

EDUARDO P. JIMENEZ
ALEJANDRO TAZZA

SISTEMA JURIDICO MILITAR

EDUARDO P. JIMENEZ
ALEJANDRO TAZZA

SISTEMA URIDICO MILITAR

Presentación de E. Raúl Zaffaroni

El presente libro constituye un tratado de derecho militar que aborda los aspectos más relevantes de la disciplina jurídica que regula la actividad de las Fuerzas Armadas. El autor, Eduardo P. Jimenez, es un reconocido experto en la materia, lo que le permite ofrecer una visión clara y completa del sistema jurídico militar, desde sus fundamentos hasta sus aplicaciones prácticas. El libro es una obra de consulta indispensable para los juristas, los militares y los interesados en el tema.

Prólogo de Nicolás García Rivas

ISBN 978-850-574-258-2



9 789505 742592

EDIAR

ALEJANDRO TAZZA
EDUARDO P. JIMENEZ

SISTEMA JURIDICO MILITAR

- Inconstitucionalidad del régimen derogado
- Análisis crítico de la normativa vigente
- Delitos de naturaleza militar incorporados al Código Penal



Buenos Aires – Argentina

Jiménez, Eduardo Pablo
Sistema jurídico militar / Eduardo Pablo Jiménez
y Alejandro Tazza -1º ed. - Buenos Aires: Ediar,
2010.
258 p.; 21x15 cm.
ISBN 978-950-574-259-2
I. Derecho. I. Tazza, Alejandro II. Título
CDD 340

IMPRESO EN LA ARGENTINA

QUEDA HECHO EL DEPÓSITO QUE EXIGE LA LEY 11.723

Copyright by Editora AR S. A.
Tucumán 927, 6º piso
Buenos Aires
2010

Para Juan Manuel Jiménez (Poro), quien a sus ochenta años todavía sigue dando cátedra de ética y grandeza humana, y para Juan Manuel Jiménez (Juancito), quien a sus casi cuatro años ya nos prueba cabalmente porque es nieto de su abuelo. Para los dos, mi padre y mi pequeño hijo, que alegran mis días y dan sustento a mi existencia.

Para Gabriela y Valentina: dos seres increíbles quienes también han logrado, con su amor ineludible, completar mi vida.

Eduardo Pablo Jiménez

Para los que siempre están y por siempre estarán presentes: Doris, Fabianna, Matías, Andrés, y todos aquellos que de una u otra manera contribuyen diariamente con su cariño, afecto y comprensión.

Para los que han estado y por siempre estarán: Osvald, Tati, Lalo, Fulvia y Angel, quienes con su ejemplo marcaron el rumbo correcto en esta vida.

Para toda mi familia, los amigos, y especialmente para Ernestina, con la feliz esperanza de un futuro venturoso.

Alejandro Tazza

PRÓLOGO

La desaparición de todo un cuerpo legal encargado de la penalización de los delitos militares, más allá del lógico interés académico que puede suscitar por el reajuste que provoca en el conjunto del sistema penal, supone una decisión política (criminal) de primera magnitud, pues la historia acredita que el Derecho penal militar ha sido campo abonado a vulneraciones de los derechos fundamentales, tanto de los civiles sometidos a su especial jurisdicción como de los propios militares, que han visto con frecuencia cómo se superponía el principio de jerarquía a principios básicos del sistema democrático. Si, además, como ha ocurrido tanto en Argentina como en España, la tradición indica una fuerte tendencia del ejército a ocupar un espacio central en el terreno político, la importancia de la derogación del Código de Justicia Militar argentino se incrementa exponencialmente.

Por ello, lo primero que cabe decir de este libro es que llega muy oportunamente para explicar a los operadores jurídicos y a la ciudadanía en general los antecedentes y el alcance de la reforma legislativa introducida en Argentina mediante la ley 26.394. Y llega de la mano de Eduardo Jiménez, Titular de Derecho constitucional en la Universidad Nacional de Mar del Plata, y Alejandro Tazza, profesor adjunto de Derecho Penal en esa misma Universidad, un ejemplo de juristas comprometidos, no sólo desde el púlpito de la docencia sino desde ese terreno mucho más difícil que es la judicatura, donde actúan en primera línea (si se me permite la bélica expresión). Pero, para ser un gran jurista, hace falta, además, una capacidad especial para el análisis y la integración de conocimientos, algo que los autores —en particular

Eduardo Jiménez- han acreditado a lo largo de su amplio bagaje científico y que demuestran –una vez más– en este libro. Un libro crítico, en el que se adentra en un área de conocimiento ajena al Derecho constitucional, aunque muy próxima, como lo es el Derecho penal, generalmente conocido como “Constitución en negativo”, justamente porque se encarga de castigar los atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en ella, pero también porque es campo abonado a la vulneración de esos mismos derechos, dada la inclinación del poder constituido a la extralimitación en el uso (abuso, pues) del *ius puniendi*. Con los profesores Jiménez y Tazza comparto no sólo edad sino también una adolescencia forjada –a uno y otro lado del Atlántico– en medio de sendas dictaduras militares, capaces de una conculcación sistemática de los derechos humanos y de las más abyectas aberraciones. Y eso imprime carácter.

El libro comienza con un amplio estudio sobre las vicisitudes de la jurisdicción castrense a lo largo de la historia argentina y hasta la reciente desaparición del Código de Justicia Militar, dando buena cuenta de las resoluciones adoptadas en el camino por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Suprema de Justicia argentina. Como explican los autores, la existencia de un sector del Derecho penal calificado como “militar” obliga a identificar sus elementos configuradores, que pueden girar en torno al sustrato del hecho o al perfil de los sujetos que intervienen. Como variable dependiente de ésta, la posibilidad de que un civil sea juzgado por tribunales militares ha despertado siempre una gran reticencia, por la sospecha generalizada de que en dicha jurisdicción las garantías no son nunca plenas. Este es justamente el punto de inflexión que cabe observar en la ley 23.049, promulgada tras la reinstauración democrática en 1983, y que inicia el camino que ha culminado ahora: ningún civil sería juzgado “por lo militar” en la nueva Argentina democrática. Para hacerse una idea del avance que supone una medida de esa índole, basta señalar que en plena vigencia de la Constitución de 1978 se juzgó en España a los insumisos al servicio militar por ese fuero hasta los años noventa. La Sentencia del Tribunal Constitucio-

nal 60/1991, de 16 de abril, analizó la posible vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley a raíz de una cuestión elevada al Alto Tribunal por un juzgado militar competente para juzgar la negativa de un joven –civil– a prestar aquel servicio, hecho tipificado por entonces en el art. 127 del Código Penal Militar. El art. 117.5 de la Constitución Española declara que “la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”, un precepto que gira en torno a la expresión “estrictamente castrense”, cuya interpretación puede dar lugar a una amplia panoplia de argumentos, en parecidos términos a los que se han esgrimido en relación con el inc. 27 del art. 75 de la Constitución argentina, que asigna al Congreso la atribución de “fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.” En aquella Sentencia, nuestro Alto Tribunal consideró que “El art. 117.5 C.E. impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la jurisdicción militar el conocimiento de delitos ajenos al ámbito de lo estrictamente castrense, por no poderse poner en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas. Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para ‘las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional’ (STC 160/1987) como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales.” Sin embargo, pese a la evidencia de que no pertenece a las Fuerzas Armadas quien se niega precisamente a esa adscripción, el Tribunal Constitucional español no derogó el art. 127 del Código Penal Militar y la cuestión se resolvió después por ley ordinaria.

Este hecho singular, al margen de la importancia política que tuvo en mi país por aquellos años, refleja muy claramente uno de los aspectos estudiados con mucha atención en este libro: el am-

biguo significado (sujeto a la discrecionalidad política y, por ello, fácilmente manipulable) de lo “específicamente militar”. Una duda que no acaba con la derogación del Código de Justicia Militar, sino que acompaña todo el estudio efectuado en esta obra, cuando se adentra en la nueva redacción del Código Penal común, en el que aparecen ahora trasplantados algunos de los problemas de definición del viejo cuerpo legal castrense.

Los autores abogan claramente por una limitación extrema de la jurisdicción militar, que debe quedar reducida en tiempo de paz, si acaso, a un ámbito puramente disciplinario y cuyo radio de acción puede ampliarse en tiempo de guerra. Respecto a lo primero, se discute ampliamente en España cuál debe ser el ámbito de dicho fuero especial y, en particular, si aquellas fuerzas de seguridad que tradicionalmente han sido sometidas a aquél no deberían excluirse completamente del ámbito de lo “castrense”, con particular atención a la Guardia Civil, cuyos actos han quedado fuera del Código Penal Militar en 2007, gracias a una Ley Orgánica que instaura un régimen disciplinario distinto al del personal militar. Algo tan obvio ha sido sin embargo fruto de una amplia discusión doctrinal y de un no menor empeño político. Por lo que se refiere al campo de actuación del Derecho penal militar en tiempo de guerra, a él suele reducirse la no abolición de la pena de muerte en muchos países. Así lo permite la Constitución española de 1978, aunque afortunadamente no la legislación ordinaria, desde 1995. Ahora también Argentina viene a sumarse a esta prohibición. Y hacen muy bien Tazza y Jiménez en subrayarlo y en señalar, también, que el concepto de “tiempo de guerra” está cambiando en los últimos decenios, sencillamente porque las guerras no se declaran jurídicamente o se camuflan bajo banderas azules. Convendría quizá ofrecer criterios materiales para el reconocimiento de la situación de guerra, criterios que vinieran a sumarse y, en su caso, sustituir a los puramente formales, en franco desuso.

En relación con ello, resulta también problemático el alcance de la jurisdicción militar en situaciones de “emergencia”, así declaradas por el poder político (en España, durante mucho tiempo, por el propio poder militar, en virtud de una supuesta “autono-

mía”, que en realidad no fue sino el bunker de la oligarquía encabezada por los sucesivos monarcas) con el propósito más o menos oculto de eclipsar el sistema democrático. En este punto, la disputa entre el maestro Bidart y el discípulo confeso Jiménez, sobre la posibilidad de revisar la actuación de los tribunales una vez concluida la situación de emergencia, precisaría de ulteriores argumentos, pero puede avanzarse ya que difícilmente puede efectuarse dicha revisión sin un cambio de régimen. En efecto, la cláusula constitucional argentina de la “ultra vigencia” (art. 36) resulta atractiva como fórmula pero difícilmente viable, al margen de que en muchos casos quienes dan paso a la dictadura, como ya afirmara Carl Schmitt, se escudan en la “naturaleza de las cosas” para apoderarse de (todos) los resortes del poder. Justamente esa polémica existe ahora en España, cuando se pretende revisar el ingente rosario de juicios sumarísimos que tuvieron lugar tras la guerra civil, sin la más mínima garantía procesal y con ánimo despiadado. La ley de amnistía de 1977 –que escondía tras su apariencia bondadosa una auténtica “ley de punto final”– sirve de parapeto jurídico contra esa pretensión, lo que nos enseña que tras la reinstauración democrática es sumamente difícil revisar las tropelías que se cometieron en su ausencia.

Tras esa fundamental Introducción, nuestros autores realizan una laboriosa y encomiable tarea de exégesis sobre la reforma del Código Penal común. Si hubiera que simplificar mucho, podría decirse –y en ello están de acuerdo Jiménez y Tazza– que el legislador, más que derogar el Código de Justicia Militar, ha introducido aquellos preceptos que consideraba más importantes en el Código Penal común, incurriendo con ello en esa práctica tan común que es el “fraude de etiquetas”. Como bien se dice en esta obra, si el fuero personal debe desaparecer no se entiende por qué debe castigarse de manera agravada, por ejemplo, la muerte de un superior con la tropa presente y sin que exista situación de guerra (art. 80, inc. 10), elevación punitiva que sólo se justifica por el mayor rango del militar que es víctima de la acción, lo que reintroduce el fuero personal en un tipo común. Asimismo, la reforma de los delitos contra el orden público incluye ahora un nuevo tipo de

incitación al incumplimiento de las obligaciones militares, delito que es completamente ajeno a ese bien jurídico si lo consideramos equivalente a la "tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida pública", como bien dice el autor. Sólo entendiéndolo como sinónimo de "orden social establecido" puede confundirse el riesgo para la seguridad militar del Estado con el orden público.

Pero donde Eduardo Jiménez y Alejandro Tazza despliegan un auténtico arsenal de argumentos al alcance sólo de un jurista con estilo, es en relación con la reforma del Título XI del Código Penal, supuestamente protector de la Administración Pública. Baste señalar que el art. 240 bis castiga a quien incumpla las instrucciones dadas a población en tiempo de conflicto armado. ¿Qué tiene ello que ver con la Administración Pública y, lo que es más grave, con un Código Penal "común"? ¿Cómo puede olvidarse el empeño reformador plasmado en el Proyecto redactado por la Comisión "ad hoc" en 2006? Los autores utilizan términos culinarios para expresar la confusión a la que induce esta mixtura de disposiciones "militares" introducidas en un Código Penal "común". Por mi parte, creo que el legislador ha actuado "como elefante en cacharrería" —si se me permite esta expresión hispana—. En efecto, a este legislador hay que calificarle con un rotundo suspenso por su palmaria inobservancia del deber de racionalidad jurídica, de no mezclar unos conceptos con otros, de no romper la lógica de un sistema por la necesidad de introducir en algún sitio lo que a buen seguro podría pura y simplemente desaparecer (porque no es el militar de mejor condición que el juez, el linotipista o el informático) o incluirlos en una ley especial para tiempo de guerra dejando incólume el Código Penal común. Por eso sólo puedo aplaudir las palabras finales de este trabajo: "Argentina no se merecía esta reforma". Gracias, Profesores Jiménez y Tazza, por esta obra, llena de audacia y sugerencias. Y gracias, también, a Eduardo Jiménez, en particular, por honrarme con esta fructífera y académica amistad.

Nicolás García Rivas

Albacete (España), 7 de febrero de 2010

PRESENTACION

En esta obra los autores presentan el panorama jurídico-militar tal como ha quedado conforme a la ley 26.394. Es la primera obra de esta naturaleza que conocemos y esperamos que abra las puertas a una nutrida elaboración teórica en el futuro.

El derecho militar en todos sus aspectos padecía en nuestro país de un notorio descuido doctrinario, en parte porque la legislación hoy derogada representaba una suerte de *cuadratura del círculo* para los juristas, dado que era incompatible con los más elementales principios constitucionales.

Las disposiciones de fondo, pese a ser anticuadas y a veces grotescas, podían con considerable esfuerzo compatibilizarse con los principios del derecho penal, pero era imposible encuadrar sus normas procesales en la Constitución Nacional, en particular por la ausencia de jueces independientes y por la lesión enorme al derecho de defensa.

Los militares no gozaban de los derechos y garantías de los ciudadanos, jurídicamente estaban excluidos de la ciudadanía, no sólo en cuanto a sus garantías penales sino en su estabilidad y carrera. Para colmo de males se les imputaba un privilegio, cuando en realidad cargaban una cadena.

Los juristas eludían la cuestión de la mejor manera posible, aunque no lograban disimular la incomodidad que el tema les provocaba, porque presuponían que las leyes militares eran incommovibles pese a ser irreductibles a toda interpretación razonable dentro del Estado de Derecho.

La ley 26.394 ha puesto fin a esta situación que se arrastró por mucho más de un siglo. Al mismo tiempo, la pena de muerte,

como rémora inaplicable pero siempre amenazante, ha desaparecido de nuestra legislación vigente sin posibilidad constitucional de restablecimiento, conforme al principio de abolición progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada en 1994 al texto fundamental.

Es verdad, como lo señala el texto, que la previsión de los delitos militares al Código Penal presenta defectos. No obstante, la viabilidad política de la ley requería que ésta ofreciese las menores dificultades para su tratamiento. Respetar hasta donde fuese posible los tipos provenientes del viejo Código de Justicia Militar facilitaba la discusión parlamentaria, lo que se logró, porque prácticamente no hubo disidencias.

El costo de esta facilitación no era muy grande. Nuestro Código Penal, otrora un texto respetable y escueto, que permitió un desarrollo científico importante, había desaparecido bombardeado por reformas inconsultas y rodeado de leyes penales especiales que, prácticamente lo reducen a las ruinas de un viejo y armonioso edificio rodeadas de espantosas tiendas precarias. La triste realidad es que nuestra legislación penal está descodificada, incumpliendo de este modo el mandato constitucional.

Unos cascotes más entre los escombros no es un costo demasiado alto para pagar a cambio de la desaparición definitiva de un cuerpo extraño en nuestro derecho, de la jerarquización ciudadana de nuestros soldados, de dotarlos de garantías penales y de estabilidad, de hacer desaparecer la *ley marcial* que había sido completamente deformada en la práctica, de eliminar para siempre la pena de muerte de nuestra legislación y de dotar a nuestras Fuerzas Armadas de un estatuto jurídico que les permita abrir una nueva etapa.

Restan dos tareas, por cierto. En el plano penal, la recodificación de nuestra legislación. La demolición ha sido tan brutal que ni siquiera sabemos cuál es el máximo de la pena privativa de la libertad. Es imprescindible un nuevo código penal y, aunque la tarea sea larga y dificultosa, es menester ponerla en marcha para restablecer la vigencia del mandato constitucional. Nuestra Cons-

titución no le da al Congreso la simple facultad de legislar en materia penal, sino que le ordena que lo haga en forma de *código*, lo que hoy no se cumple.

En el plano militar, el estatuto que analizan los autores de esta obra es el presupuesto para una nueva etapa de las Fuerzas Armadas, conforme a las necesidades nacionales y a la realidad de este siglo, que se presenta compleja. No dudo que nuestras Fuerzas Armadas tienen capacidad humana suficiente como para encarar la orientación del desarrollo de nuevas tecnologías y la recuperación de posiciones líderes en múltiples aspectos, como lo supieron hacer en otros tiempos. Tampoco dudo de que su intervención será fundamental para impulsar la incorporación a la ciudadanía real de buena parte de nuestras poblaciones, en especial las más alejadas y necesitadas.

Pero todo esto, de suyo fundamental, no pasa de ser una actualización de funciones tradicionales. Estimo que hay otra para la que es necesario prepararse y que viene impuesta por las alarmantes señales del siglo. La ecología ya no es cosa de jóvenes impetuosos, de idealistas, de místicos y religiosos, de defensores de cotos de caza ni de críticos radicales del sistema. Las alteraciones climáticas son una realidad y sus consecuencias se discuten reservadamente por las potencias como problemas de seguridad nacional en el más sano sentido de la expresión.

En otras latitudes se plantean escenarios posibles, más conservadores unos, más alarmantes otros, pero sin descartar ninguno. El siglo XXI anuncia catástrofes y no es bueno ignorar los llamados de alerta.

Si en el siglo XX los ejércitos protagonizaron guerras terribles, quizá estén destinados a salvar millones de vidas humanas en el presente siglo. No hay en ninguna sociedad otra organización más idónea que las Fuerzas Armadas para hacer frente a las tremendas respuestas con que el planeta reaccione ante la irresponsabilidad del ser humano.

Es momento de meditar en las perspectivas del siglo, de analizarlas científicamente y de prepararnos en una misión en que estamos a tiempo de adquirir un liderato considerable y el aplauso del mundo.

Son grandes y fuertes las tareas pendientes pero, por lo menos, hemos removido la pesada cuña de extraña madera que nos perturbaba y contamos con un instrumento jurídico que es el presupuesto indispensable para cualquier renovación.

E. Raúl Zaffaroni

Departamento de Derecho
Penal y Criminología
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires
Mayo de 2010

ESTUDIO INTRODUCTORIO
EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR
EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA
CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Eduardo Pablo Jiménez¹

*"Transferir el juzgamiento de delitos a tribunales militares
-que componen un fuero real o de materia con marco espe-
cífico de encuadre- es despojar al Poder Judicial de la pleni-
tud e integridad de su jurisdicción"*

Germán J. Bidart Campos

"Imaginen a los dinosaurios en la cama"

Charly García

**1. Introducción temática
(Visiones iniciáticas)**

Cierto es que el 10 de diciembre de 1983 empezó a ser posible para la ciudadanía de la República Argentina reinventar una Nación democrática. Esto, claro está, con muchas dificultades,

¹ Eduardo Jiménez es profesor titular concursado en la cátedra de Teoría Constitucional (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata), profesor titular en las asignaturas "Derecho Constitucional" y "Derechos Humanos y Garantías" en la Universidad Atlántida Argentina e investigador categorizado "3" por el Ministerio de Educación de la Nación (UNMDP). El CV completo del profesor Eduardo Jiménez puede ser consultado en su página web: www.profesorjimenez.com.ar.

tropiezos y retrocesos, en un proceso de recuperación institucional que aún dista mucho de haber culminado².

Años atrás, en tal contexto, el ex Presidente de la Nación Argentina Raúl Alfonsín³ señalaba que el primer paso concreto para la construcción de una sociedad diferente –de una sociedad mejor– es una apertura de compuertas que convierta a la vieja sociedad cerrada en una sociedad abierta y plural.

En concordancia con tales palabras, creemos nosotros como indudable que el ejercicio pleno de los derechos ciudadanos, las libertades individuales y la solidaridad social constituyen la más firme base sobre la que es posible comenzar a levantar el edificio de la sociedad democrática moderna.

Es que pregonaba –y lo hizo hasta el momento de su muerte–, ese indiscutido republicano, que para consolidar la estabilidad democrática es crucial la formación de un amplio consenso entre todos los sectores ciudadanos⁴.

² Expresó en igual sentido a su tiempo y con referencia al proceso español, el profesor Marino Barbero Santos, en ocasión de prologar la excelente obra de Nicolás García Rivas (*La Rebelión Militar en Derecho Penal*, Universidad de Castilla La Mancha, 1990, p. 1), consecuencia de su tesis doctoral, cuya dirección asumió que "(...) El 20 de noviembre de 1975 empezó a ser factible una España democrática, posibilidad asegurada por la entrada a regir de la Constitución tres años después. Era largo, empero, el período transcurrido desde el final de la Guerra Civil y las Instituciones del Estado, basadas en la voluntad popular, se consolidaba lentamente", reconociendo, además, que en tal período fundacional de la nueva democracia española partidarios del sistema autocrático fenecido trataban de impedirlo de múltiples maneras.

³ De su discurso, pronunciado ante el Plenario de Delegados al Comité Nacional de la UCR, en Parque Norte, el día 1 de diciembre de 1985 [Convocatoria para una Convergencia Democrática].

⁴ Así, señalaba Carlos Santiago Nino en este punto (Prólogo a *El Poder de la Democracia*, Raúl Alfonsín, Ed. Fundación Plural, Buenos Aires, p. 11), que la falta de integración plural "(...) produce la citación que algunos autores han denominado 'pretorianismo de masas', y que se caracteriza por el hecho de que en los conflictos entre diversos grupos no se canalizan a través de mecanismos institucionales, ya que no hay acuerdos entre los grupos acerca de los métodos legítimos y revestidos de autoridad para resolver conflictos. La inestabilidad de este tipo de sistema está dada por el hecho de que los grupos sociales en conflicto

Empero ello, no nos es ajena la situación institucional que le ha cabido al sector militar en el devenir histórico y político de nuestra República, al punto que, como bien se ha sostenido desde la temprana era de la emancipación latinoamericana, el ejército ha sido considerado, en todos los casos, como un elemento decisivo en la imposición de "nuevas políticas" en la región, al margen de la discusión y debate participativo que propugna la democracia⁵.

Ello nos lleva a expresar, sin temor a error, que el referido sector se ha tornado, por lo general y desde un primer momento, en el elemento constitutivo de la política latinoamericana regular, en contraposición al rol de "brazo armado del Estado" que le asigna el constitucionalismo clásico, y que impuso desde sus albores –cuanto menos desde su letra– nuestra Constitución Nacional.

Es del caso recordar que entre nosotros, cuando hacia el año 1900 las Fuerzas Armadas habían alcanzado un adecuado nivel de organización profesional dentro de un contexto de progreso económico en la Nación, con transformación profunda en la sociedad, estabilidad institucional y consolidación de las fronteras, hubiera sido dable esperar de ellas su afirmación dentro del papel que les fijaba la Constitución Nacional.

Explicaba también en este sentido Raúl Alfonsín⁶ que "(...) si los militares se hubieran mantenido dentro de ese papel tradicional que se afianzaba día a día, aceptando como postulado indiscutible la vigencia de la democracia en el país, habría sido imposible que un sector social limitado los movilizase en su apo-

hacen y deshacen diversas coaliciones de acuerdo a como juzgan que sus intereses se defienden con más eficacia. La coalición dominante promoverá un sistema autoritario en tanto perciba que (...) el costo de la represión y el conflicto es menor que el costo de la tolerancia de grupos con ideas y con intereses antagónicos".

⁵ Así, Mols, Manfred, *La democracia en América latina*, Alfa, 1987, p. 101. Avanzaba en este punto el autor citado en nota, sosteniendo que "(...) la transición o personificación del Poder a través de los caudillos posteriores (...) significó casi siempre que una firme organización Estatal, el orden, etc., no son alcanzables sin ayuda y aseguramiento militares".

⁶ Alfonsín, Raúl, *La Cuestión Argentina*, Torres-Aguero, 1984, p. 163.

yo para llegar al gobierno. Pero ya en los primeros lustros del siglo, frente al cambio tumultuoso de una sociedad marcada por la inmigración masiva, algunos jefes y oficiales creyeron que se cernía la amenaza de la disgregación nacional. Suponían que los hijos de extranjeros no se integrarían en un pueblo capaz de reconocerse a sí mismo como argentino. Añoraban también aquellas características y formas de vida que identificaban con la esencia de la nacionalidad y que veían cambiar rápidamente bajo sus ojos. Temían, por último, que ideas 'extrañas' –socialistas, anarquistas– influyeran sobre el futuro del país".

Entendemos que estos "recelos", sumados a otros factores que no es del caso desarrollar en este "estudio", los llevarían (más adelante) a adoptar con regularidad, concepciones autoritarias, alegando para ello el remanido concepto de autoconsiderarse como "el reservorio moral de la Nación", frente a la "corruptela decadente" que endilgaron al sistema político entonces imperante.

Fue ya avanzado este grave contexto histórico y político que se dictó, a comienzos de la década de los cincuenta, y en el marco de la vigencia institucional de la luego abrogada constitución "justicialista" de 1949, el denominado "Código de Justicia Militar de la Nación", que conformó un conglomerado normativo que en su tiempo, y hasta el momento de su derogación, involucró también, por correlación e inferencia normativa, la vigencia de reglas jurídicas del Código Procesal Penal y Penal Argentinos⁷.

No hay duda de que el legislador de aquel tiempo, como aquellos que al sucederlo mantuvieron hasta el año 1983 –con

⁷ Señalaba aquí Germán Bidart Campos (*Tratado...*, t. II, p. 588, n° 946), que la jurisdicción penal militar "(...) se trata de una jurisdicción especial –al margen del Poder Judicial– pero al margen también del poder de mando militar del presidente. La jurisdicción militar no disciplinaria –o sea la penal– está a cargo de tribunales militares y emana de la facultad congresional –y no presidencial– de emitir reglamentos y ordenanzas para el gobierno de las fuerzas armadas; es una jurisdicción creada por ley, en cumplimiento de competencias constitucionales para establecer la constitución, competencia y procedimiento de los tribunales militares". Volveremos luego sobre esta cuestión, a fin de ampliar su análisis.

recortes y modificaciones menores– la vigencia de tal normativa, engendraron una corriente político-criminal autoritaria, que se plasmó en la aplicación de múltiples modalidades de control penal a conductas que debieron permanecer ajenas al mismo, reclusas en su mayoría en el ámbito infraccional, si es que se pretende transitar un Estado democrático de derecho⁸.

No puede olvidarse aquí que esta cuestionada norma cobró vida en el contexto normativo de la entonces vigente reforma constitucional argentina de 1949⁹, con lo que su persistencia hasta el momento de su derogación (2008) implicó una serie de inconstitucionalidades sobrevinientes, aunque nunca declaradas en justicia en forma sistemática y concordante, cuanto menos hasta luego de comenzado el tercer milenio, que se generaron al ser abrogada esa reforma constitucional, a partir de 1955.

Así, al tratarse la derogación de ese viejo cuerpo legal, en la Cámara de Diputados de la Nación, la diputada Romero (Entre Ríos) manifestó que "La ley que venimos a derogar data del año 1951, y está inspirada en sistemas de justicia militar de los siglos XVIII y XIX".

Por su parte, el senador Giustiniani (Santa Fe) sostuvo en el recinto, al debatirse esa cuestión, que "la justicia militar debe estar siempre en manos civiles, y no de sus pares militares".

Debe ser resaltado, por lo antes expuesto, que tal plexo jurídico, al venimos del siglo XIX (1898), poseía a la fecha de su derogación –y aun antes, pese a los intentos reformadores de las

⁸ En igual sentido, y con referencia al sistema español, se expresa Nicolás García Rivas (*La Rebelión...*, citada, p. 27), quien enfatiza aquí que "(...) una sociedad democrática sólo conoce un 'estado de necesidad' jurídicamente regulado: el estado de sitio, y éste sólo puede declararse en ciertos casos fijados por la propia Constitución, o en una ley, determinándose en las mismas el régimen jurídico de la institución". Es que, como señala García Rivas, "(...) el marco de actuación de las instituciones en un Estado democrático se halla sólo en la Constitución. Situarse fuera de ella significa, pura y simplemente, moverse en un área que carece de legitimidad democrática".

⁹ Luego dejada sin efecto, por imperio del gobierno de facto autodenominado "Revolución Libertadora" (1955-1959), en 1955.

leyes 23.049 y 23.042- una fuerte carga de anacronismo estéril, incompatible con la concepción de la guerra moderna y el rol que las FFAA democráticas deben detentar en un Estado de Derecho debidamente consolidado en los principios que de ella dimanar.

Es que la ley 14.029¹⁰ estableció un sistema de justicia militar que tenía dos aspectos: por un lado, la aplicación de la ley penal, y por el otro, ciertas disposiciones disciplinarias que facultaban a las autoridades militares a fijar sanciones a sus miembros, en modalidades de "procesos" que participaban de los principios que informaban a los viejos códigos inquisitivos, privando de las más elementales reglas de defensa en juicio a los militares involucrados en ellos, llegándose a admitir, en el devenir de su vigencia, la posibilidad de que declarados (generalmente en el contexto de gobiernos de facto) estados de excepción o emergencia, los civiles argentinos pudiesen ser juzgados por militares, con base a esta legislación, hoy fenecida¹¹.

Por ello, enfatizaba la doctrina constitucionalista más progresista, durante la vigencia de esta normativa, que las penas clásicas del derecho penal no deben ser aplicadas por funcionarios u

¹⁰ La producción de esta legislación fue el resultado de la obra encomendada al entonces auditor de las Fuerzas Armadas, Oscar Ricardo Sacheri. Era básicamente una copia del denominado "Código Bustillo" del siglo XIX, cuya estructura fundamental sólo fue objeto, por parte del mencionado auditor militar, de retoques parciales. Así, expresa Matías Bailone "El Código de Justicia Militar en Argentina: crónica de una muerte anunciada" (matias.bailone@uclm.es) que "(...) según Sacheri, los retoques tenían como objeto la actualización lógica que el Código Bustillo necesitaba debido a la posterior sanción del Código Penal (1921) y la nueva Constitución Nacional (1949)".

¹¹ Bien señalaba aquí Miguel Ángel Ekmekdján (*Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, 4ª ed., pp. 136/37) que "(...) es obvio que el poder disciplinario de las fuerzas armadas es necesario para la consecución de los fines de la institución, ya que ese poder existe en todo grupo humano. Sin embargo, siempre que se aplique alguna sanción (*lato sensu*) a una persona que implique la pérdida o deterioro de un derecho de propiedad o de otro de mayor rango en la escala jerárquica, pensamos que es de rigor el respeto del principio establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, esto es, la necesidad de un juicio previo sustanciado ante el Poder Judicial, o bien, si se trata de una sanción disciplinaria, de que sea revisable ante el Poder Judicial".

organismos administrativos, aunque sean éstas encuadradas con el rótulo de sanciones disciplinarias de corte militar¹².

Fue asimismo criticable, y necesariamente tildada de inconstitucional, la aplicación que en algunos contextos de la así denominada "emergencia" por los gobiernos de jure y de facto que así la declararon, se dio a las leyes militares (principalmente del Código de Justicia Militar) respecto de determinadas categorías de la población civil, lo que se conoció en doctrina como la puesta en vigencia y aplicación de la "Ley Marcial", que ha regido tristemente en nuestra historia reciente, tanto bajo gobiernos "de jure" cuanto "de facto" hasta 1983.

De todos modos, es conveniente advertir que desde el advenimiento de nuestra organización institucional regía, y rige aún, el principio a partir del cual los poderes de organización general son exclusivos del Congreso de la Nación, y entre ellos se encuentran los de establecimiento y duración del servicio militar obligatorio —cuando el mismo es así instituido por ley—, la fijación, establecimiento y estructura de las Fuerzas Armadas de la Nación, dictar la legislación y ordenanzas para su gobierno, autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra o a hacer la paz, y permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las tropas nacionales del mismo.

Por su parte, son resorte del Poder Ejecutivo de la Nación aquellos poderes (de administración) que hacen al funcionamiento, organización, técnica y comando de las Fuerzas Armadas.

Es en tal contexto institucional y normativo que efectuaremos, en los párrafos que siguen, un somero desarrollo de los fundamentos, efectos, vigencia, funcionamiento y razones de la derogación del Código de Justicia Militar instituido por la ley 14.029 y sus ulteriores modificaciones.

¹² Ekmekdján, Miguel (*Manual...*, citado, p. 137), añadiendo a este respecto que en estos casos "(...) es posible su aplicación [en referencia a las penas en cuestión], por el superior jerárquico dadas las características de férrea dependencia de la relación jurídico-militar, pero deben ser revisables por el Poder Judicial".

2. El Código de Justicia Militar y la Constitución Nacional Argentina (Una descripción integradora)

Rafael Bielsa señalaba a su tiempo que "(...) en una organización política esencialmente no democrática pueden existir, como han existido en ciertos países y épocas, privilegios, clases, castas, que determinan jurisdicciones especiales. Pero en un sistema democrático, fundado en los supuestos irreductibles de la igualdad ante la ley, ni la herencia, ni la religión ni la profesión pueden fundar diferencias de ese orden"¹³.

Sabido es que las reglas constitucionales que informan la generación y control de las fuerzas armadas se enmarcan dentro de un plexo normativo que es compartido esencialmente por dos de los tres órganos del Poder en nuestra República, que son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo¹⁴.

Cabe resaltar, por ello, que en la organización y gobierno de nuestras FFAA se enfatiza que ellas no constituyen poder de Estado ninguno, sino un simple (aunque importante) órgano del mismo, formado por integrantes de la población nacional, para

¹³ Bielsa, Rafael, *Derecho Constitucional*, citado, p. 252. Agregaba allí, el reconocido jurista argentino, que "(...) Las supervivencias medioevales, las consideraciones de orden moral o religioso que en otras épocas justificaron fueros especiales, han desaparecido con el avenimiento de la forma republicana y democrática de gobierno y el régimen de igualdad civil y política".

¹⁴ Estamos hablando aquí de los "poderes militares" o "de guerra", que son aquellas atribuciones que la Constitución pone en cabeza del Congreso de la Nación y el Presidente, a los fines de atender las necesidades de defensa nacional, por una parte, y de la paz interior, por la otra. Desde el punto de vista terminológico, se han pronunciado por la primera acepción (Poderes Militares) González Calderón, Bidart Campos, Joaquín V. González, Castorina de Tarquini, y por la segunda [Poderes de Guerra], Bidegain y Quiroga Lavié. Nosotros adherimos a la primer precisión semántica, entendiendo con Ismael Farrando que esta serie de facultades deben encuadrarse en el contexto de "Poderes Militares" del órgano legislador y del órgano presidencial, pues en el marco de una relación género-especie, esta última acepción es más amplia que la otra, y presenta más acabadamente la idea de un conjunto de atribuciones que exceden la valoración que "prima facie" concita el concepto de "Poderes de Guerra".

prestar, en tal contexto, el servicio público de defensa de la soberanía nacional¹⁵.

Así, y según la manda de nuestra Constitución Nacional, el Presidente de la Nación es Jefe de las Fuerzas Armadas. Con ello, el sistema dispone el sometimiento de las fuerzas militares de la República al Poder Político, subordinando lisa y llanamente las Fuerzas Armadas al Poder Ejecutivo, de quien, entonces, dependen orgánica y funcionalmente.

Por supuesto que esta definición no se desentiende de aquellos Poderes Militares que posee el Congreso de la Nación, los que en el sistema de la Constitución deben coordinarse armónicamente en el contexto de esta jefatura, a los fines de la colaboración y el control que es propio del cuerpo legislativo.

El énfasis de esta jefatura presidencial reside en que de ella deriva que el Presidente encarna en nuestro sistema constitucional la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas del Estado¹⁶. No cabe pensar aquí que el Presidente sea un mero ejecutor de la decisión previa del Poder Legislativo, sino más bien que sea aquel, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, quien tiene en este punto muy amplias facultades, tanto en el terreno táctico, como en el técnico y el estratégico¹⁷.

Pero, por otra parte, el Congreso de la Nación no sólo fija las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y guerra, sino que además dicta las normas para su organización y gobierno¹⁸.

¹⁵ En este punto, Humberto Quiroga Lavié (ver para cotejo, su actualización a la obra de Joaquín V. González, citada en otras notas de este trabajo, p. 437, el resultado nos pertenece) bien señala que "(...) La actuación de las fuerzas armadas está sujeta a la supremacía de la Constitución y ellas deben acomodar su funcionamiento al principio de disciplina y al carácter no deliberativo de su servicio".

¹⁶ Con ello, queda claro que, en ese contexto, el Presidente de la Nación concentra en sí la mayor jerarquía institucional de las FFAA.

¹⁷ Ha señalado además aquí Ismael Farrando (*Fuerzas Armadas...*, citada, p. 398) que "(...) el Presidente, antes del pronunciamiento del Congreso, deberá tomar todas las medidas que considere adecuadas, en la hipótesis de ataque exterior".

¹⁸ Al punto de haber señalado Rafael Bielsa (*Derecho Constitucional*, citado, p. 252) que "(...) la jurisdicción militar ha sido instituida por la ley, por virtud de

Finalmente, reiteramos aquí, que no puede dejarse de lado en este punto, el importante papel que le toca jugar a la institución presidencial en estos supuestos. Bien ha indicado en este punto Segundo V. Linares Quintana¹⁹ que "(...) si bien aparentemente resulta fácil la delimitación de las respectivas funciones militares, atribuidas por la Constitución a cada uno de los poderes políticos, la verdad es que, cuando se trata de trazar en forma clara y precisa la frontera entre los ámbitos de uno y de otro, la tarea se torna compleja en grado sumo y suscita una serie de cuestiones de difícil solución".

Por ello es que nosotros, siguiendo las acertadas admoniciones de Linares Quintana, entendemos que juegan aquí una serie de facultades legislativas y ejecutivas, que deben implicar necesariamente en su actuación cotidiana un ejercicio armónico de los poderes militares ya antes explicitados, con una adecuada compatibilización de las funciones de mando y organización²⁰.

los poderes que el Congreso tiene de reglar la disciplina y de dictar las leyes militares necesarias", aclarando luego el autor en nota al pie que en la Constitución de 1949 se había establecido expresamente esa jurisdicción.

El artículo 29 de la derogada norma fundamental establecía que "(...) los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidas a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en los delitos penados por el Código de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses". Esta disposición, que aún puede asimilarse en su segunda parte a una "ley penal en blanco", permitía extender el fuero militar a la población civil, en una modalidad de inconducencia que luego acaeció efectivamente. Esta situación fue interpretada por Bielsa como una evidente anomalía que contrariaba la regla en que se funda esta jurisdicción excepcional, que es la disciplina en la fuerza armada, y que ella sólo puede imponerse a los que revistan en la institución.

¹⁹ Del autor citado, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (t. IX, Alfa, Buenos Aires, 1963, p. 384, n° 6014).

²⁰ Bien ha señalado aquí Joaquín V. González (citado, p. 565, n° 569) que "Los poderes presidenciales son amplios y discrecionales, pero no arbitrarios, sometidos al marco institucional y legal que determinan sus competencias y funciones". Aclarando luego que "(...) los poderes de guerra, en su sentido originario, pertenecen al Congreso, pero, como Comandante en Jefe, el Presidente los ejerce en todo, cuando el uso, las leyes y la técnica de la guerra admiten como comprendido en esta palabra, así como el gobierno inmediato y directo de la fuerza

Como correlato de lo expuesto —no debe olvidarse que también deriva del art. 75 inc. 27 (anterior 67 inc. 23) de la CN—, nacen las denominadas "instituciones de la justicia militar, que resulta ser en suma la aplicación del denominado "Código de Justicia Militar", interpretándose de este modo el verdadero y cabal sentido de la expresión "reglamento" que allí se enuncia²¹.

Esquematzaremos ahora esos roles que —nacidos en la Constitución, y legisladas por el Congreso—, vinculan y subordinan a la institución militar al Presidente, siguiendo para ello el claro esquema trazado por Ismael Ferrando²².

VINCULACIONES DE LAS FFAA Y EL PODER EJECUTIVO DE LA NACION

(Las modalidades constitucionales de la subordinación de la institución militar al Presidente de la República)

CUADRO I

de línea y de las milicias cuando son puestas al servicio de la Nación. Dentro de esta designación, sus poderes son amplios y discrecionales pero no arbitrarios, porque debe subordinarse a dos géneros de leyes: las del derecho internacional, impuestas por la cultura de todos los pueblos, y a las leyes militares del país".

²¹ Del que nacen los conceptos de "justicia militar disciplinaria" y "justicia militar penal". Permítanos el lector volver luego sobre estas importantes ideas conceptuales.

²² Del autor citado, en AAVV, "Atribuciones del Presidente Argentino" (Coordinador, Dardo Pérez Guilhou) y también "Fuerzas Armadas: Poderes de que depende su Formación y Control", en AAVV, *Atribuciones del Congreso Argentino*, p. 395 y ss.; ambos, Depalma, Buenos Aires, 1986.

CUADRO II

CONSTITUCIÓN NACIONAL Y FUERZAS ARMADAS (Roles expresamente atribuidos al Presidente)			
Empleo militar y función pública	Provisión de empleos militares	Disposiciones de fuerzas militares	Utilización de poderes de guerra por parte del Presidente
<ul style="list-style-type: none"> El presidente provee los empleos militares de la Nación (salvo delegación que haga expresamente en el jefe de Gabinete en aquellos ascensos o nombramientos que no requieren acuerdo del Senado. La facultad de nombramiento implica la remoción (El Congreso crea los empleos militares) 	<p>CON ACUERDO DEL SENADO</p> <ul style="list-style-type: none"> Implica una garantía federal a favor de las provincias. Una manera de evitar que el Presidente favorezca discrecionalmente a sus amigos. Una actuación específica de la teoría de los controles. <p>SIN ACUERDO</p> <ul style="list-style-type: none"> Los grados inferiores al de Coronel y sus equivalentes. Los grados superiores "En comisión" durante los recesos del Congreso. Cualquier grado en el frente de batalla 	<p>A FIN DE MANTENER Y CONSOLIDAR LA PAZ INTERIOR PUEDE</p> <ul style="list-style-type: none"> Llevar a todas las fuerzas militares, sin recabar acuerdo del Poder Legislativo, de un punto a otro de la República. Disponer el manejo, el alta y la baja de las tropas reclutadas en forma discrecional. Dentro de su facultad de distribución, puede trasladar, concentrar, hacer permanecer a las fuerzas militares nacionales en determinado punto del país y a las milicias provinciales en cuanto sean llamadas por el ejército nacional. Para las salidas de las tropas militares del país debe recabar autorización del Congreso. 	<ul style="list-style-type: none"> La declaración de guerra (hoy en desuso en el derecho internacional) le incombete al Presidente en el ejercicio de su función gubernativa del Poder Ejecutivo. En virtud de sus poderes de guerra, no puede el Presidente violar la Constitución, ni quebrantar las garantías de los ciudadanos.

Elemento teleológico ¿Para qué se manda?	<p>Es claro que en nuestro sistema constitucional la causa final del poder y su ejercicio es el bien común en el contexto democrático. El sometimiento de las FFAA a la Constitución y a las leyes hacen que consoliden el derecho de libertad, y particularmente respecto de ellas mismas: Fuerzas Armadas en un contexto democrático.</p> <p><i>Coincidimos con Bidart Campos en que toda doctrina política debe coincidir en la necesidad y conveniencia de someterle y subordinarle a él la estructura militar.</i></p>
Elemento modal ¿Cómo se manda?	<p>La atribución de mando se hace en ejercicio de funciones administrativas pero la atribución militar de "mandar" será efectuada en ejercicio de la función administrativa o de gobierno.</p> <p>El Presidente ejerce su mando en razón de que posee grado militar, y los honores que se corresponden legalmente al mismo.</p> <p>Así, debido a su comandancia tiene las siguientes funciones: de dirección/reglamentarias, de nombramientos, de ejecución, disciplinarias y derivadas.</p>
Elemento temporal ¿Cuándo se manda?	<p>La comandancia en jefe no implica la obligación de sumir personalmente el comando de las fuerzas militares en campaña. Los presidentes Urquiza y Mitre estuvieron -a su tiempo- al frente de las fuerzas militares en campaña.</p> <p>El presidente comanda por medio de órdenes que, desde el punto de vista jurídico, revisten la forma de actos administrativos.</p> <p>La característica de las ordenes que imparte el Presidente en este rol es la discrecionalidad.</p> <p>Actúa ejerciendo su comandancia en rol político en tiempos de guerra, y en rol administrativo en tiempos de paz.</p>
Elemento subjetivo ¿A quién se manda?	<p>Las atribuciones presidenciales de comandancia de las FFAA se ejercen tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra.</p> <p>El ámbito temporal del poder presidencial en este punto comprende la totalidad del período por el que ejerce sus funciones.</p>
Elemento causal ¿Por qué se manda?	<p>Mando es la autoridad y responsabilidad con que se ha investido a determinada persona para conducir una unidad, y denota poder legal sobre los subordinados.</p> <p>El presidente ejerce, con base constitucional, el mando supremo de las FFAA, por delegación de las provincias. Por ello el presidente es la cúspide de la pirámide administrativa militar y órgano jerárquico superior de esa organización.</p> <p>Las FFAA presentan una modalidad de desconcentración "sui generis" que implica, por un lado, la distribución funcional de las competencias de defensa nacional, y por el otro, la existencia de una legislación especial que las rige (fuero militar).</p>

CUADRO III

FACULTADES DEL CONGRESO DE LA NACION RESPECTO DE LAS FUERZAS ARMADAS ESTABLES		
<u>Determinar:</u>	<u>Dictar:</u>	<u>Votar:</u>
<ol style="list-style-type: none"> 1. El número de personas, 2. la calidad, la cantidad y el régimen de los buques, armamentos y recursos de guerra necesarios para construir la fuerza permanente de la Nación, y 3. la accidental en caso de guerra. 4. La autorización al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz. 5. La autorización de introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las tropas nacionales fuera de él. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Las leyes generales para la formación de los ejércitos de tierra, mar y aire. 2. Reclutamiento e instrucción 3. Movilidad. 4. Penas y castigos. 	<p>Las sumas necesarias del Tesoro nacional, para:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mantenerlos y 2. proveerlos, tanto en tiempo de paz cuanto en tiempo de guerra.
<p>La facultad de crear ejércitos permanentes o accidentales ha sido en todo tiempo, desde las cartas originarias de las libertades inglesa, germánica y gótica, considerada como inherente a las ramas legislativas del gobierno.</p> <p style="text-align: right;">Joaquín V. González</p>		

Aclarado lo que antecede, es del caso señalar que la Constitución Nacional argentina, veda, en su artículo 16, a los fueros personales²³, aunque desde siempre la doctrina constitucionalista

²³ Sostenía en este punto el destacado jurista argentino Rafael Bielsa (*Derecho Constitucional*, Depalma, 3ª ed., pp. 251/252) que al disponer la regla de la igualdad ante la ley y la prohibición de fueros personales, esta disposición juega aunque estas personas "(...) pertenezcan a una institución determinada. Por eso,

más calificada y progresista sostuvo que el denominado "fuero militar" constituía un "fuero real, o de causa, o sea, una jurisdicción que juzga a determinadas personas en razón de la cuestión o materia sobre la que versa el juicio, y no en razón de la persona"²⁴.

Historiando sobre este punto, cabe señalar aquí dos antecedentes patrios que vinculan a la norma en cuestión, que son la Asamblea de 1813, y la ley del 5 de julio de 1823, sancionada por la legislatura de la Provincia de Buenos Aires²⁵, concernientes a la supresión del fuero eclesiástico.

Es sabido que no se registran constancias de extensos debates en el seno de la Convención Constituyente de 1853.

Aun así se ha registrado, en este específico punto, una breve pero sustanciosa discusión entre los Convencionales Zenteno y Gorostiaga, del 25 de abril de 1853²⁶.

Así, mencionó el primero referido que no estaba de acuerdo en que se suprimiesen los fueros, y mucho menos que se comprendiese en ellos al eclesiástico que, según lo explicó, no procedía de autoridades temporales, sino que reconoce su origen divi-

el mismo fuero militar no es personal, sino real o de causa, pues su objeto es asegurar la disciplina que debe existir en el ejército con relación a los que lo forman". Agregaba, Bielsa, que "(...) el militar que comete un delito común fuera del cuartel o de su actividad militar, v.gr., servicio, no está sujeto por ese hecho, a la jurisdicción militar" (Cfr. CSJN Fallos, 9:533, 141:71).

²⁴ También la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido monolítica desde sus tiempos iniciáticos (Cfr. CSJN, Fallos, 44:584, Autos *Mariano Spina*).

²⁵ Cfr. González Calderón, J. A., *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1965, p. 11 y ss. Comentando esta reseña, Rafael Bielsa (ob. cit., p. 252) señala que "(...) Los hombres del Congreso Constituyente de 1853, también en esto, se elevaron sobre el horizonte de la época y sobre sus sentimientos y predilecciones espirituales, para dar a la nación un gran instrumento de gobierno fundado en esenciales y perdurables principios democráticos y liberales, con carácter de universalidad y, la vez, de patriotismo".

²⁶ Fuente: Congreso General Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866, t. 1, p. 325. Cía. Sudamericana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1898. Citada por Cayuso, Susana, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, La Ley, p. 91.

no; que el artículo en cuestión se hallaba en oposición a los sagrados cánones y a lo que clara y terminantemente disponían los concilios de Trento y Nicea. En respuesta, señaló Benjamín Gorostiaga, en su calidad de miembro informante del proyecto de constitución, que se hablaba en ese artículo de los fueros personales, no de los reales o de causa, y que a éstos pertenecía el eclesiástico. Agregó además a lo expuesto, que en el sistema republicano representativo no había fueros personales, pues eran todos iguales ante la ley. Que en Buenos Aires, desde 1826, se hallaban abolidos, así como en otras naciones de América, y que sentía tanto *descender a explicaciones sobre materias tan claras*.

Ya indicaba Joaquín V. González, en los albores de nuestro constitucionalismo, que luego de la instauración del sistema constitucional argentino, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1853/60, ninguna persona puede invocar privilegio alguno para ser juzgada por otras leyes, o por otros jueces que los comunes a todas las demás, según las jurisdicciones establecidas, explicando luego, este autor, el excepcional contexto de actuación del fuero militar y las razones de su instauración en ese tiempo fundacional de nuestra República²⁷.

En opinión más que autorizada, se expresaba —también a su tiempo histórico— J. A. González Calderón²⁸, sosteniendo que “(...) nuestro artículo 16, en la parte relativa al asunto que estoy considerando, dispone que no hay en la Nación ‘fueros perso-

²⁷ Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Depalma, Buenos Aires, p. 69. Señalaba allí, además, el reconocido constitucionalista, profundizando el sentido de sus dichos “(...) los militares, por ejemplo, que gozaban de fuero personal por las leyes españolas, en caso que cometan delitos comunes, deben ser juzgados por los jueces ordinarios, salvo, por cierto, las facultades del Congreso y del Presidente sobre legislación, gobierno y disciplina de los ejércitos”.

²⁸ González Calderón, J. A., *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1965, p. 176. Señalaba, además, este reconocido constitucionalista, que “(...) en el Congreso Constituyente, Gorostiaga decía que se hablaba en ese artículo de los fueros personales, no de los reales o de causa, en otras palabras, de los que establecen no por la naturaleza de las cosas o de los actos, sino en consideración a supuestas preeminencias de ciertas personas en la sociedad”.

nales’: ¿Cómo debe interpretarse esta frase del texto? Ninguna dificultad ha surgido con respecto a los fueros eclesiástico y universitario que, con el fuero militar, eran los que autorizaba la antigua legislación, como he dicho; pero respecto de éste último, las discusiones no han terminado aún, si bien la jurisprudencia (...) ha pronunciado ya su palabra decisiva, definiéndolo y dándole su verdadero alcance”.

Afianzando el sentido y rumbo de esta prestigiosa doctrina nacional, el maestro Germán Bidart Campos²⁹ señalaba aquí que “(...) el fuero real implica que esa persona, en virtud de la materia, no va a ser juzgada por los tribunales comunes, pero no es un privilegio personal dado a quien es juzgado así, ni se dirige a diferenciarlo del resto de los habitantes”.

El recaudo esencial que la doctrina admitía para poder aceptar la existencia de este peculiar “fuero” era que el hecho que se juzgue por tribunales militares afecte a las Fuerzas Armadas como institución, ya que de lo contrario, ese juzgamiento genera una modalidad de exceso que, en cuanto añade otros hechos pasibles de juzgamiento en sede castrense, implica no ya un fuero por materia, sino un fuero personal, y por ende, inconstitucional.

La originaria jurisprudencia de nuestra Alta Corte avaló también —oportunamente— esta tesis, en tanto sostuvo que “(...) el artículo 16 de la Constitución Nacional sólo ha suprimido los fueros personales, dejando subsistentes los reales, o sea, los que se dan en la naturaleza de los actos que sirven de fundamento a los respectivos juicios”³⁰, y además, que “(...) por el art. 16 de la Constitución Federal, han quedado abolidos los fueros personales, y sujetos a la jurisdicción de los tribunales de los Estados, los delitos comunes de los militares, que no sean cometidos dentro

²⁹ Cfr. del autor citado, *Los Tribunales Militares y la Constitución*, Ediar, 1985, p. 72. Enfatiza allí, el prestigioso autor, que “(...) cuando a la época de la Constitución de 1853-60 el art. 16 abolió los fueros ‘personales’, que sí son un privilegio ‘personal’, dejó subsistentes los fueros reales por razón de materia o causa. Uno de ellos es el fuero militar”.

³⁰ Cfr. CSJN, Fallos: 101:405, “in re” P. Zeballos y otros.

de los cuarteles, en marcha o en acto de servicio³¹, adunando además, que "(...) es delito militar, por ejemplo, el que comete el Comandante de una Guardia de Línea, en el lugar donde ésta se da, en presencia de la tropa y en desempeño y con motivo de una comisión militar; la jurisdicción militar no deriva en tal caso sólo de ser militar el procesado, sino también por haber tenido lugar los hechos en las circunstancias expresadas, y especialmente en acto de servicio"³².

Todo ello, por entender la Alta Corte que estos delitos o faltas "(...) hieren profundamente la moral del ejército, y su represión, por lo tanto, debe hacerse con arreglo a las ordenanzas que son leyes especiales, dictadas para su régimen, disciplina y servicio"³³.

Consecuencia de lo antes vertido, se encontraba consolidada la jurisprudencia del Alto Tribunal, en cuanto sostuvo que la ley fundamental en su art. 16 "(...) sólo ha prohibido los fueros personales, dejando subsistentes los reales o de causa, o sea, los que se basaban en la naturaleza de los actos que sirven de fundamento a los respectivos juicios"³⁴.

³¹ Cfr. CSJN, Fallos: 9:533, in re G. B. Gandía; Fallos: 14:453 in re *Rodríguez y otros*, Fallos: 16:61 "in re" J. Sarmiento.

³² Cfr. CSJN, Fallos: 25:487, "in re" *Roberts*.

³³ Cfr. CSJN, Fallos: 4:225 (2°), 7:140, "in re" *Hernández*; 76:317; "in re" *Castro*, entre muchos otros. Concluyendo nuestra jurisprudencia, que "(...) los tribunales militares se encuentran, al respecto, en situación análoga a los de la Capital y a los de las Provincias, cuando proceden dentro de la esfera de su competencia" (Cfr. CSJN, Fallos 101:354). Hoy, el art. 75, inciso 27, de nuestro Texto Fundamental señala con mayor precisión y rigor conceptual que es rol del Congreso de la Nación "(...) Fijar las fuerzas armadas en tiempos de paz y guerra; y dictar las normas para su organización y gobierno".

³⁴ Cfr. CSJN, Fallos 231:342, *González Victorica*, del 10/9/58. Id. CSJN, Fallos 27:110; 52:226; 101:401; 104:584; 142:6; 149:179; 236:588). Agregando además el Címero Tribunal en los obrados *Bignone* (CSJN, Fallos, 306:655) que "(...) tanto la jurisprudencia como la legislación nacional son concordantes en el sentido de no resultar violada la prohibición constitucional de los fueros personales cuando se establece la jurisdicción militar en razón del lugar, esto es, tratándose de delitos cometidos por militares en lugares sometidos a la autoridad militar" (Cfr. CSJN, Fallos 27:110; 149:259).

En definitiva, el sentido último de esta jurisprudencia convalidatoria de la existencia de un fuero militar se basaba en que "(...) la abolición de los fueros personales establecida en toda la República, pues fue aceptada en todo el país desde 1823, y consagrada después por la Constitución Nacional, significa netamente que ningún militar goza ya del privilegio de ser juzgado por los tribunales militares por razón de su estado, es decir, de su carácter militar o de individuo del ejército en causas civiles o por delitos que no impliquen violación de la ordenanza y cuyo juzgamiento corresponde a otra jurisdicción, según la naturaleza de dichos delitos"³⁵.

O sea que el alcance de la abolición de los antiguos "fueros personales" es, para este caso, la eliminación de un antiguo e inveterado privilegio de que gozaban los "militares" como clase, dejándoles sólo una facultad que en ése tiempo se consideró necesaria para conocer y juzgar las infracciones de las leyes que regían a las FFAA³⁶.

Se señalaba en esos tiempos tempranos de nuestra institucionalidad constitucional que los arts. 16 y 18 de la CN sólo establecían un principio general que no debía tornarse en regla inflexible, y de este modo, no se avizoraba su violación en tanto con el dictado del Código de Justicia Militar, el Congreso de la Nación instalaba un fuero real, o de causa, fundado en las razones antes apuntadas.

Si investigamos cuál es la base legal y constitucional que a su tiempo habilitó el dictado de un Código de Justicia Militar, como

³⁵ Cfr. referencia al caso "Spina", efectuada por González Calderón, ob. cit., p. 177 y ss.

³⁶ Señalaba en este punto González Calderón (ob. cit., p. 178) que la jurisdicción de los denominados Consejos de Guerra o Tribunales militares, en todos los delitos que importen sublevación de tropas o de individuos del ejército, no ha sido establecida por una razón puramente personal, derivada del carácter militar del delincuente, sino por razón de la ley que resulta infringida, por la necesidad suprema de orden y disciplina, cuya guarda inmediata está confiada en todas las legislaciones del mundo a las autoridades militares, como el medio más eficaz de obtener esos fines primordiales" (la bastardilla nos pertenece).

jurisdicción configurativa del fuero real en cuestión, sin duda alguna la encontraremos en el viejo art. 67, inciso 23, de la Constitución de 1853, en cuanto atribuía al Congreso de la Nación la competencia de "(...) formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos"³⁷.

Explica Humberto Quiroga Lavié³⁸ que, en realidad, la reforma constitucional de 1994 ha reformulado la regla indicada, en el viejo art. 67, inciso 26, del texto fundamental, de modo tal que ya no se hace referencia "a las fuerzas de línea", que no son otras que las Fuerzas Armadas permanentes, a diferencia de las milicias provinciales, antaño autorizadas por el ahora derogado inciso 24 del ex art. 67 de la Constitución³⁹.

Es entonces en ejercicio de su competencia de organización y gobierno de las Fuerzas Armadas, que el Congreso ha dictado oportunamente el Código de Justicia Militar, por el que se establece la jurisdicción militar, posteriormente y hasta el momento actual de su derogación, modificada por la ley 23.049, cuya trascendente importancia radicó, como lo desarrollaremos más ade-

³⁷ Cfr. Bidart Campos, Germán, *Los Tribunales Militares y la Constitución* citado, p. 73. Allí, el querido maestro señalaba que "(...) el 'para' apunta a la única finalidad legitimadora de los tribunales militares: para el gobierno de las Fuerzas Armadas; o sea, para tutelar bienes jurídicos de específica y estricta naturaleza militar". Agregaba luego que "(...) más allá, no hay competencia válida, y si más allá se explaya la jurisdicción militar, el 'plus', constituye un fuero personal opuesto a la Constitución".

³⁸ En su actualización a la obra de Joaquín V. González, antes citada, p. 436. Añade allí que "(...) en la redacción actual de la norma, se hace referencia, en forma genérica, a las 'Fuerzas Armadas' de modo tal que se ha suprimido la antigua restricción que sólo hacía referencia a las 'fuerzas de tierra y de mar'. Aunque una interpretación dinámica del texto autorizaba a incluir a la 'fuerza aérea', dicha inclusión es ya norma explícita del texto constitucional".

³⁹ Es que, como bien lo explicaba Bidegain (*Tratado...*, p. 126), la idea del constituyente histórico era que, siguiendo el modelo de los Estados Unidos, las fuerzas de línea (hoy fuerzas armadas) se ocuparan de la defensa del país, en tanto que las milicias provinciales lo harían respecto de la seguridad interior o tranquilidad doméstica. Como la convocatoria de milicias provinciales había caído en desuetudo hace largo tiempo, era lógico que ellas desaparecieran del orden constitucional.

lante, en establecer que en tiempo de paz no existe posibilidad alguna de que los civiles sean juzgados por tribunales militares⁴⁰.

En tal contexto, el Código de Justicia Militar había creado delitos especiales que sólo pueden ser cometidos por militares (amotinamiento, entre otros), así como la jurisdicción militar sobre esos delitos. La potestad disciplinaria por infracciones menores -y no por la comisión de delitos- le corresponde al Presidente como Comandante en Jefe de las FFAA, pero él no puede crear dichas faltas: siempre debe mediar aquí la ley previa, en un todo concordante con lo monolíticamente sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴¹.

En cuanto al Presidente de la Nación, entonces, su potestad militar le incumbe como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, como antes lo hemos señalado, pero él no puede crear dichas faltas, ya que siempre debe mediar una ley previa para ello⁴².

No hay duda, empero, de que tal competencia del Congreso es potestativa y no obligatoria, ya que este cuerpo legislativo está habilitado para crear y establecer tribunales militares como fuero real, pero no se encuentra en modo alguno obligado a así hacerlo.

Al instituir un Código de Justicia Militar, el Congreso de la Nación hizo ejercicio de su potestad, pero su ulterior modificación, por las leyes 23.409 y 23.402, y final supresión en el año 2008 por ley 26.394, no conspira contra regla constitucional ninguna, ya que ésta no impone en ninguno de sus artículos el deber de erigir una jurisdicción castrense como fuero real.

En suma, cabe enfatizar, a modo de epílogo del acápite, que los tribunales militares no formaron (hasta su derogación) parte del sistema judicial de la Nación, y la jurisdicción militar ha sido organizada en consecuencia por el Poder Legislativo Nacional, como derivación del poder que le fue constitucionalmente atri-

⁴⁰ Art. 108 de la ley mencionada, coincidente con lo resuelto por la CSJN, *Rodríguez y Ruggero*. Permítasenos volver más adelante sobre esta cuestión.

⁴¹ Ver en particular, doctrina de CSJN, Fallos 236:636, *Mouviel*.

⁴² Cfr. CSJN, *Iscaro Rubén y otros s/ Habeas Corpus*, 1956 (Fallos 236:636).

buido para fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y guerra, y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos (art. 67, inc. 23, ahora 75, inciso 27, CN), siendo ella exclusiva y excluyente con relación al Poder Judicial de la Nación, pues aquéllos estaban en situación análoga a los Tribunales de la Capital y de las provincias, cuando proceden dentro de la esfera de su competencia⁴³.

3. El Código de Justicia Militar desde su entrada en vigencia, y hasta su reforma parcial por las leyes 23.049 y 23.042

(La justicia militar en la institucionalidad temprana)

Si nos preguntáramos en qué consiste la justicia militar, podríamos responder que ella difiere de la que aplican los Magistrados que integran el Poder Judicial de la Nación.

Por lo pronto, ella sólo rige para ser aplicada a los militares o integrantes de las Fuerzas Armadas, siendo, en consecuencia, una "justicia de excepción", por cuanto los civiles deben quedar ajenos a ella⁴⁴.

Si bien no se objetó la constitucionalidad de este marco jurídico concebido como fuero real o de causa, pero sí se había cuestionado esta modalidad de establecimiento de la "justicia militar". De ello nació la diferencia entre la denominada "jurisdicción disciplinaria militar" y la jurisdicción penal militar⁴⁵.

La primera resulta ser propia y privativa del Presidente de la Nación, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Ar-

⁴³ Cfr. Corbetta, Juan y Plana, Ricardo, *Constitución de la República Argentina*, Scotti Editora, Buenos Aires, p. 343. Id. CSJN, Fallos 149:175, *Teniente Coronel Don Angel Fernández, acusado de delito contra la fe pública en el desempeño de su cargo*.

⁴⁴ Cfr. Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 525, n° 183. Lo que, en realidad, no se cumplió en cabalidad, como luego lo veremos.

⁴⁵ El debate entre estas dos tendencias, y sus repercusiones, fue a su tiempo debidamente presentado y analizado por Ismael Farrando, con muy calificadas apreciaciones (*Fuerzas Armadas...*, citada, p. 419 y ss.). Remitimos a su lectura, por exceder, ese análisis, el cariz de nuestro trabajo.

madas, y la segunda se basa en la potestad del Congreso de la Nación, antes analizada, con independencia —en principio— de la competencia del Poder Judicial de la Nación, y de la órbita de las facultades "administrativas, propiamente dichas", que emanan del poder de mando del Presidente.

Una de las más graves objeciones que desde siempre se impetró a la vigencia del fuero militar fue la posibilidad de que ante ciertas así denominadas "situaciones de emergencia", que no eran más que aquellas generalmente derivadas de una asonada o golpe de estado, aunque también impuestas por algún gobierno "constitucional", imponían a la población civil la jurisdicción militar⁴⁶.

Ya vigente el hoy derogado Código de Justicia Militar⁴⁷, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió, en un sonado caso⁴⁸, por mayoría, aunque con la disidencia del Juez Orgaz, que el habeas corpus no era la vía apta para revisar sentencias militares pasadas en autoridad de "cosa juzgada", en particular cuando el fuero militar había extendido su competencia para el juzgamiento a civiles, con invocación de "emergencia".

⁴⁶ Con referencia al proceso histórico español señala Nicolás García Rivas (*La rebelión militar...*, citada, p. 51) que "(...) la afirmación, hecha por alguno, de que las Ordenanzas [en referencia a las Reales Ordenanzas de 1768] sólo hacían referencia al régimen interno del ejército no puede compartirse. Aparte de que los delitos contenidos en ellas no eran exclusivamente militares —puesto que también los civiles podían cometerlos—, hay que apuntar el hecho histórico de que las Ordenanzas constituyeron a lo largo de casi todo el siglo XIX una fuente de atribución de competencias en materia de orden público por parte de los militares, invocando siempre la potestad de dictar bandos para reprimir el desorden interno. Como afirma Cruz Villalón, el Estado recurre, como instrumento contundente, al brazo militar".

⁴⁷ En este punto Ismael Farrando (*Fuerzas Armadas: Poderes...*, citada, p. 408) señala que del art. 67, inciso 23, CN (actual art. 75, inc. 27, CN), "(...) nacen las instituciones de la llamada 'justicia militar', aplicación, en suma, del Código de Justicia Militar, interpretando en el verdadero sentido la palabra 'reglamento' de dicha normativa".

⁴⁸ Cfr. CSJN, Pucci, Vicente, JA n° 18, 28 de abril de 1959.

Sostuvo Orgaz, en su voto disidente de aquel pronunciamiento, que la mera posibilidad verosímil de que un ciudadano hubiese sido condenado por un tribunal incompetente a sufrir una pena de privación de la libertad justifica que se dejen de lado las objeciones de carácter formal, a fin de examinar la cuestión de inconstitucionalidad que el recurso plantea, ello en clara referencia al Habeas Corpus impetrado en ese caso.

Ello generó la discusión doctrinaria, que planteaba si era posible, ante supuestos de tan alta gravedad como lo son los casos de condenas penales de civiles por decisiones firmes de tribunales castrenses —a todas luces inconstitucionales por violación del principio de “juez natural”, entre otras varias causas—, plantear su revisión, y si ello debía hacerse a partir de una ley que excepcionalmente así lo disponga (a modo de una modalidad de revisión de cosa juzgada en beneficio del inculpado), o ello podía hacerse aun sin ley que así lo disponga.

A su tiempo, Germán Bidart Campos⁴⁹, con alta preocupación en el punto, señalaba que “(...) la sustracción de los civiles a sus jueces naturales⁵⁰ es un vicio, que pese a todas las características tan especiales de los procedimientos penales en sede militar, y hasta a la precariedad y defectuosidad de la defensa del inculpado, halló posibilidad constitucional, legal y procesal de impugnación, al menos mediante el recurso extraordinario”.

⁴⁹ Bidart Campos, Germán, *Los Tribunales Militares y la Constitución*, citado, p. 69.

⁵⁰ Hemos definido antes de ahora que son jueces naturales “(...) los que han sido creados por las leyes del país y dotados por las mismas, con la jurisdicción respectiva”, por lo que “(...) el principio que indica que todo habitante de la nación Argentina tiene derecho a ser oído por el tribunal o juez instituido por ley para conocer de esa litis con anterioridad al hecho que se juzga, constituye la garantía del juez natural. Se trata de un concepto institucional [tribunal creado por ley], y no personal” (ver de nuestra autoría, *Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Ediar, pp. 561/562).

Pero sabido es que la Corte Suprema había sido conteste y monolítica⁵¹ en cuanto enfatizó que sin ley que permita la apertura de la instancia judicial —de cualquier índole procesal que se trate o fuese— no cabe abrir la revisión judicial de sentencias militares que condenaron a civiles y que han pasado ya en autoridad de “cosa juzgada”.

Ello había dividido, en aquel entonces, a la doctrina constitucionalista.

El sector liderado por Germán Bidart Campos entendía que, al dar el Poder Público por concluida la emergencia, las sentencias dictadas por tribunales militares respecto de civiles durante la misma, y que al tiempo de su finalización se hallaban pendientes de recurso, no podían, sin más, provocar su revisión en la jurisdicción militar en que se habían originado.

Otra parte de la doctrina había sostenido, en cambio, que todas las sentencias dictadas por tribunales militares que aplicaron condenas a civiles durante una emergencia resultan, en razón de su grave vicio de origen, susceptibles de una impugnación legal posterior, ante tribunales del poder Judicial, aunque se encontrasen firmes, con lo que otorgaba en estos casos al Poder Judicial una potestad revisora de todos los fallos condenatorios de civiles que dictaron tribunales castrenses, pese a haber pasado en autoridad de cosa juzgada.

En definitiva, la voz de la jurisprudencia sostenía, en aquellos tiempos, que para transferir a los tribunales civiles la decisión final en causas que han estado radicadas ante tribunales militares, la cesación de la así llamada “emergencia”, que había motivado la jurisdicción castrense, había de haberse operado antes de que la sentencia militar de condena quedase firme.

⁵¹ Particularmente, nos referimos a los precedentes de la CSJN habidos a partir de *Arana*, 10/11/1983 y *Gauna*, 1984, apartándose de su postura original, cuando sostuvo que “(...) las sentencias de tribunales militares, legalmente impugnadas, no pueden subsistir después de superada la emergencia que dio pie al sometimiento de civiles a la jurisdicción castrense” (Cfr. CSJN, Fallos: 254:116).

Por ello, si la sentencia militar había ya adquirido firmeza cuando tal invocación de emergencia había concluido, no se admitía entonces la apertura de ninguna vía para derrumbar los efectos de la "cosa juzgada", ni para reabrir la causa ante los jueces del Poder Judicial⁵².

Esta perniciosa conclusión nos recuerda la posición que nosotros oportunamente adoptamos al desarrollar el Capítulo XIII, tomo II de nuestro *Derecho Constitucional Argentino*⁵³.

Allí, al hablar de situaciones e institutos de emergencia, sentamos, a modo de aclaración preliminar, nuestro criterio personal respecto de lo que no hemos de considerar como una emergencia del sistema constitucional.

Así, destacamos que si bien existen autores que entienden que las denominadas "situaciones de excepción", generadas luego de producido un golpe de estado, son realidades fácticas que ponen en "emergencia" al sistema, desarrollando aquéllos a partir de esa argumentación, la denominada "doctrina de facto", que tiende a explicar y justificar las situaciones jurídicas nacidas al amparo de tales usurpaciones y sus efectos, nuestra profesión de fe republicana, y la circunstancia de creer que luego de la recuperación de la democracia en Argentina de 1983, este tipo de situaciones sólo puede ser objeto de estudio de la historia constitucional o de la ciencia política, nos animan a descartar estos episodios, como concebidos a modo de emergencias del sistema.

Creíamos entonces, y lo creemos ahora, que -más allá de la vocación práctica y aun pedagógica- de quienes enseñan la doc-

⁵² Así es que, sólo en razón de equidad, la jurisprudencia de la CSJN aceptó modificar ese irregular estado de cosas, resaltando en *Montoya*, 23/11/1983, con cita al art. 436 del entonces vigente Código de Justicia Militar, que debía consagrarse un principio de equidad respecto de los condenados en el mismo proceso en que se resuelve el recurso extraordinario, y que por motivos diversos no lograron impugnar el fallo militar que les había sido desfavorable, extendiendo por ello los efectos beneficiosos de la apelación deducida por un coprocesador para que la revocatoria de la sentencia militar dispuesta a favor de Montoya alcance también a otro condenado en la misma causa, que no apeló.

⁵³ Ediar, 2000, p. 79 y ss.

trina de facto como una emergencia revolucionaria del sistema constitucional, este tipo de explicaciones no tiene cabida en la Argentina que legaremos a nuestros hijos, ya que el sistema constitucional no admite, por definición, modalidades emergenciales que dejen a la Constitución de lado.

En este punto, Humberto Quiroga Lavié bien sostiene que cuando la República ha enfrentado en el pasado una situación de golpe de estado, ha convivido con realidades normativas al margen de la Constitución, y no con emergencias del sistema.

Claro es que a la fecha esta circunstancia ha sido debidamente zanjada a partir de la incorporación del art. 36 del texto fundamental⁵⁴, con lo que es nuestra convicción que nuestra Constitución no prevé el golpe de estado como una emergencia de su estructura, y más aún: hoy, desde el nuevo texto constitucional citado, lo repudia, sindicándolo como un contenido jusfundamentalmente imposible del sistema que ha diseñado.

Volviendo a nuestro tema, diremos que una vez recuperada la democracia en 1983, el entonces Presidente de la Nación, Raúl Alfonsín, envía al Congreso sendos proyectos de ley, para arbitrar la acción de habeas corpus y la revisión judicial, con relación a fallos militares firmes por los que se hubiera condenado a civiles.

Esos proyectos se adentraban en la línea interpretativa que sostiene que para llevar ante los jueces de la Constitución una sentencia militar de condena en contra de civiles, que hubiese adquirido firmeza, era necesario el dictado de una ley expresa que habilite la competencia del Poder Judicial a tal fin.

Se interpretaba que una vez superada esa así llamada "situación de excepción" era necesario validar legislativamente la revi-

⁵⁴ A partir del accionar de los Convencionales Constituyentes, en 1994. Señala este texto, en lo pertinente, que "(...) Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos".

sión de tales impropias e injustificadas condenas aplicadas por la jurisdicción castrense⁵⁵.

4. La reforma al Código de Justicia Militar por las leyes 23.049 y 23.042

(Hacia el comienzo del final...)

Cabe recordar aquí que el Código de Justicia Militar de la Nación, antes de ser reformado por las leyes del acápite, ensanchaba en líneas generales la jurisdicción militar al punto de constituir tal excedente un inconstitucional y anacrónico fuero personal, integrado por delitos que no tenían naturaleza específicamente militar.

Con las reformas introducidas por la Ley 23.049, el Congreso de la Nación instituyó la participación y control del órgano judicial en la jurisdicción penal militar, sustituyendo al art. 428 del Código de Justicia Militar, que, en su agregado del inciso III, instauraba la posibilidad de recurrir en contra de la sentencia de los tribunales militares, por ante la justicia federal⁵⁶.

Quizá la reforma de mayor trascendencia implementada por este cuerpo legal fue la que admitió el conocimiento "de oficio" del proceso, por avocación, por la Cámara Federal, a tenor del

⁵⁵ Respecto de estas iniciativas legislativas del gobierno constitucional (*Los tribunales...*, citada, p. 66), Bidart Campos señalaba que "(...) es saludable que el Poder Ejecutivo haya propiciado reformas legales tendientes a abrir instancias judiciales contra fallos militares firmes", agregando a ello que "(...) militan a su favor muchas razones de total ortodoxia constitucional". Ello por interpretar, el reconocido constitucionalista, que "(...) A la ley innovadora, la aplaudimos. Sin ley, da mucho que pensar que un tribunal judicial encuentre por sí mismo su competencia para rever retroactivamente condenas firmes, por más que éstas hayan sido dictadas constitucionalmente" (ob. cit., p. 67).

⁵⁶ Este recurso fue regulado detalladamente por el art. 445 bis, agregado por el art. 7 de la ley en cuestión, reglamentado luego en su procedimiento por Acordada 18, del 19/5/1984, de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional en pleno, en 17 artículos, ello como base de una sucesión de reformas reglamentarias posteriores.

art. 10 "in fine" para el caso en que ella advirtiese demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio⁵⁷.

A partir de esta reforma, aquellos delitos militares pasaban a ser únicamente los que producen daño directo a bienes jurídicos de la institución armada⁵⁸, aunque se respetaba la vieja estructura para delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de este nuevo complejo normativo.

Se instituyó, con esta nueva normativa, la participación y control del órgano judicial en la jurisdicción penal militar, modificando el art. 108 del CJM, al establecer que en el primer párrafo sólo se hace referencia a la jurisdicción militar en tiempos de paz. O sea que, a partir de esa nueva redacción, en tiempos de paz no existía posibilidad alguna de juzgamiento a civiles por parte de tribunales militares⁵⁹.

Es que más allá de las cuestiones técnicas que detentaba la nueva normativa, ella fue considerada como un complejo legal ortodoxo que respondía no sólo a un buen enfoque constitucional, sino también a la tendencia que ahora proponía la democracia, en el sentido de propiciar la máxima judicialización, en revisión, en el ámbito de la justicia civil, de los procedimientos celebrados por ante la justicia militar.

⁵⁷ Lo que ha sido confirmado en su validez constitucional por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jorge Rafael Videla ("JA", 1985-1-676).

⁵⁸ Según Germán Bidart Campos (*Los Tribunales...*, cit. p. 74), esta reforma recomponía la matriz constitucional del Código de Justicia Militar, respetándose ahora el "para" restrictivo que enmarca la referida competencia congressional del entonces art. 75, inc. 23.

⁵⁹ En concordancia con ello, se derogaba también el art. 109, inc. 7, y 103 del CJM y se modificaba el primer párrafo del art. 109 de ese cuerpo normativo. La doctrina sostuvo, a partir de allí, que "(...) se establecía una nueva instancia revisora de los procesos sustanciados ante la justicia militar, la cual se llevará a cabo ante la justicia federal ordinaria, disponiéndose, asimismo, una reducción de los tribunales castrenses y su competencia" (Cfr. Fierro, Guillermo, *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, Depalma, p. 144).

Desde ese momento y en adelante, los civiles argentinos no pudieron ser ya sometidos a juicio ante los tribunales militares, y aquellos que ya habían sido juzgados y condenados por jueces castrenses –aún cuando la sentencia en cuestión estuviese pasada en autoridad de cosa juzgada– tenían a su disposición, ahora también por imperativo legal, el uso de un habeas corpus para que un juez civil verifique en última instancia, en tal contexto, si debe quedar en libertad o ser juzgado por un tribunal judicial.

Los “aires democráticos” comenzaban ahora a derrumbar las otrora sólidas bases que habían cimentado la vigencia del Código de Justicia Militar⁶⁰.

Ello, aún cuando entonces se entendía y sostenía que la jurisdicción militar surgía del, en aquel tiempo, artículo 67, inciso 23, de la Constitución, y al limitarse a lo estricta y realmente castren-

⁶⁰ Así, indicaba en su momento el Juzgado de Instrucción N° 3 de Capital Federal, *Bignone, Reynaldo*, enero 26/1984, que “(...) la llamada jurisdicción militar, y más estrictamente la jurisdicción penal militar, no puede pasar de configurar un simple fuero real, inexorablemente ligado a la función y al ámbito castrenses, por manera que, en atención a las especialísimas características del rito instaurado por el Código de Justicia Militar, es desaconsejable el juzgamiento de delitos comunes por aquella jurisdicción, que en ese caso compromete los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de juez natural”. Señalaba por ello ese fallo que “(...) En consecuencia, si en la causa sólo se ha demostrado condición militar de las víctimas y del sedicente victimario, habiendo sido privadas las primeras de su libertad ambulatoria –una en su domicilio y la otra en la vía pública– por personas que no se identificaron como pertenecientes a las fuerzas armadas, ni invocaron orden de éstas, ni lucían uniformes acreditantes, y si tampoco está probado que el ámbito geográfico se hubiera circunscripto a lugar sujeto a autoridad militar, corresponde rechazar la declinatoria interpuesta por la defensa del encausado y declarar la competencia del juzgado de instrucción para proseguir entendiendo en la causa, contra quien fuera director del Colegio Militar de la Nación cuando se produjeron los ilícitos reprochados en perjuicio de soldados subordinados a él”. Lamentablemente, al fallar la Corte Suprema en última instancia esta cuestión, rechazó las impugnaciones haciendo mérito de la amplia libertad que el entonces art. 67, inc. 23 [hoy art. 75, inc. 27] acuerda al Poder legislativo para regular la jurisdicción militar; de la necesidad de mantener la garantía del juez natural para los militares acusados, y del amplio recurso de revisión previsto ante la justicia civil, en el que los querellantes o damnificados pudieran hacer valer sus agravios (Cfr. CSJN, Fallos: 306:655, 1984).

se, configuraba un fuero real, de materia o de causa⁶¹, y que su razón de ser se centraba en la necesidad de bien realizar lo que se denominaba “el gobierno de las fuerzas armadas” que involucraba a los delitos militares y las faltas disciplinarias.

Pero estaba claro que la sociedad civil, en los años ulteriores, aun desde sus aciertos y errores, iría por más.

5. Otros desaciertos que presentaba el ahora derogado Código de Justicia Militar

(Sobre tropiezos y errores)

Es del caso recordar ahora que el originario Código de Justicia Militar, instituido por Ley 14.029, había sido sancionado en consonancia con la –efímera– vigencia de la Constitución de 1949, que ofrecía, en el punto, disposiciones diversas de aquellas que oportunamente había señalado la Carta Magna, en 1853.

Repuesto el texto constitucional histórico en 1956, resulta cuanto menos extraño que el mencionado CJM no hubiese sido revisado, hasta el momento del dictado de la ley 23.049, digiriendo la sociedad civil, hasta la circunstancia de la derogación del texto en 2008, sus excesos y exorbitancias, sin mayor conflicto o reparo⁶².

⁶¹ Frente a ello, Germán Bidart Campos (*Los Tribunales Militares...*, citada, p. 79) resaltaba que “(...) si se la explaya indebidamente más allá de su entorno específico, puede convertirse en un fuero personal, o tipificar supuestos de incompetencia y lesionar entonces la zona de reserva del poder judicial, la división de poderes, la garantía del juez natural, la igualdad, el derecho a la jurisdicción, etcétera”.

⁶² Señalaba aquí el querido amigo Miguel Ekmekdjian (*Manual de la Constitución Argentina*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, p. 461) que las normas del art. 75, inc. 27, de la Constitución Nacional “(...) son disposiciones legislativas necesarias para asegurar los valores que deben preservar las fuerzas armadas, sino también su cohesión, la verticalidad de los mandos y su aptitud profesional”, agregando a ello que “(...) ejemplo de ellas es el Código de Justicia Militar, dictado durante la vigencia de la Constitución de 1949, razón por la cual muchas de sus disposiciones son inconstitucionales desde que dicha reforma quedó sin efecto”.

Por otra parte, Miguel Ekmekdjian⁶³ había sido siempre muy crítico de la constitucionalidad de esta normativa. Resaltaba, el destacado constitucionalista, que las "ordenanzas y reglamentos necesarios para el gobierno" de las Fuerzas Armadas, si bien implican la facultad de dictar normas legislativas, sean éstas penales y no penales, no poseen idoneidad constitucional para crear una administración de justicia al margen de la diseñada por la Constitución Nacional.

Más aún, cuando la norma fundamental prohíbe los fueros personales, lo que obliga, en el sentir del aquilatado autor, a considerar "sospechosa" toda organización de este tipo.

Es claro que antes del dictado de la ley 23.049, el Código de Justicia Militar incluía supuestos que generaban inconstitucionales fueros personales, como se lo vio.

También es real que la renovada y final recuperación del sistema constitucional democrático, en 1983, debió hacerse cargo de la cruenta cuestión de la violación de los derechos humanos perpetrada por la dictadura militar de los años 1976-1983.

En tal contexto, fue que el Poder Ejecutivo Nacional, mediante decreto 153/83, sometió a los integrantes de las tres juntas militares que integraron ese gobierno dictatorial a un juicio sumario por ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, bajo los cargos de concebir e instrumentar un plan de exterminio en contra de lo que consideraron "actividad subversiva y terrorista", basado en métodos y procedimientos manifiestamente ilegales.

Es por ello que el Congreso de la Nación aprueba luego la mentada ley 23.049 de reformas al Código de Justicia Militar, que estableció el conocido recurso por ante la Cámara Federal de

⁶³ Ekmekdjian, Miguel, ob. cit. En nota anterior, p. 136. Ello, en contraposición con la jurisprudencia conteste de nuestro máximo tribunal que, como vimos, convalidaba esta modalidad de justicia, considerando "débil" al argumento de la jurisprudencia en cuestión. Ekmekdjian había cuestionado también la imposibilidad de revisión de las sentencias de tribunales militares, antes del dictado de la ley 23.049.

Apelaciones, respecto de las sentencias definitivas del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas⁶⁴, y la competencia de aquélla, también en caso de demoras injustificadas por arte del Consejo Supremo de las FFAA.

Fue la demora de éste en incoar el proceso en cuestión lo que motivó la avocación de la Cámara Federal, ante la que se sustanció, en definitiva, el muy recordado y célebre "Juicio a las Juntas Militares", del que se derivó las condenas a los principales implicados militares de la conducción política de la Argentina de aquellos oscuros tiempos⁶⁵.

Pero aun con la corrección legal dispuesta en el año 1984, en cuanto había añadido a la jurisdicción castrense, una instancia judicial que reforzaba las garantías institucionales de derecho de defensa en juicio y el debido proceso, existían otras circunstancias, que medraron desde su creación a esta cuestionada normativa.

Es que, como antes lo señalamos, el art. 10 de la ley 23.049 mantuvo la competencia de los tribunales militares, sobre delitos comunes cometidos por militares, antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa⁶⁶.

⁶⁴ Justamente, había señalado en este punto Ekmekdjian (ob. cit., p. 136) que "La reforma introducida en el Código de Justicia Militar por la ley 23.049, apunta a subsanar dicha inconstitucionalidad", aunque agrega luego que "(...) personalmente, consideramos que no es suficiente para subsanar las objeciones fundadas en el art. 95 y 100 de la CN. Lo correcto hubiera sido organizar, dentro del Poder Judicial de la Nación, un fuero militar a cargo de jueces legos o letrados militares".

⁶⁵ En este punto, María Angelica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 3ª ed., La Ley, p. 729, recuerda que "(...) El proceso significó por parte de la República Argentina y del gobierno de Raúl Alfonsín (1983-1989) —quien se había comprometido a ello en la campaña electoral— la revisión de los métodos empleados en la represión a las fuerzas guerrilleras que operaban en el país y la sanción de los delitos cometidos por quienes ejercían el poder del Estado". Aún así, la destacada constitucionalista resalta, en nota de p. citada (nº 1980), que esa revisión fue sólo parcial.

⁶⁶ Recordamos que aquella situación, cuestionada en *Bignone* citado, fue mantenida por la Alta Corte Nacional en aquel precedente.

No nos cabe ninguna duda de que la final derogación del Código de Justicia Militar era una deuda de la democracia.

Ello, toda vez que era necesario resaltar que el soldado argentino debía tener los mismos derechos que todo otro ser humano que habita este país⁶⁷, y debía asimismo derogarse ya el último bastión de la consagración normativa de la pena de muerte en Argentina, como también la increíble regulación normativa que calificaba como delito, en el ámbito castrense, a la homosexualidad.

Es que, paradójicamente, la instauración del Código de Justicia Militar en Argentina no implicaba, en los hechos, ningún privilegio para los militares involucrados por su normativa, y sometidos a la misma en casos concretos, ya que, en realidad, el militar argentino en tiempos de paz tenía con esa normativa menos garantías que las que se le brindaban a un prisionero enemigo en tiempos de guerra: ello porque al primero no se le permitía ejercer el elemental derecho de elegir a un letrado defensor de confianza, derecho que sí posee en tiempos de guerra un prisionero enemigo, entre otras muchas consideraciones que pueden hacerse a este respecto.

En suma, y sin perjuicio de los vaivenes a que ha llevado esta compleja y muy difícil relación entre civiles y militares en el desarrollo de la turbulenta historia constitucional argentina del último medio siglo, bien puede sostenerse que el Código de Justicia Militar, con las reformas impuestas por la ley 23.049, sentaba al momento de su final derogación las siguientes reglas respecto del modo y contexto del juzgamiento al personal militar:

1. Limitaba la jurisdicción militar, en tiempos de paz, a los supuestos previstos en el inciso 1 del art. 108 de ese cuerpo legal (todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, tan sólo las leyes militares prevén y sancionan), y

⁶⁷ En la propia Exposición de Motivos del proyecto de derogación del CJM, se decía que se debe reafirmar " (...) la condición de ciudadanos plenos de los integrantes de las Fuerzas Armadas".

solamente para tiempos de guerra, los supuestos que estaban incluidos en los incisos del 2 a 5 del mencionado artículo.

2. Introducía un recurso de apelación, por ante las Cámaras Federales, de las sentencias dictadas en tiempos de paz por los tribunales militares, aun respecto de aquellos pronunciamientos motivados en supuestos cometidos entre el 1 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983.

3. Pero mantenía la competencia de los Tribunales Militares sobre los delitos comunes cometidos por ese personal en actos de servicio o en lugares sujetos a la autoridad militar, antes de la entrada en vigencia de aquella norma. Esta cláusula fue objeto de objeciones constitucionales respecto de la garantía del Juez natural, a la que ya nos hemos referido⁶⁸.

Fue en este contexto, que tanto la reforma constitucional de 1994, al imponer el inciso 22 del art. 75, y la jurisprudencia ulterior tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuanto de nuestra Alta Corte de Justicia, prepararon el camino hacia la final derogación del ya entonces vetusto y cuestionado Código de Justicia Militar.

6. La actuación por ante el sistema interamericano de protección a los derechos humanos

(El paso previo a la final derogación del Código de Justicia Militar, y la modificación de los Códigos Penal y Procesal Penal de la Nación Argentina)

Resulta claro que, como una afirmación de los paradigmas que implican reivindicar la defensa en juicio, los principios vinculados al debido proceso legal y la plena vigencia de los dere-

⁶⁸ De todas formas, finalmente, la constitucionalidad de esta norma fue oportunamente sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia, enfatizando, en este punto que la vigencia de la garantía del juez natural no impide la aplicación inmediata de nuevas normas generales de competencia, inclusive a las causas pendientes (Cfr. CSJN, *Jorge Rafael Videla*, 27/12/1984. El fallo puede ser consultado en su versión completa, en *ED*, p. 198 y ss.).

chos fundamentales, el constituyente reformador incorporó en 1994 el artículo 75, inciso 22, al texto fundamental argentino.

Con ello, y desde la imposición de la basal regla de primacía de la Constitución Nacional y su fuerza normativa, se impone la derogación o, en su caso, declaración de inconstitucionalidad de todo complejo normativo anterior a esa trascendente reforma, que se oponga al nuevo sino garantista y *pro-homine* del ahora remozado texto fundamental⁶⁹.

Así fue que la Diputada por Entre Ríos, Sra. Romero, informaba en esa cámara legislativa⁷⁰, respecto del entonces proyecto de derogación del CJM, que "(...) cuando los argentinos hicimos la reforma constitucional de 1994, al incorporar el art. 75, inciso 22 (...) nos comprometimos a revisar nuestra legislación y adecuarla a esos estándares de defensa de los derechos humanos, de los cuales quienes conforman las fuerzas militares de ninguna manera pueden estar excluidos, así como no lo está ni debe estarlo ningún habitante de la Nación Argentina".

Pero el detonante de esta derogación puede situarse sin lugar a dudas en la resolución, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la petición efectuada en su seno, con fecha 28/5/1997 por Alicia Oliveira, Raúl Zaffaroni y Alberto Bovino, con patrocinio del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), alegando la responsabilidad de la República Argentina, por la detención arbitraria sufrida por Rodolfo Correa Belisle, así como las diversas violaciones a las garantías judiciales y al debido proceso ocurridas durante el proceso adelantado por irrespetuosidad por parte de la jurisdicción militar

⁶⁹ Nosotros hemos profundizado esta importante cuestión en nuestro *Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Ediar, 2000, a cuya lectura recomendamos acudir. Asimismo, recomendamos el cotejo —en éste punto— del trascendente trabajo del maestro Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, 1995.

⁷⁰ Ver, para cotejo, el orden del día n.º 2855.

de dicho Estado en contra del mencionado Belisle, en su calidad de Capitán del Ejército Argentino⁷¹.

Adujo allí el militar argentino que dicho proceso fue una sanción de la alta jerarquía de las FFAA, con motivo de sus declaraciones como testigo dentro de un proceso penal en el que se investigaba la muerte de un joven soldado dentro de un cuartel en el que Belisle prestaba sus servicios como oficial del Ejército.

Concretamente, se sindicaba en la denuncia que el Estado Argentino había violado con su accionar (basado en el entonces vigente Código de Justicia Militar) los derechos a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, a la igualdad ante la ley, a la justicia, a la protección contra la detención arbitraria y a un proceso regular, consagrados en los artículos I, II, XVIII, XXV, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

También afirmaron los peticionantes, en su denuncia, que el Estado Argentino debía ser declarado responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial del Sr. Correa Belisle, consagrados en los arts. 7, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la obligación genérica de respetar y garantizar los derechos protegidos en esa Convención, prevista en su art. 1.

Al contestar la imputación, el Estado Argentino sostuvo en su defensa que en realidad el militar en cuestión no había sido procesado por lo sostenido en su testimonio, sino por la forma en que lo había hecho, atentando contra la disciplina militar, la cual es considerada fundamental dentro de una organización jerárquica como lo es el Ejército.

Acentuó también, en su descargo, que durante el proceso militar se respetaron las garantías judiciales del uniformado, a lo que

⁷¹ Nos referimos al Informe CIDH Petición n.º 11.758/ Admisibilidad/ Rodolfo Correa Belisle/ Argentina/ 24/2/2004. A ella se sumó luego la causa "Arguelles" de similar tenor.

adunó que aún no se habían agotado los recursos internos, por lo que la denuncia no podía prosperar⁷².

Respecto del caso en sí, se alegó en la denuncia lo siguiente:

Correa Belisle es detenido arbitrariamente, debido a una sanción de arresto impuesta por la jurisdicción militar argentina, violando con ello el art. 7 de la CADH, en un proceso que además vulneró flagrantemente su derecho de defensa, el principio de imparcialidad que representan las autoridades judiciales y la igualdad ante la ley, derechos éstos consagrados en los arts. 8, 24 y 25 de la CADH.

Narran que en el año 1994, mientras aún regía en Argentina el Servicio Militar Obligatorio, ingresa al Regimiento de Zapala (Provincia de Neuquén) el joven Omar Carrasco, quien fue víctima de homicidio dentro del cuartel. Consecuencia de este hecho, se inicia un proceso penal por ante la jurisdicción ordinaria, en el que resultaron procesados un oficial, dos suboficiales y dos soldados. Dentro de este proceso, fueron citados a declarar varios oficiales, suboficiales y soldados que habían cumplido funciones en el regimiento al que había sido asignado Carrasco en el momento de su asesinato, entre los cuales se encontraba Correa Belisle, en su calidad de Capitán de Artillería del Ejército Argentino.

Al declarar éste último dentro de dicho proceso penal, sostuvo conocer la realización de tareas, por parte de personal del área de Inteligencia del Ejército, relacionadas con el caso "Carrasco", así como de la alteración de pruebas a fin de encubrir el hecho y sus repercusiones⁷³.

⁷² Lo cierto es que, frente a este específico punto, los peticionarios habían resaltado que el caso se encuadraba dentro de la excepción al principio de la necesidad de agotamiento de los recursos internos, consagrada en el art. 46 (2) (a), referente a la no existencia en la legislación interna del debido proceso legal para la protección de los derechos considerados como violados en su petición.

⁷³ Ello, al punto de haber señalado Belisle cuando se le advierte que el propio Jefe del Estado Mayor -General Martín Balza- había negado la realización de tareas de inteligencia, que "(...) pero lo he escuchado mentir sobre el caso 'Carrasco' hasta el mismo General Balza, de ahí para abajo, puedo esperar cualquier

Afirmaron los denunciantes que, al tomar conocimiento del contenido del testimonio de Belisle, el Jefe del Estado Mayor Argentino se consideró ofendido por tal narración, e inició un proceso penal en contra del testigo, en el ámbito de la justicia militar. Ese proceso fue conducido por el Juez de Instrucción Militar N° 9, con imputación de la conducta de "irrespetuosidad".

Justamente esa conducta se encontraba descripta y tipificada en el Código de Justicia Militar, hoy derogado, con el siguiente texto: "Artículo 663" (...) el militar que, en actos del servicio de armas, o con ocasión de él, o en presencia de tropa formada, agraviare, amenazare, injuriare o de cualquier otro modo faltare el respeto debido al superior, con palabras, escritos, dibujos o procederes inconvenientes, será reprimido con prisión. En tiempo de guerra frente al enemigo, la pena será de muerte o reclusión"⁷⁴.

Así, el 21 de octubre de 1996, el Juez de Instrucción Militar dicta Auto de Prisión Preventiva, al considerar que Correa Belisle había incurrido en irrespetuosidad, debido a sus declaraciones referentes al General Balza, rendidas ante la justicia ordinaria y algunos medios de comunicación⁷⁵.

cosa (...) yo escuché y lo tengo grabado al General en un reportaje que le hicieron en la playa, en Mar del Plata, opinar sobre el caso Carrasco, y mentía".

⁷⁴ Explicaron a su tiempo los peticionantes, al formular la pertinente denuncia, que el origen de este proceso militar se determina por varios hechos: el 6 de abril de 1994, su representado inició un rastillaje en el regimiento de Zapala, por órdenes de su superior, el Teniente Coronel With, y que como resultado de dicha operación, encontró el cadáver del soldado Carrasco, aclarando, además, que en el mes de mayo de ese mismo año, fue llevado en el avión del General Balza a la sede del Estado Mayor, en donde fue interrogado por personal de su secretaría sobre los hechos relacionados con ese rastillaje, a fin de conocer el riesgo que representaba para la Institución y sus superiores. Sostuvieron también los denunciantes que la sentencia oportunamente dictada en el Tribunal Oral constituye prueba cabal de lo sostenido por Correa Belisle, ya que ésta deja constancia de las tareas paralelas realizadas por grupos militares y de inteligencia en la investigación del homicidio del soldado conscripto Carrasco.

⁷⁵ Creemos importante señalar, además, que Belisle presentó, el día 14/11/1996, un escrito de inhibitoria ante el Juzgado Federal de Neuquén, por transgresión al principio de "Juez Natural", al considerar que la competencia en este asunto debía ser atribuida a la jurisdicción ordinaria, por corresponder el tratamiento

Elevado el trámite oportunamente al Consejo de Guerra Permanente para su resolución en juicio, se dictó sentencia condenando al Sr. Correa Belisle a tres meses de arresto por la infracción militar de "irrespetuosidad", contenida en el art. 665 del CJM, antes transcripto.

Cabe advertir, aclarado el cariz de los hechos que motivaron la sanción cuestionada, que según se lo expone en la denuncia por ante la CIDH, durante la sustanciación del proceso en sede militar, se cometieron varias violaciones al derecho de defensa de Correa Belisle (art. 8, CADH), como, por ejemplo, la presentación de indagatoria sin defensor, lo cual se debe a que el CJM lo prohibía; la imposibilidad de designar a un defensor de confianza, porque los Tribunales Militares sólo admiten la presencia de defensores militares, y el rechazo infundado, por parte de los tribunales militares, de varias solicitudes requiriendo medidas probatorias que conducían a establecer la inocencia del imputado.

Adujeron también los denunciantes que el Código de Justicia Militar contenía numerosas disposiciones que vulneraban el derecho de defensa, ya que restringía ilegítimamente las posibilidades de su legítimo ejercicio: es que, como luego se constató, en líneas generales, y en particular, en ese caso, los tribunales militares argentinos no ofrecían las debidas garantías de imparcialidad e independencia establecidas en el art. 8 de la CADH, y por supuesto también en el art. 18 y cc., de la Constitución Argentina.

Ello porque en el caso se acreditó que los jueces designados dependían jerárquicamente de quien aducía agravio, es decir, del Jefe del Estado Mayor, máxime cuando el denunciante actuó en el mismo de manera directa, remitiendo en su oportunidad al Juez de Instrucción Militar una nota referida al lugar en el que

de delitos de injuria, a la justicia civil (penal en el caso) federal. Ella fue rechazada por el Juez federal de Neuquén, con fecha 18/12/1996, señalando que la irrespetuosidad constituye un delito esencialmente militar, debido a la calidad y naturaleza militares tanto del presunto autor, como del bien jurídico tutelado (disciplina militar) señalando que, en consecuencia, sólo los tribunales castrenses tenían competencia para juzgarla.

debería permanecer detenido Correa, así como también en la emisión de una requisitoria fiscal⁷⁶.

Además, era notoriamente insuficiente, como antes se lo señaló, que el único mecanismo previsto a esa fecha contra la falta de revisión judicial de lo obrado en sede militar lo fuese el recurso de habeas corpus, el que, en este caso, también fue impetrado por Correa Belisle el 16/1/1997, aunque rechazado en el mismo día, por considerarse que "no se trataba del recurso idóneo y procedente para cuestionar la validez de una sanción disciplinaria dispuesta por un órgano competente, y conforme a derecho"⁷⁷.

Ello llevó a los peticionantes a argumentar que el rechazo de tales pretensiones de habeas corpus, por parte de los Magistrados Argentinos, implicaba un efectivo agotamiento de los recursos que proveía la legislación interna de Argentina, con lo que la denuncia por ante la CADH era ya la única vía idónea para lograr la defensa y reivindicación de sus derechos⁷⁸.

⁷⁶ Este tipo de interferencias —que nosotros estimamos inadmisibles en todo marco vinculado al debido proceso legal, sea cual fuese la sede en que se produjera— había sido ya con anterioridad admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar que "(...) la intervención del Poder Ejecutivo en las decisiones de la justicia militar, a los fines de su aprobación, desaprobación o reforma, no es incompatible con la cláusula (...) según la cual en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de las causas pendientes o restablecer las fenecidas, porque dicha prohibición se refiere a funciones y causas comprendidas en la esfera de acción del Poder Judicial, del que no forman parte los tribunales militares (Cfr. CSJN, Fallos 148:155; 148:154; 149:175; 149:182)" (CSJN, Fallos 306:2101, *Videla*).

⁷⁷ Aún más, esa decisión fue confirmada por la Alzada, el 17/1/1997.

⁷⁸ Si bien el Estado Argentino adujo que Correa Belisle no había agotado aún la vía interna al momento de producir la denuncia ante la CADH, lo cierto era que no podía impugnarse por recurso a la jurisdicción militar tal sanción, ya que el inciso 1 del art. 445 bis del CJM, se refiere explícitamente a "delitos esencialmente militares", lo que no abarca todas las infracciones militares —las que comprendían en el contexto del derogado código tanto delitos como faltas—, sosteniendo que para que se configure un delito militar, no basta que se haya juzgado por una conducta tipificada como tal, sino que además se requiere que la decisión contenga una referencia expresa a dicho tipo de conducta. Por ello, la condena de Correa Belisle a sanción disciplinaria de "arresto", impedía la utilización de recurso a la

Finalmente, y luego de evaluar ambas presentaciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declara su competencia para conocer del caso, y además, que la petición era admisible, en los términos de los arts. 46 y 47 de la CADH, ello respecto de presuntas violaciones del Estado Argentino de los arts. 7, 8, 13, 24 y 25 de la CADH⁷⁹, ordenando por lo señalado notificar al Estado Argentino y los peticionantes el contenido de la decisión.

Fue en tal contexto que el Estado Nacional Argentino se compromete en una solución amistosa, en el marco del caso "Correa Belisle" aunque atendiendo también a las constancias del precedente "Arguelles y otros" de la CIDH, en fecha 24/8/2004⁸⁰.

Contextuado con esta situación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró, en varios casos ulteriores, la inconstitucionalidad de estos procedimientos.

Particularmente, al fallar los obrados *López Ramón*⁸¹, declara, en virtud de un recurso extraordinario, la nulidad de una senten-

jurisdicción federal, por cuanto la sanción no hace referencia a un delito militar, sino a una falta disciplinaria.

⁷⁹ Esta importante decisión, emitida en fecha 24 de febrero de 2004 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fue suscripta por su Presidente, José Salaquett; su Primer Vicepresidenta, Clare K. Roberts, su Segunda Vicepresidenta, Susana Villarán; y los Comisionados Evelio Fernández Arévalos, Paulo Sergio Pinheiro, Freddy Gutiérrez y Florentín Meléndez.

⁸⁰ En tal marco referencial, la Res. *Mindef* 154/06 consigna que "(...) en el acta respectiva, los peticionarios manifestaron que la agenda de discusión a ser abordada por este espacio, debía contener, entre otros puntos, una reforma legislativa vinculada con el Código de Justicia Militar".

⁸¹ Con referencia a los fallos de ese propio Tribunal, en 54:577 y 310:1797. Ver en particular los votos de los Ministros Zaffaroni - Lorenzetti. En esa causa se había cuestionado la constitucionalidad del juzgamiento de militares -al menos en tiempos de paz- por tribunales castrenses, tal lo disponía el art. 18 del CJM, al considerar que con ello no se satisfacía la exigencia de un tribunal independiente (ya que quien juzgaba allí era una instancia administrativa, designada por el propio PEN) ni las garantías de la defensa en juicio (art. 18, CN, y 8.2.d de la CADH), agregándose allí que los arts. 96 y 97 del CJM restringían la libre elección de un abogado defensor, lo que constituye un agravio en sí mismo, por integrarse con funcionarios que dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo de la Nación. Se estimó, por ello, que los Tribunales Militares no podían ser conside-

cia dictada en el ámbito de la justicia militar por no adecuarse dicho pronunciamiento judicial a los estándares vigentes en el país sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN).

Es claro que al prosperar ésta y otra denuncia -al menos en su admisibilidad- en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ello obligó a la República Argentina a estudiar seriamente la necesidad de modificar su sistema de justicia militar. Por ello, inicia además de inmediato⁸² negociaciones, a partir de las cuales, uno de los compromisos de nuestro país fue el de llevar adelante una reforma integral del sistema de justicia penal militar, que se encuentre en un todo de acuerdo con los estándares internacionales sobre Derechos Fundamentales vigentes en la materia.

7. La actuación del Congreso de la Nación y la final derogación del Código de Justicia Militar

(Finalmente, la justicia militar democrática)

Hacia el mes de abril de 2007, el entonces Presidente de la Nación Néstor Kirchner envía al Poder Legislativo un proyecto de ley para reformar el sistema de justicia militar, el que fue el resultado del trabajo de una comisión de expertos civiles y militares, creada por la Ministra de Defensa⁸³.

rados "jurisdicción" en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales administrativos incompetentes para la aplicación de leyes penales.

⁸² Una vez notificado de los casos *Correa Belisle* (n° 11.758) y *Arguelles* (n° 12.167).

⁸³ El 6 de marzo del 2006, la Ministra de Defensa Nilda Garré encabezó la primera reunión de esta comisión, que tendría por finalidad diseñar un nuevo Sistema de Justicia Militar, derogando el Código de Justicia Militar entonces vigente. Para conformar esa Comisión, el Ministerio de Defensa convocó a distintos organismos públicos, institutos académicos y organizaciones no gubernamentales. De cada uno de ellos se designó un representante a fin de lograr un adecuado nivel técnico y jurídico del trabajo a realizarse, y sobre todo, la mayor pluralidad para bien realizar la tarea encomendada.

La integración de la Comisión fue la siguiente:

- Por la Universidad de Buenos Aires, el Presidente de su Instituto de Derecho Penal, Dr. Raúl Zaffaroni, quien a la vez es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;

Claro es que la labor de esa comisión fue orientada por las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en relación a la así denominada "justicia militar", como, asimismo, del compromiso asumido por el Estado Argentino, ante la CADH, de reformar la justicia militar, ello como consecuencia del resultado de las denuncias referidas en párrafos anteriores.

Una vez transcurridos cuatro meses desde la primera reunión, el 26 de julio del 2006 la Comisión elevó el anteproyecto del nuevo sistema de justicia militar a la Ministra Garré, quien a su vez entregó copias del texto a cuatro representantes de los estados Mayores Militares, requiriéndoles que efectuaran las observaciones y recomendaciones del caso⁸⁴.

El 23 de agosto del 2006, la Sra. Ministra encabeza, en el Auditorio del Edificio Libertador, una reunión con más de cien Oficiales Superiores y Oficiales Auditores pertenecientes a las tres Fuerzas Armadas, en la que se informó acerca de los contenidos del anteproyecto.

- El jurista Alberto Binder, como Director del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y penales (INECIP);
- La Magistrada Mirta López González, como representante de la Asociación de Mujeres Jueces;
- El Sr. Diego Frydman, por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC);
- El Dr. Gabriel Pablo Valladares, por la Cruz Roja Argentina, quien actuó en carácter de observador;
- El Contra Almirante Agustín Relly, Auditor General de las Fuerzas Armadas,
- El Coronel Auditor Manuel Lozano;
- El Dr. Alfredo Bovino, por el Centro de Estudios legales y Sociales (CELS);
- Funcionarios del Área de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa de la Nación;
- El Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia, Dr. Alejandro Slokar;
- Representantes de las Universidades de San Andrés y Palermo, y de las Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

⁸⁴ En forma paralela, el Ministerio abrió un proceso de consulta a los Departamentos de Derecho Penal, Derecho Público y Ciencia Política de Universidades Nacionales, ONG'S y de abogados.

Allí disertaron el coronel y abogado Manuel Lozano y el Dr. Alberto Binder, ambos integrantes de la respectiva comisión.

Antes de la elevación del proyecto al Poder Ejecutivo, el Ministerio de Defensa había abierto un período de "recepción de observaciones" para que entidades civiles, organizaciones no gubernamentales y representantes de las Fuerzas Armadas expresaran sus pareceres al respecto.

Una vez conformada la propuesta, ella fue elevada con sus fundamentos al Poder Legislativo, para ser tratada como proyecto de ley.

El Congreso de la Nación, con la final intervención de su Cámara de Senadores, aunque con un importante debate dado en ambas cámaras legislativas, abordó la cuestión concienzudamente, generando en tal abordaje un importante cambio de opiniones, a sabiendas de la trascendencia del paso a adoptarse⁸⁵.

Luego de cinco intensas reuniones con específico análisis de la cuestión⁸⁶, en las que se escucharon las palabras autorizadas del

⁸⁵ Aun así, se advirtieron, particularmente en la Cámara de Diputados de la Nación, voces que señalaron que el Congreso hubiese requerido un mayor debate de la cuestión. Así, la Diputada Guinzburg (Capital), única disidente en el punto en la Cámara de Diputados de la Nación, expresó en el debate que "(...) lamento mucho que en este Congreso de la Nación no hayamos podido tratar con el debido tiempo y concienzudamente una reforma que es nada más ni nada menos que la del Código de Justicia Militar". Aun coincidiendo en el hecho de que el mantenimiento de este Código de Justicia Militar resultaba ya insostenible, esta legisladora efectúa una importante serie de objeciones a la propuesta del Ministerio de Defensa, resaltando que más allá de la reforma a que hubiere menester, se inclinaba por sostener que no era inconstitucional el mantenimiento de un régimen de justicia militar, proponiendo entonces que se supriman las falencias habidas en el Código entonces vigente, pero que los delitos de corte militar sean juzgados en primera instancia por tribunales militares especializados, en los cuales todos los jueces serían –salvo los casos de uno de comando y otro de combate– auditores abogados, con defensores y fiscales también abogados y aplicándose el procedimiento del CPPN (sistema acusatorio), con apelación por ante la Cámara Federal de Apelaciones, con la obligación de que todas las audiencias fuesen filmadas, bajo pena de nulidad de lo actuado en ellas.

⁸⁶ El proyecto se mantuvo en estudio en las respectivas comisiones, por el lapso de siete meses, lo que fue considerado a su tiempo, por el Diputado Bala-drón (La Pampa) para su adecuado estudio.

Dr. Raúl Zaffaroni, la Ministra de Defensa, Dra. Nilda Garré, el profesor Binder y el coronel Manuel Lozano, se realizó también en la Cámara de Diputados de la Nación una reunión conjunta con la Comisión de Defensa Nacional Argentina.

Las dos comisiones que en la Cámara de Diputados de la Nación trataron la iniciativa consensuaron un proyecto que fue considerado por el Diputado Aguad (Córdoba), superador de la ley que él planteaba derogar (CJM).

Finalmente, el mentado proyecto de ley derogatoria obtiene media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, al contar con el apoyo de más de ciento sesenta legisladores, y el rechazo de sólo dos de sus miembros.

Oportunamente, el pleno de la Cámara Alta inició el tratamiento de los proyectos de ley N° 94/07 derogando el Código de Justicia Militar y modificando el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación.

El miembro informante senador Rubén Marín (La Pampa), señaló que esta reforma "(...) viene a cumplir con una demanda de hace tiempo y a velar por una igualdad de derechos y garantías en nuestra sociedad", agregando a ello, que "(...) se trata de una reforma que se la debemos a la sociedad en su conjunto".

También el senador Luis Carlos Petcoff Naidenoff (Formosa) señaló al respecto que "(...) La reforma del Código Militar del 84 mostró la precariedad de la aplicación de esta justicia militar", indicando luego que "(...) acompañamos esta reforma pero objetamos el art. 3 de las instrucciones a la sociedad civil en caso de conflictos armados y el art. 238 'bis' del Código Penal"⁸⁷.

⁸⁷ En su momento, expresó también el senador Rubén Giustiniani (Santa Fe), que "(...) es una ley de alta trascendencia, que reúna cuestiones fundamentales que hacen a la política y a la moral y al avance de la humanidad", agregando luego en su alocución que "(...) la justicia militar debe estar siempre en manos civiles y no de sus pares militares". Aún así, propuso su votación afirmativa en general, pero negativa en particular, ya que manifestó su desacuerdo con el

El senador Horacio Lores (Neuquén) enfatizó que el proyecto "(...) tiene plena coherencia con la política de derechos humanos que se está llevando a cabo en Argentina, así como la coherencia con los cánones internacionales en torno a la temática". Rescató asimismo la senadora Viudes (Corrientes), "(...) el hecho de eliminar definitivamente la pena de muerte, ya que el código vigente que la ley deroga la prevé en más de 50 casos".

Para terminar esta reseña, diremos que culmina la senadora Marita Perceval (Mendoza), señalando que "(...) con esta propuesta legal nos ponemos a la vanguardia de América Latina. Esto significa que todos los ciudadanos somos iguales en este país".

Finalmente, el proyecto se aprueba con sesenta votos afirmativos con lo que el H. Senado de la Nación sanciona por unanimidad la ley que deroga al Código de Justicia Militar⁸⁸, que llevó el número 26.394⁸⁹.

En líneas generales, la nueva ley garantiza que los miembros de las Fuerzas Armadas se sometan a la justicia civil (federal) y no militar, ante cualquier delito contemplado en el Código Penal, y que estos puedan apelar las sanciones militares disciplinarias ante esta justicia no militar, con lo que se consolida definitiva-

hecho de habilitar, así sea en determinados casos, la posibilidad de que la autoridad militar pueda detener a civiles que cometan ciertos delitos.

⁸⁸ Cabe resaltar que en el contexto del tratamiento final del proyecto, la ministra de Defensa Nilda Garré –su principal impulsora– llegó al recinto al momento de iniciarse su análisis, permaneciendo allí atenta a los discursos ofrecidos por los Senadores, hasta su final aprobación. La mayor parte de los discursos ofrecidos en el Senado se refirió a aspectos técnicos de la ley, y a la importancia de haber avanzado en la derogación de un "código obsoleto y anacrónico", siendo así calificado por la Presidenta de la Comisión de Defensa del cuerpo, la senadora Marita Perceval (Mendoza), quien recordó en su alocución –a modo de homenaje– que el contexto histórico institucional no permitió, a su tiempo, que se aprobara una modificación entonces propuesta por el ex presidente radical Raúl Alfonsín, a tres días de asumir su gestión.

⁸⁹ Ley 26.934, sancionada el 6 de agosto de 2008 (promulgada el 26 de agosto de 2008 –BO: 29/8/2008–). La norma comenzó a regir seis meses después de su promulgación (26/2/2009), habiéndose implementado durante ese período un "programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación".

mente la garantía de la defensa en juicio a los militares, con la existencia del juez natural, eliminando además el último resabio de pena de muerte en el sistema legal argentino, ello en concordancia con la manda del art. 4 de la CADH.

También se crea, para tiempos de guerra, el denominado "control jurisdiccional automático"⁹⁰.

Aún así, se advirtió en el debate que quedaban dos cuestiones no resueltas, y que el tiempo dirá cómo se solucionan: una de ellas vinculada a que el proyecto no regirá para la Gendarmería, rigiendo para ella el viejo Código hasta que se dicte uno al respecto⁹¹, quedando además pendiente la cuestión vinculada a los denominados "Tribunales de Honor", que en el caso de los militares, cuentan con facultades disciplinarias que en muchos casos se contradicen con lo constitucionalmente permitido⁹².

Se consideró, en este sentido, que no era ya lógico que un sector de la sociedad argentina tuviese su propia justicia y no se rigiese con los mismos parámetros y marcos normativos que la sociedad civil, agregándose a ello, que es necesario e imprescin-

⁹⁰ Señalaba Aguado, en el contexto del debate parlamentario, referido a esta cuestión, que "(...) sólo esto justifica el reemplazo de un sistema inquisitivo y autoritario, por uno que se adapta a la nueva sistemática del derecho penal".

⁹¹ Aunque el proyecto presenta una cláusula que fija un plazo perentorio a tal fin.

⁹² Respecto de este punto, cabe destacar que la normativa ahora vigente, aunque mantiene la vigencia de los Consejos de Guerra Especiales, en caso de guerra y OCA, finalmente ha hecho desaparecer los "delitos contra el Honor Militar", que en su draconiano art. 756 decía "El militar que en combate o en presencia del enemigo vuelva la espalda y huya, o haga demostraciones de pánico, que pongan a la tropa en peligro de inminente contagio, podrá ser muerto en el mismo instante, para castigo de su cobardía y ejemplo de los demás". Es del caso señalar también que estos Consejos de Guerra, dependientes del Comandante en Jefe de las FFAA, se integran con miembros pertenecientes al Servicio de Justicia, o en su defecto, a militares con título de abogado. Si bien estos Consejos se constituyen en situaciones de excepcionalidad y son de única instancia, sus sentencias ahora quedarán firmes sólo cuando los fiscales o defensores, una vez reestablecidas las circunstancias de normalidad, desistan expresa y formalmente en no requerir la revisión de lo actuado, ya que la falta de esta acción impedirá que la sentencia quede firme sin límite de tiempo.

dible que las instituciones se revitalicen y acomoden al Estado de Derecho y no sólo su funcionamiento, sino también sus normas reglamentarias y disciplinarias⁹³.

8. Los cinco puntos esenciales que integran la nueva normativa en la materia, y su contexto

(El proceso de modernización de las Fuerzas Armadas)

La nueva ley responde sin dudas al proceso de modernización de las Fuerzas Armadas, iniciado durante la presidencia de Néstor Kirchner (2003-2007), y como parte de este proceso, fueron modificados también los contenidos que se enseñan en las instancias de formación profesional del personal militar⁹⁴.

El reconocido jurista y actualmente miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Eugenio Zaffaroni, integrante de la Comisión que elaboró el proyecto, señaló a la víspera de la entrada en vigencia de la ley que la misma "(...) convertía al soldado en ciudadano". Por su parte, la Ministra de Defensa aseguró que se trataba de una "(...) gran contribución para el establecimiento de un vínculo positivo de los militares con la sociedad".

La reforma hoy en vigor⁹⁵ abordó cinco puntos principales:

⁹³ Intervención del diputado Baladrón (La Pampa). Agregaba este legislador que "(...) debe quedar en claro lo siguiente: no se trata de hacer desaparecer la justicia militar, sino de adecuarla a los tiempos que vivimos. Por ello, al considerar este proyecto de ley del Poder Ejecutivo, por el que se deroga la ley 14.029 y se introducen las modificaciones al Código Penal y Procesal penal de la Nación, las comisiones de Legislación Penal y de Defensa Nacional han dictaminado el proyecto cuyos ejes centrales tienen como fundamento principal la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales con Jerarquía Constitucional".

⁹⁴ Algunos de ellos fueron los referidos a Derecho Internacional Humanitario, Formación Ciudadana y Derechos Humanos.

⁹⁵ Señala Matías Bailone (ob. cit., p. 5) que con anterioridad al ingreso de este proyecto al Congreso de la Nación, otro similar había sido objeto de debate parlamentario. Así, este autor expresa que "(...) el proyecto del senador Giustiniani de derogación del Código de Justicia Militar sigue el mismo espíritu del proyecto de ley del ejecutivo: ordenar los delitos militares y dejar atrás un sistema de justicia vetusto y antigarantista". Aún así, sostiene Bailone que, en su

1. El tratamiento de los delitos esencialmente militares, se hará por ante la jurisdicción federal. Con ello, se elimina el denominado "fuero militar" para el juzgamiento de delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas.

De esta manera, se resguardan debidamente las garantías de independencia, imparcialidad e igualdad de aquellos militares a quienes se les imputen delitos descriptos en la nueva ley. Recordamos el avance que la ley 23.049, en la que se había determinado además la exclusión plena de los "civiles" de aquella jurisdicción. Así es que la reforma refiere que los principios del derecho penal común rigen, desde ahora y en más, para el derecho penal militar.

2. Se dispuso la modificación al Código Penal de la Nación y al Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación, tipificándose los delitos esencialmente militares, fijándose la pena correspondiente para el personal militar responsable, y estableciendo un procedimiento penal militar para tiempo de guerra y otros conflictos armados, a lo que se agrega un anexo con instrucciones a ser impartidas a la población civil para tiempo de guerra y otros conflictos armados, y las facultades conferidas a las autoridades militares respecto de la población civil en el marco de esas instrucciones.

En este sentido, se modifica el art. 77 de la Parte General del Código Penal, incorporando una definición de lo que se considera "personal militar". En los delitos correspondientes a la parte espe-

entender, este proyecto "(...) tiene una excesiva creación de tipos penales, con una técnica perfectible, que necesitaba del estudio de las más altas autoridades del tema". Discrepa también este autor con el proyecto de Giustiniani, en cuanto propone "(...) crear una instancia de apelación exclusiva para los delitos militares [Cámara Nacional Militar], y la creación de Secretarías Militares de juzgados federales, ya que no se justifica una erogación tan significativa de gastos para la creación de instancias que no serán utilizadas, debido a que son muy pocos los casos que llegarán allí. El estado en que se encuentra la justicia federal no permitiría que se cree toda una estructura que generará muchos gastos para poco uso". Finalmente, también cuestionaba Bailoni el proyecto Giustiniani, por no legislar sobre el régimen disciplinario de las FFAA, y sólo dar lineamientos para que se legisle separadamente sobre el tema.

cial, se introducen modificaciones en las figuras correspondientes al homicidio calificado, la privación de la libertad, la instigación a cometer delitos, la traición a la patria, los que comprometen la paz y la seguridad de la Nación, la resistencia a la autoridad, la usurpación de autoridad, el abuso de autoridad y la violación de los deberes del funcionario público.

Todo ello con la pretensión de adecuar las normas penales de fondo forma, para que el juzgamiento de delitos imputados a personal militar sea plenamente ejercido por la jurisdicción de nuestros jueces federales.

Por su trascendencia, esta cuestión de carácter esencialmente técnico será abordada más adelante, en un capítulo aparte de este trabajo, en el que se detallarán críticas y avales particularizados respecto de cada una de estas nuevas figuras⁹⁶.

Respecto de las instrucciones a que hace referencia la nueva normativa, ellas obligan con fuerza de ley a todas las personas que se encuentren en la zona de operaciones y/o combate según así lo determine la norma⁹⁷.

3. La eliminación definitiva de la pena de muerte del ordenamiento jurídico argentino.

⁹⁶ De todas formas, no podemos dejar de mencionar aquí nuestra posición concordante con la sostenida por Matías Bailone (ob. cit., p. 5), en cuanto saluda con beneplácito la legitimación activa para poner en marcha el proceso judicial, otorgada ahora al Jefe del Estado Mayor de la respectiva fuerza militar en que acerca el hecho, ya que tal habilitación, en cabeza de la autoridad militar, no excluye a la que ya posee el Ministerio Público para excitar el procedimiento judicial, en defensa de la legalidad constitucional, o aun la de los habilitados para formular la denuncia correspondiente, al tomar conocimiento de su comisión, toda vez que los delitos militares son de acción pública.

⁹⁷ Ello con el resguardo de que "no se impondrán obligaciones innecesarias que lesionen la intimidad o los deberes de conciencia". Esta normativa debe ser convenientemente difundida para conocimiento de la población, por todos los medios disponibles, reteniéndose en esencia las características del "bando" descripto en la legislación derogada, las que deben ser informadas a la superioridad con relación a sus motivos y alcances, y no podrán ellas contraponerse a lo establecido por los Procedimientos Penales Militares para Tiempo de Guerra y OCA.

Es claro que aquélla, aunque en esencia inaplicada, se mantenía vigente para el fuero militar, con última aplicación entre nosotros en el año 1956, en contra de aquellos militares peronistas que se sublevaron en contra del gobierno de facto del General Aramburu⁹⁸. Esta trascendente decisión asegura que, al no estar vigente, la normativa en cuestión no pueda aplicarse en el futuro.

4. La reformulación del régimen disciplinario militar, respetándose ahora, en ese contexto, las garantías constitucionales y la vigencia plena de los derechos humanos, adecuándose además las conductas sancionadas y los procedimientos a las necesidades del servicio militar moderno.

Se asegura de este modo el valor disciplina, importante para la buena conducción de la fuerza, eliminando, empero, aquellas reglas que favorecen o propugnan el incremento de las redes burocráticas y la arbitrariedad⁹⁹, definiéndose así, claramente, los objetivos que informan al control disciplinario y su directa relación con las particularidades que hacen a las necesidades de servicio y las funciones de la actividad militar¹⁰⁰.

⁹⁸ Puede agregarse a lo expuesto que, antes de 1956, esta pena sólo fue ejecutada como pena frente al homicidio perpetrado por el cabo Paz, en contra de su 2° Jefe de Unidad, en 1936. A su tiempo, el entonces Presidente Perón se negó a hacerla efectiva en contra de los militares sublevados el 16 de junio de 1955.

⁹⁹ Resulta adecuado apuntar aquí que el "Código Disciplinario Militar" suprime al castigo por homosexualidad (anteriormente en vigor), y penaliza como faltas a la discriminación y al acoso (requerimiento) sexual, que efectuare un militar, para sí o para terceros, bajo la amenaza de causar a la víctima un daño relacionado con el servicio o su carrera, considerándose en la nueva normativa que si el acoso sexual es realizado por un superior, el delito y la sanción conllevan aún mayor gravedad. El actual régimen disciplinario prohíbe también actos o manifestaciones que de alguna forma discriminen a cierto grupo de personas, y se condena la acción de realizar campañas de hostigamiento personal o grupal, o la de afectar la dignidad personal, provocar burlas o humillaciones.

Estas conductas son consideradas en el sistema disciplinario vigente como faltas graves y se rotulan como faltas gravísimas a quienes ordenen la realización de actos contrarios a la Constitución Nacional, las leyes o los reglamentos militares.

¹⁰⁰ La nueva normativa tipifica las faltas disciplinarias, las sanciones de aplicación conforme la gravedad de las faltas (que se gradúan en: leves, graves y

5. Se legisla, por último, un reordenamiento de los servicios de justicia en el ámbito militar, creándose un servicio de justicia común a la totalidad de las Fuerzas Armadas, en un intento de eliminación de la burocracia ineficiente y redundante.

Así, la eliminación de la justicia militar como fuero separado de la justicia civil ofrece al personal militar la posibilidad de que aquellas imputaciones penales respecto de sus conductas sean juzgadas con plena vigencia de sus derechos y garantías, al igual que acaece con cualquier otro ciudadano.

En suma, entonces, los grandes ejes del nuevo sistema de justicia militar impuestos por la ley 26.394 son:

- Erradicación de la pena de muerte
- Tratamiento de los delitos esencialmente militares en la órbita del derecho común.
- Intento de mayor claridad en la definición de los delitos militares.
- Modificación integral del sistema disciplinario militar.
- Reafirmación de las ideas conceptuales de transparencia e institucionalidad republicana.

gravísimas), y que van desde el apercibimiento hasta la prisión rigurosa de sesenta días, multa o destitución, según la siguiente gradación:

- Una falta leve tendrá una sanción que va desde el apercibimiento hasta cinco días de arresto, o una multa de hasta diez días de sueldo.
- Una falta grave aumentará la pena a sesenta días de arresto o una multa equivalente a treinta días de sueldo.
- Finalmente, las faltas gravísimas se castigarán con la destitución.

También dispone la nueva legislación el cauce procesal por el que se regirá el régimen disciplinario administrativo, como asimismo, las vías recursivas pertinentes. Ha señalado en este punto Bailone (ob. cit., p. 4) que "(...) es de gran acierto la regulación sobre la materia disciplinaria que se propone, con una clara normativa sobre cuáles son las faltas y las sanciones aplicables conforme la gravedad de la falta, y el procedimiento de aplicación con garantías para el afectado. Y es de gran importancia que en el fondo este proyecto distinga lo que siempre distinguió la doctrina más autorizada, que dentro de lo que genéricamente suele llamarse derecho militar, debe diferenciarse el derecho disciplinario y el derecho penal militar propiamente dicho".

CUADRO IV

CONTENIDO GRÁFICO DE LA LEY 26.394

(Breve esquema conceptual)¹⁰¹

Estructura de la nueva normativa

DEROGACIONES	MODIFICACIONES	ESTABLECIMIENTOS
<ul style="list-style-type: none"> • Derogación del Código de Justicia Militar (Ley 14.029 y ccs.) 	<ul style="list-style-type: none"> • Modificación del Código Penal de la Nación. • Modificación del Código Procesal Penal de la Nación 	<ul style="list-style-type: none"> • Establecimiento del Procedimiento Penal Militar para Tiempos de Guerra y Otros Conflictos Armados. • Establecimiento de las Instrucciones Para la Población Civil en Tiempos de Guerra y Otros Conflictos Armados que, como Anexo III, integran la Ley. • Instauración del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, que, como Anexo IV, integra la ley. • Organización del Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas Armadas, que, como Anexo V, integra la Ley (La Auditoría Conjunta dependerá directamente del Ministerio de Defensa –en lugar de depender de cada Fuerza–, dándole de este modo mayor independencia frente a éstas, y acentuando asimismo el carácter conjunto, al estipular que la conducción de la dependencia sea rotativa).

¹⁰¹ La Dirección Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa de la Nación distribuyó entre las tres fuerzas armadas, 35.000 ejemplares del Anexo IV de la ley 23.694 (Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas) y sus reglamentaciones específicas para el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea argentinas (Anexo IV de la ley 26.394).

9. Algunas breves conclusiones preliminares

(Acerca de los caminos propuestos por la democracia, tanto para civiles cuanto para militares)

En los inicios del tercer milenio, la República Argentina se enfrenta al imperioso deber ciudadano de construir y diseñar su nueva institucionalidad, postulando necesarios programas de largo y mediano alcance, que han de ser debidamente consensuados.

Tenemos por cierto, entonces, que la derogación del Código de Justicia Militar ha significado un paso de real trascendencia en el proceso de modernización y democratización de nuestras Fuerzas Armadas, y de toda nuestra sociedad como conjunto. No olvidamos que, de hecho, este proceso ha transitado y transita hoy por un muy largo y sinuoso derrotero, como se lo vio en el relato que antecede.

Por ello, entendemos que esta nueva legislación asume –más allá de sus aciertos y errores, que los tiene– una modalidad de trascendencia institucional que la excluye de todo cálculo electoral, al debatirse aquí acerca de otro tipo de urgencia, que es de claro corte institucional.

No puede olvidarse, en esta instancia, que la República Argentina ha asumido importantes compromisos con la CADH, ni tampoco el hecho cierto de que ya nuestra Corte Suprema de Justicia había declarado la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar.

Adviértase, entonces, que la nueva normativa militar ha significado el fin para los tribunales especiales que antes juzgaban estas conductas, y la eliminación del único ordenamiento jurídico que aún sostenía la pena de muerte en Argentina.

Creemos que, más allá de los aciertos o errores del nuevo sistema normativo impuesto en este punto, lo cierto es que las nuevas opciones que vincularán al tránsito de la vida militar habrán

de darse desde ahora en el contexto de una estructura legal plenamente democrática, por su origen, y también por su producto.

Esta, aún con sus imperfecciones de factura, es la opción normativa que el Estado de Derecho de nuestro tiempo existencial pudo proveer a su ciudadanía, integrada por civiles y militares, y todo ello genera, desde la labor de sus representantes, una profesión de fe democrática común que merece ser enfatizada y no desactivada, en cuanto genera parte de los consensos que requiere el debate ciudadano actual.

No se puede olvidar, al tratar estas cuestiones, que los "militares" se han consolidado desde antaño como una elite atenta, que ha buscado constantemente indicios para imponerse frente a la generación de democracias que ellos suponen desmoralizadas o decadentes.

Y frente a tales pareceres, éstos son los indicios que la denominada "clase política" y la ciudadanía deben ofrecer hoy, a fin de democratizar definitivamente a nuestros militares, quienes merecen un honroso reencuentro con el resto de la sociedad democrática, que entre todos debemos construir.

Ello, porque la idea que propugna la generación de consensos ciudadanos implica la real afirmación de un serio camino para superar la alta inestabilidad que ha llevado a la recurrencia argentina hacia el autoritarismo en el pasado.

Esta recurrencia, dada por el enfrentamiento de sectores sociales, no se supera sino a partir de acuerdos democráticos, concebidos como la definición de una serie de reglas de juego básicas para dirimir los conflictos.

Estimamos que esta nueva legislación nos adentra institucionalmente en ese sendero.

Tenemos en claro que la derogación del viejo Código de Justicia Militar, la modificación del Código Penal y Procesal Penal, el establecimiento del Procedimiento Penal Militar para Tiempos de Guerra y Otros Conflictos Armados, el de las Instrucciones para

la Población Civil en Tiempos de Guerra y Otros Conflictos Armados, la instauración del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, y la organización del Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas Armadas, constituyen por su origen y sus efectos, una modalidad de pacto ciudadano de garantías, que democratiza y compone las relaciones entre civiles y militares.

La crítica fina, y los pertinentes elogios que esta nueva legislación eventualmente merezca, deberán ser bienvenidos, ya que no implicarán otra cosa que afirmar lo perfectible de las instituciones de la República, cuando es la propia democracia la que enmarca el sendero de la fructífera discusión.

LA DEROGACIÓN DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR Y SU INCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Alejandro Tazza

Nos motiva la realización de este trabajo la simple intención de formular algunas apreciaciones en torno a los nuevos delitos y a algunas otras modificaciones que se han introducido en el Código Penal de la República Argentina a partir de 2009, en razón a haberse creído necesario trasladar al texto punitivo argentino una serie de conductas que anteriormente figuraban dentro del llamado Código de Justicia Militar, el que, al ser derogado y modificado, dejaba cierto margen para que tales hechos fueran incluidos en el catálogo sancionador bajo la óptica constitutiva de "delitos comunes". Esto es, para que sean juzgados por los tribunales con jurisdicción penal como si se trataran de delitos cometidos por cualquier civil, aunque respetando las particulares circunstancias que tales hechos ameritaba incluir como elementos constitutivos o agravantes de las figuras penales involucradas.

Para afrontar el trabajo que hemos decidido emprender, dividiremos el análisis normativo en dos etapas: la primera de ellas vinculada con aquellas modificaciones efectuadas a la Parte General y a la primera fase de la Parte Especial; la segunda, dedicada exclusivamente a la observación de las nuevas figuras que se han introducido dentro de los delitos contra la administración pública previstos en el Título XI del Código Penal argentino.

El método así elegido creemos redundará en un mejor y más adecuado tratamiento de las modificaciones legales propiciadas

por la reforma penal, dado que ello permitirá que nos ocupemos en forma un poco más detallada de aquellos ilícitos que se incluyen en el catálogo punitivo como lesivos a la administración pública, que es el lugar sistemático donde se manifestará con mayor intensidad la presente reestructuración legal.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Tal como señaláramos anteriormente, y ya en el marco de la reforma legislativa operada por obra de la ley 26.394 del mes de agosto de 2008, el Estado Argentino ha procedido a derogar el llamado Código de Justicia Militar, y reemplazar sus figuras de tinte infraccional militar, acordando un marco normativo más acorde con la realidad imperante en el país y en el mundo en general.

Ello provocó la implementación de un sistema particular –establecido por la mencionada normativa– compuesto por un Código disciplinario para las Fuerzas Militares, un procedimiento para tiempos de Guerra y otro para tiempos de paz, el establecimiento de órganos especiales para el juzgamiento de las faltas disciplinarias dentro del mismo ámbito castrense, y la consecuente incorporación de algunas formas punitivas dentro del ordenamiento sancionatorio previsto por el Código Penal.

Nos referiremos a las primeras por la trascendencia de las mismas, pues la citada normativa –sin perjuicio de incorporar un cuarto párrafo al artículo 77 (significación de conceptos empleados en el Código)– y sus consecuentes disposiciones afectan diversos bienes jurídicos, a saber: vida, libertad, orden público, seguridad de la Nación y la administración pública.

Cabe destacar que en virtud de lo dispuesto por el art. 7 de la mencionada regulación legal, tales disposiciones comenzaron a

regir seis (6) meses después de su promulgación, esto es, a partir del día 26 de febrero de 2009.

En consecuencia, y a la fecha, aquellas reglamentaciones penales se encuentran plenamente operativas en nuestro país, y lógicamente serán aplicables para aquellos hechos que hayan sido cometidos con posterioridad al tiempo de su sanción.

A los efectos del análisis de estas reformas que proyectan sus consecuencias sobre todo el texto normativo penal, comenzaremos efectuando un breve comentario a la modificación dispuesta en la Parte General de nuestro Código para así luego ocuparnos de aquellas novedades que se refieren a la inclusión de nuevos tipos penales o circunstancias agravantes de otras figuras legales que se encuentran comprendidas dentro de la Parte Especial del catálogo punitivo argentino.

1. Modificación de la Parte General del Código Penal

La ley 26.394 incorpora como cuarto párrafo del art. 77 del Código Penal, el siguiente:

Art. 77: Por el término militar se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados 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 comisión de delito o participación en el mismo.

Se trata la presente de una integración de conceptos normativos dentro del sistema punitivo argentino, que define lo que debe entenderse por "militar", cada vez que el ordenamiento penal se refiere a ellos en algún tipo especial que lo comprenda.

Por otra parte se hace extensivo el concepto de "militar" a aquellos funcionarios públicos que dentro de la esfera civil integran la cadena de mandos, siempre y cuando realicen algún acto

o impartan alguna orden o instrucción que implique la comisión de un delito o represente un grado de participación en él.

Quedarían comprendidas aquellas formas asimilables a la coautoría por división de funciones, e incluso los casos de la llamada autoría mediata. Dentro de este esquema podrían incluirse a todos aquellos profesionales que ejercen su profesión para alguna de las Fuerzas Armadas y estén dotados con un rango de jerarquía militar o equivalente.

También debe considerarse que los integrantes de las fuerzas armadas ostentan la calidad de funcionarios públicos en el mismo sentido que la terminología empleada por este preciso articulado.

Estimamos, por nuestra parte, que la disposición transcrita es sobreabundante, atento a lo dispuesto en el art. 77 del texto punitivo, al referirse al concepto de "funcionario público" y "empleado público". En efecto, un militar es un empleado público, pues no sólo es designado por autoridad competente, sino que también su remuneración como tal es abonada con fondos públicos de la Nación¹.

La ley se refiere a los funcionarios públicos que integran la cadena de mando. Esta última expresión, cadena de mando, tiene el significado de orden jerárquico, el cual puede llegar hasta el Ministro de Defensa, pasando por otros funcionarios civiles con jerarquía inferior dentro de dicha órbita administrativa (Secretarios, Subsecretarios, etc.) Ahora bien, los mencionados funcionarios civiles sólo están asimilados al personal militar en dos supuestos; el primero, cuando cometen delitos en su carácter de tales; y segundo, cuando integrando ese orden jerárquico impartan órdenes o instrucciones que implican la comisión de delitos o una participación en dichas ilicitudes.

Restaría sin embargo dilucidar lo que sucedería con el Presidente de la Nación cuando actúa en la calidad que le confiere el art. 99 de la Constitución Nacional, ya que éste por expresa asig-

¹ Jurisprudencia Argentina 1943-IV, p. 410.

nación constitucional "es el Comandante en Jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación" (ver art. 99, inc. 12, CN), mientras que también "dispone de las fuerzas armadas y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación" (art. 99, inc. 14, CN).

Por lo demás, el representante del Poder Ejecutivo asume la dirección de la defensa nacional y la conducción de las Fuerzas Armadas, teniendo a su cargo la conducción integral de la guerra internacional con la asistencia del Consejo de Defensa Nacional, según lo que surge del art. 10 de la ley 23.554.

Por lo tanto, cuando el representante del Poder Ejecutivo dicte una orden de aquella naturaleza dentro del marco de funciones que el cargo constitucional le confiere, y si de ella resulta un delito de los tipificados por el Código Penal, debería ser asimilado a "militar" a los efectos de determinar la eventual aplicación de un agravante o estimar la concreción de una condición subjetiva prevista en el tipo penal respectivo.

Por su parte, la caracterización de las Fuerzas Armadas viene impuesta por la ley 23.554 de Defensa Nacional, cuyo art. 20 establece que las fuerzas armadas "son el instrumento militar de la defensa nacional y se integran con medios humanos y materiales orgánicamente estructurados para posibilitar su empleo en forma disuasiva y efectiva", entendiéndose por defensa nacional "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 las agresiones de origen externo (art. 2, ley 23.554).

A tenor de lo precedentemente expuesto, es claro que la reforma penal ha pretendido incluir en la categoría de funcionarios públicos a todos aquellos que intervienen de algún modo en la actividad militar, aun cuando no tengan específicamente rango, grado o asimilación militar, a condición de que participen desde su función impartiendo órdenes o instrucciones de otra naturaleza en aquellos hechos que son considerados delictivos por la legislación penal.

CAPÍTULO II

MODIFICACIÓN AL TÍTULO I DEL CODIGO PENAL

La nueva normativa incorpora una novedosa figura penal dentro del Título Primero del Código Penal (Delitos contra las personas), y específicamente dentro del Capítulo I (Delitos contra la vida), algo que no se encontraba previsto en ninguno de nuestros antecedentes de codificación y que sólo era comprendido como un hecho constitutivo de lo que anteriormente se definía como un "delito militar".

Nos ocuparemos seguidamente de su análisis típico y de tratar de desentrañar el fundamento de agravación que sustenta esta nueva figura.

1. Homicidio agravado por condiciones personales y por elementos circunstanciales de tiempo y lugar

La reforma legislativa incluye como inciso 10 del art. 80 del Código Penal, un nuevo apartado que establece lo siguiente:

Art. 80: Será reprimido con prisión o reclusión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto por el art. 52 del C. Penal:

Inc. 10º). A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas.

La nueva disposición que ingresa como inciso décimo de los homicidios agravados eleva a prisión o reclusión perpetua (pudiéndose aplicar la medida de seguridad segregatoria de reclusión por tiempo indeterminado) el delito de homicidio simple cuando se presenten las circunstancias así previstas.

Dadas estas características podría denominarse a esta ilicitud como homicidio de un militar superior jerárquico.

Es importante para la aplicación de este nuevo inciso que la condición de pertenencia del sujeto pasivo a la fuerza militar deba ser conocida por el autor al momento de ejecutar el hecho, ya que este conocimiento especial que integra el dolo es necesario para que se configure la agravante. Basta con producirle la muerte sabiendo que es su superior, haciéndolo frente al enemigo o a la tropa formada con armas.

Se contempla aquí el supuesto de un homicidio, que requiere de la realización del tipo objetivo y subjetivo exigido por el delito básico (art. 79, CP), en el que se ha considerado por esta ley, que de acuerdo a las circunstancias en que se produce y a la calidad del autor y de la víctima, debería verse agravado como un supuesto de homicidio calificado en los términos del art. 80 del mismo texto punitivo.

Sabido es que en nuestro sistema penal el homicidio simple constituye la figura básica de los delitos contra la vida, y que el tipo penal contenido en el art. 79 del Código sanciona con pena de 8 a 25 años al que matare a otro, "siempre que en este código no se estableciera otra pena". Se consagra así una relación de subsidiariedad expresa y amplia, con lo cual la figura básica retrocede frente a una previsión específica cuando en otro tipo penal se contemple una muerte dolosa o culposa, siendo indiferente que tenga una pena mayor o menor a la allí establecida.

Entre los delitos que desplazan al tipo básico se encuentran los homicidios agravados que prevé el articulado siguiente (art. 80, CP). El fundamento de la agravación en cada uno de los supuestos varía en atención a diversas circunstancias que, de acuerdo con la valoración efectuada por el legislador, hacen que el hecho sea considerado por el mayor contenido de culpabilidad y, por lo tanto, merecedor de una pena más elevada (prisión o reclusión perpetua).

Es así como el articulado estructura una serie de homicidios agravados basados y fundados en diversos motivos. Entre ellos se encuentran la relación de parentesco, el vínculo sanguíneo y jurídico (parricidio y uxoricidio), el modo empleado para cometer el homicidio (ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso), la concurrencia de dos o más personas en forma premeditada, la calidad del sujeto activo o el sujeto pasivo (agentes de la fuerza pública), el medio empleado (de peligro común), etcétera.

En todos y cada uno de tales casos existe un plus en el contenido del injusto que justifica la imposición de una pena mayor que la del homicidio simple.

Veamos en el caso cuál sería el fundamento de la agravación para la nueva figura prevista en el inciso décimo de este articulado.

En primer lugar, será conveniente examinar los requisitos objetivos y subjetivos que presenta esta figura.

Para la aplicación de esta especial forma homicida el tipo penal exige que el autor sea un "militar" en los términos del art. 77 del Código Penal. Ello puede deducirse de la expresión "a su superior militar" que emplea el texto, puesto que si se requiere que el autor mate a su superior militar, quiere decirse que el sujeto activo debe ser un inferior en la orden de jerarquía que su víctima presenta. Por lo tanto, el autor de este delito será siempre un militar que ostente un grado jerárquico inferior que el sujeto pasivo.

Según el antiguo Código de Justicia Militar, se considera superior al militar que tenga, respecto de otro, grado más elevado, o autoridad en virtud del cargo que desempeña, como titular o por sucesión de mando.

Con lo expuesto decimos que el autor de este delito es un subalterno, o sea, el militar que tiene grado inferior o que está subordinado en virtud del cargo que aquél desempeña, ya como titular o por sucesión de mando.

A la vez, el sujeto pasivo también debe ser un militar, pero no cualquiera, ya que la víctima debe revestir siempre una jerarquía superior a la del autor del delito de homicidio.

Si ambos intervinientes (autor y víctima) tuviesen el mismo grado jerárquico, el agravante no se aplicaría. El teniente coronel que mata a otro teniente coronel sólo cometerá homicidio simple aun cuando concurren las restantes circunstancias previstas en este tipo.

Lo propio sucederá a la inversa, es decir, cuando el superior jerárquico dé muerte a un militar de rango inferior, ya que dicha hipótesis no está prevista como un supuesto de agravación.

Hasta aquí podríamos adelantar que este delito se agrava entonces por la calidad del sujeto activo y del sujeto pasivo, y por la relación jerárquica que une a ambos sujetos.

Pero la norma exige algo más. No cualquier homicidio de un militar de rango superior es agravado, sino sólo cuando se produce "frente a enemigo" o cuando se comete "frente a tropa formada con armas".

Ello nos lleva a descartar el homicidio cometido por un militar (por ej., cabo) contra otro militar de jerarquía superior (v.gr. coronel), si el mismo se produce en otras circunstancias, como ser en el interior de la cantina del cuartel, en la calle, en el domicilio particular de uno de ellos o en cualquier otra condición que no sea alguna de las mencionadas en el tipo respectivo.

La norma contempla dos formas circunstanciales. Una de ellas es el homicidio cometido frente a enemigo. Creemos que se trata de un elemento del tipo de carácter circunstancial vinculado con lo temporal, es decir, un elemento que debe estar presente en el momento en que se produce el homicidio.

Y sostenemos que es de carácter temporal, porque para saber qué se entiende por "encontrarse frente a enemigo" debemos recurrir a la normativa que comprende tal concepto. Así, se establecía que una fuerza se encuentra frente al enemigo "desde el

momento que ha emprendido los servicios de seguridad contra el mismo" (art. 884, CJM), y en concordancia con el viejo Código de Justicia Militar, el art. 2 del Anexo II nos da la idea de quién es ese "enemigo", ya que dispone que se entiende por tiempo de guerra aquel que "comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta existe de hecho, o con la norma que ordena la movilización para la guerra inminente y termina cuando se ordena la cesación de hostilidades", es decir, se debe acreditar la existencia de una guerra de carácter internacional en la cual participa el Estado Argentino, o al menos, su concreta inminencia para aseverarse que se está frente a un enemigo. Por lo tanto, podemos concluir en que esta modalidad sólo podría cometerse en tiempo de guerra internacional.

En definitiva, "frente al enemigo" debe interpretarse como frente a la presencia del adversario o contendiente en el marco de un conflicto bélico internacional del cual la Argentina forma parte activa.

Por su parte, podría quedar también atrapado en este tipo penal el homicidio cometido frente a tropa formada con armas. Nuevamente debemos recurrir a la normativa conceptual que nos aclara que nos encontramos con ello cuando el hecho lo presencian más de cinco individuos con estado militar (tropa), entendiéndose por tropa formada la menor sub-unidad orgánica reunida en formación para cualquier acto de servicio y con armas a su disposición.

Se establece así un elemento circunstancial de modo y de lugar que se concreta cuando una sub-unidad orgánica de tropa militar se encuentra en formación con armas aun cuando no sea en tiempo de guerra, pero preparado para cualquier acto de servicio oficial que requiera del empleo de armas.

En consecuencia, se comete un homicidio calificado de esta naturaleza cuando un militar da muerte a un superior jerárquico en el escenario de una hipótesis de conflicto bélico armado, frente a la presencia de su adversario, o cuando la muerte se produce en un acto de servicio en el cual existe una tropa en formación, y a la

vez, armada para el cumplimiento de la finalidad que le fuera encomendada.

Sentado lo precedentemente expuesto, trataremos de encontrar el fundamento o razón del agravamiento de un homicidio cometido en tales circunstancias.

a) Si tenemos en cuenta la calidad del autor y de la víctima y de la relación que los une, podríamos sostener que el fundamento radica en la violación y el quebrantamiento de dicha relación jerárquica.

No obstante si ello fuera así, no podríamos entender lógicamente cuál sería el motivo para excluir otros homicidios que presentan iguales características, como por ejemplo el del Secretario del Juzgado que mata al Juez frente a sus otros empleados, o el estudiante que mata a un docente frente a toda la clase, o el inferior jerárquico administrativo que mata a su superior delante de otros funcionarios públicos, etc.

b) Así las cosas, tendríamos que ver entonces el fundamento en la circunstancia temporal por la cual se exige que el homicidio se cometa frente al enemigo, y que su razón radique en que, en el marco de un conflicto bélico, la muerte de un superior a manos de un inferior jerárquico pueda influir anímicamente de modo favorable en el espíritu del adversario al advertir este cuadro fáctico infundiéndole mayor confianza, y a la vez y por otro lado, en la influencia negativa sobre el resto de la tropa que observaría con desazón, asombro y desconcierto el desenlace fatal, sumado a las consecuencias anímicas que ello provocaría en la moral de estos últimos.

Trataríase de una especie de acto contrario al objetivo hostil que debe afrontarse en tales momentos, con mengua en el espíritu de la tropa y con nefastas consecuencias para el propósito que se persigue antes de la confrontación bélica.

c) Podría sostenerse juntamente con lo expuesto precedentemente, que también el homicidio se agrava cuando se mata a su superior militar frente a la tropa armada, y que puede suceder

que se dé esta condición (tropa formada con armas) sin que exista un estado de guerra internacional, con lo cual aquel fundamento no sería del todo válido.

Si bien ello es cierto, tampoco podríamos entender la razón de la agravación en estas condiciones como un delito que lesiona fundamentalmente el bien jurídico vida (aunque ello sea así), porque se tendría en cuenta de igual forma el impacto que ello produce en la tropa militar propia y no tanto la condición humana de la víctima.

Configuraríase en este caso un homicidio agravado por la afectación a la relación de disciplina y jerarquía militar.

Basta con observar que no es un homicidio agravado la muerte dada al inferior jerárquico militar y ni siquiera a otro de igual rango.

Por lo tanto, en nuestro criterio, el nuevo tipo penal tiene un fundamento mixto compuesto en primer lugar por el relajamiento para la disciplina militar que supone dar muerte al superior jerárquico en las condiciones que menciona la figura. Disciplina que debe mantenerse inmune en los dos casos que menciona la figura, basados en la relación de subordinación y respeto en que se sustenta el orden de jerarquías en la fuerza militar.

Por el otro lado, creemos que el mayor contenido del injusto que justifica la agravación del homicidio simple derivaría entonces de la circunstancia de que, además de ocasionarse la muerte de un superior militar, se produce a la vez una posibilidad de riesgo para el adecuado funcionamiento de las fuerzas militares en momentos en que su actuación es decisiva para la defensa de los intereses de la Nación (tiempo de guerra), o en aquellos en que su intervención puede llegar a ser requerida para finalidades asimiladas (tropa formada en armas).

El plus que exige todo agravante penal se vincularía así con otro bien jurídico, caracterizado en el caso por la Seguridad de la Nación, en tanto puede llegar a verse comprometida —aunque remotamente— por los actos de insubordinación militar que gene-

ran consecuencias adversas a la posibilidad de actuación cohesiva y ordenada para la inminente defensa del Estado Nacional encargada naturalmente a las Fuerzas Militares.

Se habría considerado de tal modo que existe, juntamente con una lesión a la vida, la aparición de un peligro para la seguridad de la Nación que conlleva un acto de sublevación de semejante magnitud, y que el mismo podría llegar a poner en riesgo la defensa de los intereses nacionales frente a la disminución del potencial ofensivo de la tropa nacional y, paralelamente, el impacto anímico que ello generaría en el adversario como también el desconcierto y relajamiento del orden y respeto a la jerarquía y férrea disciplina que caracteriza a este tipo de fuerzas militares en orden a la importancia de su eventual actuación en tiempos de conflicto o de inminencia de guerra internacional.

Es de destacar que si el homicidio del superior jerárquico se llevara a cabo en otras condiciones que las indicadas por el tipo legal, no sería una figura calificada, sino un homicidio simple.

Por lo tanto, el homicidio debe producirse "frente" al enemigo o "frente" a la tropa formada con armas. Ello significa que el homicidio debe ser "visto" o al menos tener la posibilidad de ser advertido o presenciado por el enemigo o por la tropa formada en armas, ya que allí radica la razón principal de este agravante.

Creemos que es sólo una posibilidad y no un hecho concreto, por lo que, configurándose esa probabilidad y aunque el homicidio no haya sido presenciado o visto por el enemigo, el delito quedaría igualmente perfeccionado.

Desde el punto de vista subjetivo, la agravación requiere dolo especializado y directo porque exige el conocimiento de la calidad de la víctima (que sea el superior jerárquico), la intención de matar en virtud de dicha calidad funcional, y el conocimiento de las restantes circunstancias reclamadas por el tipo penal (frente a enemigo o tropa formada con armas).

Por la forma en que se encuentra estructurada esta figura especial, pensamos que quizás tuviera sentido para otras épocas en

las cuales la guerra o las hostilidades de hecho se producían en otras condiciones y circunstancias, propias de los combates cuerpo a cuerpo, con un escenario bélico determinado, y con ejércitos confrontados a ambos lados del territorio elegido o procurado. En la actualidad, los avances tecnológicos en todos los campos, incluso en el militar o bélico, permiten presumir la dificultad o al menos la rareza en la producción de dichas circunstancias fácticas que ameriten su aplicación.

CAPÍTULO III

MODIFICACIÓN AL TÍTULO V DEL CÓDIGO PENAL

También se han efectuado algunas modificaciones que alteran el Título V del Código Penal (Delitos contra la libertad), y en ese sentido, la figura del secuestro coactivo se ve agravada en la actualidad por la calidad del sujeto activo, cuando el autor de tal ilicitud es un integrante de las fuerzas armadas.

1. Privación de libertad coactiva calificada

En este sentido, la reforma instaurada por la ley 26.394 ha modificado el inciso quinto del art. 142 bis del Código Penal que ha quedado redactado de la siguiente manera:

Art. 142 bis: Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince 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 años.

La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:

Inc. 5º) 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.

Las modificaciones que se han introducido al art. 142 bis (Delitos contra la libertad) no son substanciales. En efecto, se ha

agregado, en primer término "al momento de comisión del hecho", y en segundo lugar, "una fuerza armada".

Se comprende una calificación de la figura básica por la calidad del sujeto activo en aquellos casos en que se ha producido una privación de libertad personal tendiente a obtener con ello la realización de una conducta activa o negativa por parte de la víctima o de un tercero.

Constituye el tipo, en su estructura simple, una coacción ejercida sobre la base de una privación ilegítima de la libertad previamente cometida.

Vemos en esta disposición legal una especial forma de coacción calificada por el medio de comisión; vale decir, una modalidad comisiva en la cual intervienen ingredientes de la privación ilegal de libertad, pero esta vez con una finalidad específica de coaccionar a la víctima o a un tercero a soportar algo, a que actúe de un modo determinado o que deje de hacer algo, según la voluntad del autor.

Representa un tipo penal complejo alternativo compuesto por las acciones de sustraer, retener u ocultar a una persona, lógicamente contra su voluntad.

Como en todo tipo complejo alternativo no es necesario que se realicen las tres acciones en forma conjunta, bastando la producción de una sola de ellas para que el delito quede perfeccionado, siempre que se den las demás circunstancias objetivas que el tipo reclama.

En este último sentido, tanto la retención, la sustracción, como la ocultación de alguien deben hacerse con una finalidad: la de obligar a la misma víctima o a un tercero a hacer, no hacer, o a tolerar algo contra su voluntad.

Quiere decirse, con lo antes consignado, que debe existir un propósito en el actuar del sujeto activo. El mismo puede consistir en pretender lograr que la víctima o un tercero actúen de un modo particular, cumpliendo así las determinaciones del autor del

hecho. También puede suceder que el propósito haya sido que la víctima o un tercero no actúe de un modo determinado; es decir, que no haga algo que el autor no desee. Finalmente, la intencionalidad podrá estar dirigida a que la víctima o un tercero tengan que soportar algo, es decir, que se haga o no haga algo contra su voluntad expresa o presunta, en sentido contrario.

Todo ello constituye el elemento subjetivo del tipo de carácter volitivo, y está representado por una forma coactiva de imponer la propia voluntad del sujeto activo a su víctima.

Siendo ello así, el delito se configura aun cuando la intención o propósito no se hubiere conseguido. De obtenerse, esa circunstancia funcionará como un agravante de la penalidad en el aspecto del mínimo de la pena conforme se consagra en la propia disposición legal.

En razón a la existencia de aquel elemento subjetivo del tipo de carácter volitivo, sólo el dolo directo es compatible con esta figura.

Lo único en que ha innovado esta reforma es en cuanto a la incorporación al catálogo de sujetos activos, a los integrantes de las Fuerzas Armadas como autores calificados de este delito, juntamente con aquellos otros que pertenecen a las fuerzas de seguridad (policiales) o de organismos de inteligencia del Estado (SIDE).

Se trata de ampliar el agravante por la calidad del sujeto activo de este tipo penal, en el caso, a los integrantes de las fuerzas armadas sin distinción de grado o jerarquía.

Se requiere, al igual que en los demás supuestos aquí contemplados, que el sujeto activo revista esa condición al momento de la comisión del hecho, aun cuando con posterioridad haya perdido dicha condición. A la inversa, no se aplica el agravante si al momento de su descubrimiento o juzgamiento el autor reviste jerarquía o condición militar, pero al tiempo de la perpetración delictiva no la tenía.

Como hemos dicho en otro lugar al referirnos al art. 142 bis del texto sancionatorio, "tratándose de una agravante personal, sólo resulta aplicable para el sujeto activo que reúna tales condiciones y no se hace extensivo a los otros coautores o cómplices del ilícito en cuestión, salvo que fueran conocidas por ellos (art. 48 segunda parte del Código Penal)".

Estimamos sobreabundante que la reforma al art. 142 bis del Código Penal haya incluido los términos "al momento de comisión del hecho". En efecto: si se comete el hecho "antes" o "después" de pertenecer a un organismo que menciona la disposición en examen (fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado), la conducta sería atípica en orden a su agravación. Por lo tanto, carece de sentido la inclusión de los mencionados términos.

CAPÍTULO IV MODIFICACIÓN AL TÍTULO VIII DEL CÓDIGO PENAL

En lo que se refiere a las modificaciones efectuadas en cuanto a las ilicitudes contenidas en el Título VIII del Código Penal (Delitos contra el orden público), la nueva normativa agrega como hecho delictivo la figura de la incitación al incumplimiento o sustracción de obligaciones militares.

1. Incitación al incumplimiento de obligaciones militares

Se ha incorporado al Código Penal el ahora artículo 209 bis, que dispone lo siguiente:

Art. 209 bis: En igual pena incurrirá quien en tiempo de conflicto armado incite públicamente a la sustracción al servicio militar legalmente impuesto o asumido. Si el autor fuese un militar, el máximo de la pena se elevará a diez (10) años.

Se trata de una disposición que es incorporada a continuación del art. 209 del Código Penal que reprime la "instigación pública" a cometer delitos, e incluso sanciona con igual pena a ambas infracciones legales.

El art. 209 del Código Penal forma parte del conjunto de disposiciones penales que integran el epígrafe "orden público", el cual objetivamente debe interpretarse como la armónica y pacífica convivencia de los ciudadanos bajo la soberanía del estado de derecho; y a este aspecto objetivo del bien jurídico tutelado

corresponde a su vez, un punto de vista subjetivo consistente en el sentimiento de tranquilidad, de sosiego o confianza.

Siendo ello así, la mencionada ley 26.394, al ubicar este art. 209 bis en el elenco de disposiciones punitivas integrantes del orden público, ha cometido un grosero error, ya que el contenido de este tipo legal debería figurar –eventualmente– entre los delitos contra la seguridad de la Nación (Título 9 del Código Penal), pues las incriminaciones agrupadas en este último título tienden a la protección de la seguridad exterior del Estado.

En cierto modo la reforma reedita una vieja y antigua disposición que se había incorporado al Código Penal por obra de la ley 18.953 de 1971, y que se había mantenido en el Código Penal de 1976 (ley 21.338) durante la dictadura militar en Argentina.

El mencionado delito sancionaba la incitación a un ciudadano a no cumplir con las obligaciones legalmente establecidas, concernientes al servicio militar de conscripción.

La vieja disposición estaba incluida como una de las formas que podían comprometer la paz y la dignidad de la Nación, dentro del bien jurídico tutelado por el Título IX del Código Penal, como modo de afectar potencialmente la seguridad de la Nación al verse disminuidas sus fuerzas bélicas operativas.

A su vez, la ley que imponía en Argentina el servicio militar obligatorio (ley 17.531) establecía una serie de penalidades vinculadas a dicha actividad.

No obstante, la misma fue derogada en lo que respecta al servicio de conscripción, que era aquel a que debían someterse obligatoriamente todos los ciudadanos argentinos o por opción en tiempos de paz.

El nuevo articulado sólo contempla la incitación al cumplimiento del servicio militar legalmente impuesto en tiempos de guerra (conflicto armado), es decir, aquel que deriva de la convocatoria impuesta por el art. 21 de la Constitución Nacional y que comprende a todos aquellos que son convocados por disposición

del Poder Ejecutivo Nacional, incluso aquellos en condición de reserva; y a aquel que es asumido voluntariamente por quien pretende ingresar en tales condiciones.

Pueden ostentar dicha condición todos aquellos que en el marco de la ley 20.318 (arts. 4 y 9 no derogados), y la ley 24.429, pueden ser llamados a prestar esta clase de servicios, sea en el Servicio Militar Voluntario (SMV), como reserva, o en el Servicio Social Sustitutorio (SSS).

La acción típica consiste en incitar, es decir, estimular o inducir en el sentido de hacer nacer una decisión, propósito o idea en el sujeto pasivo para dejar de cumplir con el servicio militar que le haya sido impuesto o que haya asumido voluntariamente.

No se requiere tanto como una instigación a la que alude el art. 209 del mismo texto punitivo, bastando sólo la incitación a la sustracción de tales propósitos militares.

La acción típica debe estar dirigida, objetiva y subjetivamente, a que el inducido se sustraiga del cumplimiento de tales obligaciones o de su decisión previamente adoptada.

De todos modos no cualquier incitación es delictiva, sino aquella que se realiza públicamente, es decir, la que llega a un número indeterminado de personas. La incitación privada a que alguien en particular incumpla con tales obligaciones resulta impune, según el texto del nuevo articulado.

No nos parece muy adecuada la expresión "sustracción", ya que el Código Penal la emplea habitualmente para otra clase de sucesos. Tal vez hubiese sido mejor expresar que la conducta típica debería dirigirse al incumplimiento de tales procederes, ya que en definitiva así debe ser interpretada.

En síntesis, el autor dirige su conducta para que otros incumplan, no acaten, o sencillamente no decidan en el sentido de asumir las obligaciones propias de un servicio militar obligatorio o voluntario.

La actividad típica puede estar dirigida tanto a quienes tienen que asumir sus obligaciones (convocados), como para quienes ya están incorporados en tal condición a fin de que infrinjan sus deberes militares.

El autor de este delito puede ser cualquier persona, pero si revisite la calidad de militar en los términos del art. 77 del Código Penal, la pena se elevará en su máximo hasta los diez años de prisión.

Se trata de un delito de peligro abstracto con relación al bien jurídico tutelado, y su previsión se justificaría en la eventual impunidad y atipicidad de la conducta inducida, ya que en la actualidad el incumplimiento de tales obligaciones no constituye delito alguno.

Se ha construido, así, una figura de mera actividad que se consume cuando la incitación se hace pública por voluntad del propio agente comisivo, y que no requiere de la producción de ningún otro resultado, y menos aún, que el incitado se sustraiga al cumplimiento de sus obligaciones.

Es un delito que se incrimina "por la sola incitación", lo que —aunque la ley no lo disponga expresamente— se desprende indudablemente de su contenido. A nuestro criterio, hubiese sido de mejor técnica incluir dicho giro idiomático a fin de respetar la estructura típica de los otros delitos incluidos dentro del mismo Título.

La publicidad no configura una condición objetiva de punibilidad sino un elemento objetivo del tipo penal, por lo cual se requiere que subjetivamente el autor quiera hacer pública la incitación llevada a cabo.

No será típica la incitación privada que se hace pública por causas ajenas a la voluntad del agente comisivo, como sucedería por ejemplo si la misma se diera a publicidad por haber sido grabada o filmada previamente sin conocimiento de su autor.

Con respecto a la penalidad aquí establecida, es la misma que contiene el art. 209 del Código Penal, aunque hay que destacar

las dificultades que ello conlleva, ya que la instigación pública a cometer delitos tiene contemplada una sanción entre dos y seis años de prisión según la gravedad del delito instigado, y aquí nos encontramos con que en realidad no se instiga o incita a la comisión de delito alguno, sino a una conducta atípica.

Con todo ello, al momento de graduar la penalidad, los parámetros quedarían limitados exclusivamente a las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, teniendo previsto un mínimo de dos años, y un máximo de seis años de prisión.

La disposición en análisis se complementa con un elemento circunstancial de tiempo, ya que se puede cometer este delito únicamente en tiempos de conflicto armado, es decir, en estado de guerra internacional.

Con respecto a la ubicación sistemática de este nuevo articulado, no apreciamos la afectación al bien jurídico orden público, en el sentido de tranquilidad o paz pública. Es más, la referencia circunstancial al tiempo de guerra nos indicaría que tal vez existiría una mayor posibilidad de afectación al bien jurídico seguridad de la Nación, dado que en tales condiciones se podría ver menoscabada su protección ante la posibilidad de una menor cantidad de ciudadanos reclutados para armarse en defensa de la patria, producto de la actuación pública del sujeto activo.

Desde el punto de vista de la estructura gramatical del tipo penal, hubiese sido conveniente respetar el modismo establecido por el legislador a lo largo de todo el Código Penal, utilizando la expresión "incitare" en vez de incite, y además, para mantener la coherencia de dicha estructura, al menos dentro de este Capítulo, hubiese sido útil expresar también que el delito se comete "por la sola incitación", remarcando de tal modo el carácter de delito de mera actividad, que se desentiende de cualquier producción de resultado material.

Desde la perspectiva del tipo subjetivo, se configura un tipo penal doloso que, en razón a la intención que conlleva, sólo puede ser cometido con dolo directo. El dolo comprende el conocimiento

y la voluntad de realizar actos constitutivos de estímulo psíquico a terceros indeterminados para que incumplan con sus obligaciones militares que legalmente deben asumir.

Contiene un agravante sustentado en la calidad del sujeto activo. Cuando el autor de esta conducta es una persona que se considera militar en los términos del art. 77 del Código Penal, la penalidad máxima se agrava hasta llegar a los diez años de prisión.

CAPÍTULO V MODIFICACIONES AL TÍTULO IX DEL CÓDIGO PENAL

En lo que respecta al Título IX del Código Penal (Delitos contra la seguridad de la Nación), la nueva normativa incorpora un agravante para el delito de traición; una forma calificada de actos materiales hostiles por la calidad del sujeto activo al igual que para el supuesto de violación de tratados, treguas, armisticios y salvoconductos; e introduce nuevas calidades para aquello que debe ser considerado como secreto y protegido de su revelación, dando origen su divulgación a una probabilidad de peligro para la seguridad nacional.

1. Traición agravada

El delito de traición a la Patria se encuentra contenido en el art. 214 del Código Penal Argentino, previéndose en el articulado 215 del mismo texto una serie de circunstancias que aumentan la penalidad por diversos motivos.

La reforma producida por la ley 26.394 introduce una nueva circunstancia de agravación.

El artículo 215 del Código Penal establece lo siguiente:

Art. 215: Será reprimido con reclusión o prisión perpetua el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:

1° Si ejecutare el hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad;

2° Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República;

3° Si perteneciere a las fuerzas armadas.

Si bien el articulado permanece idéntico en cuanto a los alcances del hecho constitutivo de la figura básica, se incluye ahora una nueva causal de agravación que se encuentra fundada en la calidad del sujeto activo que comete el acto delictivo básico (traición a la patria).

La ley 26.394 ha agregado este inciso tercero a la disposición transcrita con el tenor antes señalado. Hubiera sido preferible una redacción más clara, como por ejemplo: "En igual pena incurrirá si quien ejecuta el hecho pertenece a las fuerzas armadas".

Muy a menudo lo demasiado conciso conspira contra la claridad de los preceptos penales. De todas maneras, el hecho a que alude el art. 215 del Código Penal es muy difícil que pueda ocurrir en la realidad, especialmente el suceso previsto en el inciso 2 de la disposición¹. Por lo tanto, no tiene mucho sentido, ni valía la pena la reforma al art. 215 del catálogo punitivo.

Por lo demás, se trata de una agravante sustentada en la calidad del sujeto activo. Debe tratarse de un militar en los términos que emplea el nuevo articulado de la disposición contenida en el numeral 77 del Código Penal.

Por tanto, el autor debe realizar la conducta típica prevista por el art. 214 del Código Penal, o mejor dicho, la establecida por el art. 119 de la Constitución Nacional, en tanto señala que la traición a la Patria consistirá "únicamente" en tomar las armas contra la Nación, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda o socorro.

¹ Conf. Buompadre, Jorge, *Derecho penal*, parte esp., t. II, Mave, Avellaneda, 2000, p. 402; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 43; Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. V, TEA, Buenos Aires, 1976, p. 23.

La discordancia entre las conductas típicas previstas por el Código Penal y la Constitución Nacional hace que por aplicación del principio de jerarquía constitucional que emana del art. 31 de la Carta Magna debamos decidirnos por la tipificación contenida en ésta última².

Es que el delito de traición se presenta como una figura constitucionalmente impuesta, vale decir que se impone jurídicamente en nuestro sistema en razón a que dicha conducta se encuentra expresamente definida por el art. 119 de la Constitución Nacional, definición que por supuesto condiciona la legislación penal interna de nuestro país.

Es muy importante destacar, en este sentido, que el delito de traición requiere necesariamente para su aplicación la existencia de un presupuesto —previo por cierto— sin el cual no puede decirse que este delito se pueda llegar a perpetrar íntegramente.

Este presupuesto ineludible está dado como requisito previo por el estado de guerra internacional, con el cual guarda una relación inescindible.

Sin guerra internacional no puede darse el delito de traición. Debe por ello, imprescindiblemente, el Estado Argentino encontrarse en una situación de conflicto bélico, armado, con otra Nación extranjera.

No se exige tanto como la existencia de una declaración formal de guerra, bastando que exista un conflicto armado, aun cuando no se hayan respetado los parámetros del Derecho Internacional Público para tales situaciones.

Esta exigencia a la que hacemos referencia se encuentra implícitamente exigida por el art. 214 del Código Penal, ya que la conducta descripta alude a "enemigos", y sólo puede haber tal clase de enemigos —en sentido internacional— cuando un país se encuentra en guerra con una tercera potencia extranjera.

² Ver Tazza, Alejandro, "Tres Delitos Constitucionales", *Rev. La Ley*, Suplemento Actualidad, 8/5/2005. En igual sentido, Soler, Sebastián, ob. cit., p. 13 y ss.

El sujeto activo de este delito está expresamente mencionado en la disposición del art. 214 del Código Penal.

Se trata del argentino o de la persona que le deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública.

Deben darse, en consecuencia, todos los presupuestos de aplicabilidad de la figura básica, entendiéndose por tales el estado de guerra internacional, la condición de autoría allí definida, la realización de alguna de las acciones típicas previstas por la Constitución Nacional, y que no exista ninguna circunstancia excluyente de la tipicidad, culpabilidad o antijuridicidad.

En el primer inciso se contemplan dos posibilidades de agravación. La primera de ellas está referida a una intencionalidad específica por parte del autor del hecho, que está representada en el caso por la dirección de la acción a someter total o parcialmente a la Nación al dominio extranjero.

Se trata de un agravante fundado en la subjetividad del autor que actúa inspirado por la finalidad consistente en que la Nación Argentina se vea sometida al dominio de una potencia extranjera.

Siendo un elemento subjetivo propio del autor del delito, esta modalidad agravada sólo es posible de cometer con dolo directo.

Significa que el agente de la comisión delictiva debe obrar con aquel propósito, aun cuando no se lo consiga efectivamente.

Pero es necesario destacar que previamente debe haber cometido el ilícito del tipo básico previsto por el art. 214 del Código Penal, esto es, haber tomado las armas contra la Nación Argentina, o haberse unido a sus enemigos prestándole ayuda o socorro. Sin estos extremos no puede afirmarse válidamente que el delito agravado se haya perpetrado, por más que hubiese intervenido con posterioridad a ello inspirado por la finalidad típica prevista por esta norma.

En esta circunstancia, el autor quiere y contribuye en la guerra internacional a que el Estado argentino se vea sometido totalmente a los designios del enemigo, desplazando su autonomía

internacional para reemplazarla por el ejercicio de la autoridad de una Nación extranjera.

Ello puede abarcar también el sometimiento parcial de su autonomía cuando, a diferencia de lo anterior, pretendiera, por ejemplo, que la Nación enemiga ejerciere un dominio sobre uno o varios aspectos determinados de las relaciones internas o internacionales del Estado argentino, o que ejercitase tal dominio en una o varias secciones políticas en las cuales se divide el país (provincias).

La segunda de las posibilidades agravantes es que hubiera actuado el autor con el propósito de menoscabar la independencia o la integridad de nuestra Nación argentina.

Nuevamente nos encontramos en presencia de un agravante fundado en la subjetividad del autor, que en cierta medida se confunde con la circunstancia anteriormente mencionada.

En efecto, quien actúa guiado por la finalidad de menoscabar la independencia del Estado Argentino como tal procede también, en cierto modo, con el propósito de someter la Nación al dominio extranjero. El sometimiento al dominio extranjero implica, de por sí, eliminar cualquier forma de independencia por parte de nuestro propio Estado.

Por independencia debe entenderse aquí la posibilidad que tiene la Nación Argentina de autodeterminarse en cuestiones políticas, económicas o de cualquier otra índole, impidiendo que un tercer Estado ejercite aquellas facultades que son privativas de nuestro Gobierno, y que derivan precisamente del principio de soberanía internacional.

No muy distinto sería el supuesto del menoscabo de la integridad, ya que ésta última se refiere a la integridad territorial.

Por lo tanto, actuará típicamente en los términos de este agravante el sujeto activo que, después de un conflicto bélico internacional, tome las armas contra la Nación Argentina o se una al enemigo prestándole alguna ayuda y socorro, y se conduzca de tal modo con el propósito de menoscabar la integridad territorial

del Estado argentino, como sería, por ejemplo, el supuesto de intentar que una parte del territorio (v.gr. una Provincia o zona geográfica) pasara a formar parte del Estado enemigo.

El menoscabo implica un perjuicio o un daño provocado, en este caso, en los límites territoriales del Estado argentino.

Al igual que en la agravante anterior, siendo un elemento subjetivo de este tipo agravado, no es necesario que la finalidad se haya conseguido, bastando que el propósito se encuentre presente en la mente y en el deseo del autor en el momento en que actúa en alguna forma de las modalidades típicas previstas por el art. 214 del Código Penal, orientando su voluntad ilícita en tal sentido.

El segundo inciso contempla como circunstancia agravante el hecho de que el autor haya inducido o decidido a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República.

Este supuesto es aún más lejano, en cuanto a posibilidades de concreción, que el contemplado por el inciso anterior, pues el país debe estar ya en guerra, y sólo se puede inducir a algo que todavía no ha sucedido.

Es necesario —al igual que en el caso anterior— que el sujeto activo haya cometido el delito previsto por el art. 214 del Código Penal, es decir, haber tomado las armas contra la Nación Argentina o unirse a sus enemigos prestándole ayuda y socorro, en el marco de un conflicto bélico internacional.

Por lo tanto, la simple inducción o decisión al hecho de que una potencia extranjera haga la guerra contra el Estado Argentino no será suficiente de por sí para configurar esta agravante, si el autor, con posterioridad a ello, no toma las armas contra la Nación Argentina o se une al enemigo con prestación de ayuda y colaboración.

Se trata, entonces, de un agravante que es anterior a la producción de la realización típica del art. 214 del Código Penal.

El delito recién quedará perfeccionado una vez que haya inducido o decidido a una tercera potencia a hacer la guerra contra la Nación Argentina, que se haya producido el conflicto bélico

internacional, y cuando, además de todo eso, se hubiere unido al enemigo o hubiese tomado las armas en contra del Estado argentino a favor de dicha tercera potencia extranjera.

El sujeto activo de este ilícito, si bien puede ser cualquier nacional, creemos con la doctrina mayoritaria que sólo podrá ser aquel que se encuentre en condiciones excepcionales, por su influencia, por su poder, sus conocimientos de las intimidades y secretos políticos o militares del gobierno, con capacidad suficiente como para "inducir" o "decidir" a un estado extranjero a hacer la guerra contra la República Argentina. Es así que Fontán Balestra se pregunta: ¿Quién puede tener tanta influencia para convencer a una potencia a que nos declare la guerra? Evidentemente no cualquier persona, sino aquella que se encuentre en la situación antes detallada.

Induce a hacer la guerra, en el sentido típico, aquel sujeto que ejerce una actividad psicológica sobre aquellas personas que tienen la autoridad suficiente como para declarar la guerra internacional o para actuar de hecho en tal forma, en contra de los intereses del Estado Argentino.

Por su parte, "decide" a hacer la guerra aquel que, frente a la duda en que se encontraba el país enemigo (o mejor dicho, sus autoridades competentes), lo termina convenciendo de la necesidad del conflicto bélico.

En el tercer inciso (pertenencia a las fuerzas armadas), el fundamento de la agravación radicaría en la calidad del sujeto activo, que por ser un integrante de las Fuerzas Armadas, cuya misión principal es defender la Nación ante un ataque enemigo, toma las armas que le fueran confiadas en tal calidad para cometer un acto de traición, utilizándolas en contra de aquellas incumbencias que por su función debía garantizar.

2. Actos materiales hostiles agravados

El artículo sexto de esta ley agrega un párrafo a continuación del art. 219 del Código Penal que se refiere a la producción de

aquellos actos materiales hostiles que comprometen la paz y la dignidad de la Nación.

La figura se ubica dentro del Capítulo II del Título IX del Código Penal como forma de proteger indirectamente la seguridad de la Nación, que podría verse afectada con la perturbación de la paz internacional.

El articulado establece lo siguiente:

Art. 219: 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 alterar 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 elevará a tres (3) y diez (10) años respectivamente. Asimismo, los máximos de las penas previstas en este artículo se elevarán respectivamente a diez (10) y veinte (20) años.

La reforma agrega un último párrafo a la disposición mencionada en el art. 219 del Código Penal que se relaciona exclusivamente con la agravación de la pena, cuando el autor es un militar (debería decir "un miembro de las fuerzas armadas") con el siguiente tenor: "Cuando los actos precedentes fueren 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 las penas previstas en este artículo se elevarán respectivamente a diez y veinte años".

En este caso particular (art. 6, ley 26.394), es correcto que se agrave la pena cuando en el hecho que prevé el art. 219 del Código Penal interviene un miembro de las fuerzas armadas, pues los

actos materiales hostiles son actos militares, guerreros, agresiones armadas, concentraciones de tropas en las fronteras, etc.³

La agravación se vincula con la calidad del sujeto activo que, para su procedencia, requiere que haya realizado aquellos actos que puedan catalogarse como actos materiales hostiles. Cuando la ley se refiere a los "actos precedentes" se está representando la comisión de alguno de los hechos constitutivos de la figura básica.

Los actos materiales hostiles son aquellos actos bélicos, guerreros, que tienen un contenido de enemistad internacional y que pueden generar reclamaciones internacionales al punto de dejar al Estado argentino en condiciones de guerra con una tercera potencia, o que llevan al cese o alteración de las relaciones amistosas entre ambos países. Estarían constituidos por todas aquellas acciones que tienen entidad objetiva en relación al peligro de una actividad bélica de carácter internacional, como ser la organización de una fuerza expedicionaria, actos de fuerza y depredación armada, y otros semejantes⁴.

El requisito de que tales actos no estén autorizados o aprobados por el Gobierno Nacional ha traído alguna complejidad en torno a su adecuada interpretación, principalmente por la vieja institucionalización de la figura del "corsario". Se ha dicho —en este orden de ideas— que no es función del gobierno aprobar o desaprobado los actos de los particulares, y que la facultad de otorgar patentes de corso ha desaparecido de la Constitución Nacional y de la práctica internacional.

La figura penal tiene su antecedente en el Código Español, que en la actualidad se limita a la mención de actos ilegales que no están debidamente autorizados (ver art. 590 del Código Penal Español).

En las circunstancias actuales, la aprobación de actos de esta clase no tiene cabida en términos jurídicos, pues ya había sido

³ Soler, ob. cit., t. V, p. 34; Buompadre, ob. cit., t. II, p. 411.

⁴ Cfr. Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, p. 56.

prohibida por el Tratado de París de 1856 la práctica de estas actividades⁵.

De por sí la realización de un acto material de contenido hostil no es delictivo si no produce alguna de las consecuencias enumeradas en la ley. A saber:

- a) Que dé motivo al peligro de una declaración de guerra contra el Estado argentino.
- b) Que exponga a sus habitantes a vejaciones o represalias.
- c) Que altere las relaciones amistosas con el gobierno extranjero.

El primero de los efectos que debe tener el acto material hostil, para ser considerado delictivo, es que dé motivo efectivo al peligro de una declaración de guerra contra la Nación.

Debe tratarse de un peligro serio, concreto, real y no meramente eventual o abstracto.

No se refiere la norma al peligro de que se produzcan actos de hostilidad contra la Nación Argentina: tiene que ser la probabilidad del peligro de una guerra internacional contra nuestro país, es decir, un conflicto armado.

El segundo de ellos es que a consecuencia del acto hostil haya surgido una exposición de los habitantes nacionales a sufrir o experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes.

Se trata también de una situación de peligro concreto, que no necesita de su efectivización para que se perfeccione este delito.

La hipótesis se presentará cuando un nacional argentino, ya sea en su país o si es residente en el exterior, se vea expuesto a que se le apliquen castigos corporales o malos tratos (vejaciones), o represalias de cualquier índole, es decir, actos con contenido de venganza, revancha o enemistad internacional, ya sea en su persona o en los bienes que posea.

⁵ Cfr. Soler, Sebastián, ob. cit., t. IV, p. 582.

Únicamente será pasible de sanción el autor del acto material hostil, cuando aquellas medidas o acciones se efectúen en calidad de respuesta a dicho comportamiento. Se tratará, entonces, de "...vejaciones o represalias que tengan sentido de enemistad internacional"⁶.

Creemos que comprende no sólo el acto emanado de la autoridad gubernamental, sino que la exposición a tales consecuencias podrá provenir también de los particulares ofendidos o de los nacionales del país que se ha visto afectado por el hecho del nacional argentino al cometer un acto de ofensa con aquellas características de enemistad internacional.

El tercero de los efectos se vincula con la alteración de las relaciones amistosas del gobierno argentino con el gobierno extranjero, y que, como consecuencia de los actos hostiles, debe suceder efectivamente para que el delito pueda juzgarse cometido.

Aquí nos hallamos en presencia de un resultado material, a diferencia de los dos casos anteriores donde ello no era necesario, donde bastaba la situación de peligro o riesgo efectivo para su perfeccionamiento.

Obsérvese también que el artículo 219 del Código Penal no hace referencia a las relaciones diplomáticas, sino sólo a las relaciones amistosas entre los países involucrados.

Incluso las primeras podrían subsistir, aunque las segundas se hubieran alterado o mellado (ej. el caso de la construcción de dos papeleras en Fray Bentós, sobre el Río Uruguay; aquí las relaciones amistosas entre la República oriental del Uruguay y nuestro país sufrieron un deterioro, pero subsisten las relaciones diplomáticas).

Hay autores que entienden que debe producirse una consecuencia de naturaleza concreta, y una ruptura en las relaciones amistosas, pues consideran que la "amistad" es mera ausencia de conflicto internacional.

⁶ Soler, Sebastián, ob. cit., p. 37.

Otros, por su parte, establecen como condición de aplicabilidad de este suceso que realmente existan relaciones entre ambos países aquí en conflicto, y que éstas se hayan visto deterioradas por la realización del acto material hostil cometido por un particular.

Sobre este tema se expresa Nuñez, para quien la amistad no es solamente ausencia de conflicto, sino que la misma debe manifestarse mediante vinculaciones efectivas, políticas, comerciales, culturales, militares o de cualquier otra especie⁷, considerando que se trata de la amistad entre los países y no de los habitantes de los respectivos estados.

En el precedente "Zamora", la Corte Suprema de Justicia señaló que no bastaba la posibilidad, sino que era necesaria una ruptura en las relaciones internacionales. En el mes de mayo de 1939 el Embajador de Perú en Argentina había solicitado al Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país que se adoptasen las medidas pertinentes para reprimir algunas publicaciones ofensivas para con el gobierno del Perú, formuladas en la Revista "Claridad" de la Capital Federal, considerando que las mismas eran susceptibles de alterar las relaciones amistosas existentes entre su país y la Argentina. Allí el máximo Tribunal sostuvo que el concepto de actos hostiles no comprenden las manifestaciones verbales o escritas del pensamiento, e implícitamente, que tampoco se había efectivizado una ruptura de las relaciones internacionales con el gobierno del Perú.

Por ello, nos parece que el tipo penal en comentario reclama el concreto quiebre de las relaciones internacionales que vinculan a los países entre sí, cualquiera sea el vínculo que exista entre ambos, pero siempre referido éste último a una situación previa en la que exista intercambio diplomático o al menos relaciones internacionales a nivel gubernamental con contenido institucional.

Si el hecho constitutivo del acto material hostil es realizado por un militar, la pena mínima para la figura básica es de tres (3) años para el supuesto en que sólo se produzca la aparición de

⁷ Nuñez, Ricardo, *Tratado...*, t. VI, p. 236, con cita de Moreno, ob. cit., t. VI, p. 64.

motivos para el peligro de una declaración de guerra contra la Nación, o la exposición de los habitantes a sufrir represalias o vejaciones en sus personas o sus bienes, o si se alteran las relaciones amistosas entre los gobiernos en conflicto. Si de ello resultan las hostilidades o la guerra, la pena mínima será de diez (10) años cuando se trate de un militar el que haya sido el autor de la conducta.

A su vez, los máximos se elevan a diez (10) años para la primera hipótesis, graduándose una penalidad entre diez (10) y veinte (20) años si a consecuencia de la realización del acto material hostil cometido por un militar resulta la guerra o directamente las hostilidades entre los países en conflicto.

Es dable observar la alta penalidad aquí establecida, aunque consideramos que dada la gravedad de la conducta asumida, la misma guarda proporción con la señalada para el supuesto de traición a la Patria.

Por supuesto que, para que opere este agravante y se aplique semejante penalidad, únicamente debería entenderse que la realización de la acción típica es exclusivamente dolosa, y que su consecuencia debe ser atribuida como mínimo a título de dolo eventual y no como una circunstancia preterintencional derivada de la realización del acto hostil.

Todo ello nos conduce a otra cuestión que escapa al limitado objeto de este trabajo, y que está centrada en el establecimiento de saber cuál o cuáles son las acciones típicas mencionadas en el primer párrafo del art. 219 del Código Penal, y el correcto sentido que debe otorgarse al tipo subjetivo de este delito.

Sintéticamente diremos que, en razón a los giros idiomáticos empleados por aquella figura básica, el delito consiste en un tipo complejo alternativo compuesto por las acciones de dar motivos al peligro de declaración de guerra, exponer a vejaciones o represalias o alterar las relaciones amistosas entre los gobiernos mediante la realización de actos materiales hostiles; y que —consecuentemente— no constituye una simple figura preterintencional que

requiere de la producción de tales circunstancias como si fueran derivaciones de una acción ilícita o condiciones objetivas de punibilidad⁸.

Ello por cuanto interpretamos a esta figura como una estructura compleja integrada por una actividad dolosa directa en la realización del acto material hostil, y una actitud negligente o imprudente en no prever las consecuencias de tal acto, pero que también se extiende a aquellas hipótesis en las que el autor, a pesar de contar seriamente con la posibilidad de realización del tipo o de aquellos resultados, opta por continuar con su actividad, resignándose a la eventual producción de tales eventos (dolo eventual).

A tenor de lo expuesto, descartamos cualquier referencia a considerar a este tipo penal como un delito calificado por el resultado, principalmente por dos motivos fundamentales.

El primero de ellos porque dijimos que el acto material en sí no es delictivo si no se produce alguna de las consecuencias previstas en la norma penal. Al contrario, en los delitos calificados por el resultado el hecho principal es de por sí delictivo, agravándose si es que surge otro resultado lesivo para el mismo bien jurídico o para otro distinto.

El segundo de los argumentos, y tal vez el de mayor peso, es el que surge de considerar que los delitos que se califican por el resultado son lesivos al principio de culpabilidad, así como acertadamente sostuviera desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y este postulado "...exige que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente (art. 18 CN)"⁹.

En base a estas consideraciones es que nos inclinamos por aquella posición doctrinaria que ve en estos delitos una estructura típica compleja y que, por ende, exigiría el dolo en la realiza-

⁸ Otra opinión sustenta Soler, ob. cit., p. 33 y ss.; Fontán Balestra, *Tratado*, p. 61, t. VII; y Gómez, t. V, nro. 1241, p. 284.

⁹ Cfr. CSJN, *Amarilla*, del 29/9/1998, LL 1998-F-118, y *Wortman*, 8/6/1993, LL 1993-E-24, entre otros.

ción del acto material hostil, y al menos una atribución a título de culpa o dolo eventual en alguna de las consecuencias previstas en el tipo penal, incluso a la que se refiere en su segundo apartado.

3. Violación de tratados, treguas, armisticios o salvoconductos

Se ha modificado también la redacción contenida en el art. 220 del Código Penal que sancionaba la violación de tratados, treguas, armisticios o salvoconductos, suprimiéndose la referencia limitativa a las fuerzas de mar o tierra, agregándose, además, una agravación por la calidad del sujeto activo cuando el autor de este delito fuese un militar.

El artículo ha quedado así redactado:

Art. 220: Se impondrá de seis meses a dos años el que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos.

Si el hecho fuese cometido por un militar el mínimo de la pena se elevará a un año y el máximo de la pena se elevará a cinco años.

Con respecto al texto original —como decíamos— se han suprimido los términos "de mar o tierra". Es claro, cuando se sancionó el Código penal de 1921 la fuerza aérea carecía de relevancia; por esa razón no se la mencionaba. Ahora bien, la reforma de la ley 26.394, al suprimir los términos "de mar o tierra", pudo haber agregado el vocablo "armadas" antes de la palabra "beligerantes".

Esta disposición encuentra su fuente en el Código Español de la época, aunque con posterioridad fuera suprimida la figura de la "violación de tratados" en aquella legislación, ya que resulta imposible que un particular viole un tratado internacional (ver actual art. 593 del Código Penal Español).

Fuera de tal discusión, se encuentran comprendidos aquellos actos que por su gravedad implican un peligro inmediato de guerra o de su inmediata reanudación.

En base a todo lo expuesto, no cualquier violación de tratado —en el supuesto de admitirse que pueda cometerlo un particular— sería típica en el sentido de la ley penal, sino sólo en aquellos supuestos en los cuales la circunstancia de no haberse respetado alguna de sus cláusulas pueda haber generado un riesgo de conflicto internacional.

En consecuencia, debemos entender que los tratados que eventualmente pueden ser violados son aquellos que se concluyen con otras potencias extranjeras, de cuyo incumplimiento pueda dar lugar u origen a aquella consecuencia beligerante. Fundamentalmente se referirán a tratados de paz, y no a tratados de comercio, de intercambio cultural o que tengan por objeto otra finalidad desvinculada del mantenimiento de aquel estado o situación internacional.

Ello, porque el tipo penal debe ser interpretado en orden al bien jurídico que se pretende tutelar, que en el caso está representado por la Seguridad de la Nación en el concepto que le hemos acordado oportunamente. Sólo de tal manera se respetarán aquellas premisas integradoras del tipo penal en concordancia con el bien jurídico protegido en estos supuestos.

La segunda forma que puede asumir esta conducta delictiva es por medio de la violación de las treguas o armisticios acordados entre la República o sus fuerzas beligerantes con otras potencias extranjeras.

La tregua (del gótico *triggwa*, usado por primera vez en el Fuero de Avila en el año 1155)¹⁰ es la suspensión de las hostilidades entre las fuerzas beligerantes por un tiempo acordado.

¹⁰ Joan Corominas, *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Gredos S.A., Madrid, 1973.

Por su parte, el "armisticio" es la cesación momentánea de las hostilidades con un fin específico, representado por el intento de lograr una solución definitiva al conflicto. (ej. el armisticio solicitado en noviembre de 1918 por el Imperio Alemán para poner fin a la primera guerra mundial desatada en 1914).

Mientras tanto, el "salvoconducto" es un documento que se acuerda o se expide para que una o determinadas personas puedan circular en territorio enemigo con un fin determinado y específico, generalmente por gestiones diplomáticas o de otra naturaleza semejante.

La redacción actual elimina cualquier forma de imprevisión en tal sentido, y al no limitar ahora a las fuerzas que pueden acordar dichas treguas o armisticios, cualquiera de ellas (aire, tierra o mar) queda alcanzada por la protección penal de esta nueva figura.

En razón a la inminencia de esta peligrosidad, en algún momento histórico este delito preveía la misma penalidad que la realización de actos materiales hostiles del art. 219 del Código Penal, siguiéndose con ello el sistema del Código Español de la época.

Entendemos que la penalidad aquí establecida no se condice con el riesgo que crea la producción de esta clase de hechos, por lo que al menos debió haberse equiparado a la sanción punitiva prevista en el artículo anterior, máxime cuando el mismo podría ser catalogado sin esfuerzo alguno como un verdadero acto material con contenido de hostilidad internacional.

Excepcionalmente podrán ser cometidas por un particular y de allí la razón de indicar un agravante para cuando el sujeto activo revista condición militar.

La mayor penalidad establecida para tal supuesto morigera, en cierta forma, la equívoca sanción establecida en la figura básica.

Por su parte, en el párrafo segundo, en cambio de militar la reforma debió haber colocado en el mencionado agregado "un miembro de las fuerzas armadas", pues el hecho puede también

cometerlo un marino o miembro de la fuerza aérea o cualquier otro integrante de la fuerza independientemente de su jerarquía o rango.

4. Revelación de secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares

La ley que comentamos modifica el primer párrafo del artículo 222 del Código Penal en los siguientes términos:

Art. 222: 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.

Nos parece correcta esta modificación al primer párrafo del art. 222 del Código Penal, pues existen secretos industriales o tecnológicos de gran importancia que se relacionan con la seguridad y los medios de defensa de la Nación.

El tipo penal anterior se limitaba a sancionar la revelación de secretos políticos o militares, agregándose en la actualidad la referencia a otra clase de secretos que específicamente revisten la calidad de industriales o tecnológicos.

Se ha adaptado la redacción a las nuevas formas que pueden asumir aquellas actividades, inventos, cosas o datos que revistan tal carácter. Una disposición similar se encuentra prevista por el Código Español en su artículo 598, que hace referencia a sistemas y a industrias de interés militar.

El objeto de la prohibición está constituido por lo "secreto", es decir, todo aquello que no tiene estado público y que sólo se encuentra al alcance del conocimiento de un cerrado círculo de personas autorizadas a poseerlo, con obligación de no divulgarlo o darlo a conocimiento de terceros no autorizados.

Este secreto puede estar constituido por un hecho, una noticia, un acontecimiento, una obra, una invención, un procedimiento, un plan, un aparato, una máquina, etc., que se mantiene

en reserva por considerar que ello puede afectar a los intereses nacionales¹¹.

No cualquier secreto queda amparado por la protección especial que le otorga este articulado, sino que debe tratarse de un secreto político, militar, y con el nuevo agregado legal, tecnológico o militar.

Por ello podemos afirmar que la revelación de un secreto, en principio, caerá atrapado bajo las formas punibles de los delitos contra la libertad, a no ser que este secreto sea de contenido político, tecnológico, industrial o militar y que se vincule a la seguridad de la Nación, a los medios de defensa o a las relaciones internacionales de la Nación Argentina, en cuyo caso su revelación será comprendida como una acción típica que compromete de tal modo la paz de la Nación, y afecta a la vez al bien jurídico tutelado de la seguridad nacional.

La opinión dominante considera que el alcance normal de esta figura presupone que sea ejecutada en tiempo de paz, debiéndose considerar para tiempo de guerra la posible aplicación de la forma más grave del delito de traición¹². Ello, siempre y cuando se den las restantes circunstancias especiales exigidas tanto por el art. 119 de la Constitución Nacional, como por el arts. 214 o 215 del Código Penal.

Acerca de esta calidad del secreto, la doctrina coincide en otorgarle el sentido de político al secreto que versa sobre la conducción de la cosa pública o al ámbito de la dirección gubernativa de la Nación, en tanto que militar sería aquel secreto proveniente de una noticia, informe, material, proyecto, obra, hecho o asunto que se basa en aquellas cuestiones atinentes al ámbito castrense, que por lo general están referidas a los intereses de la seguridad nacional¹³.

¹¹ Cfr. Donna, Edgardo, *Derecho Penal*, t. II-C, p. 402, 403, con cita de Rodolfo Moreno.

¹² En igual sentido, Gonzalez Roura, Octavio, *Derecho Penal*, t. III, p. 339 y ss. Levene, Ricardo (h), *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, p. 462.

¹³ Cfr. Nuñez, Ricardo, *Tratado...*, ob. cit., t. VI, p. 250.

Los secretos tecnológicos serían aquellos que se vinculan con el conjunto de teorías, técnicas, instrumentos y procedimientos adecuados para obtener un producto o para producir materiales u otros elementos utilizables en el ámbito de la seguridad de la Nación.

Por su parte, dentro del concepto de secretos industriales quedarían comprendidas las operaciones materiales que son ejecutadas para la obtención, transformación o elaboración de productos de aquella índole y el resultado o producto así obtenido.

De todas maneras, no basta la calidad del secreto en alguna de dichas formas, sino que además se requiere que ellos estén relacionados estrechamente con la seguridad, los medios de defensa o con las relaciones exteriores de la Nación, es decir, que presenten características que puedan afectar a intereses vitales, que hacen a la seguridad del Estado Nacional como ente independiente y soberano¹⁴.

Decíamos anteriormente que el secreto debe ser concerniente a los medios de defensa nacional, esto es, entendido como el conjunto de medidas que el Estado adopta para lograr la seguridad de la Nación y que puede involucrar armamentos, planes u otra actividad propia de la defensa nacional; o a la propia seguridad nacional, interpretada como la situación en la cual los intereses vitales de la Nación se hallan exentos de cualquier interferencia y perturbaciones de otra naturaleza o clase (ver art. 2, D. 9390/1963); o finalmente, a las relaciones exteriores de la Nación, que tiene por un lado el efecto de excluir aquellas cuestiones vinculadas con los intereses de orden interno, y por otro, incluir el mantenimiento, sostenimiento o ruptura de las relaciones o vinculaciones de la Nación con otros Estados extranjeros o con entidades de carácter internacional.

Lo delictivo aquí es "revelar" el secreto no bastando una fragmentaria indiscreción que no importe descubrimiento¹⁵.

¹⁴ Cfr. Donna, Edgardo, ob. cit., p. 403.

¹⁵ Ver Soler, Sebastián, ob. cit., p. 49.

Es necesario que el autor de esta ilicitud efectivamente comunique, haga participar a un tercero no autorizado, informe por cualquier medio, o de cualquier otro modo haga trascender aquello que debía permanecer oculto o reservado a un número determinado de legítimos poseedores del secreto.

Como se trata de un delito doloso, se exige que el sujeto activo actúe con conciencia y voluntad de manifestar, descubrir o comunicar a otra persona de la que sabe que no está autorizada para ello, aquello que sabe que pertenece a la calidad de "secreto" no revelable.

No pocos problemas ha planteado en la doctrina la calidad del autor de esta figura¹⁶, aunque se coincide, en líneas generales, que habitualmente será un funcionario público o un militar, ahora expresamente incluido en la descripción del art. 77 del Código Penal.

5. Agravante de la revelación de secretos y del espionaje

La nueva disposición incorpora un párrafo tercero a este art. 222 del Código Penal que señala lo siguiente:

Art. 222, 3er. párrafo: 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 (3) años y el máximo de la pena se elevará a diez (10) años.

Este agregado se vincula con las formas punitivas anteriores y con las acciones típicas previstas en los dos párrafos precedentes del mismo articulado.

En efecto, por imperio del primer párrafo se castiga la revelación dolosa de secretos políticos, militares, tecnológicos e industriales concernientes a la seguridad, a los medios de defensa y a las relaciones internacionales del Estado.

¹⁶ Ver Soler, Sebastián, ob. cit., p. 45 y ss., Fontán Balestra, ob. cit., p. 75 y ss., y Donna, Edgardo, ob. cit., p. 404 y ss., entre otros.

Por medio del segundo apartado se sanciona a quien "obtiene" la revelación del secreto, es decir, el espionaje propiamente dicho.

En lo que se refiere al agregado como párrafo tercero del art. 222 del texto punitivo, estimamos que el legislador ha cometido un error al agregar después del término "revelación" la palabra "obtención", pues aquel miembro de las fuerzas armadas que en el ejercicio de sus funciones "obtiene" un secreto que concierne a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación, de ninguna manera significa ponerlo de manifiesto o en el conocimiento de alguien divulgándolo, sino que se refiere concretamente a la figura del espionaje del segundo párrafo del mismo articulado.

Por lo tanto, la agravación dispuesta en este tercer párrafo debe entenderse como una calificante en razón de la calidad del autor para cualquiera de las dos ilicitudes anteriores. Es decir, si la revelación dolosa de secretos es cometida por un militar (art. 77, CP), la penalidad allí establecida se modifica y eleva desde un mínimo de tres años de prisión o reclusión hasta un máximo de diez años de igual penal.

Lo mismo sucede en el supuesto de espionaje propiamente dicho (art. 222, segundo párrafo, CP), agravándose la penalidad hasta alcanzar la misma proporción que en el supuesto anterior.

Para que opere el agravante es necesario que el autor, además de revestir la calidad de militar, en los términos del art. 77 del texto legal, haya actuado en ejercicio de sus funciones, vale decir, se haya aprovechado de las ventajas y facilidades que su condición de militar le otorga para haber obtenido o revelado un secreto de las características indicadas en el primer párrafo de este mismo articulado.

Hubiese constituido, esta reforma, una muy buena oportunidad para ajustar los tipos penales de la revelación de secretos juntamente con aquellos constitutivos de espionaje. Ya sea tanto el espionaje propiamente dicho (art. 222, segunda parte), como el

espionaje por intrusión contemplado en el art. 224 del mismo texto punitivo.

En efecto, la redacción anterior era más clara en cuanto se sancionaba a aquel que procurare u obtuviere la revelación de un secreto de tales características, vale decir, se disponía claramente que lo ilícito era la búsqueda o la intención de conseguir un secreto por parte de quien lo poseía legítimamente.

Pero lo más importante hubiese sido el ajuste del tipo penal del espionaje por intrusión (art. 224, CP), que en la actualidad sólo se puede cometer a través de la acción de "levantar planos", conducta estrictamente limitada a una de las tantas formas de obtener información por otros innumerables medios, como ser, la captura de imágenes fotográficas, filmicas, o de cualquier otra naturaleza, de modo que se amplíe la conducta típica a las posibilidades que ofrece la tecnología en la actualidad. Quizás hubiese sido conveniente reiterar los preceptos contenidos en la ley 13.958 de Seguridad Nacional, tomar lo bueno al respecto, y aprovechar la oportunidad para derogarla definitivamente. No debemos olvidar que, técnicamente, el texto legal se encuentra vigente y ello acarrea dificultades a la hora de establecer si una conducta cae bajo las previsiones de esa ley o del Código Penal.

También, y siguiendo con la seguridad de la Nación, se hubiera podido derogar la ley 14.034 de 1951, que castiga a quienes propician sanciones contra el Estado Argentino con una pena de hasta veinticinco años de prisión.

El origen y la justificación de dicha disposición legal es perfectamente explicada por Aguirre Obarrio¹⁷, quien concretamente dice que fue una ley hecha a medida para una persona —un enemigo individual—, el político argentino Beveraggi Allende, a raíz de los conflictos vividos con el gobierno de la época, por lo que hoy carece de absoluto sentido su mantenimiento y vigencia.

¹⁷ Ver Aguirre Obarrio, Eduardo "El derecho contra el enemigo", *Reflexiones Jurídico Penales*, Ed. Foro, Córdoba, 2006, p. 199 y ss.

6. Conclusiones

Podemos adelantar respecto de estas modificaciones al Código Penal, en lo atinente a los delitos contra la vida, la libertad, el orden público y la seguridad de la Nación, que los cambios efectuados por la ley 26.394 no son sustanciales ni tampoco, a nuestro juicio, eran estrictamente necesarios.

a) El delito de homicidio calificado por la jerarquía, y la eventual peligrosidad provocada por las circunstancias modales en que se produce (art. 80, inc. 10), representa una forma de ilicitud cometida en antiquísimas prácticas de la guerra que presentaba a los ejércitos enfrentados a los lados del campo de batalla o en los momentos previos al combate cuerpo a cuerpo.

b) La aclaración formulada en el delito de privación de libertad coactiva (art. 142, inc. 5, CP) no era estrictamente necesaria.

c) La incitación al incumplimiento de obligaciones militares (art. 209 bis) nos recuerda a la anterior disposición instaurada por los gobiernos de facto en 1958 y mantenida en el Código Penal de 1976, a la vez que su ubicación sistemática no resulta ser la más adecuada en razón de afectar esta conducta a otro bien jurídico diferente, como lo es –eventualmente– la seguridad nacional.

d) En cuanto a los delitos que lesionan a la seguridad de la Nación, se podría haber aprovechado la ocasión para corregir las deficiencias que presentan a nuestro juicio los arts. 219 y 220 del Código Penal, eliminando el requisito negativo de la aprobación gubernamental para los actos de particulares, como también suprimir de tal precepto la violación de tratados internacionales como conducta delictiva. Por otra parte, se podría haber aprovechado la reforma penal para cumplir con la "Convención sobre la Prevención y Castigo de delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente, incluso los Agentes Diplomáticos", dada en la Asamblea General de las Naciones Unidas a fines de 1973, y ratificada por la ley 22.509 por el Estado Argentino, incluyendo en este título las acciones punitivas allí contempladas.

e) También hubiese sido una buena oportunidad para derogar de una buena vez la ley 13.985 de Seguridad Nacional que reitera los tipos penales de traición, revelación de secretos y figuras afines, como así también la ley 14.034 que sanciona penalmente a quienes propicien sanciones para el Estado argentino, y por último, ajustar el delito de traición por intrusión (art. 224, CP) a modalidades acordes con los avances tecnológicos y científicos.

SEGUNDA PARTE
LA DEROGACIÓN DEL CÓDIGO DE
JUSTICIA MILITAR Y SU
INCIDENCIA EN EL TÍTULO XI DEL CÓDIGO PENAL

Anteriormente habíamos analizado las modificaciones al Código Penal efectuadas por la ley 26.394 a los bienes jurídicos que se relacionan con la vida, la libertad, orden público y seguridad de la Nación. A continuación haremos unas breves reflexiones a las modificaciones introducidas al Título XI del Código punitivo y que conciernen a los delitos que afectan a la administración pública, como bien jurídico especialmente tutelado.

1. Atentado agravado por la función militar

La ley 26.394 agrega como artículo 238 bis (Capítulo 1: Atentado y resistencia contra la autoridad) la siguiente redacción:

Art. 238 bis: 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 tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis o más, el máximo de la pena será de seis (6) años.

El fundamento de esta disposición es el relajamiento de la disciplina militar, que es por cierto mayor cuando el hecho se produce frente al enemigo, frente a tropa formada en armas, o si los intervinientes son seis o más, lo cual justifica el incremento del máximo de la pena.

Se consagra así una agravación especial del atentado a la autoridad, ya que las causales de calificación de la figura básica se encuentran establecidas en el art. 238 del Código Penal.

Llegamos a dicha conclusión en razón a la ubicación sistemática que se le ha otorgado a esta nueva figura, lo que nos permite concluir en que la misma debe analizarse a la luz de las disposiciones del atentado a la autoridad (art. 237, CP), y no como un hecho autónomo o independiente.

De ser así, la nueva figura penal configuraría un supuesto de lesiones leves calificadas por la calidad de los sujetos activo y pasivo y debió haberse incluido entre los delitos contra las personas, en el Capítulo II del Título I del Código Penal.

En consecuencia, el nuevo articulado debe ser interpretado en el sentido de poner manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

Lo mismo habrá que considerar cuando en el segundo párrafo del articulado se refiere a si "el hecho" tuviere lugar frente al enemigo, tropa formada con armas o cometido por un número de seis o más, en el entendimiento de que tal "hecho" no es el de poner manos en el superior, sino en el de hacerlo empleando intimidación o fuerza contra un superior para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

Por lo demás, esta figura contenía en el art. 662 del Código de Justicia Militar la consagración del mismo propósito.

En este razonamiento, y por tales motivos, consideramos que se ha consagrado una agravación especial para el atentado a la autoridad. Lo contrario nos llevaría al absurdo de haber incluido un delito contra las personas, específicamente contra la integridad personal, dentro de los ilícitos que afectan a la administración pública.

Quiere decirse con lo anterior que el nuevo tipo penal contempla un elemento subjetivo implícito en esta figura y que está

constituido por el propósito del autor de obtener la realización o la abstención de un acto propio del militar jerárquicamente superior en el orden castrense.

En este sentido, el atentado es un acto de coacción contra el funcionario para imponer la ejecución u omisión de un acto funcional. La diferencia con la resistencia radica en que en el atentado se impone un hacer o un omitir, mientras que en la resistencia el sujeto se opone a una decisión o resolución funcional¹.

En el atentado la conducta delictiva está dirigida a que la autoridad se determine según la voluntad del agente. Cuando el autor se rebela contra la voluntad de la autoridad ya libremente formada, y concretada en una disposición ejecutable contra una persona determinada, habrá resistencia.

En la resistencia el acto del funcionario debe haber pasado al estado de ejecución en forma de orden al destinatario, de modo que el autor de las violencias pueda percibirla en su significado a través de la actitud asumida por el funcionario y de las circunstancias particulares que la condicionan. Así, si un policía es obligado a permanecer inactivo frente a un hecho que comienza a ejecutarse y en el que debía intervenir, habrá atentado y no resistencia a la autoridad².

La nueva figura penal consistiría, de algún modo, en un atentado agravado por las funciones militares que debe ejecutar u omitir el sujeto pasivo de esta modalidad comisiva.

El sujeto activo de este delito es un militar (art. 77, CP) que ostente jerarquía subalterna con respecto al sujeto pasivo de la ilicitud que, por otra parte, siempre será también un militar.

El militar jerárquicamente superior es aquel "que tenga, con respecto de otro, grado más elevado, o autoridad en virtud del cargo que desempeña como titular o por sucesión de mandato". (ver art. 877, CJM derogado).

¹ Cfr. Soler, Sebastián, ob. cit., p. 92.

² Ver Rubio, Mercedes, ob. cit., p. 453.

Contémpense aquí, entonces, dos modalidades agravatorias de la figura principal establecida por el art. 237 del Código Penal.

La primera de ellas consiste en "poner manos" en el superior jerárquico, lo que constituye una repetición de la fórmula contenida en el art. 238, inc. 4, del CP, y que ha traído, a la vez, un sinnúmero de dificultades interpretativas.

Se trata de una expresión muy genérica, inclusive más genérica que la expresión violencia, de manera que en modo alguno tiene capacidad para absorber los hechos de lesiones que trasciendan las meras equimosis y rasguños que pueden ser el resultado normal del hecho de poner manos con energía sobre alguien³.

De todos modos se trata de una cuestión de hecho y de valoración: si el autor subjetivamente quiso cometer dos hechos, o sea atentar y además lesionar, el concurso real no puede discutirse. Caso contrario, sería aplicable el art. 54 del Código Penal bajo la forma de concurso ideal.

Debemos aclarar que esta agravante no implica necesariamente la producción de lesiones. Si del hecho de poner manos en la autoridad se causan lesiones, la solución jurídica debe verificarse en los términos que hemos expuesto anteriormente.

La doctrina⁴ considera que se trata de una expresión metafórica (poner manos), entendiéndose todo contacto físico directo entre el autor y el sujeto pasivo por medio del cual aquél ejerce fuerza sobre éste último.

Debe tratarse de un contacto físico o corporal, sin que para ello se hayan utilizado armas, propias o impropias, puesto que, de ser así, la solución podría llegar a ser diferente.

Y con respecto a esto último creemos que se presenta un grave problema.

³ Ver Soler, ob. cit., p. 106 ss., Fontán Balestra, ob. cit., p. 187.

⁴ Ver, entre otros, Creus, Carlos, ob. cit., p. 253.

En efecto, vimos que un militar podría llegar a ser equiparado a un funcionario público cuando su actividad es representativa de una función estatal. Siendo ello así, si se emplea contra él intimidación o violencia para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones mediante el empleo de armas, la disposición aplicable sería la del inciso primero del art. 238 del Código Penal, que tiene establecida una pena de seis meses a dos años.

Ahora bien, en razón a la especialidad contenida por el nuevo articulado (art. 238 ter), cualquier atentado contra la autoridad militar queda comprendido en esta misma figura, incluso cuando se pone manos en la autoridad para las mismas exigencias, sancionándose dicha conducta con una pena de uno a seis años de prisión.

Nos preguntamos qué sucedería si se emplearan armas (mano armada) para lograr tal objetivo sobre un militar, dado que el hecho no está especialmente previsto por la nueva normativa.

Si consideramos que se trata de una figura especial deberíamos aplicar el art. 238 bis del texto punitivo (pena de uno a seis años), entendiéndose que el uso de armas implica "poner manos" sobre la autoridad.

Pero la doctrina excluye tal conclusión cuando al analizar el art. 238 del Código Penal diferencia ambos hechos, de suyo contenidos en dos disposiciones diferentes: "mano armada" (inc. 1) y "poner manos" (inc. 4).

Siendo una conducta más grave la utilización de armas que la del propio cuerpo, tendríamos que sería adecuado sancionar con mayor severidad la primera modalidad que la segunda.

Sin embargo, a poco de observar advertimos que cometer un delito de atentado a la autoridad a mano armada (art. 238, inc. 1) tiene menor pena que cometer un atentado contra la autoridad militar sobre la cual se emplea contacto físico (art. 238 bis, segundo párrafo).

Volviendo al análisis de la primera forma de agravación, se reclama, entonces, el empleo físico de los propios miembros o del cuerpo sobre el agente mismo de la autoridad, en este caso, un militar superior jerárquico.

La segunda condición agravante está constituida por la realización del atentado en ciertas circunstancias que menciona la norma de modo alternativo: o frente al enemigo, o frente a la tropa formada con armas, o cuando se cometiese por pluralidad de sujetos con idéntica condición militar.

Se produce frente al enemigo cuando sucede "desde el momento que se han emprendido los servicios de seguridad contra el mismo" (art. 884, CJM), y en concordancia con el viejo Código de Justicia Militar, el art. 2 del Anexo II dispone que se entiende por tiempo de guerra aquel que "comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta existe de hecho, o con la norma que ordena la movilización para la guerra inminente y termina cuando se ordena la cesación de hostilidades", es decir, se debe acreditar la existencia de una guerra de carácter internacional en la cual participa el Estado argentino, o al menos, su concreta inminencia.

También habíamos dicho que "frente al enemigo" significa ser visto por el adversario o contrincante, y que ello tenía una cierta explicación histórica como modalidad antigua de combate en el que habitualmente existía una confrontación cuerpo a cuerpo de la tropa en un escenario escogido o procurado previamente para la batalla.

Por otra parte, se está en presencia de una tropa formada con armas cuando el hecho lo presencian más de cinco individuos con estado militar (tropa), entendiéndose por tropa formada la menor sub-unidad orgánica reunida en formación para cualquier acto de servicio y con armas a su disposición, que así lo requiera.

Ambos, la presencia del enemigo o la tropa formada en armas, constituyen elementos circunstanciales del tipo penal. Ello quiere decir que únicamente cuando se encuentren presentes tales circunstancias podrá ser de aplicación este tipo penal. Faltando ellas, el

hecho se podrá trasladar a otra conducta típica (atentado simple o agravado), o constituir una simple falta reglamentaria, según el caso.

La última circunstancia de agravación especial se produce cuando el hecho es cometido por una pluralidad de sujetos (más de seis), aunque no se aclara si todos ellos deben revestir la condición militar jerárquica que se indica en el primer apartado (subalternos jerárquicos), o si también se comprende el supuesto de participación de terceros civiles juntamente con uno o más militares subalternos.

Aunque no resulte del todo claro, y en atención a la modalidad aquí establecida, pensamos que todos los partícipes deben reunir la condición exigida por la norma para el sujeto activo (militar).

Por lo tanto, se dará este tipo agravado en esta última modalidad cuando quienes ponen manos en la autoridad militar son seis o más militares de rango inferior jerárquico al del sujeto pasivo de esta ilicitud.

En razón a que el fundamento de esta especial agravación radicaría en la mayor capacidad ofensiva para lograr el objetivo propuesto y, paralelamente, en el menor estado de indefensión del sujeto pasivo, entendemos que tampoco es necesario que todos los intervinientes actúen en calidad de coautores bastando que ellos concurren a la ejecución del acto en cualquier forma de participación material.

Creemos que lo que en realidad agrava al tipo básico es la actuación conjunta y coordinada de una reunión de personas que despliegan en forma sistemática y unida los medios ilícitos característicos de la figura básica, con el idéntico objetivo de imponer su voluntad al funcionario público.

Puede deducirse que en todos estos supuestos en los cuales se agrava la forma delictiva del atentado se intenta tutelar la disciplina, la obediencia y el orden militar que impera en las fuerzas armadas, que se vería resentido y afectado de modo más intenso cuando se producen esta clase de acontecimientos. No se trata ya

de una mera insubordinación o desobediencia, sino que la indisciplina se traslada a los subalternos esta vez para imponerle al superior jerárquico militar la realización de un determinado acto u omisión propia de su estado o condición militar.

2. Resistencia agravada

También se incorpora al Código Penal como artículo 238 ter la siguiente disposición:

Art. 238 ter: 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 al que resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o 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) y 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 más severamente penado.

Esta disposición –ubicada en el Catálogo punitivo como art. 238 ter, CP– es una forma de resistencia o desobediencia, por cuyo motivo estimamos que está mal ubicada entre los atentados a la autoridad. En realidad, habría correspondido que el legislador la incluyera –de ser necesario– como un agregado a continuación del art. 239 del Código Penal, que es el tipo penal que define a la resistencia y a la desobediencia, respetando de tal modo la coherente técnica legal que debe imperar en un sistema orgánico legislativo.

Decíamos que la ubicación sistemática es completamente defectuosa y parece confundir las diferencias ontológicas entre lo que es constitutivo de un atentado de aquellos actos que deben considerarse como desobediencia o resistencia a la autoridad.

Por otra parte, y continuando con las deficiencias de la actual redacción otorgada al art. 239 del Código Penal, cabe señalar que también identifica sin distinción alguna a la desobediencia con la resistencia, como si fueran similares conductas que no presentan características diferenciales de mayor o menor peligrosidad para el bien jurídico tutelado.

Las acciones típicas impuestas en el primer apartado del tipo penal lo son en forma alternativa, por lo que el delito puede cometerse desobedeciendo o resistiendo una orden de servicio legalmente impartida por la autoridad militar.

La desobediencia consiste en la negativa a cumplir con una orden, mientras que la resistencia configuraría el empleo de fuerza, violencia o amenazas contra un funcionario a efectos de no acatar lo que legalmente ha dispuesto o resuelto⁵.

El objeto de la desobediencia o de la resistencia es una orden de servicio legalmente impartida por el superior en cualquiera de las dos situaciones circunstanciales que dispone la figura.

La orden de servicio es un mandato o una disposición verbal o escrita que, emanada de los mandos superiores, se refiere o tiene vinculación con las funciones específicas que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas.

La primera agravación sucede cuando dicha orden es impartida frente al enemigo. La segunda, cuando existe una situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago.

En la primera hipótesis se consagra una desobediencia o resistencia calificada por la presencia de un elemento circunstancial de tiempo, ya que únicamente existe un “enemigo” cuando existe un conflicto bélico o guerra declarada, jurídica o fácticamente.

El sustento de la agravación radicaría, al igual que en el supuesto del homicidio calificado (art. 80 inc. 10), en la probable

⁵ Ver Abraides, Sandro, “Atentado, Resistencia y Desobediencia a la Autoridad – Tres tipos penales parecidos”, *Rev. Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública* – I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 61 y ss.

repercusión anímica en ambas fuerzas contendientes en desmedro de la seguridad nacional.

En cuanto a la segunda forma calificada, debemos señalar que por principio general las Fuerzas Armadas no actúan frente a la producción o inminencia de producción de un incendio, naufragio u otro estrago, por lo que la referencia al militar como único sujeto activo de este delito nos parece insuficiente, ya que bien se pudo haber incluido al bombero, al policía o al integrante de la Prefectura Naval, que son aquellos que naturalmente van a intervenir en esta clase de sucesos.

Excepcionalmente, para los supuestos de trascendencia y conmoción interior, la ley de defensa civil dispone la intervención por cooperación de las Fuerzas Armadas en los casos específicamente allí previstos (ver arts. 23, 27 y cctes. de la ley 24.059 de Seguridad Interior).

Sentado ello, y a pesar de la probable realización de la acción típica por parte de otros protagonistas, el delito lo cometería únicamente el militar que resiste o desobedece una orden de servicio legalmente impartida por su superior en una situación de peligro inminente o producción de catástrofe o estrago, cuando la fuerza haya sido legalmente convocada para intervenir en tal evento.

Vale decir que esta forma calificada requiere también de la existencia de un elemento circunstancial de tiempo consistente en la producción inminente de un estrago o su concreción (ver arts. 186 y 187, CP). Creemos, aunque la ley no lo diga, que el delito agravado subsistiría durante el transcurso de todo el evento. O sea, no sólo cuando el mismo es inminente, sino también cuando ya se ha producido, y perdura hasta el momento en que el mismo haya cesado o haya sido conjurado por cualquier medio.

En ambos supuestos se requiere que la orden de servicio haya sido "legalmente" impartida por el superior. Dicha legalidad se refiere a la validez de la misma y abarca tanto el aspecto formal como el material, es decir, que haya sido dictada por un sujeto facultado para ello y su contenido se ajuste a los principios elementales que tengan relación con el objeto de la actuación funcional.

Se consuma con la mera desobediencia o con el empleo de fuerza o intimidación (resistencia) contra la orden impartida por el superior militar, por lo que se trata de un delito formal que no admitiría la tentativa.

La segunda forma punitiva contenida en este articulado está constituida por la resistencia a una patrulla que está procediendo en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado, o de operaciones, o de catástrofe.

La primera observación que aquí podemos formular es que el delito se satisface únicamente con la resistencia (fuerza, violencia o intimidación) no estando contemplada la simple desobediencia.

Con ello, quien desobedece a una patrulla en tal comisión no cometería este delito sino eventualmente el previsto por la figura básica. Sólo se puede cometer "resistiendo", no bastando la mera insubordinación al acatamiento de lo ordenado. No se entiende muy bien la razón de no haberse respetado las acciones típicas establecidas en el primer párrafo de la norma.

No nos parece muy clara la redacción de este articulado cuando requiere que la patrulla proceda en cumplimiento de "una consigna en zona de conflicto armado" u "operaciones" o "de catástrofe".

Creemos que el proceder de la patrulla se limita a dos funciones: 1) consigna en zona de conflicto armado, y 2) operaciones de catástrofe.

La patrulla constituye una fracción de tropa separada de un contingente mayor, con el propósito de recoger informaciones o cumplir con las directivas que le fueran impartidas, bajo la dirección de un oficial o suboficial.

Para que el militar pueda ser sancionado en este caso es que la resistencia a la consigna de la patrulla sea —como entendimos— en zona de combate o en operaciones de catástrofe.

Por lo tanto, la patrulla militar debe haber tenido la consigna de conservar la seguridad y el orden en una determinada franja

territorial o un específico lugar, dentro de la zona de conflicto armado y no en otro sitio.

También puede suceder que la patrulla haya tenido que actuar en operaciones de catástrofe, es decir, haber sido convocada especialmente para asistir a las personas o para colaborar en las operaciones necesarias que se llevan a cabo una vez que se ha producido un estrago o catástrofe en una zona o lugar determinados.

El sujeto activo de esta segunda ilicitud también es exclusivamente un militar (art. 77, CP). Se consuma con el ejercicio de una resistencia al cumplimiento de sus mandatos, y por los mismos motivos que los expuestos en el apartado anterior, tampoco admitiría la tentativa.

La pena se eleva, si como consecuencia de la resistencia se producen pérdidas militares, o bien se dificulta o impide la salvación de vidas en el supuesto de catástrofe.

La primera agravación de este párrafo hace referencia a "pérdidas militares", e integrado con la segunda parte, se entiende que sólo se contemplan las de carácter material, como equipos, instrumentos, etc., que pertenecen a las Fuerzas Armadas, ya que si fueran pérdidas humanas ello se adecuaría a la última referencia normativa.

No se aclara cuál es la magnitud de todo aquello que debe ser considerado una pérdida militar (un arma, un equipo de radio, etc.), pero en atención a que nos encontramos en presencia de una agravación que eleva la pena mínima a cuatro años y la máxima a doce años de prisión, entendemos que para configurarse este agravante las pérdidas militares han de revestir cierta gravedad institucional y tener la entidad suficiente como para justificar semejante incremento de pena con relación a la magnitud del daño así producido.

Por supuesto que debe exigirse un nexo de causalidad ininterrumpido entre la resistencia o desobediencia y el resultado lesivo a la materialidad de las pérdidas ocasionadas.

La segunda posibilidad de calificación se materializa cuando por la resistencia o desobediencia a la orden de servicio, o cuando por la resistencia a la patrulla que actúa en las condiciones antes mencionadas, se haya impedido o dificultado la salvación de vidas en un supuesto de catástrofe.

La norma requiere que se haya impedido la salvación de una vida que se hallaba en peligro por la situación de catástrofe, en razón a la resistencia o desobediencia perpetrada por el agente comisivo de alguna de las figuras previstas en el articulado. Por la actuación del sujeto activo no se ha podido lograr con éxito una operación de rescate en situación de catástrofe, y quien se hallaba en peligro ha fallecido a consecuencia del impedimento provocado por la conducta desobediente o resistente del autor. Aunque el tipo penal tampoco lo diga, creemos que aquí debe producirse la muerte de alguien que se hallaba en situación de riesgo. En efecto, si se ha "impedido" la salvación de alguien es porque ha ocurrido su fallecimiento. Se trataría de un delito de resistencia calificada seguida de muerte.

Tal como está redactado el artículo, parece ser que la atribución de este resultado le debe ser reprochada al autor a título de culpa, configurándose de tal modo un delito preterintencional. Otras formas de atribución de dicha responsabilidad quedarían descartadas frente a la subsidiariedad restringida que se consagra en el último apartado de este articulado.

No obstante, debemos aquí hacer algunas observaciones.

Efectivamente, constituyendo una estructura típica compleja compuesta por un delito de resistencia calificada y un homicidio, debemos reparar que la resistencia o desobediencia a orden de servicio en su figura básica ostenta una pena de uno a cinco años de prisión. Si a ello se agrega una muerte —en principio atribuida a título de culpa—, que tiene prevista una pena de seis meses a cinco años, llegamos a la conclusión de que sumadas ambas sanciones, incluso a la luz del supuesto de concurso real (art. 55, CP), la graduación penal de los dos delitos, en forma conjunta, tendría una previsión legal de uno a diez años de prisión.

No se advierten claramente las razones para aplicar en estos casos una pena de cuatro a doce años como contempla la previsión legal en comentario (art. 238 ter, anteúltimo párrafo del CP).

Consecuentemente, y a fin de dar cabal cumplimiento al principio de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas (art. 18, CN), tendríamos que deducir que únicamente quedaría comprendido —en esta figura— el resultado muerte cuando el mismo pudiera serle reprochado al autor de la resistencia o desobediencia como producto de un actuar que se representó la hipótesis mortal y sin embargo asintió su eventual producción (dolo eventual).

Pero, de ser así, el homicidio doloso ocasionado con dolo eventual (art. 79, CP) desplazaría —por su contenido punitivo— a la aplicabilidad de esta figura en virtud de la relación de subsidiariedad expresa contenida en la última parte de esta disposición, lo que nos devuelve a la incógnita inicial acerca de establecer el verdadero contenido subjetivo del injusto con respecto al resultado acaecido.

Creemos que el legislador ha querido sancionar un delito preterintencional compuesto por una resistencia o desobediencia calificada en la cual acontece una muerte no querida, esto es, dolo en el hecho de resistir o desobedecer, y culpa en el resultado muerte.

Sin embargo, pensamos que ha exagerado en torno a la pena prevista para tales supuestos. Vemos aquí un exceso en la cantidad de pena asignada para estos casos, y ello afecta sin ninguna duda el principio de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas que emerge del art. 18 de la Constitución Nacional, y contraría, además, el postulado de racionalidad de los actos de gobierno conforme lo establece el art. 28 de nuestra Carta Magna.

Por lo tanto, y a fin de mantener una coherencia normativa en tal sentido, cuando suceda una hipótesis como la prevista en este articulado (resistencia o desobediencia calificada más una muerte culposa), deberán aplicarse aquellas normas que sean compatibles con los principios constitucionales superiores antes mencionados, por lo que la solución deberá encontrarse en la operatividad de

esta figura (art. 238 ter, CP) y el homicidio culposo (art. 84, CP), las que concurrirán en forma ideal o real (arts. 54 y 55, CP) según las particularidades de cada caso.

Siendo ello así, debemos ocuparnos de la otra hipótesis prevista por la norma. Debe entenderse que se ha dificultado la salvación de vidas en situación de catástrofe cuando por la acción desobediente o resistente del sujeto activo se ha tornado más difícil, o se ha hecho más embarazosa, una operación de rescate de alguna persona que se hallaba en situación de concreto peligro. Aquí, la vida de quien se hallaba en tal condición se puso en riesgo, pero finalmente se ha preservado. La operación de rescate tuvo éxito, pero se tuvo que recurrir a un mayor esfuerzo para superar el inconveniente puesto por el sujeto activo de cualquiera de las figuras penales anteriores.

Tal como en el caso de pérdidas militares, el grado de dificultad impuesto por la actuación dolosa del agente deberá ser mensurado por la autoridad judicial que entienda en el conflicto, requiriéndose que el mismo también haya tenido entidad suficiente como para incrementar el riesgo existente, en proporción con el mayor contenido de culpabilidad que significa un aumento de penalidad como el aquí establecido.

En cierto modo, esta previsión guarda semejanza —aunque lejana— con lo establecido por el art. 106 del Código Penal, ya que la conducta del autor genera un peligro para la vida de otro, aumentando la situación de riesgo en la cual se encontraba.

Es justo reconocer que en esta ilicitud hay algo más que un simple abandono, puesto que se han colocado estorbos o dificultades a una operación de salvación de una vida humana, y no un mero dejar de hacer algo que era debido en tales circunstancias.

Se justificaría, de tal modo, el incremento de la pena (cuatro a doce años), ya que esta graduación preservaría una proporción punitiva con la hipótesis de la figura básica (uno a cinco años), a la que se suma una conducta bastante más gravosa que

el simple abandono de personas, que como tal tiene prevista una sanción de dos a seis años.

De esta manera se estarían respetando aquellos principios constitucionales a los que hicieramos referencia al comentar el supuesto anterior. Eso sí, estas dificultades o estorbos ocasionados por el autor de la desobediencia o resistencia no sólo deben guardar una estrecha vinculación a modo de nexo de causalidad ininterrumpido con la conducta anterior dolosa, sino también haber tenido el sujeto activo la posibilidad de representarse la situación concreta y motivar su comportamiento conforme a ello, descartando de tal manera la atribución delictiva como factor objetivo de responsabilidad.

La subsidiaridad final consagrada en la última parte del articulado constituye un caso de subsidiariedad expresa y restringida, puesto que esta disposición no se aplicaría en el supuesto en que el hecho encuadre en un ilícito que contenga pena mayor a la aquí establecida.

La técnica utilizada no es muy precisa, ya que hace referencia a los resultados que pueden generar esta clase de hechos, como si fuera una subsidiariedad por sus consecuencias y no por la realización de alguna de las formas ilícitas básicas.

Hubiese sido mejor respetar el giro idiomático utilizado para consagrar esta especie de subsidiariedad, tal como figura en otras disposiciones del Código Penal. En efecto, a lo largo del articulado del catálogo sancionatorio siempre se utiliza la expresión "siempre que el hecho no importare un delito más severamente penado" (v.gr. arts. 104, 193 y 195, CP, entre otros), lo que da la idea de que no es la consecuencia sino la realización del tipo básico lo que hace desplazar a la figura por subsidiariedad.

Pensamos entonces en alguna modalidad de participación dolosa en el incendio o estrago de que se trate (art. 186 y 187, CP), o en algún otro delito doloso contra la vida –como el resultado muerte a título de dolo eventual– o la seguridad pública, aunque

será de difícil configuración o de poca probabilidad de realización, conforme lo hemos expuesto anteriormente.

3. Violación de normas instrucciones

Conforme al art. 12 de la ley 26.394 se incorpora un nuevo artículo a continuación del art. 240 del Código Penal, que queda redactado de la siguiente manera:

Art. 240 bis: 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.

Esta disposición –sin perjuicio de su pésima redacción– ha olvidado (el legislador, por cierto) que el Código Penal argentino no es un catálogo punitivo para la guerra, sino que tiene la finalidad –ante todo– de mantener la paz entre todos los ciudadanos. Por eso legisla, por ejemplo, sobre los delitos que lesionan la libertad, se castiga la rebelión, sedición, etc. Grave error del legislador.

Por otra parte, el nuevo tipo penal no tiene nada que ver con el atentado, la resistencia o la desobediencia que conforma el epígrafe del Capítulo.

El delito se configura cuando cualquier persona que integra la población civil viola una instrucción que ha emitido la autoridad militar para una zona donde se desarrolla un combate. Por cierto, se requiere un conflicto armado (estado de guerra) y no un supuesto en que se haga uso de las armas para sofocar una rebelión o sedición, o situaciones semejantes.

El delito consiste en "violare" las normas instrucciones dictadas en tiempo de conflicto armado, es decir, no acatarlas, incumplirlas o desoír las sin sujetarse a lo que ellas disponen.

Lo que se castiga es la violación de las "normas instrucciones". Estas están constituidas por todas aquellas disposiciones destinadas a proveer a la seguridad de las tropas, materiales e

infraestructura, para el logro del éxito de las operaciones militares y para establecer la policía en zona de operaciones y de combate (ver art. 1, Anexo III de la presente ley).

Las mismas pueden ser dictadas tanto por los comandantes destacados en dichas zonas, como por las máximas instancias jerárquicas militares, de destacamentos o de unidades de cualquiera de las fuerzas armadas, en consonancia con lo dispuesto por el art. 2 del Anexo III que forma parte de esta ley 26.394.

Es evidente que se trata de una ley penal en blanco, ya que para conocer el contenido de la prohibición penal prevista por este articulado se debe recurrir a preceptos normativos de índole extra-penal. A fin de garantizar el principio de legalidad y culpabilidad que emerge de la Constitución Nacional, el sistema del dictado de normas instrucciones establece expresamente que las mismas deberán ser publicadas en la orden del día, en periódicos y carteles fijados en sitios públicos, y que comenzarán a regir desde la fecha indicada o desde su publicación (ver arts. 5 y 6 del citado Anexo).

Por otra parte, las mismas deberán indicar cuál es la conducta prohibida o la actuación debida en forma clara y precisa, de modo que pueda ser comprendida claramente por las personas a las cuales se dirige concretamente o por la población en general. En cuanto a su contenido, deben ajustarse al mínimo indispensable para satisfacer el objetivo propuesto en la situación emergente, y encuentran como límite la intimidad de las personas o sus respectivos deberes de conciencia (art. 3, Anexo III, ley 26.394).

En virtud de todo lo expuesto, y teniendo en consideración que son las normas instrucciones las que obligan con fuerza de ley a las personas abarcadas por la indicación de la normativa, el delito puede ser de acción u omisión según la norma contenga la obligación de una actuación determinada o una abstención por parte de los destinatarios. Se viola la norma en este caso, haciendo u omitiendo en forma contraria a la establecida por dicha disposición.

Es un delito formal o de mera actividad, que representa desde el punto de vista del bien jurídico tutelado un delito de peligro abstracto, y que en virtud de aquella calidad (simple actividad), no admite la tentativa.

Señalábamos anteriormente que este delito no debió ser ubicado dentro de este Capítulo I del Título XI como un modo de afectar a la administración pública, sino que en razón a que las normas instrucciones sólo pueden dictarse en zonas de operaciones y de combate —lo que presume un conflicto bélico—, el bien jurídico en juego estaría representado por la Seguridad de la Nación.

Debido a su ubicación sistemática podría llegarse a considerar que nos encontramos frente a un delito de "pura desobediencia" del espectro administrativo militar que impediría constatar la afectación, aunque más no sea por peligro, de un bien jurídico particularmente determinado. Tal estimación sería contraria a elementales principios que informan un sistema jurídico basado en un estado democrático de derecho. Por tales razones nos inclinamos a opinar que en el caso concreto no bastaría una simple contradicción con lo dispuesto por la norma instrucción si no se ha llegado a demostrar, aunque sea remotamente, la posible existencia de un riesgo para la seguridad de la operación militar que trata de resguardar el dictado de la pertinente normativa.

4. El delito de motín militar

El nuevo ordenamiento legal que comentamos incorpora al Código Penal el art. 241 bis, una disposición del siguiente tenor

Art. 241 bis: 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 hicieran 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 a cinco 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 años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

Indudablemente esta disposición no afecta ni pone en peligro el bien jurídico de la administración pública. Lo que sí se lesionaría es el orden público (Título 8 del Código Penal), el cual, como bien jurídico tutelado, debe entenderse como la armónica y pacífica convivencia de los ciudadanos bajo la soberanía del estado de derecho. Consiste, subjetivamente, en tranquilidad y sosiego. Esto es lo que lesiona el art. 241 bis del texto punitivo. Otro grosero error del legislador.

El origen del art. 241 bis del Código Penal puede encontrarse en el decreto sobre organización y competencia de los tribunales militares (art. 684), conducta que es denominada "Motín" por el mencionado decreto.

El delito aquí mencionado se estructura sobre la base de tres modalidades típicas previstas en los tres primeros incisos de la norma, a los que se agrega la conspiración para cometer tales ilícitos (inc. 4), y un agravante especial por la concurrencia de las circunstancias especiales mencionadas en el inciso quinto del mismo articulado.

Sujeto activo de este delito son un grupo de militares, es decir que nos encontramos frente a un sujeto activo múltiple o plural. El delito no puede ser cometido por una sola persona, aun cuando

tenga rango militar. El articulado es claro en este sentido cuando sanciona a "los militares", y no al militar que realiza alguna de tales conductas.

a) Peticiones y representaciones indebidas

El primer inciso contempla un supuesto de petición y de atribución indebida de representación militar.

Se sanciona a quienes peticionan tumultuosamente o se atribuyen la representación de una fuerza armada.

Es un tipo penal complejo alternativo que puede ser realizado por cualquiera de las dos modalidades típicas: la petición tumultuosa o la representación de la fuerza castrense.

En el primer caso hay una limitación al legítimo derecho de peticionar a las autoridades (art. 14 de la Constitución Nacional). En realidad se castiga una petición de tinte coactivo caracterizada por el tumulto. El pedido no guarda las formas o solemnidades que deben exigirse en tales casos, y el tumulto militar que acompaña a la petición tiñe a ésta de ilegítima por el temor y zozobra que inspira un reclamo formulado en tales términos.

La tumultuosidad de la petición ha de consistir en un reclamo que expone una multitud desordenada de sujetos con jerarquía militar, que se caracteriza por un estado de confusión agitada y de alboroto.

No es necesario una imposición manifiesta para la configuración delictiva, basta una petición irrespetuosa y temeraria formulada en el marco de un conjunto tumultuoso de personas con rango militar. Se trata de una imposición velada que, disimulada bajo la forma de una apariencia formal, conlleva una amenaza oculta por la posibilidad del uso del ejercicio de la fuerza militar.

Por otro lado, la tumultuosa representación de la fuerza armada genera el mismo temor o amenaza de rebelión a la autoridad. A diferencia de esta última ilicitud, el motín no necesita de la persecución de algún objetivo concreto. Bajo el pretexto de representación del cuerpo castrense se proclaman y requieren

exigencias de la respectiva autoridad que implican el peligro de un concreto sublevamiento militar.

En ambos casos es necesario aclarar que tal representación o las peticiones que se formularen lo deben ser únicamente ante las pertinentes autoridades militares, ya que si las mismas van dirigidas a alguno de los Poderes Públicos el delito cometido asumiría la forma de atentado al orden constitucional dentro de las previsiones del art. 230, inc. 1, del Código Penal.

El antecedente de estas figuras se encontraba en lo establecido por el art. 684, incs. 1 y 2, del Código de Justicia Militar que expresamente exigían que tales conductas se dirijan exclusivamente contra un superior jerárquico, y que incluso en forma más clara —en lo atinente a la segunda modalidad— disponía que la ilicitud consistía en un reclamo colectivo, con atribución expresa o táctica de la representación de una fuerza armada.

Paradójicamente, la penalidad prevista en este delito del art. 240 bis resulta más gravosa que el motín propiamente dicho que se dirige a las autoridades constitucionales y hace peligrar el orden institucional consagrado por la Constitución Nacional.

De todos modos, si consideráramos que el motín establecido por el artículo en comentario podría también dirigirse a las autoridades de alguno de los tres poderes del Estado, el nuevo delito debió haberse ubicado en el Título IX del Código Penal, aunque de este modo hubiese constituido casi una exacta repetición del contenido en el art. 230, inc. 1, del Código Penal.

En base a todo lo expuesto es que nos resulta inentendible lo que se ha querido tutelar y paralelamente sancionar, con una disposición como la presente, que además de ambigua y carente de concisión, presenta las falencias apuntadas desde la perspectiva del bien jurídico que se intentaba proteger.

b) Resistencia a órdenes militares

Algo similar a lo anterior sucede con el segundo inciso de esta misma normativa.

En efecto, el tipo penal del inciso 2 del art. 240 bis del Código Penal sanciona las conductas de “tomar las armas”, “hacer uso de armas, naves o aeronaves” o la de “extraer fuerzas armadas” contra las órdenes de sus superiores.

En primer lugar y nuevamente, el sujeto activo es plural o múltiple, por lo que si un solo militar tomara las armas contra las órdenes de su superior no cometería este delito sino eventualmente el de desobediencia o resistencia a la autoridad (arts. 238 bis, ter o 239, del CP, según el caso).

En segundo lugar, las acciones típicas no se caracterizan por su claridad y precisión. Vemos que el delito complejo alternativo aquí consagrado puede cometerse por el hecho de tomar las armas (en el sentido de disponer o exhibir sin efectivo uso); en hacer uso de armas, naves o aeronaves (utilización de tales objetos), o en extraer fuerzas armadas de sus asientos naturales (dirigir una tropa o conjunto de personas con rango militar fuera del lugar donde cumplen funciones), para oponerse a las órdenes que le hayan sido impuestas por sus superiores militares.

El delito presupone la existencia de una orden emanada de una autoridad militar superior al rango de los sujetos activos, y el propósito de oponerse a la ejecución de dicha orden mediante la realización de alguna de las conductas aquí mencionadas, que se caracterizan por una resistencia activa con empleo de armas, medios de comunicación y combate o fuerza conjunta de tropa militar.

Lo expuesto nos conduce a afirmar que este delito no es más ni menos que una resistencia calificada por el sujeto activo múltiple y por la modalidad comisiva que se emplea para ello. Representa una sublevación contra la orden de un superior en la jerarquía militar.

c) Resistencia al superior jerárquico y omisión de resistencia y contención al motín

El inciso tercero del articulado en análisis sanciona el hecho de hacer uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave