ante la ley y la jurisdicción.

Ahora bien, hecha esta aclaración, el derecho militar actual con base en este Nuevo Sistema de Justicia Militar, ha derogado disposiciones vinculadas a conductas discriminatorias respecto al personal militar; sean los delitos militares que penaban la homosexualidad, que se encontraba previsto en el artículo 765 del derogado Código de Justicia Militar, como así también la persecución de personas que practicaban diversidad de culto según el derogado artículo 654 del precitado Código.

En este sentido, estos inconvenientes ya han sido dirimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconociendo “cierta” plenitud del goce de derechos fundamentales al personal militar, tales como la libertad ideológica, de asociación o expresión en la jurisdicción militar, pero con restricciones al derecho de asociación o expresión que se sujetan a un test de proporcionalidad; como leading case se puede citar Engel y otros contra Países Bajos, donde el Tribunal de Estrasburgo consideró las medidas disciplinarias impuestas a militares que habían publicado escritos críticos de la Institución militar de las Fuerzas Holandesas en medio de una confusión del orden, no vulneran el derecho fundamental, por cuanto preservaban el orden y disciplina que debía reinar en el interior de ese grupo social particular, que no es comparable a una sociedad civil.

Estos mismos supuestos han sido dirimidos en Reino Unido, a fines de los noventa, donde los soldados homosexuales eran expulsados del ejército porque su presencia minaba la disciplina y la moral militar; cuestión resuelta a favor de tales en los casos Lustig Prean (1.999), Grady Beck (2.002)<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> <http://www2.law.ox.ac.uk/opbp/GaysinMilitaryFinal%20Submission.pdf>, “*The legal treatment of homosexuals in the armed forces of Europe- Oxford University Public Interest Law Submission*”, Lustig-Prean v. the United Kingdom and Smith and Grady v. the United Kingdom, en que condena a Rusia a la indemnización según lo prescripto por el artículo 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos que protege el derecho a la igualdad, cuyo fundamento fue la violación al derecho a la vida privada.

#### **4. Conclusiones preliminares**

En síntesis en este capítulo, se han expuesto los antecedentes de la reforma, los objetivos planteados al presentarse la misma y el confronte con el texto legal definitivo. Se destacaron las situaciones fácticas y jurídicas, tenidas en consideración por el legislador en el proyecto de reforma, denotando el espíritu de la Ley Nro: 26.394 y la importancia de la adecuación al plexo normativo de constitucionalidad y convencionalidad vigentes y la derogación de los Tribunales de Honor que no contenía el Proyecto de ley pero que fue derogado en el texto normativo.

Sin embargo, se señala que los objetivos en lo disciplinario, no se encuentran debidamente cumplidos con las modificaciones realizadas, por cuanto las garantías de derecho de defensa, control judicial suficiente que podríamos complementar con la tutela administrativa y judicial efectiva sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>103</sup>.

Estimamos, no obstante, contar con el informe de cumplimiento de la Comisión Internacional de Derechos Humanos- en el Caso CORREA BELISLE-, es posible que se presenten nuevos casos bajo el nuevo sistema disciplinario ante violaciones a derechos y garantías.

Por otra parte, el antecedente del compromiso en el caso precitado, cuyo entorno se circunscribió a la sanción de arresto por irrespetuosidad, actualmente la misma se encuentra prevista como falta gravísima conllevando previa actuación disciplinaria, la destitución y/o el arresto del infractor; lo que cabría oportunamente se interpusieran los recursos que no suspenderían su ejecución o cumplimiento de la sanción disciplinaria<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup>Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallo 327:4185, “ASTORGA BRATCH, Sergio y otro vs. Comisión Federal de Radiodifusión s/ Amparo” del 14 de octubre 2004, considerando 6to, con fundamento en los artículos XVIII y XXIV Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos , 8, y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 Inc. 3 ps. a y b y 14 Inc. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Código vigente no ha previsto medios para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa, mediante la interposición de descargos, pruebas y la exigencia de una resolución fundada previo dictamen jurídico; cuyos recaudos atañen el de la potestad disciplinaria, en el marco del respeto de las garantías constitucionales procedimentales que evitan la arbitrariedad administrativa y aseguran el acceso a la justicia, la presunción de inocencia y el derecho de contradicción; siendo deber de la Administración facilitar los medios<sup>105</sup>.

Además cabe señalar, la necesaria compatibilidad del régimen interno con el derecho internacional humanitario, que de hecho los tribunales argentinos nunca citaron este último –consuetudinario o convencional-, para el encuadramiento de figuras típicas respecto a hechos que acaecieran sino sólo las normas de derecho interno, cuando se les otorga a estos crímenes el carácter de internacional y se les atribuye las consecuencias especiales que dicho derecho establece para esa categoría de crímenes, por ejemplo la imprescriptibilidad, razón por lo cual se torna incompatible la aplicación de derecho interno para la tipificación y juzgamiento de ciertas conductas y la integración con derecho internacional humanitario mediante subsunción secundaria respecto a la cualificación de derecho internacional.

También, ante las circunstancias apuntadas, hubiere sido deseable que, el texto legal determine la norma supletoria, caso contrario bajo la doctrina principialista del derecho que sostuvimos en publicación doctrinaria anterior, en la que propiciamos la aplicación para el derecho sancionatorio la integración normativa mediante la supletoriedad junto a los principios especiales y generales del derecho, al existir diversas

---

104 “REGLAMENTO DE ACTUACIONES DISCIPLINARIAS”- se aprobó mediante resolución Ministerial sin que se haya delegado reglamentar el Congreso sino proyectar la misma. Además la precitada, expresa disposiciones que restringen los derechos más allá de lo determinado por la norma, por lo que ambas razones estimamos determinarían la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del texto por cuanto implica el ejercicio de poder de policía cuya limitación de derechos resulta propio de la vía legislativa. Respecto a la autotutela de ejecutar por sí la sanción. Esta situación avizorada que fuere, importó la emisión del Decreto Nro 2.666/12.

105 IVANEGA Miriam Mabel, “*Reflexiones acerca del Derecho Disciplinario: Potestad disciplinaria y derecho de defensa- La situación en el sistema nacional argentino*”, Segundo Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México 7 al 9 de Septiembre de 2010, Pág. 7-9.

lagunas en el Anexo IV de la Ley Nro 26.394, tales como la omisión de garantizar plenamente el ejercicio del derecho de defensa- previendo sólo la designación de abogado defensor y vista con diez días de antelación a la audiencia del Consejo de Disciplina, respecto al control judicial posterior al no proporcional el Estado los remedios legales para acceder y obtener una sentencia útil, se propone en lo administrativo disciplinario la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos y su Reglamentación y respecto a la sanción de arresto riguroso la especial precaución de cumplir las garantías previstas en el derecho penal el que se debería aplicar supletoriamente y en ambos para los casos no previstos la integración mediante los principios generales del derecho<sup>106</sup>.

Luego señalamos respecto a esta última previsión que, entre las sanciones previstas por el Código de disciplina se encuentra el arresto riguroso, que a criterio de determinado sector doctrinario con el que coincidimos<sup>107</sup> posee más naturaleza penal que administrativa, debiendo en su caso respetarse íntegramente las garantías del procedimiento penal por corresponderse al derecho de libertad ambulatoria, habiendo sido deseable que esa sanción no sea contemplada tal como lo sostiene BIGLIERI<sup>108</sup>.

Por otra parte, hemos avizorado los importantes avances a nivel internacional respecto a la abolición de la pena de muerte, desde el punto de vista de los derechos humanos es trascendente, por considerar que la vida de la persona humana, no puede ser dispuesta por otra, sino que es sólo cuando una causa proporcionalmente válida hace impropia la existencia de esa persona, debiendo la pena ser proporcional a la magnitud de la falta cometida<sup>109</sup>.

---

106 CARDOZO, Mariela, Tesis para optar por el título de magíster en Derecho Administrativo de la Economía, U.C.C por Convenio U.N.C- Facultad de Derecho (2.012), *“El derecho disciplinario de las Fuerzas armadas de la República Argentina- Análisis crítico”*, bajo dirección de MASSIMINO, Leonardo; Pág. 42-49.

107 GARCIA PULLES, Fernando, *“La distinción entre delitos y faltas”*, Doctrina del Suplemento Derecho Administrativo, 06 de Septiembre de 2.006-Editorial LexisNexis, Buenos Aires, Argentina, Pág. 02-07.

<sup>108</sup> BIGLIERI, Alberto, *“Manual de Derecho Administrativo”*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2.011, Pág. 107/110.

Además, no obstante mantenerse en algunos regímenes, se restringe específicamente a casos de guerra y conflictos armados, tras una revisión normativa que permite limitar o prohibir su aplicación de manera excepcional y restrictiva.

Por otro lado, han sido delineados cánones respecto al cumplimiento del derecho de igualdad y de las garantías debido proceso y juicio justo con quienes se encuentre involucrados y sujetos a la aplicación de la pena capital.

Al mismo tiempo, hemos apuntado las diversas acciones de la Corte Internacional y las comisiones en la elaboración de fallos o informes, como así también diversos organismos internacionales trabajan arduamente por el correlato al respeto al derecho de la vida y su dignidad propiciando la abolición y/o eliminación de la pena de muerte.

Son pocos los países en los que mantiene vigencia la pena de muerte, haciendo especial referencia a Estados Unidos de América, también destacamos las pautas existentes en el derecho internacional de los conflictos armados, respecto a la potencia captora y la verificación de su legislación nacional pudiendo aplicar o no la pena de muerte a prisioneros de guerra, según esté contenida o no en su régimen legal como así también la particular referencia a mujeres y menores.

Conjuntamente, no sólo la defensa de la vida, sino también el reconocimiento de los derechos fundamentales en el seno de la Institución castrense, hicieron que se derogaran tipos penales militares que se endilgaban de discriminatorios; sin perjuicio de destacar nuestra posición acerca de la asimetría del derecho a la igualdad.

Destacamos el arduo trabajo de las organizaciones internacionales, pero los beneficios se proyectarán a generaciones futuras, reconociendo la labor de las organizaciones que luchan por la humanidad, ahora lo deseable sería la instauración en la conciencia colectiva de la valiosidad de la vida humana propia y ajena, realizando la norma obligatoria para todos los países, siendo la guerra o los conflictos armados el lugar donde se empeña la vida de los combatientes y por añadidura de quienes son objetos y sujetos del conflicto y estimo quien menos quiere morir es el soldado que se dispone a

---

<sup>109</sup> CORDERO PANDO, Jesús, *“Ética y sociedad”*, Editorial San Esteban, Salamanca, España, 1.981, Pág. 160.

luchar por su vida, para lo cual sólo cerraré con una cita de Víctor Hugo “La pena de muerte es signo peculiar de la barbarie”.

### **CAPITULO III**

#### **Modificaciones introducidas por el Nuevo Sistema de Justicia Militar al derecho penal y procesal penal de la Nación Argentina**

*“El modo de contener los delitos y fomentar las virtudes es castigar al delincuente y proteger al inocente”*

*General Manuel Belgrano.*

#### **1. Las modificaciones sustanciales de la Ley Nro 26.394 al Derecho Penal militar**

En lo que al derecho penal militar se refiere, las modificaciones sustanciales se encuentran plasmadas en el artículo 1ro de la Ley Nro 26.394, al derogar la legislación de justicia militar vigente hasta el año 2.008, implícitamente tal como lo expresara en la exposición de motivos del proyecto elevado al Congreso de la Nación, la que hemos desarrollado en particular en capítulo precedente igualmente su vinculación en cuanto a la pena de muerte por la importancia que el tema merece para el orden jurídico nacional e internacional.

En el presente capítulo, también expondremos las modificaciones insertas en los Códigos Penal y Procesal Penal de la Nación, desde el punto de vista de las consecuencias

al derecho militar fundamentalmente que rige para tiempos de paz, entre las que se encuentran la incorporación del agravante previsto en el Art. 80 inciso 10, la sustitución y modificación de otros artículos del Código Penal, tales como los artículos 142 bis inciso 5to, 209 bis, 215 inciso 3ro, 219 último párrafo, 220, 222 primer y tercer párrafo, 238 bis, 238 ter, 240 bis, 241 bis, 246 último párrafo, 249 bis, 250 bis, 252 segundo párrafo, 253 bis y 253 ter.

Partiendo de la base de los elementos de la teoría del delito, aplicables a los hechos objeto de la presente investigación, donde destacamos el personal militar es investido de las características propias de los funcionarios públicos, seguimos a TERRAGNI, para sostener que, la acción requiere el comportamiento del hombre como ser dotado de la facultad de decidir qué hacer, tanto respecto de tipos activos u omisivos dolosos y culposos, que se ensamblan dentro del elemento subjetivo de un tipo penal, como la representación ante lo previsible y evitable.

A ello se le debe sumar la antijuridicidad, vinculada a la contradicción de la conducta típica y la norma que dispone su previsión salvo ante causales de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, legítimo ejercicio de un derecho/autoridad/cargo).

También, la atribución de responsabilidad por el hecho imputable, es decir la exigibilidad de determinado obrar que cede cuando el autor no es libre respecto a su voluntad ante circunstancias de coacción o colisión de deberes. Además la culpabilidad, establecida para quien habiendo podido conducirse conforme a los requerimientos legales, no lo ha hecho<sup>110</sup>, salvo error de prohibición<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> TERRAGNI, Marco Antonio, *“Delitos propios de los funcionarios públicos”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ra Reimpresión, Mendoza, Argentina, 2.005, Págs. 49/51.

<sup>111</sup> El Error de Prohibición es una institución estructurada sobre la Culpabilidad, como elemento de la Teoría del Delito, que se define como una situación fáctica, en que un sujeto comete un hecho bajo la influencia total o parcial de una percepción errada de la valoración global de la antijuridicidad de su actuar evitable o inevitable. Quebrantando el imperio del Principio absoluto de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

**1. 1. Incorporación de cambios sustanciales al Código Penal y de Procedimiento Penal de la Nación, los que se introdujeron en el Anexo I, vigentes para tiempos de Paz**<sup>112</sup>

Entre las modificaciones sustanciales, debemos resaltar la diferenciación entre falta y delito, tal como corresponde según sus bienes jurídicos tutelados y las diversas esferas de responsabilidades, correspondiéndole investigar y juzgar a dos jurisdicciones diversas, garantizando los principios fundamentales de justicia y derechos individuales.

Tal es así que, partiendo de un Estado que es en esencia poder y el que distribuye en tres funciones esenciales, dentro de las cuales se encuentra la función punitiva o el derecho de castigar, dentro de esta única función de punición, se halla la potestad sancionatoria y la potestad penal<sup>113</sup>.

Al respecto, la primera mencionada es la facultad de sancionar a personal dependiente en razón del empleo público o a los administrados por las infracciones que intervienen contra el normal desenvolvimiento de la Administración Pública, establecidas en base a su facultad reglamentaria y por otro lado, la potestad penal es el conjunto de reglas mediante las cuales el Estado regula el ejercicio de aquel derecho subjetivo, siendo las leyes por las cuales éste delimita su potestad para imponer una pena, establecida en la tipificación de conductas merecedoras de tales o en su caso, de medidas de seguridad respecto a los sujetos a los cuales es inútil la imposición de una pena”.

---

<sup>112</sup> Artículo 2do Ley Nro 26.394 “Apruébense las modificaciones al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación que, como anexo I, integran la presente ley”.

<sup>113</sup> RODRIGUEZ, Agustín y Beatriz de, “*Delitos contra la Administración Pública*”, Ediciones Juris, Buenos Aires, Argentina, 2002, Págs. 02/05.

Este ius puniendi o función reguladora que limita el derecho de castigar del Estado, se ve a su vez condicionada por los límites de atribución asignados al constituir este; es decir por los principios de legalidad, reserva y debido proceso que se han establecido en el texto Constitucional en los artículos 18 y 19<sup>114</sup> C.N., como así también a los de legitimidad para legislar en materia penal y juzgamiento, previstos en los artículos 75 inciso 12 y 109 de la Constitución de la Nación Argentina.<sup>115</sup>

Tal es así que, en palabras de LASCANO quien cita a su vez a Fernando MARTINEZ PAZ, expresa en el Prólogo al Libro del Dr. VERA BARROS, “el derecho penal tiene la función de tutelar bienes jurídicos y valores éticos, agregando que el poder punitivo estatal como objeto de estudio de las ciencias penales se caracteriza por utilizar sanciones más drásticas y diferentes a las de otras ramas jurídicas- las penas-, como instrumento de control social para evitar o reducir la comisión de comportamientos

---

<sup>114</sup> Artículos 18, 19, 75 inciso 12 y 109 de la Constitución de la Nación Argentina.

Artículo 18: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Artículo 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Artículo 75 inciso 12 “Corresponde al Congreso dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal...”.

Artículo 109: En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

<sup>115</sup> CREUS, Carlos, “*Esquema de derecho penal*”, Editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1.993, Pág. 1/2.

desviados especialmente lesivos o peligrosos de los bienes jurídicamente protegidos, resultando tales conflictos intolerables para la convivencia en sociedad”<sup>116</sup>.

Bajo esta circunstancia, un mismo hecho podrá constituir las consecuentes responsabilidades en las diversas esferas del derecho, sea penal, administrativo, ético, civil o reparador, ó cualquier otra índole de responsabilidad que le cupiere al mismo funcionario público por su conducta sin que ello importe vulnerar el principio non bis in ídem.

Dejamos expresamente establecido que, resulta ser de nuestro interés en la presente el abordaje desde el contenido sustancial del derecho penal, administrativo sancionador y penal administrativo, con expresa mención acerca del derecho internacional de los conflictos armados en cuanto resulte propio del derecho internacional penal; excluyendo en el presente análisis el procedimiento y el derecho de ejecución formal, en cuanto a la ejecución penal y penitenciaria.

## **2. Las modificaciones al articulado del Código Penal, el funcionario militar**

Pasando a lo específicamente determinado en el texto de la norma en cuestión, inicial este incorpora al artículo 77 del Código Penal la definición del término “militar”, vinculándolo a la posesión de estado militar y amplía su ámbito a los civiles que integran la cadena de mando, asimilándolos al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican la comisión de un delito o participación en el mismo.

---

<sup>116</sup> VERA BARROS, Oscar, “*Delitos contra el Orden Publico*” -Prólogo Dr. Carlos LASCANO-, Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 2002, Pág. 9/12.

En este orden, entendemos el caso sería comprensible al Ministro de Defensa, los Secretarios y Directores de esa cartera ministerial, de quienes emanan órdenes directas a cumplimentar por las Fuerzas Armadas y sus respectivos agentes o funcionarios públicos.

En cuanto a los delitos, que bajo la Ley Nro 14.029- derogado Código de Justicia Militar-, eran investigados bajo la figura del sumario penal militar, cuya naturaleza era definida por la doctrina, legislación militar específica y jurisprudencia como “esencialmente militares”, pasan a ser investigados en tiempo de paz por el Juez común competente - valga la aclaración bajo la órbita del Poder Judicial-, conforme al sistema judicialista dispuesto por el Art. 109 de la Constitución Nacional.

## **2. 1. Delitos contra la vida**

El texto del nuevo sistema de justicia militar, ha incorporado al artículo 80 del Código Penal<sup>117</sup>, el inciso 10 que prevé una causal de agravamiento del delito de homicidio, expresando textualmente: “al que matare a su superior militar, en circunstancia de encontrarse frente al enemigo o a tropa formada con armas”.

El tipo legal de base previsto por el Código Penal, se encuentra entre los delitos contra las personas, particularmente en el Capítulo I- Delitos contra la vida, protegiendo justamente la vida humana y puniendo su extinción por un tercero.

En expresión conceptual de NUÑEZ, describe la vida como un ser orgánicamente desarrollado- aunque sea monstruosa o deficientemente-, cuya característica es la

---

<sup>117</sup> Artículo 2do – Ley 26.394 “Incorporase como inciso 10 del artículo 80 del Código Penal el siguiente texto: A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas”.

capacidad del organismo del individuo de proseguir funcionando en alguna medida, incluso por medios artificiales<sup>118</sup>.

Ahora bien, en lo específico del inciso incorporado, el antecedente se encontraba previsto en el derogado Código de Justicia Militar, bajo la figura de la vía de hecho contra el superior<sup>119</sup>.

El consecuente, es que el tipo penal base resulta agravado por la calidad del sujeto activo, no obstante observamos que tal agravamiento no resulta ser propio del bien jurídico tutelado “la vida de la persona” sino por la calidad del sujeto activo de la conducta, resultándonos criticable desde nuestro punto de vista, por cuanto la exposición de motivos del derogado Código de Justicia Militar, expresaba la intensión de someter al

---

<sup>118</sup> NUÑEZ, Ricardo, “*Manual de Derecho Penal- Parte especial*”, 2da Edición, Editora Córdoba Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1999, Pág. 21.

<sup>119</sup> Artículo 656 CJM establecía: “Se impondrá pena de muerte o reclusión por tiempo indeterminado al militar que frente al enemigo o frente a tropa formada con armas, ataque, con o sin armas, a un superior, aunque éste no sufra daño alguno”.-

El artículo 657 CJM consignaba: “El militar que en acto de servicio de armas o con ocasión de él, maltratare de obra al superior, causándole la muerte o lesiones graves, será reprimido con la pena de muerte o reclusión por tiempo indeterminado. Si el ataque se verifica con empleo de armas u otro instrumento ofensivo, se reprimirá con reclusión por tiempo indeterminado o prisión, sino resultare daño para el superior o sólo le produjere lesiones leves”.-

El artículo 658 decía: “Fuera de los casos comprendidos en los dos artículos anteriores, el militar que maltratare de obra a un superior, o le causare lesiones por otros medios, será reprimido con pena de prisión. Se impondrá, en todos los casos del párrafo anterior, la pena de muerte o la de reclusión por tiempo indeterminado, cuando del hecho resulte la muerte del superior, y la de reclusión hasta diez años, si le produjere lesiones graves”.-

El artículo 659 disponía que: “El que ponga mano a un arma ofensiva o realice actos o demostraciones con tendencia a ofender de obra a un superior, sin llegar a atacarlo, será reprimido con pena de reclusión por tiempo determinado o de prisión mayor, si se trata de los casos comprendidos en el artículo 656 y con la de prisión en los de los artículos 657 y 658”.-

El artículo 661 consignaba que: “Cuando el autor de algunos de los hechos previstos por los artículos 657 y 658, hubiera empleado un medio que no podía razonablemente ocasionar la muerte del ofendido, la pena de muerte será sustituida por la de reclusión por tiempo indeterminado y ésta por la de reclusión de seis a veinte años”.

personal militar como ciudadano a un mismo derecho bajo la misma jurisdicción y con los mismos atenuantes y agravantes, cuyo fundamento se encuentra en la igualdad con el resto de ciudadanos del país.

Por otra parte, a nuestro entender y tesis, la circunstancia de encontrarse frente al enemigo, importa una situación bélica para cuyas circunstancias rige el procedimiento penal para tiempo de guerra y más específicamente el derecho internacional de los conflictos armados.

Además de haberse otorgado una impronta diferente a las agravantes previstas en el Código Penal, que se determinan por la calidad del sujeto activo o pasivo, este artículo en base a los antecedentes del Código militar derogado, requiere dos exigencias tendientes a preservar “la disciplina impuesta por la superioridad” y no “la vida”, el carácter de inferior del sujeto activo respecto a la víctima y las circunstancias especiales de tiempo y lugar en que se ejecuta la acción típica; que desde nuestro punto de vista denota una valoración extraña al área de protección que la sociedad tiende a resguardar y que se tipificó en el articulado del Código Penal.

Por otro lado, y respecto a esta superioridad, según el artículo 12 de la Ley de personal militar, primeramente la superioridad se encuentra enmarcada por el cargo del sujeto, luego por jerarquías o rangos y por último según la antigüedad ante igualdad jerárquica<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Artículo 12 de la Ley Nro 19.101: “Superioridad Militar y Precedencias Art.1º- Superioridad militar es la que tiene un militar con respecto a otro por razones de cargo, de jerarquía o de antigüedad. Por ello en la superioridad militar se distingue: 1º La superioridad por cargo es la que resulta de la dependencia orgánica y en virtud de la cual un militar tiene superioridad sobre otro, por la función que desempeña dentro de un mismo organismo o unidad militar. 2º La superioridad jerárquica es la que tiene un militar con respecto a otro por el hecho de poseer un grado más elevado. A tales fines, la sucesión de los grados es la que establecen los anexos 1 y 2 de esta ley y cuyas denominaciones son privativas de las fuerzas armadas. 3º La superioridad por antigüedad es la que tiene un militar con respecto a otro del mismo grado según el orden que establecen los apartados del presente inciso. El tiempo pasado por el personal en situación de disponibilidad o pasiva, cuando sólo sea computado a los fines del retiro, no se considerará para establecer la superioridad por antigüedad. a) Personal en actividad egresado de escuelas o institutos de reclutamiento; 1. Por la fecha de ascenso al grado y a igualdad de ésta por la antigüedad en el grado anterior. 2. A igualdad de antigüedad en el grado anterior, por la correspondiente al grado inmediato anterior y así, sucesivamente,

Valga destacar que el tipo penal, se encuentra agravado en función entonces de la calidad que revisten los sujetos activos y pasivos, a lo que se le suma el modo de comisión y circunstancias de tiempo y lugar.

El hecho típico estimamos de ser considerado que, por la circunstancia de que sea inferior jerarquía el sujeto activo puede cometer homicidio agravado contra el superior, por lo que desde la óptica del derecho penal común se estaría dando un valor mayor a la vida de uno frente a la vida de otra persona, por el hecho de ser superior; estimo debió expresar el que diere muerte por acción o por omisión a un miembro de una fuerza armada y por ser ejecutada o materializada la acción “frente a enemigo o tropa formada con armas”.

De lo contrario, conforme a lo antes expresado, si este inciso ha intentado preservar la superioridad militar, nos encontraríamos ante un delito especial, cuya técnica legislativa resulta opinable, por cuanto ante las diferencias características y el propio bien jurídico tutelado- que no resulta ser la vida humana de manera genérica-, se hubiese tornada favorable que tal como lo realizan los Códigos Penales cuyo articulado dispone delitos militares se encuentran agrupados en un capítulo especial, tales como el Código Penal de Francia<sup>121</sup> y el Código Penal de Alemania<sup>122</sup>.

---

hasta la antigüedad de egreso. 3. La antigüedad de egreso la da la fecha de egreso, a igualdad de ésta el orden de mérito de egreso, y a igualdad de éste, la mayor edad. b) Personal en actividad reclutado en otras fuentes: 1. Por la fecha de ascenso al grado y a igualdad de ésta, por la antigüedad en el grado anterior. 2. A igualdad de antigüedad en el grado anterior, por la correspondiente al grado inmediato anterior y así sucesivamente hasta la antigüedad de alta en la fuerza armada. 3. La antigüedad de alta en la fuerza armada, la da la fecha en que se produjo; a igualdad de ésta, el orden de mérito obtenido al ser dado de alta; y a igualdad de este, la mayor edad. c) Personal en retiro: 1. Será más antiguo el que hubiere permanecido más tiempo simple de servicios en actividad en el grado. 2. A igualdad de tiempo simple de servicio en actividad en el grado la antigüedad se establecerá por la que se tenía en tal situación. d) Personal de la reserva incorporada, no comprendido en el apartado anterior: 1. Será más antiguo aquel cuyo tiempo de incorporación en el grado sea mayor. 2. A igualdad de tiempo de incorporación en el grado, se determinará por la fecha de ascenso al mismo. 3. A igualdad de fecha de ascenso, se determinará por la antigüedad en el grado inmediato anterior. 4. A igualdad de antigüedad en el grado inmediato anterior, se determinará por el orden de mérito obtenido al otorgársele el primer grado; a igualdad de éste, por la mayor edad. e) Personal de las tres fuerzas armadas: Para determinar la antigüedad entre el personal de las tres fuerzas armadas de un mismo grado, ésta se fijará como lo establecen los apartados anteriores de este inciso según corresponda”.

Ahora bien, corresponde precisar los conceptos de enemigo, según la terminología castrense es “el adversario concreto que posee capacidad para oponerse al logro de los propios objetivos mediante el empleo de sus fuerzas ó por cualquier medio o procedimiento”, el enemigo se encuentra vinculado al contrario en la guerra o en ocasión de conflicto armado y a su vez el concepto de guerra como de conflictos armados que menciona la Ley Nro 26.394 en su anexo II, artículo 2do que dispone: “El tiempo de guerra a los efectos de la aplicación del procedimiento previsto en esta ley, comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta exista de hecho, o por la norma que ordena la movilización para la guerra eminente y termina cuando se ordena la cesación de hostilidades. A los mismos efectos, se entenderá que existe conflicto armado cuando éste exista de hecho”.

En cuanto a la formación de tropa, primeramente la tropa es la denominación genérica que corresponde a la fuerza organizada para ser empleada en operaciones militares. Es usual que la tropa forme en diversos actos institucionales en que se encuentra representándose civilmente la Fuerza armada a la que pertenece, no sólo se encuentra formada la tropa con armas frente al enemigo, razón por la cual parecería que el tipo legal en cuestión es pasible de aplicarse tanto en tiempo de paz como de guerra, por cuanto no se poseen mayores antecedentes que sí eran considerados en el Código militar derogado<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Código Penal de Francia- Libro IV- “De los crímenes y delitos contra la Nación, el Estado y la Paz pública”- artículos 410-1 a 431-13, entre los que tipifica traición, espionaje, suministro de información, sabotaje, atentado contra las instituciones o integridad del territorio nacional, atentado y complot, movimientos insurrectos, otros atentados contra la defensa Nacional.

<sup>122</sup> Código Penal Alemán de 1.871 reformado el 31 de enero de 1.998, Parte especial, Sección I- “Traición a la paz, alta traición, puesta en peligro del estado democrático de derecho”, artículos 80 a 83.

<sup>123</sup> Artículo 881 del Código de Justicia Militar, el concepto de tropa formada con armas: “Se considera que un hecho se ha producido delante de tropa, cuando lo presenciaren más de cinco individuos con estado militar. Se considera la tropa formada la menor subunidad orgánica reunida en formación, para cualquier acto de servicio”.

Por su parte, al hacer referencia a superioridad, la Ley de Personal Militar (19.101), establece la misma por razones de cargo, jerarquía o antigüedad, a diferencia del derogado Código militar que la establecía exclusivamente por grado y cargo.

Entiende CESARI HERNÁNDEZ, que referente al aspecto subjetivo, la muerte del superior como resultado de la acción letal por parte del inferior, requiere obligatoriamente dolo directo. En su caso, el error sobre el elemento objetivo que caracteriza esta figura, es decir, el carácter de miembro de una fuerza armada y la debida relación de superioridad, constituirá un error de tipo que excluirá el dolo del agravante y se aplicará el tipo básico del Art. 79 del Código Penal<sup>124</sup>.

El componente subjetivo distinto del dolo está dado porque el agente mata a su superior por la función, cargo o condición que éste tiene en la cadena de mando, considerando que es admisible la tentativa<sup>125</sup>.

En este sentido, así como en doctrina se discute el agravante en razón del vínculo por cuanto la vida posee un valor sea quien fuere, se torna inasequible la diversa valoración de la vida humana que se da en este caso, por lo que entendemos con mayor razón se ha tenido en consideración la valoración de la vida por la calidad de superior jerárquico tendiente a preservar el orden jerárquico y la disciplina militar.

## **2. 2. Delitos contra la libertad de las personas**

---

<sup>124</sup> CESARI HERNANDEZ, Daniel, “*Homicidio agravado por la condición de militar*”, artículo publicado en la Web de la Universidad del Salvador, [www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/DERECHOPENAL](http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/DERECHOPENAL).

<sup>125</sup> FIGARI, Rubén, “*Normas incorporadas por la ley 26.394 al Código Penal a raíz de la derogación del Código de Justicia Militar*”, publicado en la Web <http://rubenfigari.com.ar/>

En el título 5 “Delitos contra la libertad”, capítulo I “Delito contra la libertad individual”, el Art. 142 bis, ha incorporado un agravante al tipo penal de secuestro, donde el sujeto activo por la condición de ser o haber sido de una Fuerza armada determina la agravación de la pena.

La acción típica prevista en el artículo precitado es “sustraer, retener u ocultar a una persona, con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”<sup>126</sup>. La incorporación del inciso 3ro es una causal de agravamiento por la *calidad del sujeto activo*.

Este tipo se diferencia del secuestro extorsivo donde la privación ilegal de la libertad personal, cometida mediante la sustracción, retención u ocultación tiene por finalidad la obtención de un rescate, que también agrava la pena, pero que si bien afecta la libertad personal en este preciso es un medio para lograr un menoscabo patrimonial de la víctima en beneficio del autor del ilícito, por lo que se encuadra dentro de los delitos de propiedad.

Hecha tal distinción, señalamos que el consentimiento de la víctima capaz de comprender la naturaleza del hecho, excluye el tipo delictual. Admite tentativa y se consuma con la sustracción- ocultación o retención sin necesidad que logre el fin querido.

---

<sup>126</sup>Artículo 3ro – Ley Nro 26.394 “Sustitúyase el inciso 5 del artículo 142 bis del Código Penal por el siguiente texto: Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado” concordante con el ARTICULO 142 bis. - Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años. La pena se elevará de diez (10) a veinticinco (25) años, inciso 5. “Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado”.

Este tipo es catalogado por TAZZA, como un tipo complejo alternativo compuesto, en el que no es necesario que se lleven a cabo las acciones de manera conjunta<sup>127</sup>.

Además, es recaudo para el juzgador que debe entenderse la exigencia de la calidad, cargo o función, en la medida que posea una mayor posibilidad de cometer el delito que si no revistiera tal situación o estado. Es claro así que, deberá probarse en el caso concreto, que la calidad de funcionario público fue determinante para la comisión del delito en cuestión, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo y que se utilizaron medios a los que se pudo acceder en función de tal calidad.

### **2. 3. Delitos contra el Orden Público**

En el título 8 “Delitos contra el orden público”, capítulo I, dentro de la figura de instigación a cometer delitos, prevista por el artículo 209 del Código Penal, el texto de la Ley Nro 26.394 consigna la instigación “pública” para cometer un “delito determinado”, “contra una persona o institución”, cuya pena de 2 a 6 años, es apreciada dependiendo de la gravedad del delito y las circunstancias particulares dispuestas en el artículo 41 del Código Penal.

En lo específico del tipo penal, valga destacar que VERA BARROS, hace expresa reserva respecto a la denominación delitos de orden público en general, para quien es un

---

<sup>127</sup> TAZZA, Alejandro, “*Modificaciones al título V del Código Penal*”- La privación ilegal de libertad coactiva, calificada por estado militar”, Cátedra Penal II- Universidad Nacional de Mar del Plata, “[penaldosmdq.blogspot.com/2010/10/privacion-de-libertad-coactiva](http://penaldosmdq.blogspot.com/2010/10/privacion-de-libertad-coactiva)”.

concepto ambiguo, ya que lo que más tiende a preservarse por la norma son situaciones de intranquilidad pública<sup>128</sup>.

Por otra parte, sostiene NUÑEZ que la instigación pública es una excitación a la comisión de un delito individualizado, contra una persona o institución individualizada, dirigida en forma ostensible a la generalidad de las personas.

El autor mencionado, establece claramente que la instigación como forma de participación criminal, no sólo se configura porque es pública, sino también porque no es una determinación al delito directamente dirigida a persona determinada y su castigo no depende de la tentativa o consumación del delito instigado, por lo que de cometer por un tercero el delito instigado, el instigador no es partícipe de este último.

El bien jurídico tutelado es la seguridad nacional, la defensa nacional y la tranquilidad pública comprometida.

El delito es doloso, exige en relación al autor la intención directa respecto a su finalidad, la conciencia del hecho cuya comisión instiga y la publicidad del acto, no admitiendo por ello tentativa<sup>129</sup>.

Luego a través del artículo 209 bis del Código Penal, incorporó el tipo específico de incitación pública a sustraerse al servicio militar, al que fuere legalmente impuesto o asumido y adiciona la circunstancia de acaecer el hecho en tiempo de conflicto armado.

El tipo penal es específico, tanto que sostenemos tiende a preservar la existencia de los recursos humanos necesarios para afrontar un conflicto armado, por cuanto se vincula al servicio militar, circunstancia que sólo podría configurarse contra un sujeto pasivo “militar”, con el tipo base si lo incitara un civil, cuya figura resulta agravada si el sujeto activo es un “militar” elevándose la pena de 2 a 10 años.

---

<sup>128</sup> VERA BARROS, Oscar Tomás, op. cit., Pág. 25/27.

<sup>129</sup> NUÑEZ, Ricardo, op cit Pág. 355.

La acción consiste en “incitar” a la sustracción de las obligaciones propias del estado militar y al cumplimiento de los deberes que le corresponden por ostentar tal situación que repercuten en la defensa de la integridad territorial y los derechos- garantías de la población del Estado argentino.

Desde el punto de vista subjetivo se trata de un delito doloso, de dolo directo.

En cuanto al presente, nos resulta igualmente criticable, ante la circunstancia de guerra o conflicto armado en el que rige el procedimiento penal militar y las normas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA), cuando fundamentalmente se rige por estas últimas y únicamente se aplicaría a los nacionales y se excluiría el caso que el sujeto activo sea un combatiente extranjero, por su parte opinamos hubiere sido preferible tal como lo realizan otros Códigos Penales la incorporación de un capítulo específico vinculado a los tipos delictuales que pudieren acaecer en infracción del derecho internacional de los conflictos armados, tal como lo dispone el Código Penal de Perú- independientemente conserva el Código de Justicia Militar-<sup>130</sup> o el de Honduras bajo la denominación de delitos contra el derecho de gentes<sup>131</sup>.

Igualmente el agravamiento de las penas por la calidad del sujeto activo y la diferencia sustancial entre los dos tipos penales anteriormente apuntada, podemos apreciarla en los sujetos pasivos que receptan en el caso de la incitación como un grupo indeterminado o generalidad de personas y para el caso de instigación se dirige a una persona determinada.

---

<sup>130</sup> Código Penal de Perú- Delitos contra operaciones humanitarias, emblemas. Delitos contra el derecho internacional humanitario.

<sup>131</sup> Código Penal de Honduras-Capítulo III- Delitos contra el derecho de gentes.

## **2. 4. Delitos contra la Seguridad de la Nación**

En el título 9 comprende los “Delitos contra la seguridad de la Nación”, en el capítulo I, entre ellos el delito de traición a la Patria, está previsto por el artículo 214 del Código penal, cuyo infractor podrá ser todo argentino o persona que deba obediencia a la nación por su empleo o función pública que “tomare las armas contra la Nación”, “uniéndose a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro”, cuya pena es reclusión o prisión de 10 a 25 años.

El presente artículo posee diversas conductas típicas configurativas del tipo penal, de manera excluyente cada una de ellas, a diferencia de lo prescripto por el artículo 119 de la Constitución Nacional que las dispone como acumulativas, es decir sólo sería delito en la medida que se una al enemigo.

No obstante ello, la misma Constitución Nacional ha tipificado expresamente la traición, siendo considerada una garantía respecto a los conceptos de la misma y los hechos que la provocan; como a la necesaria legalidad de la pena al establecer que es facultad del Congreso determinar la pena del delito y no dejarlo librado a otra autoridad; así como la garantía de la personalidad de la pena y la infamia que del delito se deriva.

El bien jurídico protegido es la seguridad exterior de la Nación, previendo las circunstancias que importan consecuencias de un aporte al enemigo bélico. El sujeto activo de la traición es cualquier ciudadano por el hecho de deber fidelidad a su Nación; situación agravada por la funcionalidad o calidad del sujeto militar.

Es un delito doloso, presupone el conocimiento de la situación bélica- del tiempo de guerra o conflicto armado-, del enemigo de la Nación y de la voluntad de realizar el acto señalado.

Es un delito formal que no requiere resultado material, se consuma con la realización del acto de toma de armas o prestación de ayuda ó socorro.

La ley Nro 26.394 ha incorporado un agravante en el artículo 215 que reza expresamente: “Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiendo el delito previsto en el artículo precedente- refiriéndose a la traición-, en los casos siguientes...*inciso 3ro: Si perteneciere a las fuerzas armadas*”.

Por otra parte dentro de los “Delitos contra la seguridad de la Nación”, en el capítulo II “Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación”, la Ley Nro 26.394 introdujo un último párrafo en el Art. 219 que establece: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o altere las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero. Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión. Cuando los actos precedentes fuesen cometidos por un militar, los mínimos de las penas previstas en este artículo se elevarán a tres y diez años respectivamente. Asimismo, los máximos de la pena prevista en este artículo se elevarán respectivamente a diez y veinte años”.

En este caso el bien jurídico protegido es el mantenimiento armónico de las relaciones internacionales, o como manifiesta NUÑEZ el sosiego y decoro de tales.

La acción típica consiste en ejecutar actos materiales hostiles no aprobados por el gobierno, el tipo denota la materialidad de las acciones, así como la ilegalidad de las mismas al no resultar actos aprobados por las autoridades legítimas del Gobierno Nacional competente, según las facultades conferidas por la Constitución Nacional- artículos 75 inciso 26 y 99 inciso 15-, siendo los actos hostiles propios de los realizados en un conflicto armado, no comprende simples manifestaciones escritas o verbales de pensamiento sino acciones materiales bélicas.

Además requiere sólo la peligrosidad de las consecuencias, previstas por la acción típica, cuales son:

- a) que se haya dado motivo al peligro de una declaración de guerra, de un Estado extranjero contra la Nación,
- b) que se exponga a los habitantes a vejaciones o represalias y,
- c) que se alteren las relaciones internacionales amistosas.

Se trata de un delito doloso, bastando el dolo eventual. La consumación se da cuando la situación de peligro o el resultado lesivo se producen, por lo que no admite tentativa.

En cuanto al sujeto activo puede ser cualquier persona, salvo el agregado del último párrafo en que debe ser un militar para su agravamiento.

Sujeto pasivo es el Estado, como ente público y podrán serlo sus habitantes en particular.

Ahora bien, el acto hostil requiere la causa de peligro de una declaración de guerra para tipificar el delito en análisis. Las vejaciones las constituyen malos tratos o persecuciones y las represalias son retribuciones ante un daño recibido, llevado a cabo por el país que padeció el acto hostil.

Por otro lado, en el mismo título y capítulo, el artículo 220 del Código penal dispone como acción típica la violación de tratados internacionales, treguas y armisticios entre Argentina y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos, cuya pena de prisión de 6 meses a 2 años es elevada por la condición de militar de 1 a 5 años.

La tregua y el armisticio son suspensiones convencionales de las operaciones de guerra, que obedecen a motivos circunstanciales como son la conmemoración de fechas y en el segundo caso tiene a poner fin a la guerra. A diferencia del salvoconducto que autoriza al tránsito por las zonas de conflictos bélicos.

Aquí también el bien jurídico es proteger las relaciones con las naciones extranjeras, aunque se trate de un país enemigo, se respetan las reglas de la guerra porque

de lo contrario el país infractor tampoco es respetado, cuyas consecuencias surten efectos dañosos respecto a los civiles del país que se someten a la ilegalidad del accionar previsto.

En este caso pueden darse dos circunstancias:

- 1) Que exista un estado de guerra concluido por un tratado o armisticio;
- 2) Que exista un estado de guerra y una tregua o salvoconducto momento en el cual es violado el acuerdo.

Desde el punto de vista subjetivo, se trata de una figura dolosa de dolo directo. El tipo se consuma con la violación del tratado, tregua, armisticio o salvoconducto, es admisible la tentativa.

Así también el último párrafo del artículo 220, prevé el agravante para el caso que el sujeto activo sea un militar.

La Ley Nro 26.394 reformó los párrafos 1ro y 3ro del artículo 222, de modo que quedara redactado de la siguiente forma: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que revelare secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. En la misma pena incurrirá el que obtuviere la revelación del secreto. Si la revelación u obtención fuese cometida por un militar, en el ejercicio de sus funciones el mínimo de la pena se elevará a tres años y el máximo de la pena se elevará a diez años. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la Bandera, el Escudo o el Himno de la Nación o los emblemas de una Provincia Argentina.”.

El artículo bajo análisis, se halla este dividido en cuatro hipótesis, que contemplan los siguientes delitos:

- a) La revelación de secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares;
- b) la obtención de la revelación del secreto,
- c) Una modalidad agravada de los dos anteriores, está dada por la condición del sujeto activo y requiere que la revelación/obtención se vincule al ejercicio de su función militar,

d) El ultraje a los símbolos nacionales o provinciales.

Con respecto al primero, la acción típica consiste en “revelar” o sea en poner en conocimiento información que otra persona no posee, disponiendo de cuatro tipos de secretos “políticos, industriales, tecnológicos y militares”, vinculado a la seguridad de la Nación- a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la misma.

El delito se consuma con la revelación, es decir, con la puesta en conocimiento del secreto en otro sujeto. Se trata de un delito de peligro, sin que sea necesario que se produzca daño o perjuicio concreto y es admisible a la tentativa.

Desde el punto de vista subjetivo es un delito doloso. El sujeto activo puede ser cualquier persona, pero se agrava la pena si fuera cometido por un militar en ejercicio de sus funciones, lo que parecería excluir al personal retirado salvo convocado.

La segunda hipótesis, habla de la obtención de revelación de secretos, o sea que sería, conseguir y lograr la revelación.

El tercero determina una agravante pues tanto la revelación y la obtención de secretos si son cometidos por un militar se agrava la pena.

En el mismo artículo, no ya con los secretos funcionales, se encuentra previsto el ultraje a símbolos nacionales o provinciales, si bien corresponde a la dignidad de la Nación, por el valor simbólico que los mismos representan, es opinable la técnica legislativa de incorporarlo en el artículo en análisis.

La acción típica consiste en ultrajar, importa injuriar con desprecio.

Los objetos son la bandera, el escudo y el himno de la Nación y los emblemas de las provincias oficialmente declarados tales.

Sujeto activo este delito puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo es el Estado Nacional o Provincial cuyo símbolo se ve ultrajado.

El aspecto subjetivo requiere dolo directo. Se consuma con la realización del ultraje y admite la tentativa.

Respecto a esta acción delictual, podemos citar en derecho comparado el caso “Texas vs. Jhonson- 1.989”, en el que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de

América, anuló la condena de un militante comunista que incendió la bandera nacional por entender que dicho acto constituía una manifestación de la libertad de expresión. Dicha decisión supuso la nulidad de la prohibición de profanar o ultrajar la bandera<sup>132</sup>.

Diversa es la restricción respecto al derecho de expresión de los militares, donde el gobierno federal tiene poder muy amplio para restringir el discurso de los oficiales militares, aun cuando tal restricción no sería válida con un civil. El Tribunal Supremo confirmó este principio en “Parker vs. Levy” -, del año 1.974-<sup>133</sup>, cuando el Tribunal de Justicia de los militares era esencialmente una "sociedad especializada de la sociedad civil", que obligó a directrices más estrictas. Desde Parker, ha habido pocos casos de emitir más límites específicos en el control del gobierno de expresión militar.

## **2. 5. Delitos contra la Administración Pública**

---

<sup>132</sup> US SUPREME COURT CENTER, Decisión Nro 88-155 del 21 de Junio de 1.989. Las **excepciones a la libertad de expresión** en los Estados Unidos de América, son limitantes impuestas en la garantía de la Primera Enmienda de la Constitución y reconocidas por la Corte Suprema de dicho país. Estas excepciones han sido creadas paulatinamente por la necesidad de censurar algunos discursos y expresiones en contextos previamente definidos, limitando el derecho constitucional de la libertad de expresión en los Estados Unidos. El hecho ocurrió en momentos de la Convención Nacional Republicana de 1.984, cuando un joven le prende fuego a la bandera norteamericana en señal de protesta por las políticas del Presidente Ronald Reagan. La Enmienda I expresa *“El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”*.

<sup>133</sup> US SUPREME COURT CENTER, “Levy v. Parker” - 396 U.S. 1204, 1.969; Parker prisionero obtiene la libertad bajo fianza juzgado por violar el artículo 134 del Código de Justicia Militar.

En el título 11 “Delitos Contra la administración pública” en el capítulo I se encuentra previsto el “Atentado y resistencia contra la autoridad”, al que la Ley Nro 26.394 incorpora dos artículos: el 238 bis del Código penal, el que dispone “El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años”, “Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años”.

Por nuestra parte, consideramos sumamente criticable la incorporación de este tipo específico en el capítulo mencionado, por cuanto por la calidad de lo sujetos tanto superior como subalterno invisten la calidad de funcionario público y el atentado a la autoridad se da cuando se emplea fuerza o intimidación contra un funcionario público pero no por otro que resulta tener idéntica calidad, por cuanto protege la libertad decisión o discernimiento del funcionario público, mal puede entenderse como atenta contra la voluntad de un superior militar siendo subalterno.

Por otra parte en los Códigos Penales del derecho comparado, aún en aquellos que disponen delitos especiales militares, en ninguno se prevé en el capítulo contra el bien jurídico de la administración pública, permitiéndonos citar como ejemplos los códigos penales de Francia, Alemania, Colombia, Cuba, Honduras, Perú; en ninguno de ellos dispone específicamente o el tipo agravado del funcionario militar como sujeto activo del delito.

La acción típica prevista en el Código Penal Argentino, consiste en “poner manos en el superior”, vale decir, agredirlo, ejercer actos de violencia físicos, o sea, comprende las vías de hecho aunque no hayan consecuencias lesivas – sin resultados – o causando lesiones de las previstas en el Art. 89 del Código Penal.

Lo que se intentaba preservar en el Código de Justicia Militar no es la libre determinación decisoria sino el mando jerárquico, claro que si hoy se pusiere las manos en un funcionario de inferior jerarquía con el fin de determinar su decisión por ejemplo en un

órgano consultivo que posee independencia de criterio bajo esta fórmula el delito penal no encuadraría el tipo delictual.

Tanto pone las manos quien golpea con las suyas al otro, como quien lo saca a empujones del lugar donde se encuentra o lo inmoviliza, requiriéndose un contacto físico directo, según los antecedentes de la Justicia Militar en el texto derogado.

Al tratarse de un delito instantáneo y de peligro concreto, se consuma con la realización de la acción típica y los resultados se calibran en la pena. Es posible la tentativa.

El delito es doloso de dolo directo, porque el agente debe tener el conocimiento de la calidad que inviste el sujeto pasivo y de la superioridad jerárquica.

Además ha incorporado el delito de vía de hecho o agresión contra el superior. El tipo penal resulta agravado si el hecho ocurriere frente al enemigo o tropa formada con armas o por más de seis personas.

Por otro lado, el artículo 238 ter, incorpora el delito de resistencia o desobediencia a una orden, textualmente expresa que: “El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe”.

La acción típica con respecto a la resistencia militar, es justamente la oposición a una orden de servicio legalmente impartida por un superior, por ello éste ya debe haber dado la orden que deba ser cumplida. Antes de que ocurra ello, es decir, de que se impartiera la orden por el superior, sólo sería posible un atentado contra la autoridad, según la previsión del artículo 239 del Código Penal.

Valga señalar que la diferencia entre atentado y resistencia es que la primera se opone a la libre decisión del funcionario público, con distinción de la segunda que lesiona su acción funcional.

No obstante, que en este apartado del artículo contiene dos tipos distintos, en realidad se ha entendido que entre la desobediencia y la resistencia obra un sistema de gradación en menor a mayor, en concreto, el que desobedece se niega a cumplir una orden impartida por la autoridad y el que resiste es el que lucha contra ella para que no pueda cumplir con su cometido, ya sea por medio de intimidación o fuerza.

Se trata de un delito doloso de dolo directo.

El tipo se consuma con la realización de las acciones típicas, tratándose de un delito de pura actividad y de peligro concreto. No parece admisible la tentativa.

También el texto legal ha incorporado el accionar delictual frente a una patrulla, para lo cual nos remitimos al reglamento de terminología castrense para conocer que es una patrulla, la que es definida como “una fuerza variable por lo general pequeña, que un elemento mayor destaca normalmente para desempeñar misiones de reconocimiento de combate, proporcionar seguridad o localizar y mantener contacto con el enemigo o con otros elementos amigos”<sup>134</sup>. A su vez las patrullas pueden ser fijas o móviles y de contacto o de incursión.

La acción típica es similar a la del artículo 238 bis, con la particularidad de que la conducta del agente implica una oposición, un rechazo, un impedimento, una traba, etc. para el desarrollo natural del procedimiento que lleva a cabo una patrulla militar, cuya misión le ha sido encomendada.

Tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser militares y el primero, debe integrar dicha patrulla en cumplimiento de una orden o consigna encomendada – en la que se detalla en forma específica la tarea a realizar – y la resistencia del agente, se puede manifestar contra cualquiera de los integrantes de la patrulla o contra el jefe de ella.

Este delito puede cometerse por cualquier medio, incluso empleando fuerza, violencia o intimidación.

---

<sup>134</sup> REGLAMENTO DE TERMINOLOGÍA CASTRENSE, RFP-99-01, Ejército Argentino, Edición 2.001.

Es un delito doloso, de dolo directo y se consuma con la mera resistencia o rechazo a la acción de la patrulla, la tentativa no es admisible.

La norma contiene dos agravantes:

1. Si resultare la muerte de algún militar.
2. Si se impidiere o dificultare la salvación de vidas humanas en caso de catástrofe.

En este último agravante, cabe señalarse que las Fuerzas Armadas poseen como misión subsidiaria el apoyo a la comunidad y habitualmente concurren cuando las poblaciones lo requieren a proporcionar ayuda en el salvamento o en casos de catástrofes, emergencias o desastres naturales cuyas implementaciones han sido debidamente instrumentadas por los Jefes de Estado Mayor, a través de directivas a fin de agilizar las autorizaciones y los desplazamientos de las unidades militares para el cumplimiento de tales misiones.

También el precitado tipo penal se agrava por el resultado, “Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años”.

Por otra parte, habiéndose instrumentado las instrucciones a la población civil emitidas en tiempo de guerra u otro conflicto armado, que han sido legisladas por el texto de la ley Nro: 26.394 en su Anexo II, el artículo 240 bis ha previsto el delito cuyo sujeto activo es personal civil que incumpliere las mismas.

El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente, en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

El artículo 240 bis se trata de una norma penal en blanco, porque remite y debe ser completada con una norma instrucción la cual debe ser dictada por una autoridad militar en tiempos de conflictos armado.

Valga destacar que, la Presidencia de la Nación Argentina a través del dictado del decreto Nro 2.666/2012, ha reglamentado el Anexo II de la Ley Nro 26.394 y no así las del Anexo III del mismo cuerpo normativo.

La infracción de la norma instrucción, no sólo afecta el normal desenvolvimiento de la autoridad militar en época de guerra, sino que paralelamente perjudica la seguridad y la defensa de la Nación.

En el anexo III, el artículo 1ro de la Ley Nro 26394, se define las instrucciones a la población civil para tiempos de guerra y otros conflictos armados, como “aquellas dictadas en ocasión de conflictos armados en las zonas de operaciones y/o de combate, que podrán dictarse normas o instrucciones destinadas a proveer a la seguridad de las tropas materiales e infraestructura al éxito de las operaciones y, en su caso, a establecer la policía en dichas zonas”.

Esta puede ser emitida por comandantes en las zonas pertinentes o por las máximas instancias jerárquicas militares, de destacamentos o unidades de cualquiera de las fuerzas armadas cuando actúen independientemente o se encuentren incomunicadas.

El artículo 3ro menciona que estas “normas, instrucciones obligan con fuerza de ley a todas las personas que se encuentren en las zonas de operaciones y/o combate según determine la norma. No se impondrán obligaciones innecesarias que lesionen la intimidad o los deberes de conciencia”, y en el Art. 4ro dice que “serán publicadas mediante la orden del día para conocimiento del personal militar en los periódicos y en carteles que serán fijados en los sitios públicos, o por cualquier otro medio, para conocimiento de personas sin estado militar”.

Conforme lo anterior, la acción típica consiste en violar dichas normas o instrucciones emitidas a la población por la autoridad militar competente, vale decir, que implica una desobediencia, porque se realiza un acto prohibido o se omite hacer uno que la norma instrucción ordena hacer.

De hecho que la acción típica debe concretarse en tiempos de conflicto armado y en zona de combate.

Se ha considerado que se trata de un delito de peligro, que se consuma con la realización del acto prohibido o con la omisión de lo ordenado por la norma instrucción. En el primer caso es admisible la tentativa no así en el segundo.

En cuanto al aspecto objetivo, se trata de un delito doloso que requiere el conocimiento de la norma instrucción y su cumplimiento en forma obligatoria.

Esta norma guarda concordancia con el nuevo Art. 187 bis del C.P.P.N., que dispone: “La autoridad militar en zona de combate podrá detener al infractor del artículo 240 bis del Código Penal sorprendido en flagrancia o al que las pruebas indican como autor o partícipe de la infracción, y lo remitirá de inmediato a disposición del juez federal competente. Si el traslado no fuese posible o no lo fuese en condiciones de seguridad antes de los cinco (5) días corridos a partir de la detención, el comandante de la zona convocará a un juez que se hallare en la misma, y lo pondrá a su disposición. A este efecto, el comandante preferirá un juez federal o nacional y, a falta de éstos, un juez provincial letrado. Preferirá también un juez con alguna competencia en la zona, pero si no lo hallare, bastará con que se halle en la misma aunque fuere circunstancialmente.”.

En este sentido, el sujeto activo puede ser cualquier persona y el pasivo la autoridad militar competente, quien verificará el incumplimiento.

Además en el artículo 241 bis, dispone que “Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que: 1. Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada. 2. Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores. 3. Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo. 4. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho. 5. Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se

impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado”.

Por otra parte el artículo 241 bis, determina cuatro modalidades de motines. “El Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” en el anexo IV artículo 13.6., considera como falta gravísima el motín y lo define como el que cometen “Los militares que en número superior a cuatro reclamen o peticionen tumultuosamente al superior, desconozcan el mando, agredieren o coaccionen otros militares o provoquen daños, o desordenes que afecten el cumplimiento de las tareas o funciones militares”.

Sin duda alguna que, el motín constituye básicamente un acto de indisciplina militar, y una forma de falta de respeto e insubordinación hacia el superior.

El inciso 1º contempla una petición tumultuosa o atribución de ola representación de una fuerza armada.

Las acciones típicas son dos como se aprecia:

a) “peticionar tumultuosamente” es decir, un alzamiento colectivo que va por fuera de los modos o canales administrativos o jerárquicos de petición. Cabe aclarar que no se trata de una simple petición de una determinada calidad, sino de una conducta indebida que va imbuida de un determinado grado de imposición que se manifiestan por debidas características, por el número de personas que integran el grupo, la calidad que invisten, la representación que se invoca, la forma en cómo se manifiesta, etc. o sea, que vendría a ser un uso excesivo de la forma de peticionar contemplado en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Este tipo difiere del artículo 230 del Código Penal, porque en él la conducta consiste en atribuirse los derechos del pueblo y peticionar en nombre de éste, cosa que no ocurre en el caso en estudio. Con la palabra “tumultuosamente” se está designando a la promoción de un amotinamiento. “En consecuencia deberá haberse formulado cuanto menos una petición por parte de los militares amotinados – al menos cinco – por fuera de los canales institucionales previstos para tales reclamos”. Por otra parte no necesariamente debe estar dirigida a una autoridad militar.

b) “atribuirse la representación de una fuerza armada” lo cual significa que lo hacen “en nombre” de, por ejemplo: el Ejército, la Armada o la Fuerza Aérea.

El delito se consuma con la petición tumultuosa o con la atribución de una Fuerza Armada. Los actos preparatorios pueden constituir conspiración – según lo dispuesto en el artículo 241 bis inciso 4º del C.P. –, de hecho se trata de un tipo doloso de dolo directo.

Tanto el sujeto activo como pasivo debe ser un militar, en realidad el número que tomen parte en esa petición o reclamo deben ser cinco, por lo menos.

Luego el inciso 2do del mismo artículo 241 bis C.P., contempla el empleo indebido de armas, naves, aeronaves o fuerzas armadas.

Las acciones típicas consisten en tres hipótesis distintas:

- a) tomar armas, naves o aeronaves;
- b) hacer uso de las armas, naves o aeronaves y
- c) extraer fuerzas armadas de sus asientos naturales.

En este sentido, tomar armas – una expresión también utilizada en el Art. 214 del C.P. – significa sustraer, tomar posesión, apoderarse etc. de armas de un buque o de una aeronave y tenerlos a disposición sin que sean utilizados como tales. Implica la participación de militares amotinados esgrimiendo las armas o haciendo uso de las mismas – en el caso de naves, aeronaves – y emplearlas de acuerdo a su destino específico.

Resulta obvio que, el uso comprende el empleo de las armas y vehículos que menciona la norma, por ejemplo: efectuar disparos, trasponer muros con tanques, etc.

“Extraer fuerzas armadas” de sus asientos naturales implica desplazar o movilizar tropas de los lugares donde el superior a dispuesto que permanezcan, en un destacamento determinado o cuartel asignado.

Se trata de un delito doloso de dolo directo, porque se requiere el propósito de desconocer una orden mediante una resistencia activa con los implementos señalados.

El hecho se consuma al tomarse las armas en oposición a las directivas impartidas. Es admisible la tentativa.

El inciso 3° del artículo bajo análisis, contempla el motín por insubordinación o infracción al deber de resistencia.

Las acciones típicas son dos: a) hacer uso de personal de las fuerzas, de la nave o aeronave, bajo el mando del sujeto activo y en contra de sus superiores y b) omitir resistir o contener a la fuerza militar que está participando en el alzamiento.

La primera de las acciones típicas se trata de un delito de comisión y la segunda es una modalidad de los delitos propios de omisión. No se requiere el empleo de armas, pero si se hiciera uso de ellas el hecho se desplaza al Inc. 2° del presente artículo.

Se trata de un delito doloso de dolo directo. Se consuma al emplearse los medios descriptos en la norma y la tentativa es posible.

Todo ello implica que el acto omisivo consiste en que el sujeto activo no emplea su autoridad para contener a la tropa o persuadirla que desista de cualquier acto de sublevación. De hecho se hace menester que el sujeto activo se haya encontrado en condiciones reales, ya sean fácticas o temporales, de poder evitar el levantamiento de su fuerza. Cabe acotar que como producto de tal omisión la tropa efectivamente se haya levantado.

Se consuma con la producción de un amotinamiento por parte de la tropa al mando del autor y no es admisible la tentativa. Se trata de un delito doloso de dolo directo.

El inciso 4to alude a la conspiración para cometer los delitos de este artículo.

La acción típica consiste en confabular, es decir, ponerse de acuerdo – deliberar sobre los procedimientos, oportunidades o medios – para llevar adelante algunas de las

conductas designadas más arriba. Si hay un comienzo de ejecución de dichos delitos existe un desplazamiento hacia ellos.

También se trata de un delito doloso, de dolo directo y que tengan la finalidad de cometer los tipos descritos en el artículo 241 bis.

Se consuma sólo con el hecho de conspirar y no admite tentativa.

Este inciso contiene una excusa absolutoria que funciona a favor de los autores de delito de conspiración que conduce a la impunidad cuando mediando denuncia oportuna del hecho, se evita la comisión de él.

Las agravantes están contenidas en el inciso 5to al elevarse el máximo de la pena a 25 años en el supuesto en que los hechos previstos en esta norma, resultare la muerte de una o más personas, hubieren perdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en un supuesto de catástrofe.

En el mismo título 11, en el Capítulo III se encuentra normada la “Usurpación de autoridad, títulos u honores”, donde el artículo 246 prevé que será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

1. El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;
- 2 El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas y,
- 3 El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.

Como se aprecia esta normativa comprende varias acciones, a saber: a) la asunción y ejercicio arbitrarios de la función pública (Inc. 1ro); b) la continuación arbitraria en el desempeño de la función pública (Inc. 2ro); c) el ejercicio de funciones correspondientes a

otro cargo (Inc. 3ro) y d) el ejercicio o retención arbitraria de un mando por parte de un militar (último párrafo).

En cuanto al bien jurídico protegido, se tiene en cuenta el buen funcionamiento de la administración pública, marcada por los principios de administración y gobierno, juntamente con los principios de organización y competencia legítima en el ejercicio regular de las funciones públicas.

Asimismo, se protege la facultad estatal de conferir autoridad, títulos u honores públicos.

En lo que respecta a este tópico, el último párrafo agregado implica una usurpación en el mando militar que entorpece el ejercicio de tal autoridad y eventualmente pueda afectar la seguridad nacional, en el supuesto de que el sujeto activo adolezca idoneidad para el cargo en cuestión, cuyo antecedente es el artículo 705 del derogado Código de Justicia Militar<sup>135</sup>.

Las acciones típicas son dos: el ejercicio y la retención del mando. Cabe agregar que el mando militar es definido en el Manual del Ejercicio del mando como el arte materializado en la acción que ejerce el jefe para obtener la voluntaria obediencia, confianza, respeto y activa colaboración de quienes le dependen para obtener un fin determinado.

La segunda, retener el mando, sólo podría retenerlo quien lo ha tenido legítimamente y continúa cuando ha cesado por disposición emanada de autoridad competente.

El delito se consuma con la realización de las acciones típicas previstas en el artículo y es admisible la tentativa.

---

<sup>135</sup> Artículo 705 del Código de Justicia Militar que decía: “Será condenado a prisión menor el militar que asuma o retenga un mando sin autorización. Si el hecho se produjera en tiempo de guerra, será condenado a prisión mayor”.

En cuanto al aspecto subjetivo se trata de un delito doloso, de dolo directo.

El agravante se aplica en caso de conflictos armados, por las consecuencias que implica que alguien ejerza el mando militar en tal situación de emergencia, independientemente del resultado.

El sujeto activo, se trata de un “militar”.

También en el Capítulo IV- Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos, la ley 26.394 incorpora el Art. 249 bis expresa: “El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma *a un inferior*, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado”.

Aquí también como Las acciones típicas comprende el “perjudicar” o el “maltratar” de cualquier manera que conlleva el uso de poder que estriba en lo disciplinario, ejercido por el superior que, afecte la dignidad del inferior o un daño o menoscabo material o moral.

El sujeto activo debe encontrarse en funciones, esto es, desempeñando un acto de servicio y hay prevalencia de su autoridad cuando ésta se emplea en forma excesiva más allá del uso normal que debe hacerse – no se ajusta a la normativa vigente.

Los modos comisivos pueden llegar a lesiones verbales y hasta lesiones físicas, en la medida que no sean los comprendidos en los artículos. 90 y 91 del Código Penal, ya que allí se contemplan penas mayores.

El elemento normativo se manifiesta por medio de la arbitrariedad. En cuanto a la consumación, se trata de un delito de pura actividad aunque al utilizar el verbo “perjudicar” no exige un perjuicio concreto y al hablar de “maltratar” se hace alusión a cualquier orden o planteo cuya tolerancia no tiene porque soportar, se vincula a un exceso en la normal tolerancia por parte de un subordinado que afrenta contra su persona o dignidad.

En el aspecto subjetivo es un tipo doloso de dolo directo.

En cuanto al sujeto activo y pasivo, ambos deben ser militares, de diversa jerarquía requiriendo en el primero la calidad de superior.

En el mismo título 11 de los “Delitos contra la administración pública” Capítulo IV se tipifica el “Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos”, al que la Ley Nro 26.394 incorpora el artículo 250 bis. que consigna:, en tiempo de conflicto armado, abandone sus funciones o ante inobservancia de datos significativos a la defensa sin informar o tomar las medidas del caso: textualmente expresa “Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado: 1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento. 2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso”.

El bien jurídico protegido es el normal desenvolvimiento de las Fuerzas Armadas, conforme a la misión que les ha sido asignada.

Los delitos contemplados son dos: el abandono de funciones particularmente relacionadas a control, vigilancia, comunicaciones ó atención de los instrumentos a su cargo y en una segunda hipótesis la negligencia en el cumplimiento u omisión de informar un dato significativo para la defensa o tomar las medidas del caso.

Todo esto debe acontecer en “tiempo de conflicto armado” y además ha menester que el militar esté cumpliendo o haya sido destinado al cumplimiento de las tareas mencionadas en la norma.

El dispositivo en este inciso, habla de funciones de “control” en el sentido de un conjunto de actividades, con vista a evaluar y verificar el desarrollo o desenvolvimiento de una acción determinada y sus resultados y en su caso tomar las medidas de corrección o planeamiento.

La “vigilancia” se refiere a la que se realiza en combate, con lo que ello implica y “comunicaciones” alude como su nombre lo indica a todas las técnicas y protocolo que se utilizan para recibir y transmitir la información necesaria en la zona de combate.

Se trata de un delito de pura actividad y de peligro abstracto, no admite tentativa.

Es un delito doloso, en la primera consigna de dolo directo, pero en la segunda parte de la norma admite el dolo eventual, otros consideran que puede darse la forma culposa.

El otro tipo penal contenido en el inciso 2do es bastante difuso porque no describe la acción típica, que en este caso sería una omisión, con la oración “observare cualquier dato significativo para la defensa y no le informare o tomase las medidas del caso”.

Parece ser que se trata de no cualquier dato, sino de uno relevante y que haya tenido la posibilidad de ejecutar el acto omitido.

El artículo 252 incorpora el abandono de servicio, destino o deserción en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. El tipo penal es agravado por el resultado: “Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años”.

En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas, siempre que no resultare un delito con pena más grave.

La deserción no es otra cosa que el abandono de las filas de la fuerza.

Todas estas situaciones requieren que se cometan en tiempo de guerra o de conflicto armado o en zona de catástrofe.

El máximo de la pena se eleva cuando las acciones mencionadas traen aparejadas los siguientes resultados:

a) la muerte de una o más personas;

b) el sufrimiento de pérdidas militares o sólo en el supuesto de que ocurran en zona de catástrofe y se impide o dificulte la salvación de vidas.

Se consuma con el mero abandono o la deserción y las agravantes con la producción del resultado. No se admite la tentativa en ningún caso. Los tipos son dolosos, sin admisión del dolo eventual.

Por otra parte se incorporó el artículo 253 bis al Código Penal, que dispone: “El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado”.

Aquí se busca con este tipo penal, proteger el correcto uso de los bienes, y facultades que tienen a su disposición los militares y que no se abusen de ellos.

Las acciones típicas son cuatro:

- a) emprender una operación militar sin orden ni necesidad;
- b) usar armas, en funciones, sin las formalidades y requerimientos del caso;
- c) someter a la población civil a restricciones arbitrarias y;
- d) ordenar o ejercer cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona. Aquí la norma no dispone en forma expresa que deben llevarse a cabo estas acciones en tiempo de guerra o conflicto armado, por lo tanto, pueden acontecer en tiempo de paz.

La acción de “emprender una operación militar” implica tomar la iniciativa, comenzar, etc. una operación que ha sido planificada en forma estratégica por la autoridad militar, sin orden militar o sin ninguna necesidad.

La de “usar armas sin las formalidades o requerimientos del caso” da la pauta de emplear armas de cualquier clase o calibre, sin observar las formalidades de ley.

Así como la acción de “someter a una población civil a restricciones arbitrarias”, significan acciones que reducen o limitan los derechos y libertades de los habitantes de un lugar determinado y tal sometimiento, puede ser realizado por cualquier medio, pero deben ser arbitrarias.

El delito se consuma cuando en el emprendimiento de la operación militar, ya hay movilización de efectivos, vehículos, etc. Admite la tentativa.

El uso de las armas se consuma cuando por lo menos se amenaza, es atípica la mera portación y es necesario que el arma – de fuego – se accione. Aquí no parece factible la tentativa.

En el sometimiento a la población el delito se consuma cuando se produce una restricción a la disponibilidad de cualquier bien jurídico a un número indeterminado de personas. Tampoco parece posible la tentativa, aunque otros la admiten.

Y “ordena o ejerce cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona” el militar que dispone, manda. Decide, etc. o emplea o utiliza, todo género de violencia, físico o psíquica contra las personas en el marco de la actividad funcional.

Todos son delitos dolosos de dolo directo. No obstante puede funcionar el dolo eventual respecto de los elementos normativos, porque será típico cuando el autor duda de la vigencia o la existencia de una orden, de la necesidad, etc. y continúa su accionar sin importarle.

El sujeto activo solo puede ser un militar.

Respecto a la incorporación del artículo 253 ter, vinculado al incumplimiento de los deberes militares con posterior muerte de personas o pérdidas militares, textualmente expresa “Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia *en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe*, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado”.

Con este tipo legal se pretende proteger el desempeño correcto de las funciones y servicios que prestan los militares, puniendo su inidoneidad, claro que esta debe tener una magnitud suficiente para diferenciar el bien jurídico protegido y no constituir meras bagatelas pudiendo resultar faltas disciplinarias que preservan el adecuado funcionamiento del servicio.

La acción típica es compatible con el tipo culposo, cuando interviene en alguna de las acciones contempladas en la norma y la violación de deber de cuidado implica el no adoptar las medidas necesarias para evitar la pérdida de vidas o bienes materiales.

Como delito culposo que es, el actuar negligente o imprudente del sujeto activo debe ser la causa determinante de alguno de los resultados típicos, ya sea causándolos o impidiéndolos.

Las acciones u omisiones – omisión impropia – deben tener lugar en un conflicto armado en una situación de desastre y en este último caso deben hallarse en trámite tareas de asistencia o salvación.

Es un delito de resultado porque ha de producirse la muerte de una o más personas o pérdidas materiales. El sujeto activo es un militar.

Valga destacar que, el agravamiento de figuras de tipos penales establecidos para funcionarios públicos, para el caso de conflictos armados, no ha sido debidamente conjugado con el derecho internacional de los conflictos armados; preexistiendo los delitos esencialmente militares, los que no obstante el Procedimiento penal para el caso de conflictos armados dispone se le comunicará para que se constituya el Juez competente en el lugar del hecho.

Al respecto, consideramos en tal situación difícilmente se traslade un Juez civil a una zona de operaciones bélicas; lugar donde tal como sucede en la prevención de delitos por las fuerzas de seguridad debería haber dejado la norma a la investigación del Juez de Instrucción Militar, cuya figura resulta necesaria- equivalente a la Policía Judicial para recabar todas las pruebas preliminares que determinen la posterior intervención del Juez competente para resolver el delito.

### **3. Las modificaciones al articulado del Código Procesal Penal de la Nación**

Las modificaciones fueron introducidas por el Anexo I de la Ley Nro 26.394 al Código Procesal Penal de la Nación Argentina juntamente con las realizadas en el Código Penal.

#### **3. 1. Competencia de Juzgados Penales y Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal**

Cabe hacer un apartado respecto a la supresión del artículo 18 del CPPN, en cuanto a la competencia de los Juzgados Penales militares, como así también se omitió considerar por ende, Jurisdicción especial a la militar a fin de determinar la prioridad de Juzgamiento.

De ello también se deriva la competencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

El artículo 23 ha suprimido la consecuente intervención de la Cámara de Casación en los recursos previstos en el ex 445 CJM, quedando restringidos al juzgamiento de los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión.

### **3. 2. Incorporación del artículo 184 bis- Facultades conferidas por la ley 26.394**

Ante el acaecimiento de delitos cometidos por personal militar y en el interior de establecimientos militares o bajo control militar, la autoridad superior militar deberá notificar a la autoridad judicial competente y tendrá las siguientes facultades y obligaciones hasta tanto se haga presente en el lugar la autoridad judicial competente incisos 2do, 3ro, 4to, 8vo y 9no:

2º) Cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que lo disponga la autoridad competente.

3º) Disponer, en caso necesario, que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquél ni se comuniquen entre sí mientras se llevan a cabo las diligencias que correspondan, de lo que deberá darse cuenta inmediatamente al juez.

4º) Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica.

8°) Aprender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurren los requisitos del artículo 205, por un término máximo de diez (10) horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial.

En tales supuestos deberá practicarse un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión.

9°) En los delitos de acción pública y únicamente en los supuestos del artículo 285, requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso.

Estimo que las fuerzas armadas no poseen los medios, ni la pericia o conocimiento necesario para la preservación de un cuerpo de delito, siendo más razonable que esa función sea canalizada a través de las fuerzas de seguridad, dando un mayor marco de transparencia ante hechos ocurridos en su jurisdicción.

### **3. 3. Los actos de las fuerzas armadas en tiempo de conflicto armado y zona de combate.**

El texto bajo análisis – Ley Nro 26.394-, incorporó el Art. 187 bis, donde expresa que “La autoridad militar en zona de combate podrá detener al infractor del artículo 240 bis del Código Penal sorprendido en flagrancia o al que las pruebas indican

como autor o partícipe de la infracción, y lo remitirá de inmediato a disposición del juez federal competente. Si el traslado no fuese posible o no lo fuese en condiciones de seguridad antes de los cinco (5) días corridos a partir de la detención, el comandante de la zona *convocará a un juez que se hallare en la misma, y lo pondrá a su disposición*. A este efecto, el comandante preferirá un juez federal o nacional y, a falta de éstos, un juez provincial letrado. Preferirá también un juez con alguna competencia en la zona, pero si no lo hallare, bastará con que se halle en la misma aunque fuere circunstancialmente”.

Por nuestra parte, consideramos que este artículo debería haber previsto complementariamente las disposiciones del Anexo II de la Ley 26.394, por cuanto el mismo prevé el procedimiento para el caso guerra u otros conflictos armados, cuando no sea posible el traslado al juez penal. Asimismo determina la forma de designación por el Presidente para el caso de resultar necesaria la intervención de los Jueces de instrucción militar y del consejo de guerra especial.

No obstante lo expresado, el Decreto Nro 2.666 procedió por parte del Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar esta situación particular, pero aún sostenemos sin adecuar correctamente a las normas del derecho internacional de los conflictos armados, las que no cita en ninguna oportunidad.

### **3. 4. Incorporación de tratamiento especial previsto en el artículo 250 del Código Procesal Penal de la Nación**

El artículo 250 del Código de Procedimiento Penal de la Nación, ha incorporado en su texto al personal de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas, entre los sujetos que no están obligados a comparecer; siempre y cuando sean oficiales superiores y debiendo encontrarse en actividad. Además agrega que, según la importancia que el juez atribuya a su testimonio y el lugar en que se encuentren, aquellas personas declararán en su residencia oficial, donde aquél se trasladará, o por un informe escrito, en el cual expresarán que atestiguan bajo juramento.

Finalmente destaca el carácter volitivo de tal tratamiento especial, pudiendo renunciar al mismo.

#### **4. Conclusiones preliminares**

A modo de conclusión del presente capítulo, decimos que lo sustancial de la reforma en lo penal, ha sido la remisión del juzgamiento en todos los casos en que se perpetren delitos por personal militar que se cometan en tiempo de paz, para la investigación y juzgamiento por la Jurisdicción Penal Federal; debiendo preservar el lugar del hecho conforme a las facultades dispuestas en el artículo 187 bis del CPPN. Excepcionalmente los delitos cometidos en tiempo de guerra serán investigados por un Juez de Instrucción Penal Militar y juzgados por el Consejo de Guerra Especial.

A lo que a nuestro entender debería haber aclarado, respecto a estos últimos en tiempo de guerra inicialmente se someten a la tipificación y juzgamiento conforme al derecho internacional de los conflictos armados y la carencia de medios como conocimientos científicos para el cumplimiento de la preservación del lugar del hecho.

Igualmente, en cuanto a los delitos denominados esencialmente militares que se encontraban previstos en el Código de Justicia Militar (CJM), los mismos han sido

incorporados al Código Penal como delicia propia o sui generis- pese a la doctrina que critica tales categorías autónomas<sup>136</sup>, tales como las vías de hecho contra el superior<sup>137</sup> actual atentado contra la autoridad<sup>138</sup>, la insubordinación agravada<sup>139</sup> hoy resistencia o desobediencia a una orden<sup>140</sup>, el motín<sup>141</sup> actual petición tumultuosa<sup>142</sup>, la usurpación de mando<sup>143</sup> como usurpación de autoridad<sup>144</sup>, las infracciones de deberes de centinela y violaciones de consignas<sup>145</sup> hoy abandono de funciones de control<sup>146</sup>, la deserción<sup>147</sup> pasa a tipificarse como abandono de servicio en tiempo de conflicto armado<sup>148</sup> quedando

---

<sup>136</sup> GOMEZ MARTÍN, Víctor, “La doctrina del *Delictum sui generis* ¿Queda algo en pie?”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología- 07-06, Barcelona, España, 2005.

<sup>137</sup> Artículos 656/662 del Código de Justicia Militar.

<sup>138</sup> Artículo 238 bis del Código Penal.

<sup>139</sup> Artículos 667 a 668 del Código de Justicia Militar.

<sup>140</sup> Artículo 238 ter del Código Penal.

<sup>141</sup> Artículo 383 del Código de Justicia Militar.

<sup>142</sup> Artículo 241 del Código Penal.

<sup>143</sup> Artículos 705 a 707 del Código de Justicia Militar.

<sup>144</sup> Artículo 246 del Código Penal.

<sup>145</sup> Artículo 731 del Código de Justicia Militar

<sup>146</sup> Artículo 250 bis del Código Penal.

<sup>147</sup> Artículo 716 a 728 del Código de Justicia Militar.

<sup>148</sup> Artículo 252 del Código Penal.

tipificada a su vez como falta disciplinaria gravísima en tiempo de paz<sup>149</sup> y el abuso de autoridad como tal pasa al tipo penal<sup>150</sup>.

También se dispuso el agravamiento de figuras penales existentes en el Código Penal, ante la calificación el sujeto “militar”, tales como la vía de hecho<sup>151</sup> contra el superior al homicidio agravado<sup>152</sup>, la traición como tal al código penal<sup>153</sup>, la instigación a cometer actos hostiles<sup>154</sup> a la figura de creación de peligro de actos hostiles o declaración de guerra<sup>155</sup>, además de la violación de tratados concluidos con naciones extranjeras<sup>156</sup>, instigación a la sustracción del servicio militar<sup>157</sup> y secuestro<sup>158</sup>.

La incorporación de nuevas figuras que antes no prescribía el Código de Justicia Militar pero que se tornan necesarias por las nuevas misiones y responsabilidades encomendadas a los servidores públicos de la defensa, tales como el emprendimiento de operación militar sin orden, uso indebido de armas, sometimiento arbitrario de la

---

<sup>149</sup> Artículo 13 inciso 15 del Código de Disciplina Ley 26.394.

<sup>150</sup> Artículo 702 del Código de Justicia Militar actual 249 bis el Código Penal.

<sup>151</sup> Artículos 656/662 del Código de Justicia Militar.

<sup>152</sup> Artículo 80 inciso 10 del Código Penal.

<sup>153</sup> Artículos 621 al 625 y 628 del Código de Justicia Militar al 215 del Código Penal.

<sup>154</sup> Artículos 626/627 del Código de Justicia Militar.

<sup>155</sup> Artículo 219 el Código Penal.

<sup>156</sup> Artículo 220 del Código Penal.

<sup>157</sup> Artículo 209 bis del Código Penal.

<sup>158</sup> Artículo 142 bis del Código Penal.

población civil y orden en la que ejecute violencia innecesaria contra cualquier persona<sup>159</sup>, así como el homicidio imprudente del personal militar<sup>160</sup>.

En el mismo Código Penal se han incorporado nuevos delitos respecto a personas civiles que durante un conflicto armado cometan hechos que menoscaben el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas armadas, encontrándose tipificados los hechos de la violación de instrucciones militares en tiempo de conflictos armados<sup>161</sup>, la incitación pública a la sustracción a servicio militar en tiempo de guerra<sup>162</sup> y la revelación de secretos de la defensa<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> Artículo 253 bis del Código Penal.

<sup>160</sup> Artículo 253 ter del Código Penal.

<sup>161</sup> Artículo 240 del Código Penal.

<sup>162</sup> Artículo 209 bis del Código Penal.

<sup>163</sup> Artículo 222 del Código Penal.

## **CAPITULO IV**

### **El derecho penal militar durante la guerra u otros conflictos armados en las nuevas previsiones del Sistema de Justicia Militar Argentino y del derecho internacional de los conflictos armados**

*“Juro por mi honor y por la Patria sostener con mi espada y con mi sangre, la bandera que desde hoy cubre las armas del Ejército de los Andes”*

*General José de San Martín.*

#### **1. Introducción el derecho penal militar de excepción**

Inicialmente cabe señalar que, la responsabilidad respecto al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos que se infringen durante los conflictos armados son diversas pero no por ello dejan de excluirse, el ser humano es sujeto de derechos y obligaciones tanto como lo es el Estado fundamentalmente en cuanto al deber de garantía como sujeto en el ámbito internacional y de abstención de conculcar los mismos<sup>164</sup>.

---

Ahora es necesario, se conozca minuciosamente la estrecha diferencia entre las violaciones a los derechos humanos que se identifican por el elemento subjetivo de que el acto de violencia sea realizado directamente por un agente del Estado que ejerce una función pública ó aún por particulares que actúan en apoyo o tolerancia de los precitados agentes; con el desconocimiento de los deberes de garantía y protección respecto a sus ciudadanos que posee el Estado.

Además tales infracciones a los derechos humanos, cuenta con un elemento material, es el desconocimiento o afectación de un derecho reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos ó que a pesar de no estar expresamente reconocido en tales, es inherente a la persona humana; siendo competencia la jurisdicción ordinaria<sup>165</sup>.

Relacionado con estos, pero de manera autónoma se encuentran los crímenes de lesa humanidad, que son una de las graves violaciones a los derechos humanos y configuran una categoría especial de delitos que agravan la dignidad humana y afectan la conciencia de la humanidad<sup>166</sup>; caracterizados por atacar una gran cantidad de personas y poseer cierta gravedad; requiriendo que la conducta obedezca a un plan sistemático inspirado en un mismo móvil- político, religioso, racial, cultural-, al que se estructure<sup>167</sup>.

Por otro lado, se encuentran las infracciones al derecho internacional humanitario, que son hechos ilícitos por contravenir normas del derecho de los conflictos armados y del *ius cogens*, el cual debe impetrarse en este escenario y cuyo sujeto activo sea un agente del Estado o miembro de un grupo armado reconocido.

---

<sup>164</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 Sep 1982, Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte, en serie A: Fallos y opiniones- Nro 1, párrafo 24 “los tratados de derechos humanos están orientados, mas que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano.

<sup>165</sup> Derechos Humanos: Es el conjunto de derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, los cuales deben ser protegidos y garantizados por los Estados.

<sup>166</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia- Sentencia TAIC- del 07 de mayo de 1.997, párrafo 648. También artículo 7 párrafo 2do del Estatuto de Roma.

<sup>167</sup> D. Thian, Citado en colectivo de abogados José Alvear Restrepo, redes de esperanza, Bogotá, Colombia, 2.005, Pág 48.

El derecho internacional humanitario, reglamenta la guerra, a fin de prevenir sufrimientos y daños innecesarios y aminorar sus consecuencias; siendo fundamental en la interpretación los principios específicos del mismo que son: humanidad, protección, limitación, proporcionalidad y distinción que surgen de los Convenios de Ginebra de 1.949.

El Nuevo Sistema de Justicia Militar, ha dispuesto de un anexo en el que determina el derecho penal en la forma en que regirá en tiempo de guerra y otros conflictos armados, según el Anexo II de la Ley Nro 26.394 y su reglamentación mediante Dto. Nro 2.666/12.

Al respecto, se estableció que en principio los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra y otros conflictos armados, serán investigados y juzgados por el régimen ordinario previsto en la paz.

En tal sentido, por nuestra parte formularemos una aclaración, depende del delito que se trate y del militar, según sea nacional o extranjero con derecho de extradición, o que el delito sea de derecho internacional penal cuya jurisdicción competente; ya que en algunos casos será competencia de la Corte Penal Internacional.

Asimismo se expresa cuando existe tiempo de guerra, que comienza con la declaración o cuando ésta existe de hecho o con la norma que ordena la movilización para la guerra inminente<sup>168</sup> y termina con el cese de las hostilidades.

Por otro lado existe una vinculación directa, con respecto al derecho internacional de los derechos humanos, que tal como se ha establecido es diferente del derecho internacional humanitario, el que en lo militar respecto a la protección de los derechos humanos en conflictos armados no dispone de normas expresas, sobre delito, fuero y justicia militar salvo la Declaración sobre protección de personas contra la desaparición forzada de Naciones Unidas y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> Artículo 1 del Anexo II- Ley Nro 26.394.

<sup>169</sup> Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas del año 1994, artículo IX, establece “los presuntos responsables de los hechos constitutivos de desaparición forzada sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción

En el contexto internacional existen pocas disposiciones de derechos humanos aplicables a lo militar<sup>170</sup>, sino más bien en materia de extracción en cuyos tratados refiere a delitos puramente militares<sup>171</sup> y delitos militares<sup>172</sup> como a delitos militares que no constituyen delitos de derecho común, entendemos que es por la especialidad del derecho internacional humanitario que desplaza tal en caso de guerra y conflictos armados, pero valga señalar sólo respecto al teatro de operaciones sólo a los combatientes y bienes objetivos militares.

Conforme a lo antes expresado, debe estarse a las obligaciones internacionales asumidas por cada Estado, tanto en los casos de administración de justicia como así también en caso de violación de derechos humanos<sup>173</sup> y del derecho humanitario; que en todos ellos tendrá siempre vinculación con el derecho penal y sancionatorio.

---

especial, en particular de la militar. Tales hechos no pueden considerarse cometidos en ejercicio de funciones militares o actos de servicio.

<sup>170</sup> Convención de Londres del 19 de Junio de 1.951 sobre el Estatuto de las fuerzas de los Estados partes al Tratado de la Alianza Atlántica Norte.

<sup>171</sup> Convención sobre extradición de Montevideo 1.933, artículo 3ro.

<sup>172</sup> Tratado de derecho penal internacional de Montevideo 1.940, artículo 20, se refiere a delitos esencialmente militares con exclusión de los que se rigen por el derecho común; el artículo reenvía al derecho nacional y dispone que la apreciación del carácter de las infracciones corresponden exclusivamente a las autoridades del Estado requerido.

<sup>173</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de marzo de 2.001, en el caso Barrios Altos- Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, párrafo 41 "...las graves violaciones a los derechos humanos actos tales como la tortura, las ejecuciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

## **1. 1. Procedimiento. Excepcionalidad y guerra**

El inicio del procedimiento que ha dispuesto el Anexo II del Nuevo Sistema de Justicia Militar, se encuentra vinculado a la excepcionalidad en cuanto, requiere que las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas posean un carácter “manifiesto” e “insuperables”, cuando la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar “perjuicios” en la eficiencia operativa o en la capacidad del combate.

Son entonces el carácter manifiesto, la necesidad insuperable y los perjuicios ante la demora que pudieren afectar la eficiencia de las fuerzas armadas.

Es allí donde se habilita que, el oficial superior existente en la zona donde se cometió el hecho delictual, deje constancia de la existencia de tales razones de excepcionalidad y del perjuicio en la demora y firmen dos oficiales o militares de mayor jerarquía en el lugar.

Luego dispone la intervención para la investigación por parte de un Juez de Instrucción Militar y la disposición del legajo dentro de las 6 horas para la entrega del delincuente.

Esta situación se nos torna llamativa, por cuanto requeriría la experiencia y capacitación previa de jueces que hayan sido designados con anterioridad a un conflicto armado y no en el mismo momento para que tome la situación y por otro lado el escueto plazo de seis horas hace incumplible la formación de un legajo, por quien debe constituirse en el lugar del hecho tomar las primeras pruebas que conducirán la investigación, receptar la misma, trasladar al delincuente y producir un informe, cuyo mérito y estudio de la situación sería deseable. Este término estimamos, ni siquiera se ha adecuado a lo dispuesto por el artículo 187 bis del CPPN.

También dispone que, cesados los impedimentos que justifican el procedimiento de excepción para tiempo de guerra u otros conflictos armados, continúe el procedimiento en tiempo de paz por el juez competente salvo que ya haya iniciado el debate.

En ambos casos, resulta aplicable el Código de Procedimiento Penal de la Nación, fundamentalmente en lo referente al cumplimiento de las garantías de derechos y el

ejercicio de pruebas ante la imposibilidad de practicarse las mismas, debe encontrarse debidamente acreditada tal circunstancia mediante el acta pertinente.

Por otra parte, estimamos procedente aclarar que las violaciones al derecho internacional humanitario, que se realizan en un ámbito de excepción o emergencia, no admiten causas de justificación para realizar actos innecesarios o que afrenten contra la dignidad de las personas<sup>174</sup>.

No obstante lo descripto, traído a colación por disposición expresa de la Ley Nro 26.394, cabe traer a este análisis preliminarmente, el precedente jurisprudencial de la Corte de Justicia de Estados Unidos en el caso “*Hamdam vs. Rumsfeld*”, por su trascendencia y debido a la situación crítica que enfrentan los ejércitos nacionales despojados del uso de uniformes, símbolos identificativos que le distinguen con un status internacional de cualquier ciudadano civil.

Ello, contrapuesto a los intereses y realidades de otras naciones que le dan primacía a las instituciones armadas, la diversidad de los Estados dispuestos a cumplir los tratados internacionales de derecho internacional humanitario (Convenciones de Ginebra) que, se transpola a consecuencias fácticas y jurídicas de unos contra otros en un conflicto armado y tienden a justificar la no aplicación de normas expresas y consuetudinarias del derecho internacional de los conflictos armados.

Es en este sentido, que en el precitado fallo, la Corte Suprema puso límite y dejó en evidencia la deliberada intensión de transgredir el derecho internacional humanitario de los conflictos armados, fundamentalmente en el voto del Juez Stevens cuya plataforma fáctica se basó en la resolución conjunta del Congreso autorizando al Presidente al uso de la fuerza necesaria y apropiada contra las naciones, organizaciones o personas que él determinada planearon, autorizaron, cometieron o ayudaron al ataque terrorista del

---

<sup>174</sup> Comité de derechos humanos, Observación General Nro 29, “los estados partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto de derechos civiles y políticos, como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, como son la toma de rehenes, imponer castigos colectivos, privaciones arbitrarias de libertad o inobservancia de procedimientos de juicio imparcial.

11Sep01. Hamdam capturado en el 2003 y trasladado a Guantánamo acusado de conspiración interpuso un recurso de habeas corpus y mandamus por considerar no existía legislación de guerra que autorice a juzgar por delito de conspiración y violación en el procedimiento de garantías fundamentales. El Juez Stevens al arribar a las conclusiones expresó que, erróneamente se había sostenido las Convenciones de Ginebra no son susceptibles de implementación judicial, como también la exclusión de intervenir ante detenciones de extranjeros en la Bahía de Guantánamo.

Además destacó que, conforme al precedente *Concilman* en el que alega erróneamente el Gobierno la Corte debe abstenerse, los tribunales federales normalmente se abstienen en procesos promovidos contra militares fundados en cortesía – ante la necesaria preservación de la disciplina militar-, pero en el caso Hamdam no es militar.

También se resaltó citando al fallo *ex parte Quirin*, la Corte aceleró la revisión, fundada en la importancia institucional, el deber de preservar las garantías constitucionales tanto en tiempo de guerra como de paz y el interés público en una decisión oportuna (citó Pág. 19), cuyo interés contrapuesto no fue debidamente acreditado por el Gobierno que permitiera dejar de lado la competencia de los tribunales federales, debiendo ejercer la jurisdicción otorgada por el Congreso, habiendo este último autorizado sólo a las comisiones especiales al juzgamiento a quienes violan el derecho de guerra (cita Pág. 28) agregando que el Presidente recurre a comisiones especiales, ya que el Congreso ha preservado la facultad en términos constitucionales y del derecho internacional de conflictos armados, bajo condición que las fuerzas armadas cumplan el derecho de la guerra.

Si bien el Gobierno se oponía a la intervención de la Corte, en una etapa de revisión de procedimientos, se consideró pertinente dado que Hamdam no se encontraba condenado a muerte y presumía el procedimiento de la comisión violaría las Convenciones de Ginebra –no se posibilitó el ejercicio de las garantías fundamentales-, por lo que resulta revisable antes de que recaiga una decisión definitiva.

Ahora bien, tal como presentáramos en los párrafos precedentes a modo de introducción del presente caso, el Juez Stevens coincidió con el Gobierno que a Hamdam no le resultaba aplicable las convenciones de Ginebra porque fue capturado durante la guerra de Al Qaeda- organización no signataria de las convenciones, pero una buena hermenéutica del artículo 3 de las mismas determinan que los signatarios deben respetar

disposiciones de protección de personas humanitariamente y prohibiendo no brindar el debido proceso y hacer uso de garantías judiciales, agregando en cuanto a los conflictos no internacionales lo estipulado en el artículo 2do común a las cuatro Convenciones.

También fue clara la conclusión, respecto al delito que fuere acusado Hamdam, en virtud de lo dispuesto en el caso Quirim, se sujeta el ejercicio de la jurisdicción por comisiones especiales a que se trate de delitos acaecidos en el teatro de operaciones (lugar), cometidos durante la guerra (tiempo) y sea factible de tipificar o encuadrar en el derecho de guerra (tipo)<sup>175</sup> y en cuanto a las garantías fundamentales que deben ser reconocidas, La Orden de Comisión Nro 1 determina como principio del derecho internacional consuetudinario, la necesidad que un acusado esté presente cuando se lo juzgue- salvo problemas de conducta o así lo consienta-, debiendo tener acceso a la prueba que exista en su contra.

El mencionado precedente, recaído en un país que interviene en diversos conflictos armados y tiende a establecer como política de Estado la protección de sus instituciones armadas, cuyo poder contra los nacionales de otras naciones se viera manifiestamente tendiente a ejercerse a costa de lo que fuere, ha sido diametralmente limitado por la Corte de Justicia del país del norte que ha señalado las intensiones de vulnerar el derecho internacional de los conflictos armados y ha establecido como contrapeso en su sentencia el deber del Estado de garantizar los límites conforme a sus facultades jurisdiccionales y las que excepcionalmente y de manera expresa otorgue o autorice el Congreso.

## **1. 2. Creación de nuevos órganos internos para el caso de conflictos armados**

---

<sup>175</sup> US SUPREME COURT CENTER, “Hamdam vs. Rumsfeld”, 548 U. S. 557 (2.006). Conclusiones Juez STEVENS- Parte V y VI (IV), citando al precedente QUIRIN- la conspiración o asociación ilícita no constituye una violación reconocida en el derecho de guerra, ya establecido en el Tribunal de Nüremberg. Las comisiones especiales deben cumplir con lo dispuesto en las Convenciones Internacionales de Ginebra de 1.949, respecto a los detenidos deben garantizarse la protección de las personas y respetarse en el procedimiento las garantías fundamentales.

Inicialmente tal como lo hemos señalado, se contempla la existencia del Juez de Instrucción Militar dependiente del Jefe de Estado Mayor de cada Fuerza, quien tendría la facultad de instruir la investigación pertinente, para que luego sea juzgado por el Consejo de Guerra Especial, cuya creación compete al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas mediante la emisión del correspondiente decreto, en el que determinará la integración, le asigna competencia estimo la territorial en cuanto al ámbito donde se desarrolla el teatro de operaciones y respecto al personal militar que se encuentra implicado en el conflicto.

Estos se dispone su conformación por oficiales superiores auditores o del cuerpo comando abogados, es decir siempre tendrá esta instancia carácter letrado.

### **1. 3. Las resoluciones y recursos**

Los Consejos de Guerra especiales juzgan en única instancia y sus resoluciones sólo son firmes si hay desistimiento voluntario, expreso y fundado respecto a los recursos que cupieren por parte del fiscal, del defensor y el causante, con la salvedad de las resoluciones absolutorias en las que tras dos años de emitidas no son revisables si no se ha propuesto la misma.

Estos recursos referidos son de reposición y apelación ante el Consejo de Guerra Especial, si la resolución emanó del Juez de Instrucción Militar y sólo el recurso de reposición si emanara de aquellos.

Además una vez restablecida la normalidad, dispone de todos os recursos previstos en el Código Procesal Penal de la Nación.

Ahora bien, este último párrafo nos denota una posible inejecutoriedad, ni la posibilidad de emanar medidas por parte del Estado representado en las Fuerzas armadas durante un conflicto bélico, donde las mandas no serían ejecutorias durante el conflicto sino sujetas a revisión posterior durante la paz y por el Poder Judicial, careciendo entonces de toda autotutela aún de intereses de la propia administración.

#### **1. 4. Instrucciones a civiles durante la guerra y otros conflictos armados**

La emisión de las instrucciones a civiles, es una facultad conferida por la Ley Nro 26.394 en su anexo III, a los comandantes de zonas de operaciones o combate; bajo 3 pautas:

- Circunstancial: en ocasión de conflictos armados,
- Lugar: en zona de operaciones o combate,
- Finalidad: destinadas a proveer seguridad, el éxito en las operaciones o el establecer policia.

Las características de tales instrucciones, es que son obligatorias con fuerza de ley.

El ámbito de aplicación es a todas las personas que se encuentran en zonas de operaciones o de combate.

Los límites fijados, son el principio de necesidad y el respeto a la intimidad como a los deberes de conciencia.

En cuanto a las formalidades, estas deben ser publicadas en órdenes del día para conocimiento de personal militar y en periódicos o carteles fijados en sitios públicos para conocimiento de los civiles.

Entran en vigencia, desde la fecha que tales instrucciones consignan o desde su publicación, debiéndose informar o llevar a conocimiento de la superioridad en la primera

oportunidad en que se toma contacto, al que se le manifestará los motivos y el alcance de las dictadas.

Acerca de ello, cabe señalar que tales instrucciones son equivalentes a los derogados bandos que se encontraban previstos en el artículo 131 siguientes y concordantes del Código de Justicia Militar, con la derogación de los bandos habilitados a dictarse en tiempos de paz, que habían sido modificados por la Ley Nro: 23.048/1.984.

Destacamos, que para el caso de incumplirse tales instrucciones por parte de civiles, deberá ser juzgado por el procedimiento penal común previsto para el caso con las garantías de derecho de defensa, recurso judicial efectivo y tribunal imparcial<sup>176</sup>, tal como lo expresara el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Comité de Derechos Humanos<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 2 (3) el derecho a un recurso efectivo de naturaleza judicial y artículo 14 reconoce el derecho a un tribunal independiente e imparcial y a las garantías judiciales del debido proceso.

<sup>177</sup> Comité de derechos humanos, observación general Nro 13, “Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley” (artículo 14 del Pacto), párrafo 4, adoptada en el 21 período de sesiones, en documento Naciones Unidas, HR1/GEN/1/Rev.3, PÁG 17. “El comité observa la existencia, en muchos países, de tribunales militares o especiales que juzgan a personas civiles, Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a administración equitativa, imparcial e independiente de justicia. Si bien el pacto no prohíbe la existencia de tales tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales debe ser excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14.

## **2. El derecho internacional de los conflictos armados**

Habiendo presentado las diferencias, entre el derecho internacional de los derechos humanos y el internacional humanitario propio de los conflictos armados, corresponde ahora exponer las características y sucintamente las nociones elementales de la normativa que rige para el caso de guerra y otros conflictos armados.

Podemos conceptualizarlo como la vertiente del derecho internacional público, que abarca el conjunto de normas convencionales y consuetudinarias aplicables a los conflictos armados, que regulan métodos, medios de combate y protegen a bienes y personas afectados al conflicto.

No sin antes precisar, las diferencias que formula la doctrina militar, respecto al *ius ad bellum* y *ius in bello*.

Al respecto, se ha determinado el uso de la fuerza es receptado en el derecho internacional público desde dos vertientes, una orientada hacia la legitimidad de su empleo, es el *ius ad bellum*, es decir el derecho a la guerra y la segunda, referida a la regulación del despliegue y empleo del poder militar durante el desarrollo de conflictos armados, que es el *ius in bello* o sea, el viejo derecho de guerra conocido en la actualidad como Derecho intencional humanitario.

Con respecto a la primera vertiente, el *ius ad bellum*, contempla la legitimidad del recurso al uso de la fuerza con la finalidad de excluir del ámbito de las relaciones internacionales su empleo como medio para resolver las controversias.

Además, en el estado actual del derecho internacional, el uso de la fuerza y aún la amenaza de tal son legítimos de acuerdo a lo establecido por la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2, párrafos 3 y 4). No obstante existen algunas excepciones al principio fundamental reguladas en el mismo cuerpo normativo, entre las que se sitúan: las medidas de seguridad colectiva, el derecho de legítima defensa individual o colectiva y las luchas de liberación colonial y/o segregación racial, en ejercicio del principio de autodeterminación de los pueblos (admitido por vía de interpretación del artículo 1, párrafo 2 de la referida Carta).

En lo que respecta al *ius in bello*, la otra vertiente, se identifica en la actualidad como el conjunto de normas contenidas en los tratados internacionales pertinentes y de aquellas receptadas por la costumbre internacional destinadas a regular los derechos y obligaciones de quienes participan en las hostilidades, como así también el estatuto de protección y tratamiento de aquellos que sufren las consecuencias del conflicto armado, es decir de las víctimas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y poblaciones civiles).

Esta rama es clasificada a los efectos prácticos en el Derecho de guerra o de La Haya, cuyo objetivo es regular mediante requisitos que deben satisfacerse (prohibiciones y restricciones) el desarrollo de las operaciones militares. Las normas pertinentes están receptadas en los convenios de la Haya y las convenciones regulares del empleo de sistemas de armas. Por otro lado, el derecho humanitario estrictamente o derecho de Ginebra, que se relaciona con el tratamiento y protección de los que sufren las consecuencias de los conflictos armados, es decir las víctimas<sup>178</sup>.

Ahora bien, valga señalar que el Estado parte tiene derecho a suspender en las situaciones previstas en instrumentos jurídicos, la vigencia de los derechos humanos, encontrándose regido por el derecho internacional humanitario, por regir cuando el orden y la paz internacional se ven interrumpidos; las infracciones al derecho internacional humanitario son crímenes de guerra<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> CERDÁ, Carlos (General de Justicia del Ejército Argentino), “*El Derecho Internacional Humanitario en la Guerra de Irak*”, Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario Nro 2, del 02 de Junio de 2.004, Pág. 10.

<sup>179</sup> Artículo 85 del Protocolo I al Convenio de Ginebra, Represión de las infracciones del presente Protocolo

1. Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo.
2. Se entiende por infracciones graves del presente Protocolo los actos descritos como infracciones graves en los Convenios si se cometen contra personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos

Respecto a las suspensiones de la aplicación de los derechos humanos en situaciones de conflictos bélicos, se encuentra sustentada en el artículo 15 de la

---

44, 45 y 73 del presente Protocolo, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el presente Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el presente Protocolo. 3. Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud; a) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; b) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii; c) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii; d) hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; e) hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; f) hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo.

4. Además de las infracciones graves definidas en los párrafos precedentes y en los Convenios, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo: a) el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio; b) la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles; c) las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal; d) el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado b) del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares; e) el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párrafo 2 del presente artículo de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.

5. Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra.

Convención Europea de Derechos Humanos, que expresa para el caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación, cualquier parte contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio, en la medida estricta en lo que exija la situación, y en el supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que difaman el derecho internacional”, sin que autorice la “derogación” del derecho a la vida, ni infringir tratos inhumanos o degradantes, someter a esclavitud, ni el principio de legalidad penal.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, también dispone expresamente en su artículo 27 la factibilidad de suspender las garantías, en su inciso 1ro dispone que, para el caso de guerra, de peligro público o emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Ahora bien, a diferencia de la Convención Europea que prohíbe la derogación de algunos derechos, el inciso segundo de la Convención Americana refiere no autoriza la suspensión de los derechos a la personalidad jurídica, vida, integridad personal, prohibición de esclavitud, legalidad, libertad de conciencia, políticos, ni las garantías judiciales indispensables para proteger tales derechos; agregando el inciso 3ro el procedimiento del Estado parte que suspende, el que debe informar a los demás Estados partes por conducto de la OEA (Secretaría General), de las disposiciones suspendidas, motivación y fecha de culminación de la suspensión.

## **2. 1. La importancia y especificidad de la temática**

La actividad castrense nunca fue ajena a la ética y moralidad, pues todo militar debe responder por sus actos ante sí, ante la Institución, la sociedad y ante Dios. El conocimiento cabal de las normas que rigen los tratados internacionales y las leyes de nuestro país, otorgan al combatiente un respaldo fundamental para encuadrar a conciencia y legalmente, su conducta de persona de bien en el plano profesional.

A su vez, lo dota del discernimiento esclarecedor entre lo moral y lo inmoral, tanto en tiempo de guerra como en la paz, en resguardo de la dignidad humana, la que merece ser respetada en la persona de su contendiente y en la propia.

El derecho internacional humanitario, conocido como derecho de la guerra o derecho internacional de los conflictos armados, tiene como finalidad fundamental atenuar los efectos de los conflictos armados.

Asimismo protege a quienes no participan en él o ya han dejado de hacerlo, mediante la regulación de métodos y medios de combate, y según el Estatuto de protección de las víctimas “heridos, enfermos, prisioneros de guerra y poblaciones civiles”.

Resulta primordial comprender por los operadores jurídicos, la importancia que los Estados poseen la obligación de cumplir y hacer respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario, en virtud de los tratados y convenios ó de la costumbre internacional denominada derecho internacional consuetudinario.

Es de destacar que estas normas pueden ser aplicadas a agentes no estatales y su observancia es una cuestión de índole internacional.

También destacamos la importancia de la coherencia entre las normas de derecho interno y los convenios de derecho internacional, no sólo vinculados a derechos humanos sino también al derecho internacional humanitario vigente en tiempos de conflictos armados

En ese sentido, citando a DOBOVSEK, expresa “es práctica del derecho convencional internacional penal, que se atribuya a los Estados partes el deber de ejecutar el convenio internacional y sancionar a los infractores. En última instancia es el derecho penal interno de los Estados el encargado de la punibilidad de esos delitos o crímenes. Los Estados que suscriben las convenciones internacionales asumen la obligación de incorporar esos tipos penales en sus respectivos códigos y de perseguir a los autores de los

crímenes o en su defecto, extraditarlos para que otro Estado aplique la pena, lo que constituye un hecho ilícito internacional”<sup>180</sup>.

## **2. 2. Auge del Derecho internacional de los Conflictos armados. Tras la Segunda Guerra Mundial**

Este hecho, la segunda guerra mundial, marcó un hito en la historia, al advertir que se ha tomado conciencia universal de la importancia del Derecho Internacional Humanitario, evidenciado en tamaña confrontación y la maquinaria de guerra, con su arsenal destructivo de la humanidad con sus consecuencias dañosas a generaciones presentes y futuras.

A partir de allí, fue posible la evolución de todas aquellas normas internacionales tendientes a encontrar un equilibrio, entre las necesidades militares y las preocupaciones humanitarias, así como lograr limitar los daños innecesarios de un conflicto bélico.

Así el derecho internacional humanitario, concibió normas que propician la protección de las personas que no forman directamente parte del conflicto armado o que han dejado de hacerlo, tales como: las poblaciones civiles, los prisioneros de guerra, los detenidos, heridos, enfermos, las poblaciones civiles.

Por su parte, también ha limitado los métodos y medios de combate, con el fin de evitar sufrimientos y destrucciones innecesarios.

---

<sup>180</sup> DOBOVSEK, José, “*Derecho Internacional Penal*”, 1ra Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2.008, Págs. 8/9.

Las fuentes principales del Derecho Internacional Humanitario, son los convenios Internacionales (tratados) y los usos y costumbres de los Estados considerados de obligatorio cumplimiento (Consuetudinario), subsidiariamente se acuden a los escritos doctrinarios y decisiones judiciales.

Respecto al Derecho Internacional humanitario consuetudinario, está compuesto por normas que resultan de "una práctica general aceptada como derecho", cuya existencia es independiente del derecho convencional.

El derecho internacional humanitario consuetudinario (DIH consuetudinario) reviste una importancia fundamental en los conflictos armados contemporáneos, porque llena las lagunas del derecho convencional tanto en lo que respecta a los conflictos armados internacionales como no internacionales, por lo que fortalece de ese modo la protección de las víctimas.

En la práctica, para su consulta, posee una base de datos, que brinda un rápido acceso a tales normas del DIH consuetudinario y permite a los usuarios analizar praxis de todo el mundo. Fue abierta en agosto de 2.010 y se la actualiza regularmente con nuevos ejemplos de la praxis. La actualización más reciente, publicada el 12 de diciembre de 2.012, incluye nuevas prácticas de 23 países<sup>181</sup>.

En sí el derecho internacional humanitario, se sustenta principalmente en las Convenciones de la Haya de 1.899 y 1.907, los cuatro Convenios de Ginebra de 1.949 y sus protocolos adicionales de 1.977 y 1.980, la Convención de La Haya de 1.954 sobre Protección de los Bienes Culturales, abarcando dos ámbitos principales: la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y las restricciones a los medios y métodos de guerra, como las armas y las tácticas.

Sin embargo luego se determinó la necesidad de establecer nuevas normas, por lo que en 1.977, los estados contratantes de los Convenios de Ginebra, convocados en dicha ciudad, de acuerdo con su compromiso con la paz de los pueblos, establecieron: "...Reafirmando, además, que las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1.949 y del presente Protocolo deben aplicarse plenamente en toda circunstancia

---

<sup>181</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie, Publicación Ref. 0860, Revista Internacional de la Cruz Roja, volumen 87, Nro. 857 del 19 de marzo de 2.007.

a todas las personas protegidas por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado (...)”.

Además concertaron las siguientes normas:

- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1.949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1.949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

La finalidad del Protocolo Adicional II es garantizar la aplicación de las normas fundamentales del Derecho Internacional de los Conflictos Armados a los conflictos internos, sin que configure ello, una interferencia en las facultades jurisdiccionales de los Estados para mantener o restablecer la ley y el orden. Asimismo, bajo ningún punto de vista puede utilizarse para justificar una intervención extranjera (Art. 3).

A su vez, el hecho de conformarse a las disposiciones del Protocolo II, no implica el reconocimiento de algún tipo de estatuto particular aplicable a los grupos armados de oposición.

Cabe señalar, el Protocolo Adicional II, es el primer tratado que versa exclusivamente sobre la protección del individuo y la reglamentación a ciertos métodos de guerra en los conflictos armados no internacionales, que constituyen la mayoría de los enfrentamientos bélicos de la actualidad.

También, este instrumento constituye un complemento del artículo 3ro común a los cuatro convenios de Ginebra.

Por todo lo expuesto, hasta aquí podemos afirmar que el Protocolo Adicional II, supone un progreso en la protección de las víctimas de las guerras civiles. Esta protección, se manifiesta especialmente, en las garantías fundamentales que establece para todas las personas que no participan en las hostilidades, de los derechos de personas cuya libertad se ha limitado y de las garantías judiciales mínimas que se les deben reconocer.

El III Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra se refiere al trato de los prisioneros de guerra, de 2005, creó un nuevo emblema protector, el cristal rojo, que se

sumó a los emblemas existentes, la cruz roja y la media luna roja y el IV Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra se relaciona con la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

Respecto a su ámbito de aplicación, se reconocen todos los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, cualquiera sea su causa.

### **2. 3. El Estatuto del Combatiente**

Primeramente combatientes son las personas sujeto y objeto de hostilidades, es decir que combaten o pelean, atacan pero a su vez pueden ser atacadas por un adversario. Ejemplo de ello, lo constituyen los miembros de las fuerzas armadas que son parte en el conflicto y los cuerpos de milicias voluntarias, incluso los movimientos de resistencia organizados que actúan dentro o fuera de su propio territorio, aunque éste se encuentre ocupado.

Sin embargo, dichos combatientes para ser considerados como tales, deben responder a las siguientes condiciones:

- Figurar a cargo de un responsable de sus subordinados.
- Portación de un distintivo y fácil reconocimiento a distancia.
- Llevar armas a la vista.
- Ejecutar operaciones con arreglo a las leyes y usos de la guerra.

Tal como se expresara, los combatientes se deben distinguir de la población civil mediante el uso del uniforme, o por su signo distintivo, al menos mientras participen de un ataque o exista un despliegue militar preparatorio a éste. De acuerdo a la índole de las hostilidades, se puede distinguir portando solamente las armas a la vista.

Entre lo destacable a tener en cuenta, son las reglas del combate, el atacar solamente objetivos militares, combatir sólo contra combatientes, respetar las personas y bienes civiles y limitar as destrucciones exclusivamente a lo que requiera la misión.

Ante la rendición de los enemigos, deberá respetarse la vida, desarmarlos, ofrecerles trato humanitario y evacuarlos, si se encontraren heridos debe brindarles primeros auxilios y procurar su inmediata evacuación sanitaria. Respecto a los civiles se les debe respetar, brindarles trato humanitario, proteger de los malos tratos y respetar la propiedad privada como así también se encuentra prohibida la venganza y toma de rehenes.

Por otra parte, los objetivos milites son los establecimientos, construcciones y posiciones donde están localizadas las fueras armadas y sus materiales.

Las reglas del combate permiten atacar únicamente contra los combatientes, comprendiendo estas las fuerzas militares salvo el servicio sanitario y personal religioso militar.

Además en cuanto a objetivos militares, se identifican los establecimientos, construcciones y posiciones donde estén localizadas las fuerzas armadas y sus materiales, como así también otros bienes que contribuyen a la acción militar, y cuya destrucción, captura o neutralización, produzcan una concreta ventaja militar<sup>182</sup>.

#### **2. 4. Los principios vigentes en el Derecho Humanitario**

---

<sup>182</sup> DE MULENEN, Frédéric, “*Manual sobre el derecho de la Guerra para las Fuerzas Armadas*”, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1.991, Pág. XVIII.

Entre los principios rectores del Derecho humanitario, justamente rige el de trato humanitario y no discriminación; el cual importa un trato con humanidad e igualdad sin discriminación fundada en motivos de raza, sexo, nacionalidad, religión o política y principalmente respecto a las personas protegidas como civiles, personal sanitario y religioso.

Luego el principio de necesidad militar, es decir la justificación de la actividad militar, basada en motivos militares necesarios para la evolución de las operaciones que contengan una ventaja militar; pero respetando la proporcionalidad y distribución.

También el principio de limitación de empleo de medios y procedimientos de combate. El derecho de las partes en conflicto respecto a la elección de métodos y medios para hacer la guerra es limitado a las necesidades propias del objetivo militar y por las prohibiciones de usos.

Es así que se han determinado prohibiciones tales como: el uso del veneno o armas empozoñadas, matar a traición, ordenar que no haya supervivientes, matar o herir al enemigo que depuso las armas y se ha rendido a discreción. Emplear armas, proyectiles o materiales que puedan causar daños innecesarios, usar indebidamente y maliciosamente la bandera de parlamento, uniformes del enemigo o signos distintivos de la cruz roja o sus equivalentes. Destruir o apoderarse de la propiedad enemiga, bombardear o atacar ciudades no defendidas, si han sido debidamente señalizadas y declaradas ciudades abiertas o zonas bajo protección. Utilización de munición expansiva, emplear gases tóxicos y armas químicas. El obligar a los prisioneros enemigos a combatir contra su país, saqueos o tomas de rehenes, Rechazar el cuartel o no aceptar la rendición.

Sin perjuicio de ellas, se encuentra permitido, siendo su uso legítimo si no importa traición o perfidia (falta de lealtad), los ardides y estategmas que son las actividades materializadas con operaciones de velo o engaño, contrainteligencia, emboscadas, enmascaramientos y toda acción tendiente a negar información al enemigo u obtenerla para la propia fuerza o para hacer caer el enemigo en errores o imprudencias.

Asimismo, el principio de distinción<sup>183</sup>; tendiente a garantizar el respeto y la protección de la población civil y sus bienes, determinando que los objetivos militares sólo se dirijan a objetivos militares.

---

Respecto al principio de proporcionalidad<sup>184</sup>, en los conflictos armados está relacionado a que los ataques y actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o

---

<sup>183</sup> Artículo 35 del Protocolo I al Convenio de Ginebra: 1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado. 2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. 3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

<sup>184</sup> Artículo 50, 51 y 52 del Protocolo I al Convenio de Ginebra que disponen: 1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. 2. La población civil comprende a todas las personas civiles. 3. La presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil. La protección de población civil: 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, además de las otras normas aplicables de derecho internacional, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes. 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. 3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. 4. Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados: a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil. 5. Se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque: a) los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil; b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. 6. Se prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles. 7. La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares. 8.

defensivos, no pueden ser indiscriminados o excesivos en relación a la ventaja militar concreta y directa que ha sido planificada; es por esto que siempre se encuentra vinculada a la consecución de objetivos militares, a diferencia del principio de proporcionalidad en derechos humanos que se relaciona con la vida y la integridad física de personas individuales.

Como toda interrelación entre Estados, debe regir el principio de buena fe, respecto a las negociaciones de los beligerantes.

El principio de prohibición de represalias<sup>185</sup>, que implica no cometer violaciones al derecho como respuesta a otras violaciones contra heridos, enfermos, náufragos, personal sanitario- de protección civil y cultural- obras e instalaciones con fuerzas peligrosas.

Finalmente, el principio de subsidiariedad<sup>186</sup> es aplicable a los casos no previstos, donde las personas civiles y combatientes quedan bajo la protección del derecho de gentes derivados de los usos, principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública.

---

Ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el artículo 57. La protección general de los bienes de carácter civil: 1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2. 2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. 3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.

<sup>185</sup> Artículo 46 del Convenio I de Ginebra “Están prohibidas las represalias contra los heridos, los enfermos, el personal, los edificios o el material protegidos por el Convenio”, y también vinculados el artículo 47 del Convenio II, artículo 13 del Convenio III, artículo 33 del Convenio IV, artículos 20, 51/56 del Protocolo I.

<sup>186</sup> Artículo 1 del Protocolo 1.

## **2. 5. Los heridos, enfermos y náufragos**

Los heridos, enfermos y náufragos, son todas aquellas personas, militares o civiles, quienes debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos físicos o mentales, necesiten la asistencia médica sanitaria y se abstengan de todo acto de hostilidad<sup>187</sup>; siendo náufragos quienes están en situación de peligro en el mar a consecuencia de infortunio que afectara la nave transportadora y se abstengan de todo acto de hostilidad<sup>188</sup>. Serán respetados por su situación y protegidos en toda circunstancia, siendo recogidos y tratados humanamente, a quienes se les asistirá médicamente, según su estado de salud.

Queda prohibido, cualquier tipo de experiencias biológicas o torturas, registrándose los datos para su posterior identificación, los que se comunican a la oficina de información en el menor tiempo posible.

Por otro lado, ningún cadáver es enterrado, sumergido o incinerado, sin antes haber sido identificado y sin que se haya constatado fehacientemente la muerte, tomándose todas las medidas necesarias para recoger los muertos e impedir que sean despojados.

---

<sup>187</sup> Artículo 12 del Convenio I de Ginebra: “Los heridos o enfermos, habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias. Serán tratados y asistidos con humanidad por la Parte en conflicto que los tenga en su poder, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo. Está estrictamente prohibido todo atentado contra su vida y su persona, en particular matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar en ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad. Sólo razones de urgencia médica autorizarán una prioridad en el orden de la asistencia. Se tratará a las mujeres con todas las consideraciones debidas a su sexo. La Parte en conflicto obligada a abandonar heridos o enfermos a su adversario dejará con ellos, si las exigencias militares lo permiten, a una parte de su personal y de su material sanitarios para contribuir a asistirlo”.

<sup>188</sup> Artículo 8 y 48 del Protocolo I del Convenio de Ginebra.

## **2. 6. Los prisioneros de guerra**

Todo combatiente capturado por la parte adversaria es considerado prisionero de guerra<sup>189</sup>, encontrándose sometidos a la disciplina y legislación vigente de la potencia detentora<sup>190</sup>, y serán prisioneros de la potencia enemiga pero no de los individuos o fracciones de tropa que los haya capturado.

Estos tienen derecho a un trato humano y al respeto de la dignidad de su persona. Si se les solicita deberán dar su identificación pero no mayor información, pudiéndoles retirar el armamento y documentación de carácter militar pero pudiendo conservar sus elementos de protección personal e documento de identificación, insignias de grado y

---

<sup>189</sup> Artículo 4 del Convenio III de Ginebra.

<sup>190</sup> Convenio III de Ginebra Artículo 82 y 83: “Los prisioneros de guerra estarán sometidos a las leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la Potencia detenedora. Ésta estará autorizada a tomar medidas judiciales o disciplinarias con respecto a todo prisionero de guerra que haya cometido una infracción contra tales leyes, reglamentos u órdenes generales. No obstante no se autorizará persecución o sanción alguna contraria a las disposiciones del presente capítulo. Si en las leyes, en los reglamentos o en las órdenes generales de la Potencia detenedora se declara que son punibles actos cometidos por un prisionero de guerra, mientras que esos mismos actos no lo son cuando los comete un miembro de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora, los correspondientes castigos sólo podrán ser de índole disciplinaria. Cuando se trate de determinar si una infracción cometida por un prisionero de guerra debe ser castigada disciplinaria o judicialmente la Potencia detenedora velará por que las autoridades competentes usen de la mayor indulgencia en la apreciación del asunto y recurran, siempre que sea posible, a medidas disciplinarias más bien que a diligencias judiciales”.

condecoraciones. El dinero y objetos de valor se les retiran contra recibo y se les restituye al final del cautiverio.

Con excepción de los oficiales, se les podrá obligar a trabajar a cambio de una indemnización, pero no podrán imponérseles tarea peligrosa o actividad militar.

Valga destacar que, desde el principio del cautiverio, se les permitirá avisar a sus familiares, acerca de su nueva condición y a la Agencia Central de Búsqueda de Prisioneros de Guerra perteneciente a la Cruz Roja.

Además quedan autorizados a expedir y recibir correspondencia y encomiendas.

Los prisioneros de guerra que hayan sido calificados de enfermos gravísimos, serán repatriados. La liberación se produce al finalizar las hostilidades, sin más demora.

Si se capturan combatientes, éstos deben ser desarmados y entregados a superiores quienes disponen de un campamento donde permanecerán en cautiverio.

Anteriormente bajo vigencia del Código de Justicia Militar, según la previsión del artículo 767 al prisionero de guerra argentino, se le prohibía aceptar la libertad bajo palabra de no volver a combatir contra el captor.

## **2. 7. Los excluidos del combate. Las poblaciones y bienes civiles**

La persona civil es la que no pertenece a las fuerzas armadas. Se consideran bienes civiles los que no son objetivos militares, es decir, aquellos cuya destrucción no ofrece ninguna ventaja militar definida. En este caso se deberán tomarse precauciones al atacar objetivos militares o al situar esos objetivos, para evitar o reducir al mínimo las pérdidas y daños civiles.

### **2. 7. 1. Las prohibiciones respecto al personal civil**

Por su parte, se encuentran prohibidas las acciones tendientes a realizar ataques indiscriminados a las poblaciones civiles, hacerlas padecer de hambre, destruir bienes indispensables para su supervivencia, causarles daños graves en el medio ambiente, atacar instalaciones que contengan fuerzas peligrosas y bienes culturales, las deportaciones o los traslados en masa de carácter forzoso, la toma de rehenes, los saqueos y las destrucciones inútiles a propiedades.

Ejercer coacción de orden físico o moral para obtener informaciones Efectuar castigos corporales, torturas o matanzas, cualquiera sea la finalidad o propósito.

La población civil respetará a los heridos, enfermos y náufragos aunque pertenezcan a la parte adversaria y no cometerá acto alguno de violencia contra ellos. Estarán autorizados a recoger y asistir a heridos y no serán castigados o molestados por ello. Los civiles nacionales del país adversario, en propio territorio, continuarán en principio su vida normal. La propiedad privada no puede ser confiscada. Los bienes culturales y religiosos deben ser respetados. El ocupante deberá mantener los servicios médicos y de higiene, como así también el aprovisionamiento de la población.

### **2. 7. 2. El personal sanitario y religioso militar**

El personal sanitario afectado a la búsqueda, transporte y cuidado de heridos, el personal de los establecimientos sanitarios, como también los capellanes agregados a las

fuerzas armadas, habrán de ser respetados y protegidos en toda circunstancia<sup>191</sup>. Podrán llevar armas para defensa propia o de los heridos y enfermos. Si caen en poder del enemigo, deben poder continuar ejerciendo su ministerio y o serán considerados prisioneros de guerra, sino personal retenido.

A los mismos se les han determinado facilidades como: -Podrán visitar a prisioneros de guerra que se encuentren en destacamentos de trabajo o en hospitales fuera del campo de detención.

En cada campo, el jefe médico militar de mayor jerarquía será el responsable ante las autoridades militares enemigas en lo concerniente a actividades de personal médico retenido. Además no se los obligará a trabajos ajenos a su misión médica.

Todo aquel personal cuya retención no sea indispensable para atender a prisioneros de guerra, serán repatriados, encontrándose en territorios ocupados, el personal sanitario civil no podrá ser requisado, salvo si están cubiertas las necesidades médicas de la población y se garantizará la asistencia a los heridos y enfermos que siguen un tratamiento<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> Convenio I de Ginebra Artículo 19: “Los establecimientos fijos y las unidades sanitarias móviles del Servicio de Sanidad no podrán, en ningún caso, ser objeto de ataques, sino que serán en todo tiempo respetados y protegidos por las Partes en conflicto. Si caen en poder de la Parte adversaria, podrán continuar funcionando mientras la Potencia captora no haya garantizado por sí misma la asistencia necesaria para los heridos y los enfermos alojados en esos establecimientos y unidades. Las autoridades competentes velarán por que los establecimientos y las unidades sanitarias aquí mencionados estén situados, en la medida de lo posible, de modo que los eventuales ataques contra objetivos militares no puedan ponerlos en peligro”.

<sup>192</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Resumen de los Convenios de GINEBRA del 12 de agosto de 1.949 y de sus protocolos adicionales”, Editorial CICR, 2005, Págs. 1/22.

## **2. 8. Los conflictos armados sin carácter internacional**

Al analizar las conflagraciones suscitadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se advierte la gran mayoría de éstas han sido de carácter no internacional, tales como las producidas en Asia (Sri Lanka, Myanmar, Afganistán), América (Colombia), África (Ruanda, Congo, Somalia), en donde la Cruz Roja Internacional realizó y realiza misiones de ayuda y asistencia a los desplazados y civiles que sufren las consecuencias de los conflictos.

De acuerdo a los convenios de Ginebra, el único artículo aplicable a este tipo de conflictos es el artículo 3 común a los cuatro convenios (conocido como mini convenio). Este esboza una sencilla noción respecto de lo que se considera por conflicto armado interno sin carácter internacional; fue complementado por los postulados del Protocolo Adicional II, en el año 1977.

El artículo 3 establece: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;

- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
  - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

A pesar de ello, esta disposición -en la que se enumeran preceptos insoslayables que hacen a la protección de la población civil en tiempos de guerra- resultó incapaz, por sí sola, de zanjar los serios problemas que surgen como consecuencia de los conflictos internos en el ámbito humanitario.

## **2.9. El principio de igualdad en los conflictos armados**

Este ha sido receptado en el Convenio de Ginebra III, artículo 16 que dispone expresamente ante las disposiciones del Convenio relativas a la graduación, así como al sexo y sin perjuicio del trato privilegiado que puedan recibir los prisioneros de guerra a

causa de su estado de salud, de su edad o de sus aptitudes profesionales, todos los prisioneros deben ser tratados de la misma manera por la potencia detenedora, sin distinción de ninguna índole desfavorable de raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas u otras fundadas en criterios análogos.

## **2. 10. La Cruz Roja Internacional (CICR)**

El Comité Internacional de la Cruz Roja, la Federación Internacional e Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; forman, junto con las sociedades nacionales, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Este es un organismo humanitario, independiente e imparcial, siendo el fundador del Movimiento Internacional, que en caso de conflictos armados tiene derecho al libre acceso a las víctimas para conocer sus necesidades e intervenir en su favor. También tiene derecho a visitar prisioneros de guerra, internados civiles, heridos y en general a la población civil afectada por el conflicto.

Es de destacar que, en los conflictos armados y situaciones de violencia interna, este organismo suele desempeñar un papel de intermediario neutro, con miras a resolver problemas de índole humanitaria. La protección y asistencia que brinda a las personas afectadas tiene por objeto preservar su integridad y dignidad a fin de que puedan recuperar su autonomía rápidamente., llevando a cabo actividades médicas y de socorro a través de la Agencia de Búsqueda para establecer comunicación entre familias separadas a causa de un conflicto bélico.

Sus signos distintivos, bajo control de la autoridad militar competente, emplean la cruz roja en fondo blanco en banderas, brazaletes y en todo el material relacionado al

servicio sanitario, también suele usar la media luna roja o el diamante rojo, llevándolo todo el personal de la sanidad y religioso fijo el símbolo en el brazo izquierdo, además de la placa de identidad y una tarjeta especial. En las formaciones móviles o fijas, podrán ser acompañados por la bandera nacional, pero si se cayere en poder del enemigo las unidades sanitarias no izarán las que la bandera de la Cruz Roja, la media luna roja o el diamante roja.

Por otro lado, los buques y embarcaciones llevarán sus superficies exteriores blancas, y uno o varios signos pintados de cada lado del casco y en superficies horizontales.

Ante todo, se debe respetar a las personas y bienes marcados con los símbolos, permite a las personas que los porten desempeñar sus actividades sin restricciones y no se dañan monumentos, edificios o establecimientos identificados con estos, respetándoles el libre tránsito y el transporte sanitario.

### **3. La Jurisdicción Penal Internacional- La Corte Penal Internacional en los casos de delitos por crímenes de guerra**

Como punto histórico, hemos señalado la Segunda Guerra Mundial, momento en el que la comunidad internacional ha promovido el desarrollo de un sistema de jurisdicciones internacionales, complementarias de los tribunales nacionales, a fin de encausar a los acusados de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Ese sistema tiene dos vertientes: por un lado, se basa en el establecimiento de tribunales ad hoc y otros tribunales internacionalizados que se establecen después de un conflicto; por otro lado, se basa en la recientemente creada Corte Penal Internacional.

Así es que, luego de la Segunda Guerra Mundial, las potencias victoriosas establecieron tribunales penales en Alemania y Japón para juzgar los crímenes de guerra cometidos durante las hostilidades contra civiles y combatientes de los aliados. Pese a las reservas sobre el hecho de que fueran las potencias ganadoras las que tomaran esa iniciativa, dado el horror de los crímenes cometidos, en particular el homicidio masivo de judíos y otras minorías, la opinión pública dio amplio apoyo a la realización de los juicios.

A diferencia de las guerras anteriores, casi la mitad de las víctimas de la Segunda Guerra Mundial fueron civiles. Por ello, como ya anticipáramos en la presentación de la normativa vigente en materia de derecho internacional humanitario, en agosto de 1949 la comunidad internacional apoyó activamente la ampliación de convenios para abarcar la situación de los civiles de forma más eficaz.

Pero, casi cinco décadas después, el término de la Guerra Fría y los nuevos conflictos en Europa y en África, que causaron cientos de miles de víctimas civiles, convencieron al Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU), respecto a la necesidad de considerar una vez más el establecimiento de tribunales penales internacionales ad hoc.

El conflicto armado en los Balcanes condujo a la ONU a establecer un tribunal penal internacional en La Haya, Holanda, a fin de juzgar a los acusados de crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad. El acusado más famoso fue el ex presidente de Yugoslavia, Slobodan Milosevic.

Poco después, la ONU estableció un tribunal en Arusha, Tanzania, para castigar las violaciones del DIH y otros crímenes internacionales cometidos en Ruanda a comienzos de los años noventa.

Desde entonces, también se han establecido tribunales especiales para enjuiciar crímenes nacionales e internacionales. Algunos ejemplos de esos tribunales mixtos son los de Kosovo, Bosnia Herzegovina, Timor Leste, Sierra Leona, Camboya y, más recientemente, Líbano.

Esos tribunales penales internacionales (y mixtos) pueden contribuir al desarrollo y el esclarecimiento del derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. Pueden fortalecer el respeto del DIH al hacer justicia para las víctimas; también pueden tener un efecto disuasivo en los conflictos armados futuros y, al determinar la verdad de lo sucedido durante un conflicto, contribuyen a la reconciliación y la reconstrucción.

La decisión de la comunidad internacional de establecer, en 1.998, la Corte Penal Internacional también intentó abordar esas preocupaciones procurando los medios para asumir los casos que los Estados no puedan o no deseen procesar.

Además, la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) en Roma, en julio de 1.998, fue un acontecimiento celebrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), pues constituyó un importante avance en el fortalecimiento del derecho internacional humanitario (DIH): los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio ya no quedarían impunes.

Hace 140 años, Gustave MOYNIER, uno de los fundadores del CICR, propuso por primera vez crear una corte penal internacional. Sin embargo, no fue sino hasta el nacimiento de la ONU que la comunidad internacional comenzó a pensar seriamente en la propuesta, y sólo en 1.998 se decidió a actuar.

Para el CICR, la CPI constituye un instrumento fundamental para fortalecer la lucha contra la impunidad y, concretamente, para sancionar las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Tal como establece el Estatuto de la CPI, los Estados son los primeros responsables del procesamiento de quienes cometen delitos internacionales. En virtud de los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I de 1.977, los Estados tienen la obligación de procesar a las personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra en los tribunales nacionales, o de extraditarlas a fin de que se las enjuicie fuera del país.

En ese sentido, la CPI ejerce una jurisdicción complementaria respecto de los crímenes internacionales; por lo tanto, sólo puede intervenir cuando un Estado carece de capacidad o de voluntad para procesar a los sospechosos. Asimismo, la CPI puede iniciar

procedimientos cuando el Consejo de Seguridad de la ONU así lo solicita en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

La CPI tiene jurisdicción sobre los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. La jurisdicción de la Corte abarca, pues, la mayoría de las violaciones graves del derecho internacional humanitario enumeradas en los Convenios de Ginebra de 1.949 y los Protocolos adicionales de 1.977 que se cometan durante el desarrollo de un conflicto armado, tenga éste carácter internacional o no.

El Estatuto contempla crímenes de guerra específicos, tales como todas las formas de violencia sexual perpetrados durante el desarrollo de un conflicto armado, y el uso de niños menores de 15 años en las hostilidades.

En cuanto al genocidio, la CPI reitera la definición contenida en el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1.948. Se entiende por genocidio cualquier acto (por ejemplo, el asesinato) perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

La Corte Penal Internacional (CPI), también tiene jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad, que comprenden diversos actos cometidos como parte de un ataque general o sistemático contra la población civil.

El delito de agresión, mencionado en el Estatuto, no fue definido durante el establecimiento de la Corte pero, cuando lo sea, también corresponderá a la jurisdicción de la precitada Corte.

A diferencia de otros tribunales internacionales, la CPI tiene competencia para juzgar a individuos, pero no a Estados. Sin embargo, el Estatuto de la CPI no exime a los Estados de las obligaciones dimanadas del DIH y del derecho internacional consuetudinario.

El CICR alienta a los Estados a ratificar cuanto antes el Estatuto de la CPI y colabora activamente con ellos en la revisión de las leyes nacionales, a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del DIH y del derecho penal internacional, todo ello con miras a terminar con la impunidad.

Asimismo, el CICR celebra que su personal goce de inmunidad testimonial ante la Corte, privilegio dispuesto en el Artículo 73 del Estatuto.

En el artículo mencionado, se reconoce la importancia de la confidencialidad en todas las operaciones en las que participa el CICR. La Institución tiene absoluto control sobre la información que adquiere al trabajar en estrecho contacto con todas las partes en un conflicto. Esta modalidad le permite mantener estrictamente confidenciales todas las comunicaciones o informes relativos a los combatientes y otros portadores de armas y cumplir con su cometido humanitario, que consiste en limitar el sufrimiento causado por los conflictos armados<sup>193</sup>.

Respecto al derecho argentino, destacamos que mediante Ley Nro 26.200 promulgada el 05 de enero de 2.007, se ha implementado el Estatuto de Roma- aprobado por Ley Nro 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2.001-, de la Corte Penal Internacional; regulando las relaciones de cooperación y competencia – por inhibición al requerimiento del Fiscal de la CSJN y por impugnación de la Corte Penal Internacional ó inhibición a favor de esta- , como así también reglas, principios procedimentales para los casos en que se avoque ante delitos de genocidio, lesa humanidad y de guerra; incorporándose delitos de falso testimonio, falsificación de pruebas, corrupción de testigos, represalias contra testigos, alteración de pruebas, intimidación o corrupción- atentados y soborno de funcionarios; cuyos tipos son especiales y exceden al objeto de la presente tesis pero que hemos querido enunciar.

Sin perjuicio de observar que la precitada normativa, importa una reducción de las penas para los delitos allí contenidos, cuyo sostenimiento resulta concordante con la finalidad de la pena.

---

<sup>193</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, GÉNEVE, Año 2.005.

#### **4. Conclusiones preliminares**

En el presente capítulo, hemos dejado claramente determinado que regirá un procedimiento penal de excepción para el caso de guerra y otros conflictos armados.

Asimismo, se han incorporado nuevos órganos de juzgamiento para tales situaciones, cuales son los Jueces de Instrucción Militar y los consejos de guerra especiales con carácter letrados, en los que señalamos la necesaria capacitación y designación previa a un conflicto.

Posteriormente resaltamos la previsión legal de instrucciones a civiles equiparables a los bandos, que poseen carácter de leyes para las personas que se encuentran en las zonas de operaciones o combate con su correspondiente tipo penal para el caso de incumplimiento.

Además, hemos presentado las normas de derecho Internacional Humanitario, que regirán en caso de guerra y otros conflictos armados, las que abarcan dos ámbitos principales: la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y las restricciones a los medios y métodos de guerra, como las armas y las tácticas.

Entre la normativa convencional señalamos los cuatro convenios de Ginebra de 1.949, referidos a la protección, cuidado de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, el que se relaciona con la protección y cuidado de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, el vinculado al trato de los prisioneros de guerra y el relacionado a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

Luego se adicionaron los Protocolos tendientes a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, el nuevo emblema protector del cristal rojo.

Aparte de ellos, se encuentran los convenios específicos de protección relacionados con armas específicas, tácticas o personas y bienes protegidos, como la Convención de La Haya sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto

armado, de 1.954, la Convención de 1.972 sobre armas biológicas, la Convención de 1980 sobre armas convencionales, la Convención de 1.993 sobre armas químicas y el Convenio de Ottawa sobre la prohibición de minas antipersonal, de 1.997.

Como expusimos, el derecho consuetudinario cobra importancia en la complementariedad de los convenios, basadas en la práctica de los Estados.

Ahora bien, el derecho internacional humanitario es un derecho que difiere sustancialmente de los derechos humanos, cuyo responsable no es el personal militar de manera individualizado, sino un derecho cuya responsabilidad concierne a los Estados, en donde avizoro se encuentra navegando como barco sin timón, en el que nadie se hace cargo de la aplicación ni ensamblan debidamente el derecho de la paz que simultáneamente debe tenerse debido conocimiento para el caso de producirse un conflicto armado.

Ello, con la debida conciencia y el debido análisis tanto por abogados civiles, principalmente el conocimiento de la casuística de la preparación y ejecución de los conflictos armados.

En tiempo de guerra, se deben observar las normas de humanidad, incluso para con el enemigo, cuyas bases son el respeto y la dignidad humana; sin perjuicio de haber destacado la factibilidad de la suspensión de derechos humanos en estados de excepción.

Cabe señalar que, las infracciones graves en las que puede ser tipificado su accionar por el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, son el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos, experiencias biológicas, destrucción y apropiación de bienes, toma de rehenes, empleo de medios o procedimientos de combate prohibidos.

Resaltamos también la prohibición de someter a civiles a ser juzgados por tribunales militares que ha sido expresamente ratificada en los últimos atentados terroristas del 21 de septiembre de 2.001, en resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 12 de diciembre de 2.001<sup>194</sup>.

---

Finalmente hemos presentado la interacción de la Cruz Roja Internacional, organismo humanitario que brega por la protección de las víctimas de los conflictos armados y su importante rol desde la neutralidad por el respeto del derecho internacional de los conflictos armados, para luego referirnos a la Jurisdicción penal internacional y la competencia de la Corte Penal Internacional para los casos de crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra; fundamentalmente a cerca de estos últimos por poseer una íntima vinculación con la función del personal militar en caso de guerra y otros conflictos armados.

---

<sup>194</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución Terrorismo y derechos humanos, 12 de diciembre de 2.001, “La doctrina de la CIDH ha sido que tribunales militares no puedan juzgar civiles, salvo ante la inexistencia material de cortes civiles, cuando tal juzgamiento es de hecho imposible. Incluso y en tal caso, la CIDH ha señalado que el juzgamiento debe reconocer las garantías mínimas establecidas en el derecho internacional, que incluyen la no discriminación entre ciudadanos y quienes se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, juez independiente, derecho de defensa, libre elección y acceso a pruebas y posibilidad de contradecirlas.

## CAPITULO V

### El Código de disciplina de las Fuerzas Armadas Argentinas y el Servicio Conjunto de las Fuerzas Armadas

*“Mi secreto: un ejército muy disciplinado en Mendoza para pasar a Chile y acabar allí con los godos; aliando las fuerzas pasaremos por mar a tomar Lima”.*

*General José de San Martín*

#### 1. El Anexo IV de la Ley Nro 26.394- Código de disciplina de las Fuerzas Armadas

El Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, pretendió distinguir los diversos ámbitos de responsabilidad del funcionario público militar, fundamentalmente estableciéndose la autonomía de responsabilidad disciplinaria respecto a la penal.

Por otro lado, el cumplimiento de compromisos internacionales, hacían necesario garantizar procedimientos céleres, así como el ejercicio del derecho de defensa y el control judicial suficiente.

Además, se establecieron principios y prohibiciones como pautas para quien emitirá el acto administrativo disciplinario militar, incluyendo entre tales criterios el relacionado a la igualdad y no discriminación.

A continuación expondremos sucintamente el nuevo sistema de disciplina militar y su vinculación con los delitos penales previsto en el mismo Código precitado.

## **1. 1. Exposición y análisis del sistema disciplinario militar – generalidades**

Primeramente, el Anexo IV de la ley Nro 26.394, enuncia disposiciones generales, entre las que define la disciplina militar como: “el instrumento para el cumplimiento de las funciones, tareas y objetivos que la legislación encomienda a las Fuerzas Armadas, determinando el deber del personal militar de ajustar su conducta a la mencionada normativa, respetar las órdenes del mando, la subordinación al orden jerárquico y el cumplimiento de las obligaciones de su estado militar”.

Vinculado a la relación al orden jerárquico y al estado militar, ya hemos hecho expresa mención de su importancia cuando nos referimos a los mismos en el capítulo I de la presente.

Además, la finalidad de la acción disciplinaria es “lograr el reestablecimiento inmediato de la eficiencia del servicio, sin perjuicio de sus efectos sobre el estado general y permanente de subordinación y obediencia”, determinando el valor jurídico protegido por la responsabilidad disciplinaria militar.

Es entonces como la norma ha establecido que la responsabilidad disciplinaria militar- valga nuevamente resaltar-, tutela el mantenimiento de la eficiencia del servicio, la subordinación al orden jerárquico y la obediencia<sup>195</sup>.

---

Por otra parte, ha fijado principios y prohibiciones, estableciendo un ámbito de aplicación, los modos de extinción de la acción disciplinaria y la autonomía disciplinaria- esta última la instituye como principio y como artículo 8 del Código de Disciplina-, junto a resaltar quien detenta la potestad disciplinaria respecto a los subordinados y el control de los actos administrativos sancionatorios.

En cuanto a ellos, podemos destacar que, en el articulado de las mencionadas disposiciones, resulta opinable la técnica legislativa usada al tratar sucesivamente el ámbito de aplicación y los modos de extinción de la acción disciplinaria, sin considerar un criterio o vinculación en la exposición de los artículos en cuestión.

Respecto al ámbito de aplicación<sup>196</sup> se fijó bajo un criterio personal, disponiendo la sujeción del personal militar a la disciplina militar, comprendiendo al que se encuentra en actividad, bajo el servicio militar voluntario temporal y obligatorio en caso de convocatoria<sup>197</sup>, alumnos de institutos de formación militar<sup>198</sup> -salvo por infracciones académicas-, personal militar retirado cuando sus acciones afectan el estado general de disciplina o constituyen incumplimientos de obligaciones propias del estado militar.

Por nuestra parte, consideramos implícitamente debió hacer una remisión a los derechos y deberes determinados en la ley del personal militar<sup>199</sup>, y nos resulta reprochable la inclusión del personal militar retirado, debido a que en cumplimiento de parámetros delineados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta

---

195 A lo cual, agregamos siempre sujetas al ordenamiento legal, el régimen legal vigente Ley Nro 24.952 derogó la obediencia debida pero se respeta la obediencia respecto al cargo y al cumplimiento de las órdenes en el marco de la legalidad.

196 Artículo 3 del Anexo IV- Ley Nro 26.394.

197 Decreto Nro 1537/94 suspendió el servicio militar obligatorio. La ley Nro 24.423 estableció el Servicio Militar voluntario.

198 Institutos de Formación Militar son la Escuela de Suboficiales Sargento Cabral y el Colegio Militar de la Nación.

199 La Ley 19.101 establece los derechos y deberes del personal militar.

instituye que, los delitos y faltas militares sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses, en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado y la aplicación de la Justicia militar debe estar estrictamente reservada a “militares en servicio activo”<sup>200</sup>, por lo que debió ajustarse a la integridad de las pautas internacionales y no sólo a las fijadas en el caso CORREA BELISLE para evitar futuras demandas contra el Estado.

Así también nos resulta opinable el modo de disponer en el apartado 3. “cualquier otro personal que cumpla funciones equivalentes”, el que deja un vacío en la determinación que podría ser completado por figuras tales como: servicio cívico voluntario o civiles con funciones en la defensa, etc.

En cuanto a los principios y prohibiciones dispuestos por el Código de disciplina, los primeros evitan arbitrariedades y son guías de la actividad disciplinaria e interpretaciones en caso de duda para el ejercicio de la potestad disciplinaria, reconociendo entre tales: la sanción es la última razón, proporcionalidad de la falta con la sanción, deber de fundamentación, límite a la doble persecución de un hecho; que no son más que los principios aplicables al derecho administrativo sancionador o lo que para algún sector doctrinario como IVANEGA y SESÍN denominan la atenuación en la aplicación de los principios de la persecución penal<sup>201</sup>.

Además precisa una clara distinción al aplicar la “Teoría de las Reglas y Principios,”<sup>202</sup> donde, si bien determina las reglas o conductas que merecerán el reproche disciplinario, fija principios y prohibiciones como máximas interpretativas, enunciadas de manera general y abstracta.

---

200 FILIPPI Leonardo y TCHRIAN Karina, “*El nuevo sistema de Justicia Militar argentino – Comentario a la Ley 26.394*”, Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen XXXI, Nro 91, Jul/ Dic 2010, Pág. 103/134.

<sup>201</sup> SESÍN, Domingo e IVANEGA, Segundo Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México 7 al 9 de Septiembre de 2010.

<sup>202</sup> RUIZ RUIZ Ramón, “*La distinción entre reglas y principios y sus implicancias en la aplicación del derecho*”, www. Urbeetius.org; Nro 20, Pág. 01/08.

Luego, la norma ha establecido la competencia del ejercicio de la potestad disciplinaria militar<sup>203</sup>, corresponde a quien tiene el mando directo respecto a los subordinados y destaca que, quien ejerza el comando es responsable del cumplimiento de las tareas y objetivos encomendados, sin perjuicio de las acciones disciplinarias que deba ejercer para asegurar el logro de los objetivos encomendados; consecuentemente la aplicación de las sanciones no lo eximen de procurar el éxito de sus tareas.

Seguidamente, como excepciones al principio, estableció la competencia de imponer sanciones de los Consejos de Disciplina, del superior cuando tenga razones fundadas para mantener el estado general de disciplina y para el caso que este omita sancionar, cuyo fundamento es ejemplificar y brindar docencia respecto a quien obligado no ha sancionado y la irrestricta competencia de ejercer la facultad disciplinaria a los Jefes de Estado Mayor General de las Fuerzas, Jefe del Estado Mayor Conjunto, Ministro de Defensa y el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

En otro orden, se han previsto prohibiciones dirigidas a la autoridad que impone la sanción disciplinaria, tendientes a preservar la igualdad, no discriminación y a evitar el excesivo formalismo, persecuciones ideológicas, afectación de la dignidad, campañas de hostigamiento, promoción de odio o resentimiento grupal, descrédito de subalternos o el debilitamiento del orden jerárquico y la eximición de sanciones.

Nuestro análisis, adoptado sobre la base de la experiencia práctica en el control y determinación de sanciones disciplinarias, permite agregar ciertas consideraciones respecto a los principios y prohibiciones que admiten un mejoramiento del sistema disciplinario, tales como: los principios y prohibiciones expresos no obstan a considerar implícitos otros principios generales del derecho especial o general, considerar simples pautas interpretativas permitiéndonos determinar responsables primarios, secundarios, directos e indirectos respecto a un mismo hecho.

En lo procedimental si bien la reglamentación ha puntualizado el ejercicio del derecho de defensa mediante los recursos correspondientes, no se recepcionó el descargo como método previo que posibilitaría disminuir la litigiosidad y muchas veces enmendar errores.

---

203 Artículo 6 del Código de Disciplina.

Asimismo, en cuanto a la facultad de imponer sanciones asignada a los Jefes de las Fuerzas Armadas, del Estado Mayor Conjunto, al Ministro de Defensa y Presidente de la República; no resulta ser irrestricta, sino que debe adecuarse a los parámetros de legalidad, no debiendo resultar abusiva ni arbitraria.

Finalmente, respecto a los modos de extinción de la acción disciplinaria, expresados por el Código son la muerte del infractor y la prescripción. En cuanto a ésta última, se establecen plazos dependiendo de la gravedad de la falta, por el transcurso de tres meses las faltas leves, un año las graves y tres años las gravísimas.

Además, el comienzo del plazo de prescripción, corre a partir de la comisión de la falta o desde que se tenga noticia de ella, agregando se suspende durante el procedimiento disciplinario e interrumpe ante fuga u ocultamiento de falta.

Si bien, ha previsto la prescripción como modo extintivo de la acción disciplinaria, la norma no ha advertido un plazo de caducidad del procedimiento<sup>204</sup>, ante la incomparecencia del infractor o su rebeldía, cuestión práctica para las partes intervinientes en el mismo, a fin de no mantener abiertas actuaciones sin necesidad o justificación.

La experiencia demuestra que, al infractor no le interesa concluir la actuación, presentándose, por ejemplo, la causal de interrupción de la prescripción por fuga del infractor, en el caso de la deserción, esta se caracteriza por tal circunstancia “encontrarse prófugo”, por lo cual resulta incoherente. Sin perjuicio que la reglamentación por Dto. Nro 2666/12 en su artículo 10, ha establecido que cuando se presente simultáneamente la suspensión e interrupción de la acción disciplinaria y por reserva de las actuaciones atendiendo al carácter de prófugo del causante, continúe el plazo de prescripción, resolviéndose fenecido tal, la extinción de la acción.

Desde nuestro criterio, en el hecho precitado, hubiere sido propio que el texto legal prevea la declaración de rebeldía del presunto infractor, tras la notificación fehaciente al último domicilio denunciado en el legajo personal o conocido; pudiendo disponer la

---

204 Procuración de Tesoro de la Nación, Dictámenes 241:626, artículo 38 de la Ley Nro 25.164 por inconstitucionalidad, sino en concordancia con sus criterios que fundamentan la posición de no perjudicar al administrado por la propia inacción de la Administración; pero tampoco es lógico que su incomparecencia deje abierto sin día el procedimiento disciplinario.

posibilidad de proceder al archivo de las actuaciones por su culpa e inmediata resolución por Consejo de Disciplina.

Tampoco existe previsión, para los casos en que el presunto infractor se encuentre detenido o cumpliendo prisión preventiva, por cuanto sólo refiere citar para que comparezca en su caso, la comparecencia se torna imposible.

## **1. 2. La Autonomía del Régimen disciplinario- Vinculación a la causa penal**

La norma bajo análisis, establece la diferenciación de responsabilidades disciplinaria y penal, determinando la autonomía de la sanción respecto a la pena.

Esta prescripción es sostenida por un sector de la doctrina -entre los que se encuentra GARCÍA PULLES-, expresando que, en el ejercicio del ius punendi del Estado, existe una despenalización de tipos delictuales que pasan a formar parte del derecho sancionatorio administrativo, según el valor brindado por el legislador al bien jurídico protegido ante su vulneración.

El mencionado autor, diferencia los delitos de las faltas citando a BIELSA, e indica que el delito es un ataque al orden jurídico que la ley quiere restablecer y la falta supone no cumplir un deber impuesto por la ley a todo administrado que debe colaborar con el interés colectivo<sup>205</sup>.

Otros sectores doctrinarios fundamentan la diferencia entre falta y delito, en otros criterios tales como: ontológicos, naturales, antijuridicidad, diversidad de riesgo, elemento

---

205 GARCIA PULLES, Fernando, “*La distinción entre delitos y faltas*”- Doctrina del Suplemento Derecho Administrativo, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, Argentina, 06 de septiembre de 2.006, Pág. 02/07.

subjetivo y gravedad de pena. En este último criterio, VILLEGAS BASABILBASO establece la diferencia, en la gravedad de la infracción y la consiguiente reacción del orden jurídico.

En este sentido recordaremos que el Dr. Eugenio ZAFFARONI es un integrante de la comisión redactora de la norma en análisis y en su doctrina penal afirma que entre delitos y faltas, hay una diferencia cuantitativa, resultado de la facultad de legislar en contravenciones de policía una facultad del Congreso por estar contenida en la delegación del Art. 75 Inc. 12 CN- y ante la falta de utilización de esa facultad las legislaturas provinciales pueden reglar la materia, sin desconocer los Códigos de Faltas provinciales el principio de legalidad, culpabilidad, y la garantía del debido proceso legal, etc.; rigiendo la limitación de la autonomía ética del hombre de raigambre constitucional<sup>206</sup>.

Entre otros penalistas RODRÍGUEZ, hace expresa diferenciación de las esferas de responsabilidad solo por los diversos bienes jurídicos protegidos<sup>207</sup>.

Sin perjuicio que, el artículo 8 del Código de disciplina, haya determinado tal autonomía de responsabilidades disciplinaria y penal, en su última parte, agrega causales de anulación de sanciones disciplinarias impuestas por hechos delictuales, ante la absolución en sede penal fundada en la inexistencia del hecho o la falta de participación del imputado en él<sup>208</sup>.

Por nuestra parte, citamos jurisprudencia<sup>209</sup> y sin entrar en discusiones filosóficas, consideramos que a un delito corresponde una pena según el orden jurídico penal, cuyo bien jurídico protegido lo determina el Código Penal, cuya competencia corresponde establecer al Congreso de la Nación y aplicar al Poder Judicial; a diferencia de la falta

206 Artículo 19 de la Constitución Nacional.

<sup>207</sup> RODRIGUEZ, Agustín y Beatriz de, o.p. cit, Pág. 01.

208 Artículo 8 del Código de disciplina.

209 Sumario Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, 29 de Marzo de 1.974, LL, 155-731; “Entre delitos criminales e infracciones administrativas existen diferencias no sólo cuantitativas, sino cualitativas; el delito está referido al valor justicia, mientras que la infracción hace al bienestar público. El delito ataca derechos subjetivos, la infracción se refiere a la inobservancia del deber de obediencia”.

disciplinaria que importa una sanción administrativa, que incumbe aplicar a la administración Pública en ejercicio de función administrativa y su bien jurídico tutelado es la eficiencia en el funcionamiento de la administración del servicio público.

Además, estimamos, la norma debió expresar la independencia de la responsabilidad disciplinaria de todo otro tipo de responsabilidad que conlleve el mismo hecho ocasionado por el agente público, sea civil, patrimonial, ética, etc. y resulta criticable, contemplada la autonomía disciplinaria de la penal, a su vez haya contemplado entre las faltas gravísimas el hecho de cometer delito<sup>210</sup>.

Razón por lo cual, primeramente sólo el juez es competente para determinar la existencia o no de delito y la participación del imputado o condenado en su sede; a diferencia de la actuación administrativa que tiene a preservar la probidad, la ejemplaridad del funcionario en el que dispone el artículo 13 inciso 23 “pudiere constituir delito”, no exige la certeza de la condena penal sino que las pruebas administrativas denoten un actuar impropio del funcionario público en cumplimiento de sus funciones o en establecimiento militar, cuya conducta pudiere tipificar un delito.

Al respecto, sería deseable como en otros regímenes de derecho comparado existe la Ley de Probidad respecto a los funcionarios o servidores públicos del Estado<sup>211</sup>, cuyas pautas determinarán que la afectación de la investidura del mismo importe la exclusión de la Institución que se trate, valor que se encuentra protegida en nuestra legislación por el Código de Ética<sup>212</sup> (artículo 4to), encontrándose el militar comprendido según lo expresado en el Art. 2do.

---

210 En algunos Códigos de Procedimientos penales el sobreseimiento deviene de no sostener el fiscal la acusación, por ejemplo Ley Provincial de Mendoza Nro 1.908 artículo 350.

211 Ley Nro 19.653 de la República de CHILE, Ley Nro 438 de la República de NICARAGUA, Dto Nro 89/2.002 de la República de GUATEMALA.

212 Decreto Nro 41 de 1.999 “Código de ética de la función pública”.

### **1. 3. Particularidades del Sistema disciplinario militar- Faltas, sanciones y procedimientos sancionatorios**

El Código de disciplina, ha dispuesto tres tipos de faltas disciplinarias leves, graves y gravísimas, según la amenaza de la conducta que afecta a la disciplina militar. La graduación dependerá de las circunstancias atenuantes, agravantes y eximentes.

En primer lugar establece las faltas leves<sup>213</sup>, las que son conductas que vulneran los deberes militares, menoscabando la disciplina militar que pone en riesgo el cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos de las Fuerzas Armadas. Las mismas se encuentran contenidas en veinticuatro causales enunciativas, bajo un sistema de tipos abiertos -pudiendo configurar otros que vulneren obligaciones militares.

Entre las causales, son mayormente cometidas: no cumplir una orden general o consigna, incumplir una orden directa, concurrir tarde al servicio, faltar a la verdad en el cumplimiento de las tareas, quejarse del servicio, falta de respeto hacia otro militar o civiles, no informar un hecho cuando se encuentra obligado a hacerlo, realizar actividades privadas sin la debida autorización, efectuare publicaciones o declaraciones por cualquier medio relacionadas con el servicio, sin estar autorizado, no informar o informar datos falsos respecto al estado civil o integración del grupo familiar.

En segundo lugar, el Código establece las faltas graves<sup>214</sup>, mediante veintidós causales enunciativas, entre las que se encuentran: conductas impropias realizadas en público, discriminatorias, injuriantes a otro militar, preservación y buena administración de bienes del Estado, dilaciones en manejo de documentación o pagos, acoso sexual, quebrantamiento de sanción, efectuar manifestaciones públicas que impliquen cuestionar

---

213 Artículo 9 del Código de Disciplina.

214 Artículo 10 del Código de disciplina.

planes, directivas u ordenes impartidas por las Fuerzas Armadas, respecto a actividades propias del servicio o desempeño de funcionarios de gobierno.

A las antes mencionadas, se suman cuatro faltas<sup>215</sup>, vinculadas al personal asignado a Operaciones Militares de Paz, por ejemplo: no guardar la actitud y el respeto del militar en el exterior, no participar en reuniones políticas en el lugar de la misión, incumplimiento de acuerdos internacionales, no guardar respeto a las autoridades, símbolos y costumbres del país receptor.

En tercer lugar, las faltas gravísimas se diferencian de las anteriores por su sistema de tipos cerrados, que se rigen por el principio de legalidad e interpretación restrictiva<sup>216</sup>. Las causales son veintiséis<sup>217</sup>, entre las que se encuentran: agresión, coacción al superior, agravio al superior, insubordinación, desobediencia, abuso de autoridad, ordenes ilegales, abandono de servicio, abandono de destino, desertión, autolesión, actos de cobardía, rendición indecorosa, infidelidad en el servicio, comisión de un delito (con motivo o en ocasión de sus funciones militares), abuso de poder disciplinario, negocios incompatibles, acoso sexual del superior.

Por nuestra parte, consideramos entre las faltas leves y graves algunas causales contempladas que afectan la privacidad del personal militar, lo que califica la Corte Suprema de Justicia de la Nación como acciones ajurídicas<sup>218</sup>, una falta grave enunciada

---

215 Artículo 11 del Código de disciplina

216 Artículo 12 del Código de disciplina

217 Artículo 13 del Código de disciplina

218 Artículo 19 de la Constitución Nacional y la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano de 1789 que expresa “La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede quedar obligado a hacer lo que ella no ordena”.

Sumario CSJN, JA, 05 de enero de 1.977; “El Artículo 19 CN ha delimita un reducto jurídico dentro del cual el individuo es soberano, por lo que escapa a la regulación y a la intervención del Estado; cuyas acciones permanecen en el interior de la conciencia de las personas. Son acciones humanas ajurídicas, quedan fuera de la competencia del ordenamiento jurídico.

restringe la libertad de expresión ante cualquier manifestación respecto al mal funcionamiento de algún elemento de la Institución, sin contemplar siquiera si la crítica es constructiva, fundada o implicara el mejor funcionamiento de la administración militar.

Asimismo, nos resulta opinable la incorporación de tipos al artículo 13, vinculados al tiempo de guerra, tal como la rendición indecorosa o actos de cobardía.

También el artículo 13 inciso 23, implica un retroceso a la diferenciación entre falta y delito, al enervar la falta disciplinaria a la comisión de un delito, cuyos bienes jurídicos tutelados son diferentes. Entre nosotros, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>219</sup>, consideramos que la conducta disciplinaria no se encuentra motivada en el hecho de haber cometido un delito sino por el hecho de vulnerar los deberes propios de la función pública y por contar con elementos probatorios que determinan la incorrecta acción del funcionario público que afecta el decoro ante comportamientos descalificantes.

Respecto a las sanciones, inicialmente señalamos que, el ejercicio de la potestad disciplina implica, ante la comisión de una falta disciplinaria, se determine la sanción pertinente. Las sanciones disciplinarias han sido definidas por Delgadillo Gutiérrez, como “la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el

---

219 Tribunal Superior de Justicia de CÓRDOBA- Sala Contencioso Administrativa, resolución Nro. 427 del 25 oct. 01 -Expte. Nro. 0427-028732/2011- por Abuso deshonesto en establecimiento escolar en el que fuera detenido el agente policial Rubén GARCIA.; convalidando la cesantía dispuesta previo sumario administrativo del Gobierno de Cba., al expresar que “...la sentencia de sobreseimiento recaída en sede penal invocada por el recurrente no tiene como fundamento la exposición de un estado de certeza negativa del Juez debido a prueba demostrativa de la inexistencia del hecho o la falta de participación del actor en su comisión, subrayando que la nulidad de la requisitoria penal sustrae de valor probatorio a esa actuación del proceso penal encaminado a la acreditación del hecho constitutivo de la imputación penal, más no enerva la fuerza de convicción que se deriva racionalmente de otros elementos de juicio independientes obrantes en el sumario administrativo..., ... la sanción expulsiva aplicada al actor no fue por la comisión de un delito sino por la violación del régimen disciplinario. En otro aspecto, analizadas las actuaciones administrativas se precisó estas son determinantes para sustentar materialmente el hecho que involucra al actor en condiciones tales que configuran una falta de decoro sancionable con la cesantía, máxime cuanto la declaración basada en la vinculación del actor con un comportamiento descalificante desde el decoro debido a la función policial, su identificación física por parte de los detenidos y la coincidencia temporal de su presencia en el día y hora del hecho denunciado, no han podido ser desvirtuadas por el accionante por prueba en contrario”.

obligado, a efecto de mantener la observancia de las normas, reponer el orden jurídico violado y reprimir las conductas contrarias al mandato legal, producida en el ámbito de la relación del servicio público entre Estado y dependientes, la sanción disciplinaria tiende a reestablecer el buen funcionamiento del servicio”.

Luego, el mencionado autor clasifica las sanciones teniendo en cuenta su contenido, en resarcitorias y restrictivas de la esfera jurídica, pudiendo ser a la vez correctivas, expulsivas y represivas.

Además citando a Otto Mayer, las sanciones correctivas subdividen en el apercibimiento, la multa y el arresto, y entre las depurativas, exclusión del servicio o destitución, que a su vez Dromi, entre las correctivas agrega, postergación del ascenso, traslado, suspensión del cargo, suspensión del sueldo y entre las expulsivas la destitución o cesantía, distinguiéndole de la sanción disciplinaria represiva en el que incorpora al arresto<sup>220</sup>.

A los tres tipos de faltas disciplinarias precitadas, corresponden una clase de sanción disciplinaria, las previstas son: apercibimiento, arresto simple, arresto riguroso y destitución<sup>221</sup>.

En ese orden, el apercibimiento es un tipo de sanción que importa la reprobación de la conducta disvaliosa, materializada por anotación expresa en el legajo personal del infractor. Luego, las faltas leves pueden sancionarse con arresto hasta cinco días. Ambas sanciones, son registradas en un libro, previo completar la planilla identificatoria del infractor, falta disciplinaria, motivación, encuadramiento legal y autoridad que impuso la sanción; dejando constancia de las fechas correspondientes a la imposición, toma de conocimiento y cumplimiento de la misma.

Al respecto; nada ha contemplado la norma en cuanto a la revisión de la sanción de apercibimiento, pero a nuestro criterio, siguiendo jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>222</sup>, y extrapolado a la mínima sanción del personal militar -

---

220 DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *“El derecho disciplinario de la función pública”*, Instituto Nacional de Administración Pública; México, Año 1999; Pág. 97/100.

221 Artículo 14 del Código de disciplina.

apercibimiento-, considerando las consecuencias en la calificación posterior y en la carrera administrativa del personal militar, debería proceder la revisión del acto sancionatorio por las instancias administrativas y judiciales pertinentes; más aún en instancia administrativa para posibilitar a quien emite el acto enmendar un error.

Valga destacar que, otro sector de jurisprudencia restringe la revisión judicial a los casos de arbitrariedad por considerar que la facultad administrativa sancionatoria, no puede ser suplida por otro poder del Estado<sup>223</sup>.

El Código prevé el arresto simple y el arresto riguroso<sup>224</sup>, diferenciándose ellos en que el segundo implica el internamiento o la permanencia del infractor en determinado lugar -generalmente su alojamiento en unidad militar-, conllevando una restricción legítima de libertad física ambulatoria establecida por ley formal<sup>225</sup>.

---

222 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de CORDOBA. Sala Contencioso Administrativa - Resolución N° 37 del 05 de Junio de 2.007, "ARDANAZ, Gabriela Irene c/ Provincia de Córdoba. Plena Jurisdicción. Recurso de Apelación"(Expte. Letra "A", Nro. 07, iniciado el cuatro de mayo de dos mil uno)".

223 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de MENDOZA en autos Nro 87.437 caratulados "YANKILOVICH, María Angélica c/Gobierno de Mendoza APA" del 26 de Septiembre de 2.008; rechaza la acción por el cual se había declarado fracasado un concurso al detectar un vicio en el objeto y no en la motivación del acto administrativo, expresando que el ejercicio de la actividad discrecional por parte del Ejecutivo no es censurable en esta instancia salvo cuando se advierten razones de ilegitimidad que la invalidan por vicios de competencia, objeto, voluntad y forma del acto, la desviación y el abuso de poder, la arbitrariedad y violación de principios generales del derecho... citando doctrina del Dr. Domingo SESÍN en cuanto al control judicial como ponderación de la elección ya realizada debiendo respetar el poder exclusivo de valoración de la administración en los límites de la ley.

224 Artículos 14, 16, 17, 18 y 22 del Código de disciplina.

225 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 261-361; "García, Raúl Héctor, y otros c/ Provincia de Santa Fe", "...Si la libertad personal puede, a veces, ser restringida, las limitaciones sólo habrán de provenir, exclusivamente, del único poder al cual le ha sido atribuida esta facultad: al Poder Legislativo, que tiene la representación directa de todo el pueblo".

Por otra parte, las faltas graves son sancionadas desde 6 hasta 60 días de arresto simple o riguroso, previa información sumaria.

Es dable destacar, la norma en análisis, indica un parámetro de equiparación para quienes ejercen la facultad sancionatoria, determinando un criterio de apreciación general según la falta y las circunstancias; es decir posibilita el ejercicio de manera discrecional aunque ello no importa arbitrariedad ni ilegalidad.

Nos es objetable, el Código de disciplina, no ha advertido la acumulación de sanciones de una jornada militar, como así también para el caso de cumplimiento de arresto riguroso igualmente se descuenta porcentaje en el Documento Anual de Calificación.

Finalmente, la máxima sanción disciplinaria prevista en el régimen disciplinario militar, es ante la comisión de faltas gravísimas -la destitución-<sup>226</sup>.

La mencionada sanción, importa los siguientes efectos: pérdida definitiva del grado, baja de las filas de la Fuerza e imposibilidad de readquirir el estado militar.

La precitada sanción, creemos contraviene el Art. 14 bis de la Constitución Nacional<sup>227</sup>, debido a que inconvenientemente al detallar las consecuencias de la destitución, utilizó el término “baja”; por cuanto esta depende de la antigüedad del causante y los aportes capitalizados por su trabajo.

Por otro lado, la destitución es una sanción expulsiva de personal militar permanente. Se observa, los soldados voluntarios poseen un régimen transitorio sin estabilidad, conforme surge de la ley del Servicio Militar Voluntario<sup>228</sup> y, cuyas causales de exclusión se encuentran determinadas taxativamente en la norma, lo que resultaría inaplicable.

En ese sentido, IVANEGA sostiene para el caso de empleados contratados, no corresponde aplicarles la destitución o exoneración<sup>229</sup>, por carecer de estabilidad.

---

226 Artículos 14, 19 y 23 del Código de disciplina.

227 Artículo 14 bis de la Constitución Nacional, cuyo carácter es integral e irrenunciable.

228 Ley Nro 24.429.

#### **1.4. Especial referencia y precaución ante la sanción de arresto riguroso**

Aparte, en cuanto a la sanción de arresto riguroso, señalamos merece, por su envergadura, una consideración especial al privar de la libertad física al infractor por el internamiento. Si bien sería una privación legítima de la libertad, deberá precaverse de no provocar agravamiento en sus condiciones, respecto a lo cual procedería la interposición de un habeas corpus<sup>230</sup>.

Estimamos, hubiere resultado apropiado fijar por ley formal la competencia del Juzgado que ha de tomar conocimiento en el caso de impugnarse una sanción administrativa correspondería al Juzgado Contencioso Administrativo Federal, pero para el caso de un agravamiento en las condiciones de una privación de libertad al imponer arresto rigurosos, correspondería la competencia del Juzgado Penal Federal, también la revisión judicial debería haberse consignado de manera amplia y eficaz para lo cual citaremos jurisprudencia que avala nuestra tesis, e inclusive hubiere sido deseable determine competencia optativa penal o contenciosa<sup>231</sup>.

---

229 IVANEGA, Miriam Mabel; "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa", Ediciones RAP, 2.010, Pág. 137/139.

230 Causa: D.126.XXI, "Di Salvo, Octavio s/hábeas corpus", resuelta el 24 de marzo de 1.988, consid. 5°.

231 Sumario Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, 02 de noviembre de 1.990, LL, 1991-C-73 y 74; "La revisión judicial de las decisiones administrativas sobre la libertad individual ha de ser eficaz, no bastando con cláusulas formales, derogadas en la práctica, que culmina en el desconocimiento de la división de poderes y específicamente, de la prohibición al Poder Ejecutivo de imponer penas". "Corresponde confirmar la resolución que hizo lugar al recurso de habeas corpus, disponiendo la inmediata libertad del

En tal sentido, GARCÍA PULLÉS expresa que, la sanción con privación física o arresto, es criticada en ámbito administrativo si no se garantizan limitaciones. Para ello, parte de establecer la diferencia entre delito falta y contravención y destaca, se trata de encauzar jurídicamente las consecuencias de la distinción, porque la categorización de una conducta como delito supone inscribirla en un régimen jurídico que exige la aplicación de especiales garantías, ganadas desde Beccaria hasta nuestros días *destinadas a asegurar la libertad*.

Además agrega que, el enfrentamiento de los principios libertad y autoridad, conllevaría se trate en situaciones más gravosas al infractor que al delincuente, citando como ejemplo el artículo 83 de la ley nacional de tránsito N°: 24.449<sup>232</sup>. La postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ratifica la prioridad de garantizar la vida, libertad y propiedad<sup>233</sup>.

Nosotros, compartimos el criterio precitado, aunque destacamos el ejemplo mencionado no es derecho sancionador, sino contravencional.

Agrega el citado autor que, la traslación de conductas delictuales al ámbito de lo disciplinario, si permitiera suprimir la sujeción a la sancionabilidad de los principios de reserva legal, prohibición de interpretación analógica, irretroactividad de la ley, aplicación de la ley penal más benigna, presunción de inocencia, non bis in ídem y otras garantías procesales -siguiendo a la doctrina que permite a la administración y no sólo al Poder Judicial imponer sanciones privativas de libertad-, debe sujetarse a las mencionadas

---

arrestado en virtud de una decisión administrativa, no bastando la falta de apelación en término, si no sabía el procesado por su ignorancia y por la exigüidad del plazo de 24 horas, que en ese término podía interponer recurso de apelación ante un tribunal judicial”.

232 Artículo 83 ley 24.449 “...las sanciones por infracciones a esta ley son de cumplimiento efectivo, no se aplicarán con carácter condicional ni en suspenso y consiste en... Arresto”

233 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos, 137-254; “Salazar de Campo, Carmen c/ Provincia de Bs. As- Interdicto de recobrar”, “...Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos”.

limitaciones, cualquiera sea el interés público tutelado, no podría restringirse la libertad personal de un ciudadano por la administración, si no viene acompañado con la integridad de las garantías del derecho penal<sup>234</sup>.

Asimismo, destaca que se exige la aplicación efectiva de la sanción, quede supeditada a la revisión judicial del acto sancionatorio, al cumplimiento de la garantía del derecho penal prohibiendo la ejecutoriedad del acto impugnado para garantizar la utilidad de la revisión del acto sancionatorio, conforme a jurisprudencia<sup>235</sup>.

A lo que adicionamos que, no podrían por reglamentos internos, ni vía reglamentaria, disponer mayores restricciones a las que ha fijado la ley<sup>236</sup>.

Resumiendo, las limitaciones impuestas a la sanción de arresto riguroso, resultan ser: a. La renuncia a las garantías constitucionales sólo es admisible cuando están en juego derechos de contenido patrimonial y no los vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad.<sup>237</sup> b. No parece posible invocar la preeminencia del interés público con fundamento en la autoridad frente a la garantía de la libertad física de la persona, debiéndose tener presente como criterio de valoración<sup>238</sup>. c. La ejecución del arresto

234 GARCIA PULLES, Fernando, *“La distinción entre delitos y faltas”*, Op. cit. Pág. 16/22.

235 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos, 296-543; LL, 1977-C-636; “LUIS PODESTÁ S.R.L c/ Municipalidad de Buenos Aires”, “...La garantía de defensa en juicio implica la posibilidad de recurrir ante los tribunales de justicia respecto a lo resuelto en sede administrativa, y allí obtener una sentencia útil”.

236 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 300:67; “BARNECHE, María Cristina Zuloaga de c/ Verde Onix S.C.A.”, “La reglamentación del derecho se debe instrumentar por ley, es decir, por el legislador, o por norma basada en ley”, por lo que agregamos cualquier reglamentación que agrave las condiciones establecidas en la ley 26.394 resultaría inconstitucional.

237 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 322:1253, “IRIBAREN, Casiano Rafael c/ Provincia de Santa Fé s/ Acción declarativa”.

238 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos, 172-21; “AVICO, Oscar Agustín c/ De la Pesa Saúl”, “El sostenimiento de la constitucionalidad de una norma sólo requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria o caprichosa, y que los medios elegidos tengan una relación real y sustancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar”.

responde a un interés de la comunidad agredida, en lo administrativo sería loable que rija el Art. 12 de la ley nacional de procedimientos administrativos excluyéndose a su respecto el efecto devolutivo de las impugnaciones<sup>239</sup>.

Creemos, la sanción de arresto riguroso posee una naturaleza de sanción penal administrativa y no de carácter disciplinario; mereciendo mayores garantías en la imposición y ejecución, sin dejar de respetar el principio non bis in ídem, en el ejercicio de una misma potestad administrativa sancionatoria del Estado<sup>240</sup>.

En conclusión, la sanción de arresto riguroso debe cumplimentar íntegramente las garantías del derecho disciplinario<sup>241</sup> y las contempladas en el penal<sup>242</sup>, en garantía de derecho a la libertad personal.

---

239 MASSIMINO, Leonardo, “Los caracteres del acto administrativo y el efecto suspensivo de los recursos administrativos”, Centro de Estudios sobre Gestión Pública y responsabilidad, Pág. 15/17.

240 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de MENDOZA autos 67.037 caratulada “MARINELLI, Sergio Omar Alejandro c/ Municipalidad de Mendoza y otro s/ Acción Procesal Administrativa”, ante la alegación de violación del principio non bis in ídem por la Municipalidad y por la Dirección de Bosques y recursos renovables, por defensa del arbolado público; en el que dada la naturaleza penal administrativa de la sanción se han violado garantías constitucionales (Art. 18 CN)”.

241 Sumario Suprema Corte de Buenos Aires, 12 de abril de 1988, “A y S”, 1988-I-637; “El derecho disciplinario no tiene, por su propia finalidad, el rigor ni la inflexibilidad que requiere la violación de las normas de derecho penal sustantivo ni requiere las garantías funcionales propias del derecho común o contravencional”.

242 Sumario Cámara Nacional Criminal y Correccional, 20 de abril de 1.986, ED, Sala VI, LL, 1986-C-240; “La Constitución Nacional en su artículo 18 establece debidamente las garantías de la libertad y seguridad de las personas, además de las reglas y principios para su aplicación y protección y, en concordancia a esta norma, el art.28 de la Carta Magna establece que los principios, garantías y derechos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, por lo que se desprende que no es admisible que una ley autorice la negación de un derecho individual consagrado constitucionalmente. Dentro de las garantías individuales subyacen, además de la mención del juicio previo y ley anterior al hecho del proceso, la de los jueces naturales, razón por la cual no puede un funcionario dependiente del Poder Ejecutivo restringir la libertad de

## **1. 5. Criterios de valoración, atenuantes, agravantes y eximentes**

Complementariamente con las faltas y sanciones disciplinarias, el Código dispone el criterio de valoración, según la existencia de circunstancias atenuantes, agravantes y eximentes de responsabilidad disciplinaria. Ellos precisan tener en cuenta: la acción, medios empleados, motivos que influyeron, extensión del daño, conducta precedente, participación, reincidencias y el tiempo, lugar, modo y ocasión.

Entre los agravantes, enuncia las siguientes circunstancias: comisión de la falta en servicio de armas, en grupo de más de 2 personas, en presencia de subalternos, desempeñando jefatura, abusando de armas y entre los atenuantes señala: la escasa antigüedad del infractor, motivación en elevados valores morales u objeción de conciencia, innecesariedad o desproporcionalidad de la falta con la sanción, afectación insignificante de la disciplina militar, entre otras.

Destacamos, los artículos 25 y 26 del Código, debería interpretarse al expresar “en especial” o “genéricos”, posibilita interpretar existen otras causas.

Por nuestra parte, nos resulta reprochable refiera, entre los agravantes - durante la paz-, a conductas acaecidas en presencia del enemigo o afectando prisioneros de guerra.

Finalmente, los eximentes -previstos en el artículo 28-, importan la consecuencia que, no se puede sancionar al militar que prueba se encuentra contemplado entre los enunciados ante vicios en la voluntad, libertad o discernimiento son: insuficiencia de facultades mentales, ordenes confusas o contradictorias, violencia o coacción que no le es exigible resistir, legítima defensa, estado de necesidad bajo el principio de proporcionalidad y el cumplimiento de orden legal del superior.

---

una persona, cuando no se dan los presupuestos legales, pues ello implica una violación al principio de inocencia, también consagrado constitucionalmente...”

## **1. 6. Procedimientos de aplicación de sanciones disciplinarias**

Las sanciones disciplinarias por faltas leves y graves -que no impliquen una sanción superior a los cinco (5) días de arresto-, son impuestas directa e inmediatamente por quien ostenta potestad disciplinaria, dejando constancia escrita de la falta y motivos de la sanción, forma de cumplimiento y notificación<sup>243</sup>.

En la sanción disciplinaria de arresto, se eleva simultáneamente un informe escrito al superior jerárquico a los efectos de formular temporáneamente el control de oficio.

Toda sanción es revisable a petición del infractor, formulada por escrito ante el superior jerárquico de la autoridad que impuso el correctivo, en el término de cinco (5) días corridos, a partir de su imposición. El Superior Jerárquico resolverá el recurso, fundadamente, dentro de los DIEZ (10) días corridos de su interposición. Dicho término comenzará a partir de la recepción de las actuaciones.

También puede ser revisada de oficio hasta dentro de los diez (10) días de cesado su cumplimiento por el superior jerárquico, agrega la reglamentación a la ley que la omisión del deber de poner en conocimiento del Superior Jerárquico la imposición de una sanción de arresto, constituirá falta disciplinaria y su comisión será atribuida al responsable de la omisión.

El infractor deberá notificarse de la sanción impuesta por la autoridad militar, agregó el decreto reglamentario que en caso de que el infractor se niegue a firmar, u obstaculice la notificación, deberá confeccionarse un acta mediante la que se dejará constancia de tal circunstancia (negativa u obstaculización), la que será suscripta por la

---

243 Artículo 29 del Código de disciplina.

autoridad militar con intervención en el caso y DOS (2) testigos y no hallándose presente el infractor se procederá a convocarlo y, en caso de incomparecencia, se procederá a notificarlo por un medio fehaciente en el domicilio registrado en la Fuerza, adoptándose el temperamento que proceda atendiendo a las circunstancias.

La ratificación, revisión, modificación o anulación de la sanción es definitiva efectuada de oficio, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad que haya ejercido las facultades disciplinarias y del sancionado, en el plazo de CINCO (5) días corridos, dejándose debida constancia.

Si bien el texto de la ley no expresaba si agotaba la vía administrativa, el decreto Nro 2666/12 expresamente lo dispuso<sup>244</sup>, dejando expedita la vía judicial la que deberá cumplimentar los recaudos previstos en el artículo 25 de la Ley Nacional de Procedimientos administrativos (Ley Nro 19.549).

Las sanciones por faltas graves o superiores a 6 días de arresto, se aplican previa realización de una información disciplinaria simple. La autoridad que detecta la falta, con la firma de dos testigos, informa la misma a quien tiene el comando o el superior jerárquico. Luego, éste ordena la confección de la información, donde el informante verifica la falta y formula recomendaciones sobre la decisión a tomarse. El superior oye al infractor y decide.

Valga señalar, no existe forma ritual de dejar constancia de haber oído al presunto infractor, siendo recomendable dejar nota expresa.

Para el caso que, la investigación revista complejidad, explicitando el decreto reglamentario que es compleja cuando la investigación involucre a un gran número de personas en calidad de testigos o investigadas, por la diversidad y/o pluralidad de hechos objeto de la información, por lo dificultoso de la materia involucrada y/o cuando pueda estimarse razonablemente que la investigación demandará conocimientos profundos en técnicas de recolección de evidencias, asesoramientos y peritajes profesionales, entre otros; además califica de incompatible con la realización de tareas militares cuando: la mayoría del personal militar de la unidad de que se trate se encuentre destinado a tareas de naturaleza extraordinaria, o cuando existan otras razones, a criterio de la autoridad militar, de idéntica naturaleza

---

<sup>244</sup> Artículo 16 del Decreto Nro 2.666/2012.

En ese caso, quien tenga el comando o el superior jerárquico, solicita o designa según el caso, un oficial auditor instructor para que sustancie la actuación y realice el informe final, con las conclusiones y recomendaciones consecuentes. La investigación puede superar el plazo de sesenta (60) días.

Paso seguido, si el infractor acepta las conclusiones del informe, quien tiene el comando o el superior jerárquico aplica la sanción directamente. El silencio del causante, implicará consentimiento de lo actuado. A fin de acreditar el efectivo cumplimiento de lo previsto en el párrafo precedente, se labrará un acta en la que deberán consignarse: lugar del acto, fecha, personas presentes en el mismo, objeto, respuesta del causante, si la hubiere, y demás circunstancias que se consideren procedentes.

El causante deberá expedirse por escrito, en orden a las conclusiones del Informe Final del Instructor notificadas, en el término de CINCO (5) días corridos prorrogables por única vez, por un período igual, cuando las circunstancias del caso así lo exijan y fuera fundadamente solicitado, expresando concretamente si las acepta o las rechaza. La omisión implicará aceptación.

En caso de aceptación expresa por parte del presunto infractor o de silencio, la autoridad militar que ordenó la instrucción de la información disciplinaria resolverá en el plazo de CINCO (5) días corridos. Para la hipótesis, de determinar la imposición de una sanción, deberá consignar en forma clara y precisa la causa de la sanción, determinando el tipo de sanción, su modalidad y precisando el monto discernido de corresponder. En caso de determinar que no corresponde aplicar sanción alguna se procederá al archivo de la información disciplinaria, debiendo notificarse al causante en un plazo de CINCO (5) días corridos<sup>245</sup>.

Luego señala que, la sanción impuesta por el procedimiento de faltas graves complejas, importa la intervención obligatoria de un Consejo de disciplina y su resolución puede ser apelada ante el Consejo General de Disciplina, cuya resolución es definitiva.

Acerca de ello, el decreto ha incorporado la previsión acerca de la apelación respecto al acto administrativo sancionatorio, el que deberá ser articulado por escrito,

---

245 Artículo 30 del Código de disciplina concordante con artículo 23 del Decreto 2.666/2.012.

interpuesto por ante la autoridad que impuso la sanción y dirigido al Superior Jerárquico de éste en el término de CINCO (5) días corridos contados a partir de la notificación. La autoridad que impuso la sanción deberá elevarlo a su Superior Jerárquico dentro de los DOS (2) días corridos de recibida la apelación.

El superior llamado a resolver el recurso contará con un plazo de DIEZ (10) días corridos, a partir de su conocimiento, para expedirse sobre el recurso. La resolución que emita será definitiva, agotando la vía administrativa. El vencimiento del plazo sin que se hubiera interpuesto recurso o su interposición fuera del plazo confirma la resolución dictada<sup>246</sup>.

También para el caso de las sanciones disciplinarias impuestas por el CONSEJO DE DISCIPLINA o el CONSEJO GENERAL DE DISCIPLINA podrán ser apeladas dentro de los DIEZ (10) días corridos contados a partir de la notificación. La omisión de hacerlo en dicho término, o su interposición extemporánea, implicarán consentimiento con lo actuado<sup>247</sup>.

El procedimiento para faltas gravísimas, inicia mediante el informe producido por quien tiene el comando, al momento de la comisión de la falta o en ocasión de surgir la novedad. Informa -a posteriori- al superior jerárquico, convocándose al infractor y si existen sospechas fundadas de la comisión de la falta disciplinaria, informa pormenorizadamente poniendo inmediatamente al presunto infractor (no debió referirse al causante), a disposición de la instancia superior que cuenta con oficial auditor adscrito.

Posteriormente, se adoptan medidas indispensables para garantizar el procedimiento, pudiendo ordenar la aprehensión- medida que la reglamentación ha determinado de carácter excepcional y debiendo dejar expresa constancia en acta<sup>248</sup> - hasta su presentación ante quien ejerza la jefatura de unidad, subunidad independiente, organismo y demás dependencias.

---

<sup>246</sup> Artículo 65 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>247</sup> Artículo 66 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>248</sup> Artículo 27 del Decreto Nro 2.666/2.012.

Luego, el oficial auditor adscrito a la Unidad militar que se trate, propone por escrito la desestimación de la denuncia o solicita la designación de un oficial auditor instructor, ordenando sea instruido de la lista conformada por el Jefe de Estado Mayor General del Ejército; cuyo dictamen deberá ser emitido dentro de los CINCO (5) días de recibida la información<sup>249</sup>, debiendo emitirse el correspondiente acto administrativo por la autoridad militar superior a la cual se encuentra Adscrito el Auditor, dentro del plazo de DIEZ (10) días corridos<sup>250</sup>.

El auditor instructor es designado y en su caso investiga y produce el informe disciplinario final en un plazo máximo de seis (6) meses, solicitando la desestimación de la denuncia o el juzgamiento por el Consejo de Disciplina. Si se constata que la falta no es gravísima sino de otra entidad, recomendará la aplicación del trámite pertinente.

Durante la investigación se garantizará el derecho de defensa del infractor, quien puede nombrar a un militar asesor de su confianza o nombrar un abogado de la matrícula a su costa.

El infractor es suspendido de inmediato del servicio, que se mantendrá durante todo el tiempo que dure el procedimiento disciplinario, será dispuesta por la autoridad militar que ordenó la sustanciación de las actuaciones disciplinarias y deberá ser notificada de inmediato a la autoridad del área de personal correspondiente, bajo cuya dependencia se encontrara el presunto infractor mientras dure la suspensión, a los fines administrativos. En todos los casos, la suspensión del servicio importa el apartamiento del presunto infractor de todos los ámbitos de la Fuerza que corresponda y de las actividades propias del mismo. A los efectos del trámite, deberá fijar un domicilio si éste fuera diferente al que ha registrado en la Fuerza<sup>251</sup>.

También por resolución fundada del auditor instructor puede aplicarse “preventivamente el arresto riguroso”, cuando existan razones de gravedad que afecten la eficiencia del servicio o el estado general de disciplina y siempre que hubiera circunstancias de aislamiento o imposibilidad de contacto inmediato para ordenar su salida

---

<sup>249</sup> Artículo 30 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>250</sup> Artículo 31 y 32 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>251</sup> Artículo 34 del Decreto Nro 2.666/2.012.

del lugar en que se encuentre, la que deberá ser notificada al causante y a quien lo asista técnicamente<sup>252</sup>. Esta decisión es impugnabile remitiendo a lo previsto en el artículo 32-revisión administrativa.

Concluida la instrucción, es decir una vez que el instructor a propuesto la desestimación, la imposición de una sanción de menor cuantía o en su caso la intervención del consejo de disciplina<sup>253</sup> y recibidas las actuaciones, lo que es resultado por la autoridad que ordenó la sustanciación de las actuaciones disciplinarias<sup>254</sup>.

Por otra parte, se le posibilita el ejercicio del derecho de defensa, pudiendo designar defensor de su confianza o en caso de no poseer se la asigna defensor de oficio, en ambos casos contarán con un plazo máximo de DIEZ (10) días para tomar conocimiento de las actuaciones en la sede que determine el Instructor. Dicho plazo, en ningún caso demorará la realización de cualquier diligencia investigativa que deba llevar a cabo el Instructor<sup>255</sup>.

Respecto a las formalidades de las actuaciones, la recepción de constancias probatorias que han de conformar la actuación, se encuentran reguladas por el decreto reglamentario, tanto en las declaraciones testimoniales juramentadas como así también respecto a la garantía de no declarar en su contra (no juramentada) y abstención de prestar declaración por el presunto infractor<sup>256</sup>.

El Consejo de Disciplina pertinente, fija día y hora para una audiencia oral dentro de los treinta (30) días, siendo tales públicas militares.

---

<sup>252</sup> Artículo 35 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>253</sup> Artículo 36 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>254</sup> Artículo 37 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>255</sup> Artículo 38 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>256</sup> Artículo 39 a 44 del Decreto Nro 2.666/2.012.

Previamente deberá, en el término de CINCO (5) días corridos contados a partir de la notificación, proponer asistente técnico o ratificar el previamente designado. Si así no lo hicieran, es deber del Consejo asegurar la designación de un defensor de oficio.

En igual oportunidad deberá notificarse que, el plazo de DIEZ (10) días previsto por la ley para tomar conocimiento de las actuaciones, correrá a partir de la presentación del escrito mediante el que se propone defensor. Propuesto el defensor por parte del causante, corresponderá al Secretario formalizar mediante simple diligencia, que se acumulará a lo actuado, la aceptación del cargo<sup>257</sup>.

El texto de la ley ha determinado que el procedimiento se regirá por las siguientes reglas:

- a) Se cita al oficial auditor instructor con intervención en el caso, a efectos de sostener en audiencia la petición de la sanción;
- b) Se designa, de una lista conformada anualmente e integrada por oficiales auditores, un defensor para el infractor, salvo que prefiera defenderse por sí mismo o por personal militar de su confianza, salvo a criterio del Consejo de Disciplina, implique dilaciones indebidas. Para el caso, la defensa cuenta con un plazo máximo de 10 días para tomar conocimiento de las actuaciones;
- c) El oficial auditor instructor tiene la carga de presentar los fundamentos de su petición y el infractor tiene la facultad de ofrecer prueba que haga a su descargo.
- d) En la audiencia las partes interrogan a los testigos y examinan los demás elementos de prueba (todas las pruebas se receptionan bajo el principio de la oralidad salvo razones fundadas excepcionales. El tribunal no suple la actividad de las partes<sup>258</sup>);
- e) El desarrollo de la audiencia es simple, concentrado, sin rigorismos formales, adecuado a las necesidades de celeridad y oportunidad de la sanción, garantizando el derecho de defensa y permitiendo el debate entre las partes;

---

<sup>257</sup> Artículo 46 del Decreto Nro 2.666/2.012.

<sup>258</sup> Artículo 48 y 49 del Decreto Nro 2.666/2.012.

f) El Consejo de Disciplina dicta su resolución, inmediatamente después de finalizado el debate, labrándose un acta sucinta en la que conste la resolución; pudiendo utilizar cualquier forma de registro que garantice la inalterabilidad y seguridad;

g) Antes de iniciar el debate, el infractor puede reconocer su falta y aceptar la sanción, verificando el Consejo (erróneamente refiere al tribunal), la libertad del consentimiento del infractor y resuelve de inmediato, dejando constancia en acta del reconocimiento y de la sanción impuesta<sup>259</sup>.

Nosotros, recordamos lo expresado precedentemente, respecto a las garantías de la sanción de arresto riguroso, en cuanto a la facultad del instructor y su uso restrictivo al ponderar el derecho de la libertad personal.

Finalmente, estimamos, el reconocimiento del infractor equivaldría al allanamiento incondicionado y no quedarían cuestiones de hecho o prueba a dilucidar, por lo que se circunscribiría la cuestión a puro derecho.

Cabe señalar lo plausible, de incorporar en el Decreto reglamentario las potestades sancionatorias de los Consejos respecto a instructores y defensores, aún siendo civiles, ante el incumplimiento injustificado de sus funciones; lo cual habíamos objetado en anterior doctrina antes de la reglamentación por cuanto garantiza el ejercicio del derecho de defensa del infractor<sup>260</sup>.

En este caso de sanciones gravísimas, las consideraciones respecto a especiales circunstancias de atenuación, previstas por el artículo 23 de la Ley Nro 26.394, son extraordinarias y deben tener una significación tal que razones de equidad indiquen, una inobjetable desproporción entre la sanción disciplinaria y el daño a la eficiencia del servicio o estado general de la disciplina y que el comportamiento y/o desempeño anterior del infractor haga aparecer aquella trasgresión como un hecho aislado, y, en consecuencia, amerite la permanencia del infractor en la Fuerza. La sustitución establecida lo será por la sanción disciplinaria de arresto de TREINTA (30) hasta SESENTA (60) días<sup>261</sup>.

---

259 Artículo 31 del Código de disciplina.

<sup>260</sup> CARDOZO, Mariela Tesis “*El Sistema disciplinario en las Fuerzas Armadas de la República Argentina-Análisis crítico*”, o.p. cit; Pág. 44.

## **2. El Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas Armadas**

El anexo V de la Ley Nro 26.394 organiza el Servicio Conjunto de las Fuerzas Armadas, cuyo máximo organismo, la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, cumple una función primordial a los efectos organizativos en la impartición de directrices tendientes a coordinar las normas que regirán a las tres fuerzas armadas.

La misma está integrada exclusivamente, con el personal con estado militar perteneciente al EJERCITO ARGENTINO, a la ARMADA ARGENTINA y a la FUERZA AEREA ARGENTINA, proveniente de los Escalafones de Justicia de cada una de las Fuerzas y cuyo cargo de Auditor General es rotativo entre las tres Fuerzas Armadas mencionadas.

A su vez, funcionalmente la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, posee CUATRO departamentos, denominados Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Administración; contando a su vez con un Jefe de Biblioteca a cargo de un oficial superior quien depende del Jefe de Administración.

Asimismo, tiene a garantizar la independencia de criterio del personal militar de auditores y prevé una instancia de asesoramiento jurídica en el Estado Mayor Conjunto como así también las respectivas Direcciones de Asuntos Jurídicas de cada una de las Fuerzas que emplazan según las necesidades a personal de auditores.

Al haberse instaurado un organismo conjunto, requiere la identidad de planes de carrera de los profesionales auditores, quienes podrán acceder al grado de General de

---

<sup>261</sup> Artículo 70 del Decreto Nro 2.666/2.012.

Justicia y sólo pueden ser empeñados en actividades técnicas jurídicas propias del Servicio de Justicia Militar<sup>262</sup>.

### **3. Conclusiones preliminares**

En síntesis, destacamos objeciones a la técnica legislativa ante la falta de cohesión de su articulado. Además resaltamos que, el personal militar identifica la disciplina como un valor o cualidad personal correlativa a la organización y al ejercicio del mando, independientemente de lo que significa el ejercicio de la potestad disciplinaria militar, cuyo fin primordial es el cumplimiento de la misión y no le exime que haya establecido responsabilidades disciplinarias.

Además se han determinado principios interpretativos guías de aplicación de sanciones y prohibiciones destinadas a la autoridad que ejerce la potestad disciplinaria.

Reconociendo que, la diferenciación entre delito y sanción ha quedado dirimida y por ello, el ámbito de aplicación en cuanto a la investigación y juzgamiento.

Posteriormente, se ha determinado el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto a quien tiene el comando del subordinado -es quien conoce su situación-, aunque las excepciones se ilimitaron; además de contemplarse la autonomía disciplinaria de la penal que correspondería sea independiente de todo otro tipo de responsabilidad, civil, patrimonial, penal y ética.

Consideramos que la función jurisdiccional por órganos administrativos, se encuentra decididamente admitida conforme a las garantías expresadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sujetando el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos a: \*Reconocimiento de los litigantes del derecho a interponer

---

<sup>262</sup> Anexo III del Reglamento a la Ley Nro 26.394 en Decreto Nro 2.666/12.012.

recurso judicial ante los Jueces ordinarios. \*Negación a los Tribunales Administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a hechos y derechos controvertidos, salvo que el Administrado hubiere elegido la vía administrativa privándose voluntariamente de la Judicial<sup>263</sup>.

Todo ello, es sustentado en la inexistencia de cuestiones de derecho común regidas por lo sancionatorio militar y dado que, las faltas disciplinarias son correlativas a los deberes inherentes de la función o actividad militar, cuya especialidad técnica es propia de la milicia, actuando el Consejo como órgano colegiado bajo el asesoramiento de un auditor y con las formalidades del artículo 7 de la ley N°: 19.549, el que forma parte del Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas armadas.

En el procedimiento sancionador, todo ciudadano debe gozar del derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva, ello implica: el acceso al órgano, ser oído, ofrecer y producir pruebas pertinentes, producir alegatos, obtener una decisión fundada en un plazo razonable<sup>264</sup>; cuyo espíritu de la ley Nro: 26.394 en lo disciplinario, quedó plasmado en sus antecedentes<sup>265</sup>, actualmente la reglamentación mediante el Dto. Nro 2666/12 ha establecido pormenores que habíamos señalado en doctrina como lagunas a ser suplidas por la especificidad del régimen militar o por supletoriedad debían integrarse por principios generales del derecho administrativo.

Respecto a las faltas disciplinarias, se deberá conjugar el tipo abierto de sanciones con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, la revisión administrativa y judicial amplia, lo único que hubiere sido deseable incorporar el descargo previo a la

---

263 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 205-17; 245-351; “Sociedad Stewalby Sealy C/ Nación y Gianini Renzo Arnoldo”, emite la definición de control judicial suficiente.

264 Fundamento legal en el artículo 18 CN (debido proceso adjetivo) y artículo 75 inciso 22 CN, concordante al artículo 10 Declaración de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto de derechos Civiles y Políticos, artículos 8 y 25 del Pacto San José de Costa Rica (Derecho a la defensa en Juicio).

265 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 199- 428, del 28 de diciembre de 1977, “Grandes Compañías de Publicidad S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, “Las leyes son razonables cuando guardan una debida proporción entre los fines que persiguen y los medios instrumentados a tal fin”.

emisión del acto sancionatorio, todo ello en garantía de los derechos del administrado que repercutirá en su carrera administrativa.

Además, hemos destacado la importancia de la naturaleza de la sanción de arresto riguroso, que importa una privación legítima de libertad; pero que deberá atenderse a la proporcionalidad de la falta, respecto al bien que se intenta preservar con el derecho a la libertad física que se restringe; siendo propicio ante la mínima duda o interposición del recurso, suspender los efectos del acto sancionatorio; debido que un día que se priva de libertad luego es difícilmente reestablecer cuando se ha cometido un error en la apreciación de la falta por quien impone la sanción y por más que la instancia de revisión administrativa o judicial reconozca, debería ser útil el resolutivo.

Respecto a las faltas gravísimas, el respeto irrestricto de la legalidad del tipo cerrado, en caso de duda no se debe extremar la sanción a imponer; sería un criterio acertado, incumbiendo a la administración tener en cuenta que la responsabilidad disciplinaria es sólo un tipo de responsabilidad respecto a una irregularidad administrativa que, será evaluada desde diversos ámbitos cada una de los cuales debe preservar su bien jurídico tutelado, hubiere sido preferible discernir del personal no permanente como soldados bajo un régimen especial que es suficiente instar un procedimiento de cónclave para darles de baja y no propiciar ineficacia administrativa mediante un procedimiento de destitución.

Nosotros, recordamos lo expresado precedentemente, acerca de las garantías a tener en cuenta en la sanción de arresto riguroso, en cuanto a la facultad del instructor y su uso restrictivo al ponderar el derecho de la libertad personal.

## **CAPITULO VI**

### **Conclusiones finales acerca de la Justicia en la Organización de la Defensa de la República Argentina**

*“La biblioteca destinada a la educación universal, es más  
poderosa que nuestros ejércitos”*

*General José de San Martín*

En este estadio, valga señalar que, en el derecho comparado, internacional e históricamente ha sido controvertido hasta el nacimiento mismo del derecho militar, para algunos autores se remontaba a Roma<sup>266</sup>, bajo principio del que manda es el que juzga “magíster militari” y para otros, a Grecia Antigua<sup>267</sup>, citando la corte militar que condenará a muerte al General Filotas por conspiración contra Alejandro Magno- año 300 A.c.

En la actualidad, en varios países que disponen de ejércitos no existe un sistema de justicia penal militar -en tiempos de paz-, existiendo diversas clasificaciones según los

---

<sup>266</sup> JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco, “Introducción al derecho penal militar”, Madrid, España, Editorial Civitas S.A., 1.987, Pág. 178.

<sup>267</sup> Seminario de Jurisdicción Militar, 10/14 de octubre de 2.001, Web Sociedad Internacional de derecho penal militar y derecho de la guerra, <http://www.soc-mil-law.org/seminar%10Rhodos%Report.htm>.

finés y propósitos del Estado social de derecho, proponiendo tres tipos de jurisdicción militar: uno de corte tradicional, caracterizado por el que manda es el que juzga, integrado por militares y con amplia competencia; otro por la integración de la justicia castrense a la justicia ordinaria, como rama especializada de esta; y un tercero basado en la supresión de la justicia militar en tiempo de paz.

En este sentido, en varias legislaciones los tribunales militares forman parte de la jurisdicción ordinaria, mientras que en otras, constituyen jurisdicción especial.

Entre las establecidas constitucionalmente se encuentran la de Surinam, artículos 132,134, 145, legislación que les encomienda jurisdicción encontrándose orgánica y funcionalmente adscriptos al Poder Ejecutivo ó son dependencia del Ministerio de Defensa, muchas veces la facultad de designación se encuentra en poder del Presidente de la República; como el artículo 138 de la Constitución de la República Federativa de Yugoslavia.

En varios países, ha surgido el inconveniente de diferenciar la frontera distintiva entre infracción disciplinaria del ilícito penal, que tiende a dar un margen de discrecionalidad entre falta disciplinaria y delito, por ejemplo en Estados Unidos de América, los tribunales militares conocen de las infracciones, sean asimilables a delitos o faltas disciplinarias, cometidas por personas sometidas a su jurisdicción. En algunos países, los procedimientos disciplinarios son una etapa previa a los procesos judiciales ante los tribunales castrenses y en otros se han suprimido en tiempo de paz los tribunales militares, como Austria, Alemania y Japón<sup>268</sup>.

Ahora bien, respecto al régimen del Nuevo Sistema de Justicia Militar en la República Argentina, podemos manifestar que se encuentra entre los países que han determinado la diferenciación de falta y delito, sin hacer diferencia entre el delito común con el militar y fijado el principio de someter todos los delitos a la Jurisdicción establecida en el artículo 109 de la Constitución Nacional, con una justicia penal militar que regirá para casos excepcionales en el ámbito de los conflictos armados pero que es supletoria de la común, aún en este escenario.

---

<sup>268</sup> ANDRÈU GUZMÁN, Federico "Fuero militar y derecho internacional", Comisión Internacional y Colombiana de Juristas, Bogotá, 2.003, Pág. 138/140.

Particularmente, en la presente investigación realizada, mediante el análisis expositivo y crítico constructivo, hemos intentando aunar nuestro conocimiento teórico sin dejar de lado la especificidad de la Administración Pública Militar, pudiendo arribar a las siguientes conclusiones:

Inicialmente, hemos demostrado la necesaria existencia de las Fuerzas Armadas, como brazo armado dispuesto a ser usado para preservar la soberanía e integridad del territorio argentino ante ataques externos. En cuanto a la organización administrativa de la defensa en Argentina es un organismo dependiente del Ministerio de Defensa- conformando dentro de la organización administrativa general del Poder Ejecutivo Nacional-, con dotación de personal con estado militar que se sujeta a las disposiciones de la Ley Nro 19.101 y además cuenta con un Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas Armadas cuyas previsiones constan en el anexo V de la Ley Nro 26.394.

Luego expusimos, los antecedentes del nacimiento de la legislación militar en base a diversos sucesos históricos y cambios políticos que imperaban en distintos momentos, destacando que, tales eran regidos desde las Ordenanzas de CARLOS III, el Código de BUSTILLO, posteriormente el de SACCHERI, cuyo derecho especial ha ido adaptándose a la normativa constitucional que, concordantemente mutaba con las mismas constituciones de 1.853, 1.929 y finalmente 1.994. Ésta última, fundamentalmente al incorporar los convenios internacionales de derechos humanos, operativizó el cumplimiento de los pactos internacionales que se explicitara en el caso CORREA BELISLE y Argüelles tramitados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el que se acordó una solución amistosa; entre otros en jurisprudencia nacional en el Caso LÓPEZ Ángel Ramón tramitados en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tal es así que, a instancia del Poder Ejecutivo Nacional, se propuso la modificación del Código de Justicia Militar, tendiente a sancionarse en el Congreso la Ley Nro 26.394 e instaurar el Nuevo Sistema de Justicia Militar, cuyos pilares fundamentalmente se encontraban basados en el cumplimiento de acuerdos internacionales, la igualdad de jurisdicción del personal militar respecto al civil, la derogación de la pena de muerte, como así también de figuras contempladas que se endilgaron de discriminatorias y entre otras motivaciones expuestas entre sus antecedentes.

En ese sentido, hemos realizado nuestro análisis respecto a los objetivos planteados y el confronte con los que consideramos cumplidos ó aquellos que nos han resultado insuficientemente alcanzados; sin desmerecer con ello, la labor significativa principalmente en las adecuaciones a los derechos humanos, tendientes a abolir la pena de muerte del sistema legal de nuestro país, como así también la exclusión de conductas discriminatorias tendientes a alcanzar el respeto por el derecho a la igualdad.

Entre otras de las modificaciones que apreciamos sustanciales destacar, ha sido la concerniente a la derogación del fuero penal militar para tiempos de paz, dejándolo con carácter residual y subsidiariamente aplicable para tiempo de guerra u otros conflictos armados, reseñando las particularidades respecto a la incorporación de delitos o agravamiento de figuras previstas en el Código Penal Argentino para el caso que fueren cometidos por personal con estado militar; habiendo efectuado una exposición y crítica de cada uno de ellos, tales como el agravamiento al delito de homicidio, de privación ilegítima de libertad, la incorporación de delitos especiales como las vías de hecho contra el superior, el atentado contra el superior, la instigación a desertar, etc.

Dentro del desarrollo, presentamos el procedimiento penal para tiempo de guerra u otros conflictos armados hemos expuesto, las instrucciones civiles para tal situación, y seguidamente por resultarnos desde nuestro punto de vista coherente y lógico que se hubiese considerado oportunamente en tal anexo, el régimen del derecho internacional de los conflictos armados en donde quisimos brindar las nociones básicas respecto al mismo, enunciando la legislación que rige tales situaciones excepcionales; destacando que hubiere sido apropiado incorporar al texto del Código Penal Argentino, tal como consta en otros países los tipos penales mediante dos capítulos que dispongan los delitos contra los derechos humanos y otro vinculado a los delitos contra el derecho internacional humanitario.

En ese sentido, el derecho internacional penal vigente, debería compatibilizarse e incorporarse a las normas de derecho interno, por cuanto resulta que el sistema judicial internacional penal requiere para ser efectivo y poder ejercer coherentemente su jurisdicción que los Estados persigan los autores de crímenes internacionales, previa incorporación en sus leyes nacionales de los delicta iuris gentium que no estén penados en sus derechos internos, esta incorporación es lo que permite juzgar por sí mismos estos crímenes en los juzgados penales nacionales, de lo contrario debería enjuiciarse por la

jurisdicción supletoria de la Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma que inclusive ha humanizado las penas (léase Ley Nro 26.200)<sup>269</sup>.

También hemos señalado, las Organizaciones Internacionales vinculadas a los conflictos armados, su respeto, el accionar y reseñamos sus labores por la trascendental importancia de tales, por su carácter humanitario como es el Comité Internacional de la Cruz Roja, que brega por la protección de víctimas de conflictos armados y por la ayuda humanitaria, así como respecto a la jurisdicción penal internacional que ha sido instituida a través del Estatuto de Roma, mediante la Corte Penal Internacional y su competencia respecto a los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra; la que ha sido ratificada por Argentina e incorporada al derecho interno mediante Ley Nro 26.200; más allá que tal como expresamos en el párrafo precedente sería apropiada la incorporación y concordancia con el Código Penal Argentino.

En este sentido, por observar las distintas esferas de responsabilidad en que puede ser sujeto activo un funcionario público militar ante conductas que infrinjan normas, hemos desarrollado sucintamente las previsiones del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas- Anexo IV de la Ley 26.394-, haciendo particularmente hincapié en la sanción de arresto riguroso, en el que propiciamos el cabal cumplimiento de las garantías propias del derecho penal para la privación de libertad. También, respecto a la disposición del artículo 13 inciso 23 del Código precitado, en cuya falta disciplinaria gravísima, se vincula la comisión de la falta con la del delito; por su estrecha relación con el derecho penal, hemos destacado algunas particularidades y previsiones.

Ahora bien, por nuestra parte dejamos de manifiesto el criterio formado en cuanto al derecho militar, considerándolo un derecho especial dadas las notas características de la Institución militar- tal como lo sostenían COMADIRA<sup>270</sup> y COVIELLO<sup>271</sup>-, así como la

---

<sup>269</sup> DOBOVSEK, José, “Derecho Internacional Penal”, o.p. Cit., pág 12.

<sup>270</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “*Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y Comentada*”- Tomo I, Editorial LA LEY, 2003, Pág. 16.

<sup>271</sup> COVIELLO, Pedro José, “*La Responsabilidad del funcionario militar*”, Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario Nro 2, 2004, Pág. 89.

existencia necesaria de las Fuerzas Armadas para la defensa del Estado que determina la misión- tal cual lo expresa SARMIENTO GARCIA<sup>272</sup>-; diferenciándose tanto en lo penal como en lo disciplinario militar, por ser un derecho que rige tanto en la paz donde deben ser respetados íntegramente los derechos fundamentales del profesional militar y diferenciándolo de un derecho especial con características propias que regirá en estados de excepción de guerra y otros conflictos armados, en el que prevalece el derecho internacional humanitario llegando hasta ser permitida la suspensión de algunos derechos humanos que encuentran plenas garantías durante tiempos de paz.

En ese sentido, el Estado se caracteriza por el ejercicio de poderes o potestades, que se ven limitadas por la legislación y los derechos individuales de las personas, entre los cuales se encuentra como desmembración del derecho de punición, la potestad de imposición de penas ante la comisión de delitos que se encuentra en poder del organismo del Estado con función judicial y por otro lado la potestad administrativa sancionadora como facultad de imponer sanciones ante infracciones a los deberes cometidos por sus agentes públicos, a fin de preservar el buen funcionamiento y la eficacia de la administración; en el que se encuentran funcionarios públicos investidos de estado militar y respecto al cual es factible responsabilizar en esferas de derecho internacional penal, razón por la cual resulta necesario que las previsiones normativas penales ante hechos presuntamente delictivos sean expresamente contenidos en la normativa interna es decir en el Código Penal Argentino.

Además apreciamos que, el desempeño de la actividad militar importa la capacitación y profesionalización para el uso de la fuerza o la violencia- tal como expresaba Platón-, consecuentemente, determina tal violencia en el combate la realiza en combate armado en defensa de la Patria razón por la cual las actividades vinculadas a la preparación e instrucción son necesarias para el caso de acaecer hechos que determinen el cumplimiento de su misión; en idéntico sentido los diversos operadores jurídicos deberían instruirse previamente e tiempos de paz para hacer frente a conflictos armados con los suficientes conocimientos adquiridos para sobrepasar exitosamente los requerimientos en tal situación de conflictos armados.

---

272 SARMIENTO GARCIA, Jorge, "Sobre la función Administrativa Militar", O.p. Cit., Págs. 365/366

En este Nuevo Sistema de Justicia Militar Argentino instituido por Ley Nro 26.394, es propio que el mismo sea integrado en la unidad de derecho y jurisdicción; diferenciado los órganos competentes judicial y administrativo, vigentes para tiempo de paz del penal militar de excepción que rige en caso de guerra y otros conflictos armados tanto desde el derecho interno como internacional vigente, cuyos principios y normas poseen diferentes basamentos y no parcializar sino integrar tales ámbitos, diversos tipos de responsabilidad que serán objeto de protección de distintos bienes jurídicos el interés del imperio de la norma en la sociedad argentina, el interés en proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional, ó en la disciplina la eficiencia del servicio para lograr el cumplimiento de las misiones encomendadas, entre otras.

Ahora bien, dado que en este nuevo sistema interno confluyen penas y faltas aunque de manera autónoma- según las previsiones establecidas en el artículo 8 del Anexo IV a la Ley Nro 26.394-, es propio tener presente, la interpretación del jurista argentino TERRAGNI, que sostiene la ley penal es el último recurso y a él se debe acudir sólo en casos de comprobada delictuosidad y cuando para sancionar las conductas disvaliosas no sean suficientes las reglas del derecho administrativo<sup>273</sup>.

Es por todo ello que, a fin de proyectar una mejora continua respecto a la Justicia en la organización de la defensa Argentina, propiciamos que se compatibilice lo oportunamente legislado con la incorporación de los delitos que se encuentran previstos en el derecho internacional de los conflictos armados en un capítulo y en otro los vinculados a infracciones contra los derechos humanos, es decir, lo concerniente al derecho penal internacional o sistema jurídico interno con implicancias internacionales (lucha contra la criminalidad internacional organizada) y del derecho internacional penal cuyo sistema legal deviene de normas internacionales o de competencia universal, entre ellos hímenes contra la paz<sup>274</sup>, crímenes de guerra<sup>275</sup>, crímenes contra la humanidad<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> TERRAGNI, Antonio, "*Delitos contra la Administración Pública*", o.p. cit., Pág 35.

<sup>274</sup> Crímenes contra la paz: Son los actos que importan el inicio de una guerra de agresión en violación a la normativa de la Sociedad de Naciones Unidas y del Pacto Briand Kellog de 1.929.

Es por ello que, hemos considerado realizar un análisis de los temas más relevantes del derecho militar argentino, que redundara en una contribución al conocimiento general de los diversos operadores jurídicos y pretendemos que sirva de base de futuros avances doctrinarios en éste ámbito o críticas que pudiere recibir, los que formarán parte de esta iniciativa.

En síntesis, dada la solución propuesta a la hipótesis planteada de la unidad del derecho y la necesaria integración normativa con convenciones y costumbres del derecho de guerra y derecho internacional de los conflictos armados, una asignatura pendiente a nivel legislativo sería la incorporación al Código Penal Argentino de un Capítulo vinculado a Delitos contra el derecho internacional humanitario, que sirve de ejemplo el derecho comparado por ejemplo de Perú, más aún cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ya se ha expedido acerca de los vínculos del derecho interno con el *ius cogens*.

Respecto a la praxis, esta investigación resalta la necesidad de una adecuada capacitación a los diversos operadores de este Nuevo Sistema de Justicia Militar, respecto a militares y civiles- sean magistrados o defensores-, que requiere el dictado de currícula universitarias vinculadas a esta, como así también sería oportuno que fuere una consigna a evaluar en los exámenes del Consejo de la Magistratura.

Cabría dejar signada una expresión de deseos, vinculadas a la organización del Poder Judicial Federal, en cuanto por la cantidad de causas que tramitan vinculadas a las Fuerzas Armadas, se estructure una Secretaría Militar conformada por civiles especialistas conocedores de la temática para que se avoquen al conocimiento de los casos que se le presenten, tanto en tiempo de paz como en el período y procedimiento excepcional normado para el caso de guerra y otros conflictos armados.

Finalmente, agregamos que dentro de esta unidad jurídica del derecho que propiciamos considerar vinculado a la organización de la Justicia en la Defensa Argentina,

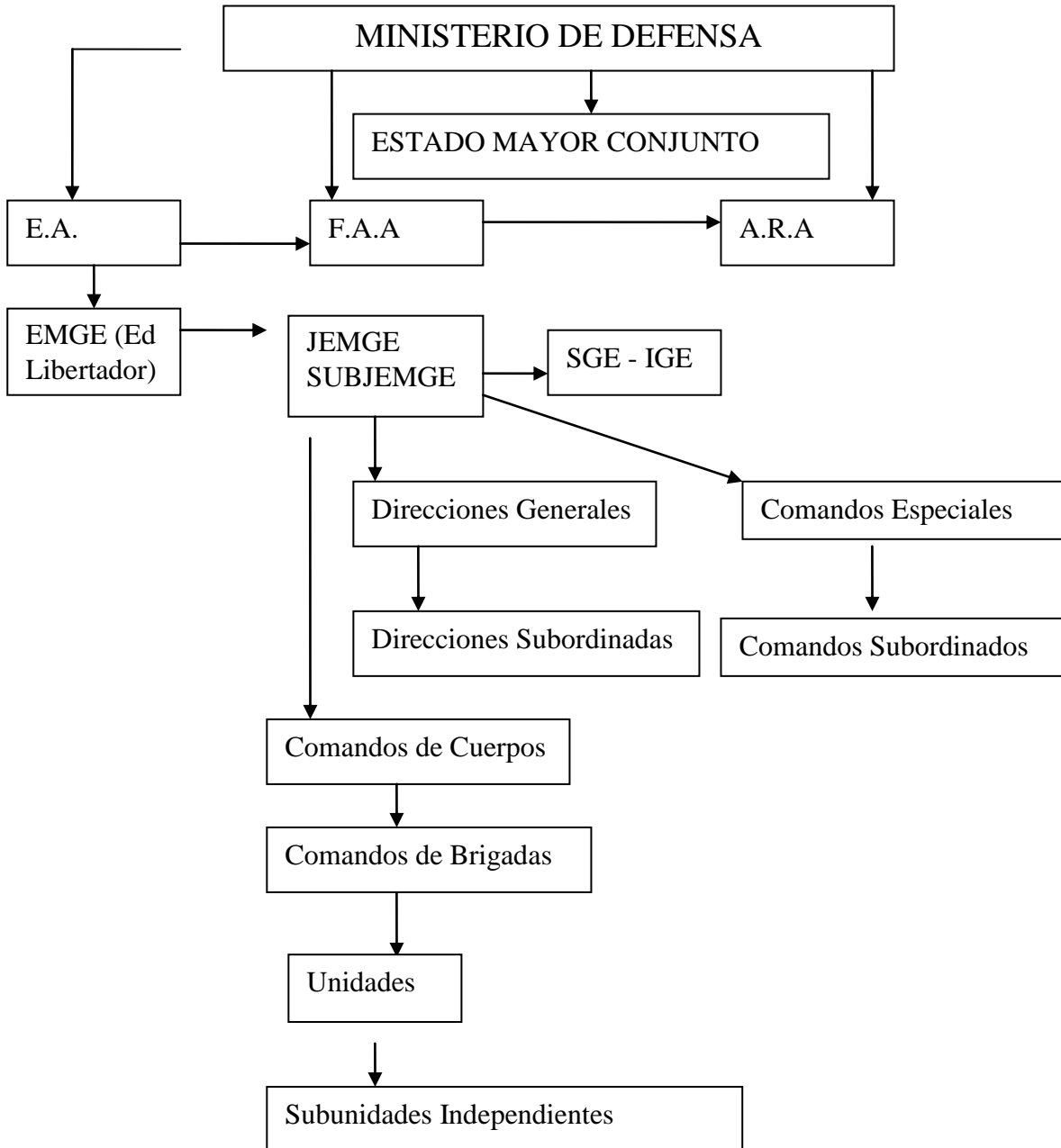
---

<sup>275</sup> Crímenes de guerra: es toda violación a normas internacionales humanitarias, sean consuetudinarias o convencionales reguladoras del derecho de los conflictos armados.

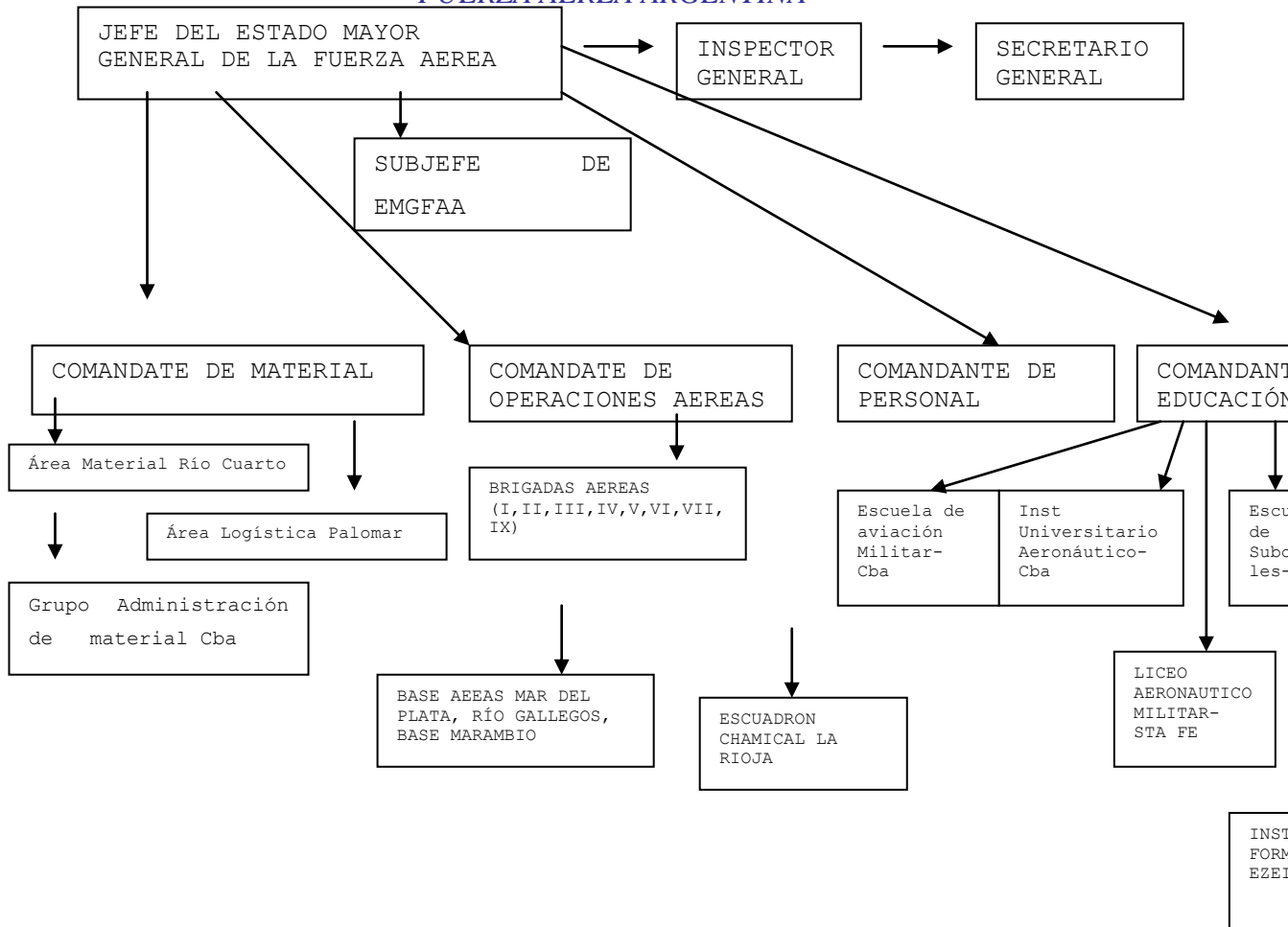
<sup>276</sup> Crímenes contra la humanidad son los asesinatos, sometimientos a esclavitud, deportaciones contra la población civil antes o durante una guerra, así como las persecuciones por motivos discriminatorios, todos ellos sean o no en violación de la legislación interna del país donde son perpetrados. Requiere de inhumanidad o gravedad, sistematización planificada, generalidad y contra la población civil.

los diversos operadores deben instruirse durante la paz para la hipótesis de que acaezcan conflictos armados, lo que requerirá no sólo capacitación e instrucción previa respecto a normas y procedimientos que se llevarán a cabo, sino la procura de relaciones de cooperación y coordinación, para que los procedimientos sean debidamente articulados y se aúnen los esfuerzos de los dos poderes del Estado.

## Apéndice I al Capítulo I

**Organización de las Fuerzas Armadas- Ejército Argentino.**

FUERZA AEREA ARGENTINA



## ARMADA ARGENTINA



## Apéndice II al Capítulo IV y V

### **Esquema Normativa de derecho militar vigente y Organismos**

#### Derecho Militar para tiempos de Paz:

1. La derogación del Fuero Penal Militar en tiempo de paz, obliga a los funcionarios militares, a que en caso que personal militar cometa por acción u omisión conductas delictivas, de carácter común o de lo que anteriormente se denominaban delitos esencialmente militares o acaecidos en establecimientos militares, debiendo ser informados inmediatamente al Juez Penal competente a fin de dar intervención para su investigación y juzgamiento. Sin perjuicio, de la obligación de preservar el lugar de hecho y prueba que circunda el delito.
2. La derogación del Código de Honor, basado en el honor caballeresco militar- bajo las reglas del duelo-, que implementara el General José de San Martín.
3. La instauración del nuevo sistema disciplinario de las Fuerzas Armadas: rige el Código de Disciplina -Anexo IV de la ley N°: 26.394-, determinando que las faltas disciplinarias que cometa el personal militar sean impuestas según su gravedad por los procedimientos y autoridades previstas.
4. Otras normas especiales: Leyes N°: 19.101, N°: 25.520, N°: 23.985, N°: 14.135, etc.
5. Convenciones internacionales de derechos humanos: rigen durante la paz - incorporadas por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional-, los cuales se podrán ver suspendidos durante un conflicto armado internacional.

#### a. Derecho militar para tiempo de Guerra y otros conflictos armados:

1. Derecho Internacional Humanitario para conflictos armados: rigen las Convenciones de Ginebra de 1.864, 1.949, 1.954 y 1.993, de la Haya de 1.899 y 1.907, la Convención de Roma del 2.000 y los Protocolos adicionales, siendo el Estado sujeto de derecho internacional y como tal integran su protección los combatientes, prisioneros de guerra,

refugiados y la población civil, a fin de evitar sufrimientos humanos innecesarios y preservar los bienes culturales.

La Jurisdicción compete a la Corte Penal Internacional respecto a los delitos calificados graves, pudiendo ser sujetos activos de crímenes contra la humanidad, de guerra, de agresión y de genocidio.

2. El procedimiento penal para tiempo de guerra y otros conflictos armados -Anexo II de la ley N°: 26.394-, para los delitos que cometa el personal militar, bajo el contexto de guerra, serán investigados y juzgados por el régimen ordinario para la paz, salvo cuando las dificultades provenientes de la guerra sean insuperables y la demora en su juzgamiento pueda ocasionar perjuicios a la eficiencia operativa o capacidad de combate. Ante tal situación, dispone la creación mediante Decreto Presidencial y dependiente de éste, de los consejos de guerra especiales, para el Juzgamiento de los hechos delictuales, dejando la instrucción de causas penales a cargo de Jueces de Instrucción Militar.

3. Las Instrucciones para la población civil en tiempo de guerra que rigen en las zonas de operaciones o de combate conforme al anexo III- Ley N°: 26.394.

### **Los Nuevos Órganos de Investigación y Juzgamiento**

a. Para tiempo de Paz crea Consejos de Juzgamiento de Faltas (Anexo IV):

1. Consejos Disciplinarios: en toda instancia que cuente con auditor adscripto para el juzgamiento de faltas graves y gravísimas.
2. Consejo General de Disciplina: será la máxima instancia de Juzgamiento de faltas disciplinarias graves y gravísimas en cada Fuerza por competencia originaria y apelada con respecto a las decisiones de los Consejos de Disciplina.
3. Consejo General de Guerra: con nivel del Ministerio de Defensa y del Estado Mayor conjunto- respecto a oficiales superiores ante faltas gravísimas.

b. Para tiempo de Guerra u otros conflictos armados (Anexo II):

1. Los Jueces de Instrucción Militar, investigarán presuntos hechos delictivos, observando en lo posible el Código de Procedimiento Penal de la Nación.
2. Mediante Decreto el Poder Ejecutivo Nacional y bajo dependencia de éste, creará para el Juzgamiento de los hechos delictivos cometidos por personal militar, Consejos de Guerra Especiales.

## **Principales abreviaturas**

A.G.N. Asamblea General de Naciones Unidas

A.R.A. Armada Argentina

Art. Artículo

B.O. Boletín Oficial

C.C. Código Civil

CICR Comité Internacional de la Cruz Roja

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

C.J.M Código de Justicia Militar

C.N. Constitución Nacional

C.Nac. Cont. Adm. Fed. Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal

C.P. Código Penal

CPI Corte Penal Internacional

C.P.P.N. Código Procesal Penal de la Nación

C.S.J.N. Corte Suprema de Justicia de la Nación

DD.HH Derechos Humanos

DIH Derecho Internacional Humanitario

Dto. Decreto

E.A. Ejército Argentino

E.M.CO. Estado Mayor Conjunto

F.A.A Fuerza Aérea Argentina

FF.AA. Fuerzas Armadas

L.N.P.A. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

LPM Ley de Personal Militar

LSMV Ley de Servicio Militar Voluntario

O.E.A. Organización de Estados Americanos

ONU Organización de Naciones Unidas

## **Bibliografía según sus fuentes**

### 1. Fuentes Legislativas

#### 1.1. Legislación Nacional General

- Constitución de la Nación Argentina
- Leyes Nros. 3.109, 3.737,4.707, 4.708.
- Ley Nro 11.179 Código Penal de la Nación Argentina
- Ley Nro 23.984 Código Procesal Penal de la Nación Argentina
- Ley Nro 14.029 Código de Justicia Militar (Derogado)
- Ley Nro 16.970- " Defensa Nacional y Sistema Nacional de Planeamiento y Acción para la Seguridad"- (Derogada)
- Ley Nro 19.101- Personal Militar
- Ley Nro 23.554 Defensa Nacional
- Ley Nro 24.059 Seguridad Interior
- Ley Nro 24.423 Servicio Militar Voluntario
- Ley Nro 26.394 Nuevo Sistema de Justicia Militar
- Decreto Nro 1537/94 “Suspensión del Servicio Militar Obligatorio”
- Decreto Nro 2666/1012- Reglamentación del Nuevo Sistema de Justicia Militar

#### 1.2. Legislación Nacional Específica

- Reglamento de actuaciones disciplinarias- Resolución Nro 125/2.009- Ministerio de Defensa.
- Reglamento de terminología castrense, RFP-99-01, Ejército Argentino, Edición Año 2.001.

#### 1.3. Legislación Internacional

- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados

- Convención Americana de Derechos humanos-
- Carta del Juicio de Nüremberg, anexa al Acuerdo de Londres
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC 3/83 del 8 de septiembre de 1983.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Americana de Derechos Humanos relativa a la Abolición de la Pena de Muerte
- Convención Internacional para evitar toda forma de discriminación racial.
- Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas del año 1994.
- Convención de Londres del 19 de Junio de 1.951 sobre el Estatuto de las fuerzas de los Estados partes al Tratado de la Alianza Atlántica Norte.
- Convención sobre extradición de Montevideo 1.933.
- Tratado de derecho penal internacional de Montevideo 1.940.
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.
- Resolución 45/58 de la Asamblea General de Naciones Unidas, “Relación desarme general y completo bajo control internacional y su relación con el desarrollo”, O. Conceptos y políticas de seguridad con fines defensivos.
- Comité de derechos humanos, Observación General Nro 29.
- Comité de derechos humanos, observación general Nro 13.
- Convenios I, II, III y IV de Ginebra, Protocolos adicionales.
- Constitución de Chile
- Códigos Penales de países extranjeros, Alemania, Chile, Francia, Honduras, Perú.
- Ley Española 85/1.978
- Ley Española 17/1999
- Ley Nro 19.653 de la República de Chile, Ley Nro 438 de la República de Nicaragua, Dto. Nro 89/2.002 de la República de Guatemala.

## 2. Fuentes Jurisprudenciales

### 2.1. Jurisprudencia Nacional

- CSJN autos Nro 2.845 caratulados “LOPEZ, Ramón Ángel sobre recurso del artículo 445 bis del Código de Justicia Militar”.
- CSJN Fallos 327:4185- Sumario- “ASTORGA BRACHT, Sergio y otro vs. Comisión Federal de Radiodifusión sobre amparo”- del 14 de octubre 2004.
- CSJN, Fallos 261-361- Sumario- In re García "GARCÍA, Raúl Héctor, y otros c/ Provincia de Santa Fe".
- Causa: D.126.XXI, “DI SALVO, Octavio s/hábeas corpus”, resuelta el 24/3/8, consid. 5°.
- CSJN, Fallos, 137-254- Sumario – “SALAZAR DE CAMPO, Carmen c/ Provincia de Bs. As- Interdicto de recobrar”.
- CSJN, Fallos 211:162 y 193 “MERK QUÍMICA ARGENTINA c/ Gobierno Nacional s/ recurso federal por Interdicto de recobrar la posesión de empresa de propiedad del estado enemigo”
- CSJN, Fallos 147:45 “TÓRTORA, Pedro Victorio s/ insubordinación a mano armada con vías de hecho”.
- CSJN, Fallos 54:577 “ESPINA, Mario s/ Rebelión” del 20 de diciembre de 1.983.
- CSJN, Fallos 310:1797 “LÓPEZ, Osvaldo Antonio s/ Asociación ilícita- revelación de secretos” del 14 de octubre de 2.004.
- CSJN, JPBA, 33-5643-1- Sumario -
- CSJN, Fallos, 296-543; LL, 1977-C-636- Sumario, “LUIS PODESTÁ S.R.L. c/ Municipalidad de Buenos Aires”
- CSJN Fallos 300:67 Sumario, “BARNECHE, María Cristina Zuloaga de c/ Verde Ónix S.C.A.”.
- CSJN Fallos 322:1253, 327:51- Sumario 18, “IRIBAREN, Casiano Rafael c/ Provincia de Santa Fé s/ Acción declarativa”.
- CSJN, Fallos 205-17; 245-351- Sumario, “SOCIEDAD STEWALTY SEALY C/ Nación y Gianini Renzo Arnoldo”.
- CSJN, 28-12-77, Fallos 199- 428- Sumario, “GRANDES COMPAÑÍAS DE PUBLICIDAD S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”.
- CSJN, Fallos, 172-21- Sumario, “AVICO, Oscar Agustín c/ De la Pesa Saúl”.
- CNCrim y Correc., 2Nov90, LL, 1991-C-73 y 74- Sumario
- CNTrab., Sala II, 29Mar74, LL, 155-731- Sumario

- Tribunal Superior de Justicia de CORDOBA- Sala Contencioso Administrativa, resolución Nro 427 del 25 de octubre de 2.001.
- Tribunal Superior de Justicia de CORDOBA- Sala Contencioso Administrativa, resolución Nro 37 del 05 de Junio de 2.007.
- Suprema Corte de Justicia de MENDOZA, en autos Nro 87.437 caratulados “YANKELOVICH, María Angélica c/Gobierno de Mendoza APA” del 26Sep08
- Suprema Corte de Justicia de MENDOZA, autos 67.037 caratulada “MARINELLI, Sergio Omar Alejandro c/ Municipalidad de Mendoza y otro s/ APA
- Suprema Corte de Buenos Aires, 12Abr88, A y S, 1988-I-637- Sumario.
- Cámara Nacional Criminal y Correccional, 20Abr86, ED, Sala VI, 20Abr86, LL, 1986-C-240.

## 2.2. Jurisprudencia Internacional

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Casos 11.758 caratulados “Rodolfo CORREA BELISLE vs. Argentina” y 12.167 “ARGÜELLES y Otros vs. Argentina.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de marzo de 2.001 Caratulados “Barrios Altos vs. Perú”.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia- Sentencia TAIC- del 07 de mayo de 1.997, párrafo 648. También artículo 7 párrafo 2do del Estatuto de Roma.
- Suprema Corte de los Estados Unidos de América, “Thompson vs. Oklahoma”, 487 U. S. 815 (1988)
- Suprema Corte de los Estados Unidos de América, “Roper (Superintendente del Centro Correccional de POTOSÍ) vs. Simmons”.
- Suprema Corte de los Estados Unidos de América, “James Mc Culloch v. The State of Maryland”, 17 U.S. 316, 06 Mar 1.819.
- Suprema Corte de los Estados Unidos de América, Decisión Nro 88-155 del 21 de Junio de 1.989. Las excepciones a la libertad de expresión en los Estados Unidos de América.
- Suprema Corte de los Estados Unidos de América, “Levy v. Parker” - 396 U.S. 1204, 1.969; Parker prisionero obtiene la libertad bajo fianza juzgado por violar el artículo 134 del Código de Justicia Militar.

- Suprema Corte de los Estados Unidos de América, “Hamdam vs. Rumsfed”, 548 U.S. 557 (2.006), prisionero en la Bahía de Guantánamo- respetar la protección de las personas establecida por el derecho internacional humanitario y en el procedimiento las garantías fundamentales.

### 3. Doctrina citada y consultada

ABÁSULO, Ezequiel, “*La transformación del derecho penal militar argentino ante la perspectiva histórica*”, Revista Argentina de Derecho Militar Nro 2, Año 2004.

- “*El derecho penal militar en la historia Argentina*”, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba XXXV, Córdoba, 2.002.

ANDRÈU GUZMÁN, Federico “*Fuero militar y derecho internacional*”, Comisión Internacional y Colombiana de Juristas, Bogotá, 2.003.

BECCARIA, Cesare- “*De los delitos y de las Penas*”, Ediciones Libertador, Año 2005.

BELTRÁN, Virgilio “*La Defensa Nacional y los poderes del Presidente*”, Revista Argentina de Derecho Militar Nro 4.

BIGLIERI, Alberto, “*Manual de Derecho Administrativo*”, Editorial La Ley, Buenos Aires, Año 2.011.

BLANCHÓN, Mirra, “*La Bundeswehr alemana: ciudadanos de uniforme*”, (En Diario Deutsche Welle, publicado el 07 de junio de 2.005).

CARDOZO, Mariela dirigida por MASSIMINO, Leonardo, “*El derecho disciplinario de las Fuerzas armadas de la República Argentina- Análisis crítico*”, Tesis para optar por el título de Magíster en derecho administrativo de la Economía- UNC.

CARRARA, Francisco, “*Programa de derecho criminal- Parte General- Vol. II*”, Editorial Themis, Bogotá, 1962.

CERDÁ, Carlos (General de Justicia del Ejército Argentino), *“El Derecho Internacional Humanitario en la Guerra de Irak”*, Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario Nro 2, del 02 de Junio de 2.004.

CESARI HERNANDEZ, Daniel, *“Homicidio agravado por la condición de militar”*, artículo publicado en la Web de la Universidad del Salvador, Artículo digital Universidad – El Salvador.

COMADIRA, Julio Rodolfo, *“Procedimientos Administrativos- Ley Nacional de Procedimientos administrativos- Anotada y comentada”*-Tomo I-Editorial La Ley, 2.003.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *“Resumen de los Convenios de GINEBRA del 12 de agosto de 1.949 y de sus protocolos adicionales”*, Editorial CICR, Año 2005.

CORDERO PANDO, Jesús, *“Ética y sociedad”*, Editorial San Esteban, Salamanca, España, Año 1.981.

COTINO HUESO, Lorenzo, *“El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas”*, Cuadernos y debates Nro 144, Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2.002.

COVIELLO, Pedro José, *“La responsabilidad del funcionario militar”*, Revista Argentina de Derecho Militar y derecho internacional humanitario Nro 2, 2.004.

Cowell, Frank Richard, *“La vida cotidiana de GRECIA y ROMA, en la civilización occidental”*, Editorial Labor- Barcelona 1966.

CREUS, Carlos, *“Esquema de derecho penal”*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, Año 1.993.

CUELLO, Claudio – “*Las Fuerzas Armadas y el Estado*”- Publicación de Defensa-Centro Argentino de Estudios Internacionales.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, “*El derecho disciplinario de la función pública*”, Instituto Nacional de Administración Pública; México, Año 1999.

DE MULENEN, Frédéric, “*Manual sobre el derecho de la Guerra para las Fuerzas Armadas*”, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1.991, Pág. XVIII.

DOBOVSEK, José, “*Derecho Internacional Penal*”, 1ra Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2.008.

ESPINOSA, Carlos Alejandro, “*Régimen jurídico de las Fuerzas Armadas- La condición jurídica de los militares en México*”, Editorial Universidad Nacional de México, Serie Estudios Jurídicos Nro 182, México, Año 2.011.

FIGARI, Rubén, “*Normas incorporadas por la ley 26.394 al Código Penal a raíz de la derogación del Código de Justicia Militar*”, publicado en la Web <http://rubenfigari.com.ar/>

FILIPPI Leonardo y TCHRIAN Karina, “*El nuevo sistema de Justicia Militar argentino – Comentario a la Ley 26.394*”, Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen XXXI, Nro 91, Julio a Diciembre de 2.010.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, “*Características del Enjuiciamiento Penal Militar en México*”, Estudios Penales de México, Escuela Nacional de Artes Gráficas, México 1977.

GARCIA PULLES, Fernando, “*La distinción entre delitos y faltas*”, Doctrina del Suplemento Derecho Administrativo, Buenos Aires, 06 Sep 06-Editorial LexisNexis.

GAVET, André- Capitán del Ejército Francés, “*El arte de mandar*”, 4ta Edición, Editorial de la Dirección e Publicaciones Militares Nro 38 Anexo, Buenos Aires, 1.982.

GOMEZ MARTÍN, Víctor, “*La doctrina del Delictum sui generis ¿Queda algo en pie?*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología- 07-06, Barcelona, España, Año 2005.

Henckaerts, Jean-Marie, Publicación Ref. 0860, Revista Internacional de la Cruz Roja, volumen 87, Nro. 857 del 19-03-2007.

HERNÁNDEZ DE OLMO, Pedro, “*Los militares ¿ciudadanos de uniforme?*”, (En: Diario Aragonés Liberal, España, 02 de Junio de 2.011).

HUNTINGTON, Samuel, “*El Soldado y el Estado*”- Círculo Militar, Editorial Leonardo, Buenos Aires- 1.964.

IVANEGA, Miriam Mabel; “*Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*”, Ediciones RAP, 2.010.

JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco, “*Introducción al derecho penal militar*”, Madrid, España, Editorial Civitas S.A., 1.987.

MASSIMINO, Leonardo, “*Los caracteres del acto administrativo y el efecto suspensivo de los recursos administrativos*”, Centro de Estudios sobre Gestión Pública y responsabilidad.

MOSKOS Jr., Charles, “*Las Fuerzas Armadas y la sociedad*”, Editorial Alianza, Madrid, 1.984.

MUHICH, Norberto, Capitán de Corbeta de la Armada Argentina, “*¿Puede ejercitar el militar sus derechos fundamentales de la misma manera que cualquier ciudadano?*”, Revista del Centro Naval Nro 823- Enero /Abril de 2.009

NIETO MARTIN, Adrián, “*Los derechos humanos en el derecho penal militar y en la guerra*”, Revista Italiana de derecho y procedimiento penal, 2008, Nro 3 en versión Italiana “*I Diritti Humani in il diritto penale militare e in la guerra*”, Rivista Italiana di diritto e procedura penale, 2008, Nro 3.

NUÑEZ, Ricardo, “*Manual de Derecho Penal- Parte especial*”, 2da Edición, Editora Córdoba Marcos Lerner, Córdoba, 1999.

PELLEGRINI, Carlos, “*Extracto del último discurso ante el Congreso Nacional*”, 11 de Junio 1.906- Honor Militar.

PIÈRÉS, Gabriel, “*La contrainsurgencia en el siglo XXI y su crítica-La Década de los 80 fue Clave para la Evolución de la Contrainsurgencia*”, Cuadernos de actualidad en Defensa y Estrategia Nro 3, Editorial Ministerio de Defensa Argentino.

PLATÓN, “*La República*”, Editorial Nueva Acrópolis, España.

RIVAROLA, Rodolfo, “*Derecho Penal Argentino*”, Editorial Librería Argentina, Bs. As., 1910.

RODRIGUEZ, Agustín y Beatriz de, “*Delitos contra la Administración Pública*”, Ediciones Juris, Buenos Aires, Año 2002.

ROMERO, César Enrique, “*Derecho militar y Constitución*”, Imprenta de la Universidad, Córdoba, Argentina.

RUIZ MORENO, Isidoro, “*El militar y la Constitución*”, Revista de la Escuela Superior de Guerra Nro 566.

RUIZ RUIZ Ramón, “*La distinción entre reglas y principios y sus implicancias en la aplicación del derecho*”, WWW. Urbeetius.org; Nro 20.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “*Sobre la función administrativa militar*”, Obra conjunta Instituto de Estudios de Derecho Administrativo- Mendoza, Ediciones DIKE, 2.002, Tomo VIII.

- “*El Funcionario Público*”, Obra conjunta Instituto de Estudios de Derecho Administrativo- Mendoza, Ediciones DIKE, 2.002, Tomo VII.

SARRÍA, Félix, “*Derecho Administrativo*”, Ediciones Assandri, Córdoba, 1.961.

SESÍN, Domingo Juan e IVANEGA Miriam Mabel, Segundo Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México 7 al 9 de Septiembre de 2010.

SINÓPOLI, Santiago Mario, Tesis doctoral “*El derecho constitucional militar*”, UCA, Facultad de Derecho, (2.003) recuperado el 29 de mayo de 2.013, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/el-derecho-constitucional-militar.pdf>; bajo la dirección de SAGÜES, Néstor.

SOLA, Juan Vicente, “*Manual de Derecho Constitucional*”, Editorial La Ley, 1ra Edición, 2.010.

STEVEN, Paul Schott, “*EE.UU. Fuerzas Armadas y Defensa Nacional, el marco legal*”, del Centro de Estudios y Estrategia Internacional” traducción del texto original “U.S. Armed Forces & Homeland Defense, the legal Framework”, The Center Strategic & Internacional Studies, 2.001.

TAZZA, Alejandro, “*Modificación al Título V del Código Penal - La privación ilegal de libertad coactiva, calificada por estado militar*”, Cátedra Penal II- Universidad Nacional de Mar del Plata.

TEJEDOR, Carlos, “*Proyecto del Código Penal para la República Argentina*”, Editorial Imprenta del Comercio del Río de la Plata, Bs. As., 1866, Parte primera.

TERRAGNI, Marco Antonio, *“Delitos propios de los funcionarios públicos”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ra Reimpresión, Mendoza, Año 2.005.

UGARTE, José Manuel, *“Los conceptos jurídicos y políticos de la Seguridad y la Defensa”*, Editorial PLUS ULTRA S.A.- Año 2003.

VASSEY John William., *“Citando a Sócrates y Glauco”*, Revista de Publicaciones navales, 1987 1er trimestre.

VERA BARROS, Oscar, *“Delitos contra el Orden Publico”*, Editora Córdoba, Córdoba, Año 2002.

VILLAPANDO CESAR, José Manuel, *“La Justicia Militar en México”*, Revista RP Nro 95, Instituto Nacional de Administración Pública, México, Año 1.995.

#### 4. Diccionarios

Real Academia Española, Diccionario de Lengua Española, Vigésima Edición, Editorial ESPASA, Madrid, 1.992, Tomo II.

#### 5. Informes

Informe UPI, Diario CLARIN, 23 Oct 1988

CIDH, Informe No. 78/07, Caso 12.265, Fondo (Publicación), Chad Roger Goodman, Las Bahamas, 15 de octubre de 2007, Párr. 34.

Institucional de EJERCITO ARGENTINO- Reseña del Servicio de Justicia, Ingreso a la Institución Año 2005.

D. Thian, Citado en colectivo de abogados José Alvear Restrepo, redes de esperanza, Bogotá, Colombia, 2.005.

## 6. Sitios Web consultados

- Web ejército.mil.ar, faa.mil.ar, ara.mil.ar
- <http://www.colegiomilitar.mil.ar/2008/profesionales/justicia.asp>
- www.biblioteca.jus.gov.ar -Nota enviada al Congreso por el Ministerio de Defensa, Septiembre 2006.
- <http://informe21.com/politica/12/08/03/la-cidh-pide-una-moratoria-en-la-aplicacion-de-la-pena-de-muerte-en-america>
- [http://articles.cnn.com/2002-06-20/justice/scotus.executions\\_1\\_mentally-retarded-criminals-executions](http://articles.cnn.com/2002-06-20/justice/scotus.executions_1_mentally-retarded-criminals-executions)
- www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/DERECHOPENAL.
- <http://rubenfigari.com.ar>
- www.penalDOSMDQ.blogspot.com/2010/10/privacion-de-libertad-coactiva
- <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28157/norma.htm>.
- <http://www2.law.ox.ac.uk/opbp/GaysinMilitaryFinal%20Submission.pdf>
- <http://www.soc-mil-law.org/seminar%10Rhodos%Report.htm>.

## 7. Dictámenes

Procuración de Tesoro de la Nación, Dictámenes 241:626.

## Índice Analítico

### “La Justicia en la Organización Militar Argentina”

#### Introducción

1. Presentación del tema -----	01/03
2. Formulación de la tesis- Objetivos-----	03/04
3. Alcances y límites de la Investigación-----	05
4. Metodología empleada-----	05/06
5. Importancia del tema-----	06/07
6. Plan de exposición- Estado de la cuestión-----	07/09

#### CAPITULO I

#### **La Organización de la Defensa y la evolución de la Justicia Militar en la República Argentina**

1. La organización de la Defensa en Argentina. -----	10
1. 1. La existencia necesaria de las Fuerzas Armadas como garantía del Estado--	11/14
1. 2. El lineamiento jurídico general de la Defensa en la República Argentina--	14/18
1. 2. 1. Atribuciones del Presidente y del Congreso por mandato constitucional--	18/19
1. 2. 2. Los Antecedentes legislativos de la Defensa Nacional-----	20/25
1. 3. La organización administrativa de las Fuerzas armadas argentinas-----	26/29
1. 4. La organización del personal militar en la Defensa Argentina-----	29/32
1. 4. 1. El status jurídicos o estado militar-----	32/36
2. La evolución de la Justicia Militar Argentina y La instauración del Servicio de Justicia Militar Argentino-----	36
2. 1. El Gobierno Colonial en América-----	37/38
2. 2. La primera década de la revolución, desde Mayo 1.810 hasta la formación de la provincia de Buenos Aires -----	38/40
2. 3. El año 1.820 y el origen institucional de Buenos Aires-----	40/41
2. 4. El predominio de Juan Manuel de Rosas. El partido federal de Buenos Aires--	41
2. 5. El gobierno de Urquiza. La Constitución Nacional y Buenos Aires-----	42/43
2. 6. Las presidencias de Mitre, Sarmiento y Avellaneda. La organización institucional hasta la capitalización de Buenos Aires-----	43

3. La legislación de Justicia Militar en la República Argentina-----	44
3. 1. El derecho penal militar español durante el antiguo régimen-----	45/48
3. 2. El derecho represivo castrense aplicado en las Indias-----	48/50
3. 3. El primer derecho penal militar Patrio (1.810- 1.819) -----	50/51
3. 4. La penalidad castrense Argentina en el tránsito de la República hacia su organización definitiva (1.820- 1.851) -----	52/54
3. 5. Organización constitucional y cambios de mentalidad (1.852-1.861)-----	54/55
3. 6. La incorporación de novedades en la regulación vigente y alternativas en torno a la codificación (1.862- 1.882)-----	55/59
3. 7. Ajustes en el derecho positivo, pretensiones reformistas y contrastes de mentalidad (1.899/1.942)-----	59/62
3. 8. Transformación y recodificación del derecho penal militar (1.943/1.955) ----	62/64
3. 9. El derecho penal militar contemporáneo. Reformas y principales debates-----	64/66
3. 10. El Código de Justicia Militar Ley Nro 14.029-----	66/69
3. 10. 1. El Procedimiento ordinario en tiempo de paz-----	69/71
3. 10. 2. El Procedimiento en tiempo de guerra-----	71/75
3. 10. 3. La previsión de la pena de muerte en el Código de Justicia militar Argentino-- -----	75/77
3. 10. 4. El procedimiento para su aplicación-----	77/79
4. Conclusiones preliminares-----	79/80

## CAPITULO II

### **Antecedentes de la reforma del Código de Justicia Militar mediante la Ley Nro: 26.394 y la importancia de la abolición de la pena de muerte**

1. Los antecedentes de la reforma y el resultado de las modificaciones-----	81/83
1. 1. La nota de elevación del proyecto de ley Nro 26.394-----	84/87
1. 2. La exposición de motivos del proyecto de ley Nro 26.394-----	87/92
1. 3. El Caso Rodolfo CORREA BELISLE - reseña y comentarios-----	92
1.3.1. Alegaciones de la actora -----	93
1.3.2. La defensa del Estado-----	93/94
1.3.3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos-----	94/95
1.4. Análisis del cumplimiento de objetivos propuestos en la reforma-----	96/97

1.5. Otros antecedentes en el orden nacional, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Caso Ángel Ramón López-----	97/101
2. La importancia de la abolición de la pena de muerte-----	101
2. 1. Antecedentes de la pena capital-----	102/105
2. 2. La vigencia de la pena de muerte-----	105/107
2. 3. La abolición de la pena de muerte mediante ley Nro 26.394-----	107/109
2. 4. Disposiciones de Derechos Humanos vinculadas a la pena de muerte-----	109
2. 4. 1. La situación en Europa-----	109/110
2. 4. 2. Situación en América-----	110/113
2. 5. Disposiciones del Derecho Internacional de los conflictos armados-----	113/115
3. El derecho a la igualdad y no discriminación en la Ley Nro 26.394-----	116/118
4. Conclusiones preliminares-----	119/123

### **CAPITULO III**

#### **Modificaciones introducidas por el Nuevo Sistema de Justicia Militar al derecho penal y procesal penal de la Nación Argentina**

1. Las modificaciones sustanciales de la Ley Nro 26.394 al Derecho Penal militar-----	124/125
1.1. Incorporación de cambios sustanciales al Código Penal y de Procedimiento Penal de la Nación, los que se introdujeron en el Anexo I, vigentes para tiempos de Paz-----	126/128
2. Las modificaciones al articulado del Código Penal, el funcionario militar -----	128/129
2. 1. Delitos contra la vida-----	129/134
2. 2. Delitos contra la libertad de las personas-----	134/136
2. 3. Delitos contra el Orden Público-----	136/138
2. 4. Delitos contra la Seguridad de la Nación-----	139/144
2. 5. Delitos contra la Administración Pública-----	144/161
3. Las modificaciones al articulado del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN)-----	162
3. 1. Competencia de Juzgados Penales y Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal-----	162/163

3.2. Incorporación del artículo 184 bis- Facultades conferidas por la ley 26.394-----	163/164
3. 3. Los actos de las fuerzas armadas en tiempo de conflicto armado y zona de combate-----	164/165
3. 4. Incorporación de tratamiento especial previsto en el artículo 250 del Código Procesal Penal de la Nación-----	165/166
4. Conclusiones preliminares-----	166/169

## CAPITULO IV

### **El derecho penal militar durante la guerra u otros conflictos armados en las nuevas previsiones del Sistema de Justicia Militar Argentino y del derecho internacional de los conflictos armados**

1. Introducción el derecho penal militar de excepción-----	170/173
1. 1. Procedimiento. Excepcionalidad y guerra-----	174/177
1. 2. Creación de nuevos órganos para el caso de conflictos armados-----	177/178
1. 3. Las resoluciones y recursos-----	178/179
1. 4. Instrucciones a civiles durante la guerra y otros conflictos armados-----	179/180
2. El derecho internacional de los conflictos armados-----	181/184
2. 1. La importancia y especificidad de la temática -----	184/186
2. 2. Auge del Derecho internacional de los Conflictos armados. Tras la Segunda Guerra Mundial -----	186/189
2. 3. El Estatuto del Combatiente-----	189/190
2. 4. Los principios vigentes en el Derecho Humanitario-----	190/193
2. 5. Los heridos, enfermos y náufragos-----	194
2. 6. Los prisioneros de guerra-----	195/196
2. 7. Los excluidos del combate. Las poblaciones y bienes civiles-----	196
2. 7. 1. Las prohibiciones respecto al personal civil-----	197
2. 7. 2. El personal sanitario y religioso militar-----	197/198
2. 8. Los conflictos armados sin carácter internacional-----	198/200
2. 9. El principio de igualdad en los conflictos armados-----	200/201
2.10. La Cruz Roja Internacional (CICR) -----	201/202
3. La Jurisdicción Penal Internacional- La Corte Penal Internacional-----	202/206

4. Conclusiones preliminares-----	207/209
-----------------------------------	---------

## **CAPITULO V**

### **El Código de disciplina de las Fuerzas Armadas Argentinas y el Servicio Conjunto de las Fuerzas Armadas**

1. El Anexo IV de la Ley Nro 26.394- Código de disciplina de las Fuerzas Armadas-----	210/211
1. 1. Exposición y análisis del sistema disciplinario militar – generalidades-	211/216
1. 2. La Autonomía del Régimen disciplinario- Vinculación a la causa penal-----	216/218
1. 3. Particularidades del Sistema disciplinario militar- Faltas, sanciones y procedimientos sancionatorios-----	219/224
1. 4. Especial referencia y precaución ante la sanción de arresto riguroso ---	225/228
1. 5. Criterios de valoración, atenuantes, agravantes y eximentes-----	229
1. 6. Procedimientos de aplicación de sanciones disciplinarias-----	230/237
2. El Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas Armadas-----	238/239
3. Conclusiones preliminares-----	240/241

## **CAPITULO VI**

### **Conclusiones finales acerca de la Justicia en la Organización de la Defensa de la República Argentina-----**

-Apéndice I al Capítulo I-----	251/253
-Apéndice II al Capítulo IV y V-----	254/256
-Principales Abreviaturas-----	257
-Bibliografía según fuentes-----	258/269
-Indice-----	270/274