

¿INTEGRACIÓN JURÍDICA O AUTONOMÍA DEL DERECHO MILITAR?

Los operadores jurídico-castrenses y la sanción del código penal ordinario (ley 11.179), durante la primera presidencia de Hipólito Yrigoyen.

por EZEQUIEL ABÁSULO (*)

INTRODUCCIÓN

1. Respondiendo a los lineamientos de la historia del derecho ⁽¹⁾, este trabajo pretende mostrar un momento en el proceso formativo del pensamiento jurídico-castrense nacional. Para atender a este objetivo, resultó necesario aproximarse a un tipo de mentalidad jurídica bastante peculiar, fruto del entrecruzamiento de valoraciones y experiencias provenientes de campos tan dispares como el foro y la milicia. Tales son las circunstancias que explican la necesaria provisionalidad de unas indagaciones que, más que agotar el tema, pretenden iniciar el camino de otros nuevos estudios.

En otro orden de cosas, cabe aclarar que la principal fuente que alimenta esta investigación es un expediente inédito —conservado en el Archivo General del Ejército ⁽²⁾—, documentación que reviste una notable importancia a la hora de intentar dar una explicación de la trayec-

(*) Trabajo presentado en el IX Congreso Nacional y Regional organizado por la Academia Nacional de la Historia, Rosario, 26 al 28/9/96.

(1) Para una teoría de la historia de derecho en la Argentina, véanse: EDUARDO MARTIRÉ, *Consideraciones metodológicas sobre la historia del derecho*, Buenos Aires, 1977; RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, "Apuntes para una teoría de la historia del derecho", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 24 (1978); JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, "Algunos problemas de la historiografía jurídica actual", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 8 (1988).

(2) Archivo General del Ejército (AGE), División Registro y Clasificación, expediente 45.468, caratulado del siguiente modo: "Ministerio de Guerra. Dispone se prepare un decreto sobre revisión de sentencias encuadrando las que actualmente se cumplen, en las disposiciones del Nuevo Código Penal".

toria del derecho penal militar nacional. En este sentido, no dudamos en afirmar que, aún cuando la polémica estudiada careció de repercusión entre los juristas patrios —a manera de ejemplo, puede recordarse que en la obra éditada de uno de los actores del debate, Carlos Risso Domínguez, esta polémica ni siquiera se registra—, que el análisis de esta discusión interesa tanto al iushistoriador, a quien le permite descubrir algunos valiosos lineamientos del derecho penal militar de la década del 20, como al estudioso de la historia general, quien, gracias a ella, cuenta con nuevos elementos que le permiten indagar en el comportamiento autónomo de las instituciones armadas y en la actitud de éstas para con el mundo civil.

El derecho de unas nuevas Fuerzas Armadas

2. Durante los tres primeros lustros del siglo XX, tanto el ejército como la armada se beneficiaron con un profundo proceso de transformaciones. En lo relativo a la primera de las fuerzas, los cambios fueron tan notables que afectaron a todas las áreas. Vale decir, pues, que el clima de renovación incidió en la organización castrense, en la calidad y cantidad de los miembros del ejército y también en lo que se refiere a armamentos (3). Bajo la dirección de destacados jefes, como Pablo Ricchieri, el Ministerio de Guerra insistió en la formación profesional del militar argentino, tendencia que, sin duda, contribuyó a generar en los cuadros castrenses la conciencia de su propia singularidad (4). Este tipo de medidas, oportuno es señalarlo, no sólo tenían por objeto perfeccionar técnicamente al militar, sino que además intentaban alejar a los hombres de armas de la problemática política (5). Sobre este particular, corresponde aclarar que, en buena medida, toda esta poderosa formación intelectual se produjo al calor de las enseñanzas de la denominada escuela

El autor desea poner de manifiesto la gentil disposición de todo el personal del AGE, agradeciendo particularmente al Jefe del Departamento Archivo General del Ejército, Coronel José Eduardo Valladares, así como al suboficial principal Oliver.

(3) Para todos estos temas, véase AUGUSTO C. RODRÍGUEZ, *Reseña histórica del Ejército Argentino* (1862-1930), Buenos Aires, Secretaría de Guerra, Dirección de Estudios Históricos, 1964.

(4) ROBERT A. POTASH, *El ejército y la política en la Argentina, 1928-1945. De Yrigoyen a Perón*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, p. 19.

(5) MIGUEL ÁNGEL SCENNA, *Los militares*, 3ra. edición, Buenos Aires, Editorial de Belgrano (Colección Conflictos y armonías en la historia argentina), 1983, p. 120.

militar alemana, la que, por aquellos años, alcanzó en el país un influjo que jamás volvió a igualar (6).

Con los inicios de la primera presidencia de Yrigoyen, la intensidad de los cambios en el ejército comenzó a declinar, y hasta pareció que el proceso se detenía, justo en una época en que las experiencias resultantes de la Primera Guerra Mundial indicaban la necesidad de encarar una renovación tan profunda como la que se había llevado a cabo a principios del siglo (7). Como inmediata consecuencia de la mencionada actitud de los poderes públicos, los hombres de las Fuerzas Armadas manifestaron una inocultable preocupación, que se expresó en una creciente autonomía, no exenta de veladas críticas a las decisiones del gobierno (8). No era éste un asunto en el que predominasen la atracción o el desapego por ciertas posturas políticas partidarias. En efecto, la llegada de la Unión Cívica Radical al poder no había generado ningún tipo de actitudes reprochables por parte de unas Fuerzas Armadas que se manifestaban respetuosas del orden republicano. Esta situación, empero, comenzó a sufrir sus primeras alteraciones a partir de las medidas adoptadas por Yrigoyen y sus colaboradores (9). De este modo, hay quien considera que la elección de civiles como Elpidio González y Álvarez de Toledo para ejercer la titularidad de las carteras de Guerra y Marina constituyó una actitud poco feliz a los ojos de los hombres de armas (10). Más allá de este hecho, debe anotarse que durante el primer gobierno del líder radical no se proveyó ninguno de los equipos que los jefes reclamaban, ni se realizaron maniobras como las se habían venido efectuando periódicamente hasta 1915 (11). Lo que aumentó considerablemente la desazón entre los miembros del ejército fueron las alteraciones en el sistema de promocio-

(6) FERNANDO GARCÍA MOLINA, "La germanización del ejército en la Argentina de comienzos de siglo", en *Todo es Historia*, n° 275 (mayo de 1990), p. 87. Se puede observar una manifestación de la presencia militar teutona en nuestro país en José Luis Picciuolo, "Historia de la Escuela Superior de Guerra", en *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, (abril-junio de 1995), p. 9 y ss.

(7) HÉCTOR J. IÑIGO CARRERA, *La experiencia radical*, t. 2, Buenos Aires, Ediciones La Bastilla, 1980, p. 86.

(8) En este sentido, cabe recordar la formación de logias en las que se aglutinaban los oficiales descontentos con la actitud del presidente y de sus colaboradores. ROBERT POTASH, ob. cit., p. 27; MIGUEL ÁNGEL SCENNA, ob. cit., p. 138.

(9) ROBERT POTASH, ob. cit., p. 26.

(10) MIGUEL ÁNGEL SCENNA, ob. cit., pp. 135 y 136.

(11) DARÍO CANTÓN, "Los antecedentes de la revolución de 1930: organización profesional y ley Sáenz Peña", en *La política de los militares argentinos 1900-1971*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1971, p. 152.

nes y ascensos, cuestión que alcanzó su expresión más resonante cuando los representantes que respondían a la Unión Cívica Radical en el Congreso aprobaron la ley 11.268, con la que se reincorporó a los oficiales dados de baja por haber participado en las revoluciones de 1890, 1893 y 1905 (12). Pese a todo, y con simultaneidad a lo que los militares pudieron haber considerado como desaires, el gobierno exigía de las instituciones armadas un auxilio constante en tareas vinculadas con el mantenimiento del orden interno de la república. Así, en oportunidad de desarrollarse lo que se dio en llamar Semana Trágica, en 1919, y durante la eclosión del movimiento anarquista de Santa Cruz, en 1921 (13), se requirió el efectivo concurso de contingentes militares. Todo lo dicho nos conduce a afirmar que, durante el primer gobierno de Hipólito Yrigoyen, las expectativas castrenses distaron de ser satisfechas, situación que incidió, sin dudas, en la formación de una actitud crítica y autónoma por parte de la institución ejército.

Curiosamente, al mismo tiempo que los reclamos castrenses eran ignorados por los poderes políticos, comenzó a cobrar vida una cosmovisión militar mucho más amplia que la que había predominado en el pasado. Así las cosas, se sostuvo que la defensa nacional debía ser considerada como algo omnicompreensivo, abarcador de todas las esferas del quehacer nacional (14). En concordancia con este novedoso concepto, las Fuerzas Armadas aplicaron una atención cada vez mayor a ciertas actividades que, anteriormente, bajo el prisma de la antigua y mucho más restringida perspectiva castrense, no habían sido merecedoras de especial atención (15).

3. Dada la gravitante importancia que lo estrictamente militar tenía, según los contemporáneos, en la conformación del derecho castrense (16), nada parecería más acertado, en tren de acercarnos a la comprensión del derrotero particular del ámbito jurídico-militar, que aplicar, casi mecánicamente, las circunstancias propias del universo castrense a las realidades del derecho militar. Empero, debemos rechazar ese tipo de aproxi-

(12) HÉCTOR J. IÑIGO CARRERA, ob. cit., p. 89.

(13) Para los problemas de Santa Cruz, véase ORLANDO MARIO PUNZI, *La tragedia patagónica. Historia de un ensayo anarquista*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1991.

(14) HÉCTOR J. IÑIGO CARRERA, ob. cit., p. 91.

(15) En torno a la misma situación, DARÍO CANTÓN, ob. cit., p. 146, expone una explicación distinta.

(16) Dictamen del auditor general de guerra y marina, CARLOS RISSO DOMINGUEZ, de 6 de septiembre de 1919. *En Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 130:236.

maciones. Desde luego que el imaginario colectivo de los operadores jurídico-castrenses experimentó cambios análogos a los sufridos en la mentalidad del resto de los hombres de armas. En este sentido, resultan particularmente ejemplificativas las palabras del auditor Francisco Albarracín, quien haciéndose eco de las nuevas tendencias que se estaban imponiendo en el seno del ejército, sostuvo, en 1923, que la defensa nacional requería el aprovechamiento de todas las fuerzas vivas de la patria, debiendo vincularse "...poderosamente las industrias y el comercio con las instituciones armadas del país" (17). Sin embargo —volvemos a insistir—, no sería del todo feliz recurrir a la transformación de las sensibilidades y de las actitudes del mundo militar como la única explicación posible que nos guíe al tratar de reconstruir la realidad jurídico-castrense en su cabal dimensión. En efecto, situada dicha realidad a mitad de camino entre el derecho y la milicia, resulta oportuno reparar en las singularidades de lo jurídico militar, constituido por unos elementos particulares que han contribuido a formar, en dicho ámbito y al menos hasta principios del siglo XX, percepciones originales en el campo de lo político, de lo jurídico y de lo militar (18). Corresponde, pues, que repasemos los principales aspectos del derecho castrense posterior a la codificación definitiva.

En un principio, con la sanción del código de justicia militar de 1895 redactado por José María Bustillo, pareció que no sería necesario incorporar mayores cambios en la legislación penal militar, al menos en el corto plazo. Sin embargo, luego del dictado de la ley 4031, de 6 de diciembre de 1901, merced a la cual se impuso el servicio militar obligatorio, empezaron a discutirse posibles reformas al código de justicia castrense, tras advertirse una falta "...de correspondencia entre la ley [penal militar] y el objeto de su legislación" (19).

También aportó lo suyo la crisis revolucionaria de 1905, como consecuencia de la cual se incorporaron algunas reformas al código de justicia militar. Así lo dispuso la ley 4708, sancionada el 22 de agosto de 1905. En virtud de ella, el Presidente de la Nación pasó a contar con facultades suficientes para poder disponer el establecimiento de tribu-

(17) Transcripto en JOSÉ A. YELPO, *Ejército, política, proyecto alternativo: 1920-1943*, Buenos Aires, Guardia Nacional, 1987, p. 26.

(18) Ya hemos reparado en el entrecruzamiento de las realidades jurídicas y castrenses, en "La sanción del primer código de justicia militar (1894) y la transformación institucional", trabajo presentado en el VIII Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina, organizado por la Academia Nacional de la Historia (La Rioja, 2 a 4 de octubre de 1992).

(19) RODOLFO RIVAROLA, "La justicia militar", en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, t. V (1912), p. 721.

nales especiales en tiempo de guerra y durante algunas ocasiones especiales de tiempo de paz. Entre otras cosas, también se estableció que los procesados tenían la obligación de nombrar a sus defensores entre los militares que se encontrasen presentado servicio activo (20).

Mas no concluyeron con esto las inquietudes reformistas. En efecto, ya hacia 1908 los mandos reclamaron una ampliación de las facultades disciplinarias y otra reforma al código. Bajo la presidencia de Roque Sáenz Peña, incluso, en el ámbito del Ministerio de Guerra se elaboró un proyecto de modificaciones al código de justicia militar, propuesta que el ministro del ramo, general Gregorio Vélez, anunció en 1912 (21). Al año siguiente, se produjeron otros poderosos esfuerzos en este sentido. Esta vez, el movimiento partió de la Cámara de Diputados. Luego de algunos debates parlamentarios, y como consecuencia de una iniciativa del socialista Alfredo Palacios, una comisión integrada por éste, Manuel Gonet y Vicente Gallo, presentó un proyecto de código con el objeto de reemplazar al que se hallaba vigente desde 1898. Poco tiempo después, en 1914, cupo al Poder Ejecutivo retomar la iniciativa en la materia, presentando otro proyecto que proponía modificaciones parciales al código de justicia militar. Entre los motivos invocados se afirmaba que el código debía ser puesto a tono con "...las exigencias de la organización [militar] actual..." y "...con el carácter y la educación del nuevo personal que el servicio obligatorio llama anualmente a filas" (22).

A raíz de estos proyectos, se suscitó una áspera polémica entre los especialistas, disputa cuyos principales argumentos se condensaron en dos posiciones contrapuestas. Puede decirse que una de ellas consistía en una aguda crítica a los aparentes excesos de un derecho militar al que considerabase opuesto a la constitución (23). Esta tendencia logró cierta resonancia tanto en el seno del Congreso como en la prensa, siendo compartida por muchos de los dirigentes argentinos que se habían forjado

(20) Comando en Jefe del Ejército, *Reseña Histórica y Orgánica del Ejército Argentino*, t. II, Buenos Aires, Círculo Militar, 1971, p. 459. Puede verse el texto de la ley 4708 en "Leyes sancionadas", *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1905, pp. LXXVII a LXXXV.

(21) *Memoria del Ministerio de Guerra*, años 1911-1912, p. 13.

(22) *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1914, sesión de 29 de mayo, p. 505.

(23) Véase lo dicho por el diputado Araya en el seno de la Cámara, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1913, sesión de 6 de agosto, p. 803. Cabe aclarar que la participación de este representante ya fue destacada por Carlos S.A. Segretti en "La diputación nacional de José Félix Uriburu", trabajo aparecido en *Enrique M. Barba. In memoriam. Estudios de historia*, Buenos Aires, 1994, p. 460.

en la fragua de los principios liberales de la Carta Magna nacional. El criterio recordado mereció la adhesión de distinguidos hombres públicos, entre los cuales se encontraban, junto al ya recordado Palacios, Rodolfo Rivarola, Horacio Dobranich y Roque Sáenz Peña, por no citar sino algunos (24). La otra postura, en cambio, insistía en defender la supuesta excepcionalidad del derecho penal militar, atenta a que sostenía que este particularísimo orden represivo tenía por objeto asegurar el cumplimiento de los deberes castrenses y afirmar la disciplina dentro de las instituciones armadas, antes que garantizar los derechos propios de los hombres de armas. Esta opinión, que merecía el cerrado aplauso de la mayoría de los operadores jurídico-castrenses y de los jefes de las Fuerzas Armadas, tuvo en la figura del codificador a su mayor exponente (25).

4. En 1917, una comisión integrada por Vicente Gallo, Rafael M. Aguirre y Antonio de Tomaso presentó un nuevo proyecto, inspirado en el de 1913. De este modo se actualizó el debate. Cupo a de Tomaso defender en la oportunidad la postura favorable a la integración del derecho militar dentro del orden jurídico general. Así, el referido representante dijo, en su oportunidad, que el código de justicia militar debía adaptarse al nuevo ejército integrado por ciudadanos. “La institución militar moderna —integrada por elementos democráticos, según afirmó— no es una institución que vive o que pueda vivir al margen de la Nación” (26). Este discurso del diputado socialista mereció una enérgica respuesta del teniente de navío Lauro Lagos, quien fundamentó sus expresiones en las ideas del codificador Bustillo (27). Fue así que indicó que las disposiciones del código de justicia militar constituían un derecho

(24) Roque Sáenz Peña, “Defensa del coronel Toscano y del teniente coronel Olmos”, en *Escritos y discursos* (compilados por el Dr. RICARDO OLIVERA), t. III, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1935, p. 228 y ss. Rodolfo Rivarola, *op. cit.*, p. 720 y ss. HORACIO DOBRANICH, “Justicia Militar”; en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, t. VI, 1913, p. 298 y ss. ALFREDO L. PALACIOS, *Justicia Militar Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Compañía, 1914.

(25) BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, “Discurso pronunciado en nombre del Centro Naval en el sepelio del doctor Bustillo”, aparecido en el volumen titulado *En memoria del Dr. José María Bustillo. Autor del Código de Justicia Militar y reglamentos de disciplina*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1932, p. 15. En el mismo sentido, véase también el discurso de Rodrigo Amorrortu, que se publicó en el volumen ya citado, en particular la p. 26.

(26) *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, pp. 436 y 437.

(27) Sobre este tema, véase JOSÉ MARÍA BUSTILLO, *El Código Militar ante la Cámara de Diputados (publicación hecha sobre la base de artículos insertados en los números 15.223 a 15.226 de ‘La Nación’)* Buenos Aires. 1914.

de "índole excepcional", que estaba dirigido, primordialmente, a mantener "...la eficiencia de la función militar de las Fuerzas Armadas...", merced al imperio de la disciplina y de la subordinación. En atención a este razonamiento, Lagos sostuvo que el articulado del código militar no podía ser analizado dentro del "...amplio espíritu liberal con que la constitución nacional y los principios del derecho común garantizan las libertades y los derechos políticos del ciudadano..." (28).

Excediéndonos de la fecha señalada como límite de esta investigación, vale la pena recordar que, durante toda la década del veinte, los operadores jurídico-castrenses advirtieron, con preocupación, a la luz de las transformaciones acaecidas en la organización militar, las modificaciones en la estructura del código penal ordinario y las experiencias de la Primera Guerra Mundial, que la reforma del código de justicia militar se tornaba cada vez más necesaria (29). Como expresión de esta inquietud, en 1923, y luego de la sanción del código penal ordinario, el diputado Francisco L. Albarracín, que integraba el cuerpo jurídico del ejército, presentó un nuevo proyecto de código de justicia militar. Como era lógico esperar, Albarracín siguió los pasos de Bustillo y de Lagos, defendiendo el carácter especial del derecho castrense, al tiempo que censuraba su integración con el resto del orden jurídico. Según su opinión, el derecho penal militar debía contribuir a mantener el orden y la obediencia en el seno de las Fuerzas Armadas, motivo por el cual criticaba las "creaciones artificiosas y secundarias" del viejo proyecto de Palacios, Gonnet y Gallo (30).

Reconstrucción de una crítica olvidada

5. A los pocos días de haber entrado en vigencia el código penal ordinario aprobado por la ley 11.179 (31), las autoridades del Ministerio de Guerra consideraron necesario adecuar automáticamente algunas

(28) *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917. t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, pp. 438 y 441.

(29) CARLOS RISSO DOMÍNGUEZ, *Ley de disciplina militar. Información*, Buenos Aires, Taller Gráfico de Luis Bernard, 1927, p. 13.

(30) Véase el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, p. 530 y ss.

(31) La ley 11.179, merced a la cual vio la luz el nuevo código penal, fue sancionada por el Congreso Nacional el 30 de septiembre de 1921. Dado que una de sus disposiciones transitorias determinaba que el comienzo de su vigencia se iniciaría seis meses después de su promulgación, y puesto que ésta se produjo el 29 de octubre de 1921, el código penal comenzó a regir como ley de la nación el 29 de abril de 1922.

sentencias de los tribunales militares que ya estaban firmes (32). Se trataba de aquellos pronunciamientos de los jueces castrenses que habían resuelto cuestiones relativas a delitos ordinarios, vale decir que versaba sobre casos en los que se habían juzgado aquellas conductas punibles que afectaban el derecho o los intereses del estado o de los individuos, causa por la cual los tribunales militares aplicaron normas emanadas del derecho penal ordinario (33).

Obedeciendo al propósito mencionado, se dispuso la redacción de un decreto mediante el cual se ordenaría la revisión inmediata de las referidas sentencias, sin que se requiriese la expresa petición de parte alguna. El diseño de este proyecto se encomendó a la Dirección General de Personal de la Secretaría de Guerra, el 8 de mayo de 1922. Cabe recordar que el mismo código de justicia militar, reformado por ley 4708, preveía, en su artículo 505, la aplicación supletoria de los artículos del libro I del código penal. El proyecto, empero, se fundamentó en el precedente constituido por el decreto de 20 de noviembre de 1905. En este último instrumento normativo, el entonces presidente, Manuel Quintana, reconociendo la magnitud de las reformas sufridas por el código de justicia militar y por el código penal ordinario, y atendiendo a la vigencia del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en el ámbito jurídico militar, ordenó la revisión de las sentencias de los tribunales castrenses dictadas con anterioridad a las citadas reformas legales. Cabe indicar, además, que el decreto de 1905 se expidió en mérito a que "...no pudiendo la justicia militar, por su carácter, proceder de oficio...", requería "...un acto expreso del comando..." disponiendo "...la revisión de las sentencias firmes de los tribunales militares...", a efecto de substituir las penas que se hubiesen impuesto (34).

Pero volvamos al proyecto de 1922. Tres días después de lo ordenado, el 11 de mayo, el proyecto de decreto estuvo listo. El mismo estaba encabezado por fundamentos análogos a los del decreto de 1905; vale

(32) Es oportuno indicar que toda la documentación mencionada en este apartado, respecto de la cual no se menciona su procedencia, ha sido tomada del expediente ya citado del AGE.

(33) La notable extensión de la jurisdicción castrense surgía del inciso 2, artículo 117 del código de justicia militar entonces vigente.

Cabe recordar que en nuestro país, actualmente y desde 1984, la jurisdicción militar de tiempo de paz se encuentra mucho más restringida, comprendiendo sólo los delitos que se caracterizan por ser esencialmente militares. Véase al respecto el art. 108 del código de justicia militar reformado por la ley 23 049.

(34) Puede consultarse el decreto citado en el *Boletín Militar, Ira. parte*, n° 250, de 20 de noviembre de 1905.

decir, pues, que reconocía que su dictado respondía a la vigencia de un nuevo código penal y que, recordando la aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en el ámbito jurídico militar, venía a poner de manifiesto el expreso acto de comando que requerían los tribunales castrenses para actuar en la oportunidad. En definitiva, lo que el proyecto hacía era disponer la revisión automática de las sentencias militares pronunciadas con anterioridad a la ley 11.179. Además establecía que dicha actividad sería llevada a cabo por el Consejo Supremo de Guerra y Marina, previa vista fiscal.

En mérito a la función de asesoramiento que le correspondía al referido Consejo Supremo ⁽³⁵⁾, en la misma fecha de su confección se le remitió el proyecto. Diez días después, el fiscal general de dicho organismo, Avelino F. Ferreyra, desestimando la importancia del decreto de 20 de noviembre de 1905, emitió una vista en la que sostuvo que el Consejo Supremo carecía de atribuciones para llevar a cabo las tareas propuestas en el proyecto de decreto. Ateniéndose a un criterio estrictamente legalista —cabe mencionar que Ferreyra sostuvo en su vista que “la competencia es la medida de la jurisdicción, y deriva directa e inmediatamente de la ley”—, el fiscal general, tras citar los artículos 131, referido a la competencia del Consejo Supremo, el 438, que versaba sobre el recurso de revisión, y el 475, que regulaba la amnistía de los condenados, concluyó afirmando categóricamente que una norma como la que se proponía sólo podría ser válida en cuanto emanase de una ley del Congreso, y no de una disposición del Poder Ejecutivo.

Semanas después —el 2 de junio— se expidió el Consejo Supremo con un dictamen que llevaba la firma de su presidente, el teniente general Saturnino E. García. Siguiendo una línea expositiva semejante a la del fiscal general —“la ley y únicamente la ley, puede imponer ... restricciones a la justicia y no el Poder Ejecutivo...” —, se proclamaba en el dictamen, sin hesitar—, los miembros del Consejo rechazaron el proyecto. Según el dictamen del tribunal, antes de aceptar una medida como la planteada resultaba imprescindible armonizar el código de justicia militar con el código penal ordinario, lo que significa que, en la perspectiva del Consejo, el proyecto afectaba la esfera de atribuciones establecidas en el código de justicia militar, ante lo cual el tribunal señalaba que, dada su independencia y jerarquía, dicho cuerpo normativo *sólo* podía ser alterado en virtud de una ley del Congreso. Sin embargo, los miembros del Consejo se apresuraron a aclarar que la adopción aislada de una medida de este tipo tampoco sería suficiente, pues debían superarse dificultades de otro tenor -obstáculos que el tribunal consideraba

(35) Art. 131, inc. 6, del código de justicia militar entonces vigente.

de difícil sino de imposible solución-. Una de ellas, por ejemplo, consistía en cómo conciliar las disposiciones del derecho penal ordinario con el orden represivo militar, atento a que ambos órdenes normativos contenían “principios legales diversos” en virtud de los cuales un mismo hecho podía ser apreciado y penado de distinta forma. En este orden de ideas, debemos recordar que, en el curso del dictamen, los miembros del tribunal se ocuparon de examinar distintas situaciones que resultaban particularmente embarazosas en el proceso de adaptación de las disposiciones del código ordinario por parte de la justicia militar. De este modo se recordaron las diferencias de criterio en el modo de determinar el monto de las diferentes sanciones, cuestión que en el derecho penal ordinario estaba más o menos librada al criterio del magistrado civil, mientras que el juez militar carecía de esta libertad ⁽³⁶⁾. En opinión de los integrantes del Consejo, la adecuación de las penas de los tribunales militares a las normas del nuevo código penal también hubiese requerido una ley del Congreso.

Además de lo referido, los miembros del tribunal no dejaban de reflexionar sobre la posibilidad de que se produjesen peligrosas alteraciones en la organización castrense a partir de casos tales como los que podrían surgir de la comisión de un concurso de delitos comunes y militares, hechos que, potencialmente, hubiesen tenido la entidad suficiente como para permitir la libertad a un individuo declarado culpable, merced a la aplicación del instituto de la ejecución condicional, aplicable en sede civil y no previsto en el ámbito militar. Como conclusión de todas las razones mencionadas, los miembros del tribunal afirmaron que el código penal ordinario y el código de justicia militar eran “...dos cuerpos de legislación con una estructura distinta”, y que, por lo tanto, carecían de “...la armonía indispensable para que exista una uniformidad de principios y de criterio judicial...”.

Una vez conocida la opinión del Consejo, el asunto pasó al dictamen del auditor general de guerra y marina, Carlos Risso Dominguez. Éste se expidió en dos oportunidades. En la primera —que correspondió al dictamen n° 29.821, de 21 de julio—, evitó todo tipo de pronunciamiento

(36) Resulta interesante comprobar que, en apoyo de su posición, los miembros del Consejo reprodujeron textualmente el artículo 564 del código de justicia militar, al que equivocadamente citaban como si se tratara del 579 (que era el número que se le había adjudicado originariamente al dictarse el código, en 1898). Este hecho, aparentemente trivial, indica que los miembros del más importante tribunal castrense del país estaban usando la edición del código de justicia militar tal como se lo había sancionado a fines del siglo XIX, 17 años después de que éste había sido reformado por la ley 4708.

categorico sobre el tema, solicitando informes ampliatorios para formar su juicio. La opinión definitiva y fundada se produjo, pues, con el segundo dictamen, de 8 de septiembre de 1922. En dicha ocasión, luego de memorar lo acontecido con el decreto de 20 de noviembre de 1905, y sin desconocer la analogía de la situación, Risso Domínguez consideró que, ante la ausencia de normas procesales que regulasen la sustitución automática de las penas, y dada la falta de cooperación del Consejo Supremo, nada podría hacerse por decreto. Su conclusión fue que el Poder Ejecutivo debía poner en conocimiento del Consejo la nómina de los penados militares sentenciados por la comisión de delitos comunes, para que éste decidiese lo que creyese conveniente.

Finalmente, el 11 de septiembre de 1922, el Ministerio de Guerra hizo suyo el dictamen del auditor general, decisión con la cual el proyecto de decreto fue definitivamente archivado.

Más allá de lo aparente

6. Con el objeto de acceder al plano más profundo del debate, corresponde estudiar cómo se fueron generando las construcciones conceptuales de los operadores jurídico-militares, atendiendo a los permanentes condicionamientos mentales que debieron hacer frente, sin olvidar, además, que en el proceso merced al cual atribuían de significado a los enunciados normativos, aplicaron una variedad de concepciones políticas, económicas y sociales, que permanecieron decorosamente ocultas bajo la invocación de prestigiosas teorías supuestamente asépticas ⁽³⁷⁾.

En el último sentido mencionado, se advierte que los hombres del ejército, y los juristas próximos a ellos, adhirieron a una concepción de la ciencia del derecho ⁽³⁸⁾ que emanaba de una peculiar percepción de la política jurídica ⁽³⁹⁾. Los operadores jurídico-castrenses contemporá-

(37) RICCARDO GUASTINI y GIORGIO REBUFFA, "Introducción". En GIOVANNI TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 11.

(38) Por 'Ciencia del Derecho' entendemos aquella disciplina que estudia los conceptos y categorías jurídicos en particular. JOHN FINCH, *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Labor Universitaria, 1977, p. 12.

(39) Empleamos el concepto 'política jurídica' con un sentido análogo al que le dio RAÚL A. ORGAZ, en "La política jurídica y el código civil", artículo aparecido en la *Revista de Filosofía*, año VI, n° 1 (enero de 1920), p. 5. Cabe aclarar que la historiografía jurídica europea actual también emplea este concepto, como se advierte trabajos como los de HELMUT COING, "Unidad en el desarrollo del derecho en los países de Europa", aparecido en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, n° 2 (1989-1990), p. 137.

neos a Yrigoyen —protagonistas del debate suscitado en torno al proyecto comentado en este trabajo—, no se reducían a mantener una controversia acerca de la integración o de la autonomía del derecho penal militar, examinando cuál era la naturaleza de lo jurídico penal castrense. Nada más equivocado, por cuanto junto con la polémica en torno a la existencia o no de una legalidad militar distinta a la realidad jurídica ordinaria, también estaban discutiendo cuál era la razón de ser de las Fuerzas Armadas y qué papel deberían ocupar en la sociedad argentina.

Es bueno tener presente que la conformación de este tipo de concepciones no se debió a la exclusiva gravitación de la situación castrense. Por el contrario, a la par que la creciente independencia de criterio demostrada por las instituciones armadas durante el gobierno radical ejercía su influjo, constituyendo un elemento sin duda trascendente a la hora de juzgar las mutaciones sufridas en la mentalidad propia del foro militar, el apoyo demostrado por los operadores jurídico-castrenses a la idea de un derecho militar concebido como una realidad autónoma, distinta, y si se quiere distante, del orden jurídico general, obedeció también a otras razones. No por evidente puede dejar de mencionarse la natural tendencia de los especialistas a diseñar principios y argumentaciones a partir de los cuales se subrayan las peculiaridades de un área del quehacer jurídico, actitud que, por cierto, no tuvo por qué ser ajena a los hombres del foro castrense. Asimismo, lo que revistió muchísima importancia fue la concreta enseñanza aprendida en el transcurso de la práctica jurídico-castrense. En efecto, el código de 1895, que fue el más ambicioso intento de integrar generosamente al mundo jurídico-militar con el resto del derecho penal, había demostrado, rápida y rotundamente, que era un fiasco. Esta triste experiencia, con su importante secuela de causas acumuladas sin ser resueltas, de procesos lentos y engorrosos, y de una multitud de personal militar distraído de sus funciones esenciales, dejó un sabor amargo en los responsables de la conducción castrense. Fueron éstos quienes rápidamente atribuyeron el fracaso del intento al hecho de haber adoptado, en el ámbito jurídico militar, algunos principios que respondían a los lineamientos de los derechos penal y procesal penal ordinarios. Así las cosas, la inequívoca solución no se hizo esperar: a partir de entonces, las normas del derecho penal militar deberían amoldarse estrictamente a las costumbres jurídico-castrenses tradicionales, para atender con preferencia a las necesidades propias de las instituciones armadas (40).

Tal como se planteó la cuestión, José María Bustillo, codificador en 1898 y reformador en 1905, fue uno de los más entusiastas defensores

(40) *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1896, pp. 46 a 51 .

de la especificidad del derecho penal militar, al que consideraba constituido por unas normas de excepción que no podían ser encuadradas automáticamente dentro de las reglas generales del derecho argentino. Según él, la peculiaridad de lo jurídico castrense provenía del propósito último que le daba su ser, y que no era otro que colaborar para que la acción conjunta de los integrantes de las Fuerzas Armadas estuviese en condiciones de garantizar, de un modo eficiente, la vigencia de todos los intereses y los derechos amparados por la constitución nacional (41).

Pausadamente, y en tanto que fueron objeto de otras elaboraciones, las nociones expuestas por Bustillo impusieron, en el ámbito jurídico-militar, una nueva lectura del mundo circundante (42). Este proceso —en el cual, precisamente, debe enmarcarse el proyecto de decreto que analizamos en este trabajo—, estaba lejos de haber concluido hacia principios de la década del '20. En esta época los desencuentros entre el ámbito jurídico-militar y el resto del mundo del derecho aún no habían desembocado en una cuasi-ruptura. En efecto, y como un ejemplo de lo dicho, cabe recordar que todavía era posible sostener que la naturaleza jurisdiccional de los tribunales castrenses (43) —inclusive los mismos miembros del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas decían adherir a esta postura (44)—, sin despertar por ello las críticas o los reproches que tal afirmación pudo generar años después, cuando se consideró que la justicia militar sólo representaba uno de los aspectos del mando. Sucede que el itinerario que habría de recorrerse, todavía parecía incierto hacia 1922, aunque ya podía sospecharse donde se encontraba el final de la marcha. Esta última se alcanzó con el apogeo de la tesis autonomista, consagrada en el artículo 29 de la constitución reformada en 1949. En ese entonces, nada quedó por hacer sino aceptar que la “sustantividad” del derecho penal militar era un hecho aparentemente inconvencible (45).

(41) JOSÉ MARÍA BUSTILLO, ob. cit., pp. 13 y 14.

(42) Estos conceptos son empleados por PAOLO GROSSI, *Historia del Derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 27.

(43) BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, ob. cit., p. 17.

(44) Cabe aclarar, sin embargo, que en el repetidamente citado dictamen del Consejo, la adhesión a esta postura pudo constituir una actitud coyuntural. Es verosímil la posibilidad de que se haya defendido esta teoría como una reforma de oponerse a la posible decisión de un Poder Ejecutivo con el que se discrepaba.

(45) El empleo del término “sustantividad” corresponde a CARLOS J. COLOMBO, *El derecho penal militar y la disciplina*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1953, pp. 13 a 20.