

Sinopoli, Santiago Mario

Tesis doctoral

Facultad de Derecho

El derecho constitucional militar

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Sinopoli, S. M. (2003). *El derecho constitucional militar*. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina. Recuperado elde
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/el-derecho-constitucional-militar.pdf>

(Se recomienda indicar fecha de consulta. Ej: Recuperado el 19 de agosto de 2010).

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA
ARGENTINA**

"Santa María de los Buenos Aires"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica

CURSO DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURIDICAS

TESIS DOCTORAL

"EL DERECHO CONSTITUCIONAL MILITAR"

DOCTORANDO: SANTIAGO MARIO SINOPOLI

DIRECTOR DE TESIS: DR NESTOR PEDRO SAGÜES

INDICE GENERAL

Introducción	10
<i>CAP. 1. - Las Fuerzas Armadas y su misión constitucional</i>	13
1.1. Constitución y Fuerzas Armadas	13
1.2. Composición y misiones de las Fuerzas Armadas en el constitucionalismo argentino.	15
1. Precedentes históricos previos a la sanción de la constitución de 1853	15
2. El preámbulo y el artículo 21 de la constitución nacional	16
1.3 Los fines de las Fuerzas Armadas en el derecho comparado	25
<i>CAP. 2. – Constitución y legislación militar</i>	31
2.1. La legislación militar y la constitución	31
2.2. Clasificación de las leyes militares.	36

1. Introducción	36
2. Leyes de carácter político – constitucionales	37
3. Leyes de carácter penal, procesal y orgánico judicial	38
4. Leyes de carácter administrativo y disciplinario	41
5. Leyes de emergencia: los bandos militares	44
6. Leyes de carácter internacional: los usos y las costumbres de la guerra	47
2.3. La posible colisión entre la legislación militar y el orden constitucional. El caso de la obediencia militar	48
<i>CAP. 3. – La dirección política de las Fuerzas Armadas y el mando militar</i>	54
3.1. La defensa y las Fuerzas Armadas como competencia exclusiva del Estado	54
3.2. La dirección y la conducción administrativa de los ejércitos. Su distinción y separación en un estado de derecho	55
3.3. Los órganos superiores de dirección política de las Fuerzas Armadas, según las distintas formas de gobierno	57
1. Introducción	57
2. En las repúblicas semipresidencialistas	58
3. En las monarquías parlamentarias	59
4. En las repúblicas parlamentarias	59
5. En las repúblicas presidencialistas. El sistema norteamericano y su influencia sobre el argentino	60

3.4. Los poderes militares previstos en la constitución; su genérica caracterización	65
3.5. Las atribuciones militares del presidente en la constitución argentina	67
3.6. Las atribuciones militares del Congreso en la constitución argentina	75
3.7. Otros órganos de dirección política en el sistema constitucional argentino	79
3.8. Regulación de los poderes militares en el derecho constitucional comparado iberoamericano	83
<i>CAP. 4. - Los tribunales militares</i>	98
4.1. La unidad jurisdiccional y las jurisdicciones especializadas	98
4.2. Antecedentes históricos de la jurisdicción militar	102
4.3. La jurisdicción militar; concepto y características	109
4.4. Justificación actual de la jurisdicción castrense	115
4.5. Ambito de aplicación de la jurisdicción castrense argentina	119
4.6. La jurisdicción militar de honor	124
<i>CAP. 5. - La contribución ciudadana a la defensa militar</i>	128
5.1. El derecho–deber de defensa: concepto generales y modalidades	128
5.2. La movilización nacional	129

5.3. El servicio militar	134
1. Introducción	134
2. El servicio militar obligatorio; su actual régimen normativo	135
3. El servicio militar voluntario	137
4. Causas de exclusión y exención del servicio militar obligatorio con especial referencia a la objeción de conciencia	138
5. El servicio social sustitutorio	141
5.4. La defensa y las limitaciones al ejercicio de los derechos individuales	142
1. Introducción.	142
2. Restricciones al derecho de propiedad: expropiación y requisas	143
3. Restricciones a la libertad de expresión: el secreto militar	144
<i>CAP. 6. – Los militares y los derechos fundamentales</i>	147
6.1. Los militares y el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona	147
6.2. La condición jurídica militar en el derecho internacional tuitivo de los Derechos fundamentales	150
6.3. Los militares y el goce de los derechos fundamentales en algunos países	152

6.4. Los militares y algunos derechos fundamentales en particular	154
1. Derecho a la libertad física; detención y arresto de militares	155
2. Derecho de sufragio activo y pasivo	156
3. Derecho de petición	159
4. Derecho a la libertad de expresión	160
5. Derechos de reunión y manifestación	163
6. Derechos de asociación y sindicación	164
7. Derecho de huelga	168
Conclusiones	171
Fuentes Bibliograficas y Documentales	174

Introducción

A partir de 1983, con la conclusión de la última experiencia gubernativa desempeñada por militares, se inició en nuestro país un fuerte debate sobre las Fuerzas Armadas, a partir del cual se discutió, entre otros temas, sobre la necesidad de su existencia, su papel en el estado y sus fines. En este contexto signado por la reinstauración del orden constitucional cobraron vida profundas reformas jurídicas que en el ámbito castrense se orientaban en el sentido de fortalecer el elemento democrático de las instituciones armadas. Así, por ejemplo, si bien pensamos que todavía están faltando algunos de los frutos normativos en la materia a los que legítimamente corresponde aspirar la sociedad argentina en su conjunto, podemos mencionar la modificación del código de justicia militar en virtud de la ley 23.049, y el dictado de la ley 23.544 de defensa nacional. Precisamente, con motivo de este notable impulso transformador de la normativa aplicable al ámbito militar argentino –firmemente encuadrado en el principio de su completa adecuación al orden constitucional- comenzamos a darnos cuenta de la escasa atención que la doctrina vernácula, fragmentaria y esporádicamente interesada en estos temas, había venido dedicando al estudio de lo que denomino “derecho constitucional militar”.

Impulsados, como queda dicho, por el escaso interés que este tipo de asuntos suscitaba entre los cultores del derecho constitucional argentino, lo que nos propusimos demostrar con esta tesis es que en nuestro país existen concretas normas relativas al poder militar, a sus fines, a su organización y a su conducción, reglas que merecen ser objeto de un estudio autónomo como expresión de un auténtico derecho constitucional militar. En este sentido, somos conscientes que aceptadas desde la sanción de la constitución nacional en 1853 y más o menos inalteradas con motivo de las reformas de 1860, 1898, 1957 y 1994 –aquí aunque no se note se producen modificaciones de entidad- dichas disposiciones constitucionales de interés castrense –a las que cabe engrosar con la normativa infraconstitucional dictada en consecuencia- no han sido objeto de un tratamiento orgánico por parte de los sucesivos constituyentes, como sí ha sucedido en otros estados. De este modo, nuestra intención particular es la de señalar

que el primer eslabón del derecho constitucional militar patrio deriva de lo dispuesto en el preámbulo y en el artículo 21 de la Constitución, en tanto que de allí surgen como fines de las Fuerzas Armadas argentinas la defensa de la patria y la protección del dispositivo constitucional. Asimismo, que el dispositivo constitucional castrense si bien admite ciertas situaciones excepcionales respecto de lo dispuesto en el régimen constitucional común, no por ello puede considerarse ajeno al espíritu republicano y democrático de la Ley Fundamental. En consecuencia, será constante preocupación de nuestra parte a lo largo de esta tesis mostrar los más ajustados criterios constitucionales en la materia, con el objeto de señalar el camino por el que eventualmente deba transitar en lo venidero unas Fuerzas Armadas argentinas completamente integradas al ideario republicano y democrático. Incluso más, atento a lo referido en las páginas venideras no dudaremos en proponer ciertas reformas a la legislación vigente ni en recomendar futuras modificaciones al texto de nuestra constitución nacional. En síntesis, nuestra hipótesis pasa por afirmar la existencia de un derecho constitucional militar argentino en tanto que aglutinante de unas Fuerzas Armadas republicanas, dispositivo normativo superior que conforma la directriz a la cual deben adecuarse los poderes constituidos –y las reglas que éstos dicten en consecuencia- dotados de facultades para organizar, conducir y controlar los ejércitos de la patria.

En cuanto a los materiales sobre los cuales se apoyan nuestras reflexiones en la materia, los mismos giran en torno al texto constitucional, sus antecedentes y el conjunto normativo derivado que da en denominarse como “legislación constitucional”. De este modo, por ejemplo, el elemento histórico no estará ausente de nuestra investigación, aunque, claro está, ajustándose a los límites propios de un trabajo como el presente, que no se preocupa tanto por las indagaciones historiográficas como por las relativas al derecho actualmente aplicado. Desde luego, también consideraremos las decisiones judiciales, en especiales las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, precedentes jurisprudenciales que se acrecentaron considerablemente a partir de 1983, interesándose por asuntos tales como los de la determinación de los fines de las Fuerzas Armadas, los alcances de institutos como la obediencia debida y la objeción de conciencia, el grado de adecuación de las jurisdicciones disciplinaria y penal militar al dispositivo constitucional, la necesidad de contar con la garantía de defensa en juicio en el ámbito castrense, o la posibilidad de aplicar o no contra actos propios de la autoridad

militar un recurso de hábeas corpus. Además, tampoco estarán ausentes de nuestro trabajo las opiniones que sobre el particular haya vertido nuestra doctrina constitucional y la de los Estados Unidos de América, dado que, como diremos más adelante, cabe considerar a esta última de vital importancia para comprender el verdadero sentido y alcance de las normas argentinas. Asimismo, también permaneceremos atentos a las enseñanzas surgidas del derecho comparado, en la medida en que somos conscientes de que en toda organización jurídico-política fundamental se prevé la existencia de una fuerza pública de carácter militar, de modo tal que el estudio de sus regulaciones de índole constitucional puede ofrecernos interesante información y brindarnos útiles ideas aplicables a la comprensión del caso argentino.

Capítulo 1

Constitución y Fuerzas Armadas

1.1. Constitución y Fuerzas Armadas

1. En un sentido amplio, constitución quiere decir el modo de ser o estar de una cosa que la diferencia de las demás. De este modo, la constitución de un Estado sería la forma de ser o estar organizados los distintos elementos que lo componen: territorio, población, poder, gobierno y fin último. Al respecto, dice Bidegain que “la constitución consiste en la ordenación fundamental del Estado, siendo indiferente los instrumentos, hechos o actos que la establezcan (normas escritas, costumbres, tradiciones, meros actos de mando y obediencia, etc.) y el sentido político que la inspira (liberalismo, comunismo, fascismo, etc.)”¹. Ahora bien, en un sentido estricto, cabe entender por constitución aquella norma o conjunto de normas revestidas de una especial solemnidad que regulan los principios básicos inspiradores de todo ordenamiento jurídico y de la organización fundamental de un Estado, considerado éste tanto en sí mismo como en sus relaciones del individuo y de la sociedad. De acuerdo con lo que indica Sagüés, este concepto de constitución es producto del llamado movimiento constitucionalista, que se concreta en las tres grandes revoluciones Inglesa (del siglo XVII), Norteamericana (de los años 1776-1787) y Francesa (de los años 1789-1791)² y que da lugar, finalmente, a la aparición de la constitución formal y escrita, integrada con disposiciones supremas sobre el resto del ordenamiento jurídico, de modo tal que el legislador ordinario se encuentra sometido a ellas. Dentro de este concepto restringido de constitución, que comúnmente da lugar a la redacción de una parte dogmática y de otra orgánica, prácticamente en todos los sistemas constitucionales se advierte la existencia de normas

¹ Carlos María Bidegain, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 11.

² Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 3.

referidas a los ejércitos -expresión, ésta última, que a lo largo de la presente tesis emplearé indistintamente como sinónimo de Fuerzas Armadas-, con cláusulas que configuran el denominado *derecho constitucional militar*³.

Ahora bien, no se crea que con la última expresión mencionada se pretende fundar una disciplina nueva, ajena a la materia constitucional. Por el contrario, lo que se quiere hacer es resaltar la existencia de unas normas que, propias de un nuevo “campo de estudio más que [de] una disciplina”⁴ merecen una atención pormenorizada; normas que, a su vez, deberían nutrir necesariamente toda la legislación relativa a lo militar que dictase el Congreso y también el Ejecutivo, cuando este último actúe en el ejercicio de su órbita privativa en lo atinente al mando militar.

2. Prácticamente todas las constituciones escritas del mundo, sin importar cual sea su raíz ideológica, contemplan al elemento militar. Puede que ello sea de maneras distintas, pero en definitiva lo tienen normativizado. Vale decir, pues, que donde hay una constitución hay un derecho constitucional militar.

Así, nuestra constitución trata la materia tanto en su parte dogmática (artículos 17, 21, 22 y 34) como orgánica (artículo 75, inciso 27, y concordantes; artículo 99, incisos 12, 13 y 14, y concordantes; y artículo 126), presentándonos un instrumento militar de carácter pasivo en cuanto a su participación política. De análoga manera, constituciones más recientes, como la del Perú abordan la materia con un tratamiento no disperso. Así, en la carta del país referido su capítulo XII, titulado *De la Seguridad y de la Defensa Nacional*, condensa todo lo referido a la fuerza pública militar y policial. Por su parte, la constitución socialista de Cuba indica que el Presidente del Consejo de Estado desempeña la Jefatura Suprema de todas las instituciones armadas. También tenía su ingrediente militar la constitución de la Unión Soviética, en la que se le atribuía un rol activo en la participación política del Estado⁵. En forma análoga, pero atribuyéndole un papel activo no sólo en lo político sino también en lo religioso, la constitución iraní de 1979 establece, en su artículo 143 que las Fuerzas Armadas son responsables del ordenamiento republicano e islámico de la Nación”, mientras que en el

³ En su obra ya citada –t. II, pág. 73-, Néstor Sagüés me atribuye, en lo que se refiere a nuestro país, la autoría del uso de la denominación de “derecho constitucional militar”.

⁴ Cfr. Rafael Bañón y José Antonio Olmeda, *La Institución Militar en el Estado Contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1985, pág. 10.

⁵ Pablo Casado Burbano, *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Madrid, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 18.

144 preceptúa que dichas fuerzas “deberán constituir un ejército islámico, es decir un ejército adiestrado y popular”, razón por la cual en sus filas sólo “se aceptarán personas idóneas, que crean en los objetivos de la revolución islámica y estén dispuestas a sacrificarse para conseguirlos”.

Como se puede apreciar merced a esta breve alusión al derecho constitucional comparado, las referencias concretas a los ejércitos abundan en los distintos dispositivos constitucionales hoy vigentes.

1.2. Composición y misiones de las Fuerzas Armadas en el constitucionalismo argentino.

1. *Precedentes históricos previos a la sanción de la constitución nacional de 1853.* Producido el acto de nuestra independencia, la antigua legislación militar hispánica se mantuvo prácticamente intacta y en plena vigencia, no obstante el desmoronamiento político de todo el Antiguo Régimen⁶. La España de entonces tenía sus ordenanzas, tanto para los ejércitos de tierra como para la armada, y así como la legislación común siguió rigiendo todas las relaciones de la vida civil, así también los ejércitos de la República continuaron regidos por aquéllas, con las modificaciones mínimas consiguientes al nuevo orden de cosas y a las necesidades del momento. En síntesis, el constitucionalismo precario que rigió en nuestro país entre 1810 y 1853 se limitó a adaptar las ordenanzas reales referidas a lo militar a los principios republicanos. Ello obedeció al hecho de que las ordenanzas militares españolas, complementadas por reales disposiciones y por la jurisprudencia constituían, aparte de algunas exageraciones en la represión y en los principios referentes al absolutismo de los monarcas, un cuerpo completo de legislación militar que, en un principio, no se consideró necesario reemplazar, salvo en los aspectos de jerarquía constitucional ya comentados. De este modo, esta legislación militar continuó en vigencia casi intacta hasta las postrimerías del siglo XIX, pese a las disposiciones dispersas y sucesivas que fueron abordando distintos problemas particulares, e incluso llegaron a servir de molde

⁶ Guillermo Palombo, *Vigencia de las Ordenanzas de Carlos III en nuestro país durante el siglo pasado*, *Revista Militar*, N° 706 (octubre-diciembre de 1981).

jurídico para la organización y actuación de los ejércitos patriotas en el curso de la lucha emancipadora⁷.

Como ejemplo de la referida vigencia del viejo orden normativo hispánico, cabe recordar –sin pretensiones de mayor exhaustividad- que el artículo 1º, Sección 1º, del Reglamento de 22 de Octubre de 1811, disponía que la Junta Conservadora de la Soberanía de Fernando VII debía observar las leyes hispanoindianas, salvo en lo que se opusieran “al derecho supremo de la libertad civil de los pueblos americanos”, el artículo 2º, Capítulo 1º, Sección 2º, del Reglamento Provisorio de 1817 establecía que, mientras no se dispusiera lo contrario en la constitución a dictarse, en el territorio de las Provincias Unidas de Sudamérica, subsistirían “todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales y particulares del antiguo gobierno español que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas Provincias ni con este reglamento y demás disposiciones que no sean contrarias a él libradas desde el 25 de mayo de 1810”. Asimismo, cabe consignar, para una mejor comprensión de esta forma de convivencia entre la legislación española y el derecho patrio en formación, que igual temperamento aparece inserto en diversas constituciones provinciales. Así, en la de la provincia de Santa Fe que se dictó en 1841, su artículo 103 declaraba que quedaban en pleno vigor las leyes que hasta entonces estuvieron en vigencia en todos los puntos y materias que directa o indirectamente no contradijesen la expresada carta provincial.

En cuanto a la conducción militar, dice Zorraquín Becú, que: “desde el principio –y siguiendo los antecedentes virreinales- el mando de las fuerzas armadas estuvo a cargo de los sucesivos gobernantes. En el acta del 25 de mayo de 1810 Cornelio Saavedra fue nombrado Presidente de las Juntas y Comandante General de Armas, y aunque este título unipersonal quedó luego diluido en todos los miembros del Poder Ejecutivo, aquél volvió a asumir la plenitud de sus funciones después del movimiento del 5 y 6 de abril. Más tarde ejercieron esos poderes los dos Triunviratos y el Director Supremo.

Muy pronto se manifestó una tendencia contraria a esa acumulación de funciones. La Asamblea de 1813 prohibió a los miembros del Poder Ejecutivo el mando

⁷ Al respecto, véase el dictamen 37357 elaborado en 1924 por el entonces Auditor General de Guerra y Marina, general Carlos Risso Domínguez. Se lo reproduce parcialmente en la obra del citado autor que lleva por nombre *Justicia Militar, El Presidente de la Nación y los Tribunales Militares*, Buenos Aires, Tipográfica del Colegio “Luis XIII”, año 1929, pág. 13 y siguientes.

unipersonal de los ejércitos, en el Estatuto del 27 de febrero, disposición que Alvear no cumplió. Al ser derrocado este último, el Estatuto de 1815 limitó considerablemente los poderes militares del Director, y lo mismo hizo –aunque en menor medida- el Reglamento de 1817. Sin embargo, la constitución de 1819 estableció en su integridad las facultades del Ejecutivo, estampando la regla de que era “Jefe Supremo de todas las fuerzas de mar y tierra”, norma que pasó a la 1853”⁸

El fenómeno de supervivencia normativa mencionado se entiende en la medida en que la Revolución de Mayo no pudo hacer sentir, sino hasta muy tarde, su influencia de reformas radicales en la legislación fundamental y adjetiva del nuevo estado que estaba fundándose en los dominios del antiguo Virreinato. Asimismo, no está de más señalar que si la subsistencia de la legislación metropolitana revistió un carácter genérico, en ninguna materia ésta apareció tan palmaria como en el ámbito militar, al punto que las ordenanzas españolas recién fueron substituidas en 1894 merced al dictado de la ley 3190.

En síntesis, la organización jurídico política del país a partir de 1810 mantuvo en vigencia la estructura de los poderes militares que venía de España, aunque republicanizándola. Ello hasta que se dictó la constitución de 1853, donde ya aparece reglamentado el elemento militar, sin perjuicio que ciertas normas infraconstitucionales de ascendencia colonial perdurasen más o menos inmutables hasta finales del siglo XIX, e incluso que extendiesen el influjo de los aires absolutistas hasta la normativa castrense de la actualidad –como sucede con el caso de la no previsión de la defensa técnica letrada en el proceso castrense-, lo cual implica que en el campo jurídico militar todavía hoy existen importantes asignaturas pendientes en cuanto a la adecuación de algunos de sus dispositivos a lo preceptuado por los principios republicanos.

Por ejemplo, ni con la reforma del Código de Justicia Militar introducida por ley 23.049 en el año 1984, se estableció la obligación de una defensa técnica en el fuero militar; manteniéndose vigente el artículo 97 que establece en su primera parte que: “Ante los tribunales militares el defensor deberá ser siempre militar en servicio activo o en retiro.” Esta norma que es producto del código castrense de 1951 –ley 14029- no

⁸ Véase la Constitución de la Provincia de Santa Fe en María Laura Sanmartino de Dromi, *Documentos Constitucionales Argentinos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pág. 1250.

Zorraquín Becú, *Historia del derecho argentino – Tomo II Segunda Edición, Sexta impresión-* Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, Pág. 242.

hizo mas que reeditar el sistema de defensa instaurado por el texto de 1898 –ley 3679-, que establecía en su artículo 106 lo siguiente: “Ante los tribunales militares el defensor debe ser siempre militar en servicio activo”

2. El preámbulo y el artículo 21 de la Constitución Nacional. Constitucionalmente hablando, los fines de las Fuerzas Armadas argentinas están perfectamente identificados en el preámbulo y en el artículo 21 de nuestra ley fundamental.

Yendo a lo que se considera el pórtico de la constitución, observamos que las competencias de las Fuerzas Armadas están presentes cuando se habla de “constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad”. Ello así, en tanto que entendemos que en la mera “provisión de la defensa común” no se agota el único sustento de las Fuerzas Armadas. En efecto, en tanto que *ultima ratio* de los poderes públicos, unas Fuerzas Armadas respetuosas del orden constitucional también contribuyen al afianzamiento de la justicia, de la paz interior y del bienestar general. ¿Es que acaso no las hemos visto, por ejemplo, actuando en operaciones en apoyo de la comunidad; en el apuntalamiento de la seguridad interior⁹; en la vigilancia de los actos electorales¹⁰; o en la custodia del Presidente de la Nación¹¹?

Lo dicho arriba se integra con lo preceptuado en el artículo 21 de la constitución nacional, dispositivo que después del preámbulo constituye el primer eslabón constitucional referido a los poderes militares al disponer que “todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía”. En efecto, en la norma transcripta queda evidenciado un doble fin de las Fuerzas Armadas: la defensa de la patria y la de la constitución. Además, se establece una

⁹ Así lo prevén los artículos 27, 28 y 32 de la ley 24059 de seguridad interior.

¹⁰ Esta misión se contempla en el artículo 70 del Código Nacional Electoral. Texto según el decreto 2235/83, con las modificaciones introducidas por las leyes 23247, 23476, 24012, 24444 y 24904.

¹¹ Por decreto del entonces presidente José Figueroa Alcorta de fecha 17 de julio de 1907 se designó “al Regimiento Nro. 1 Granaderos a Caballo escolta presidencial...”. Cfr. Luis Alberto Leoni, *Regimiento Granaderos a Caballo de los Andes, Historia de una Epopeya*, Buenos Aires, Imprenta del Palacio del Congreso de la Nación, 1968, pág. 49. Ver también Héctor José Aguirre, *Reseña Histórica de la Casa Militar de la Presidencia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1953, pág. 221.

especial dispensa en el tiempo de cumplimiento del servicio militar para los extranjeros que se hagan ciudadanos argentinos, cláusula indudablemente inspirada en la filosofía alberdiana que propiciaba el poblamiento del país con inmigrantes europeos.

En cuanto a la expresión “patria” mencionada en el recordado artículo 21, entendemos que la misma está ligada al concepto de ataque exterior, ya que el artículo 119 de la misma constitución al referirse a la traición a la patria alude a la idea de alzamiento contra la nación o al hecho de unirse a sus enemigos, prestándoles ayuda o socorro. Asimismo, se relaciona con el preámbulo en cuanto éste sostiene como objetivo la provisión de la “defensa común”. Con respecto al otro fin del órgano castrense –vale decir, la “defensa de esta constitución”- el artículo 21 está señalando que las Fuerzas Armadas también son un sostén de la carta fundamental, en la medida en que ésta sea atacada por los mismos habitantes de la nación que deben cumplirla. Va de suyo, eso sí, que la organización y conducción de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de la doble finalidad mencionada debe ser siempre conforme a lo preceptuado por las leyes del Congreso y a los Decretos del Ejecutivo Nacional, ya que, como lo desarrollaré más adelante, en ellos residen los poderes militares de organización y de mando.

Volviendo a la consideración del artículo 21 antes citado, consideramos que éste es el eje constitucional de los poderes militares, y que en su estructura radica el equilibrio que debe existir entre el poder militar de mando y el poder castrense de organización que ostenta el Congreso, de modo tal que en todo momento la autoridad civil se encuentre por encima de la militar. Al respecto, no es ocioso recordar que los norteamericanos fueron pioneros en la materia cuando el 2 de mayo de 1792 debieron dictar una ley para sofocar lo que dio en llamarse “Rebelión del Whisky”¹².

¹² Sobre la rebelión del Whisky, ver Louis Smith, *La Democracia y el Poder Militar*, Buenos Aires, Bibliografía Argentina, 1957, pág. 61,281 y 282.

En 1794, los agricultores de Pensilvania, ante las dificultades que encontraban para el transporte del maíz decidieron fabricar con este cereal whisky, negándose a pagar el correspondiente impuesto pues alegaban que se trataba de maíz. El congreso dictó la ley “Calling Forth para movilizar la milicia en 1792, a fin de repeler la insurrección doméstica. El mismo congreso en 1795 autoriza al Presidente Washington para convocar a la milicia cuando sea necesario para “evitar cualquier tipo de rebeliones” y “repeler invasiones”.

Conforme Paul Schott Stevens; U.S. Armed Forces and Homeland Defense, The Legal Framework, The Center for Strategic & International Studies; Página 9, octubre 2001 (según mi propia traducción)

3. A esta altura de nuestro trabajo es oportuno que nos preguntemos por qué los fines de las Fuerzas Armadas se encuentran en la parte dogmática de la constitución. Al respecto, si bien dijimos que nuestra ley fundamental ofrece un tratamiento inorgánico de la materia castrense, el dispositivo del artículo 21 –cuya importancia ya hemos señalado se ubica concretamente en el ámbito de los derechos y garantías. Ello así en la medida en que creemos que lo que el legislador constituyente quiso hacer fue acotar al poder militar. En este sentido, no está de más recordar que los constituyentes venían de experiencias históricas conformadas por permanentes luchas armadas entre caudillos, panorama que los condujo a tratar de instaurar unas Fuerzas Armadas pasivas o neutrales políticamente hablando, carentes de representación política alguna, y completamente adaptadas al nuevo espíritu republicano. Así se entiende que el artículo 22 de la constitución nacional exprese que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades por esta Constitución” y que “toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en nombre de este, comete el delito de sedición”.

4. Pese a lo que para nosotros resulta evidente, la doctrina de la doble finalidad de las Fuerzas Armadas –que en nuestra opinión es la que más fielmente interpreta el texto constitucional y el espíritu del constituyente originario-, esto no fue así considerado por el legislador ordinario, quien el 13 de abril de 1988 dictó la ley 23544 relativa a la defensa nacional. Esta ley redujo la misión institucional de las Fuerzas Armadas, prácticamente, a la mera defensa en el caso de producirse agresiones de índole externa, criterio expuesto en su artículo dos que textualmente dice: “La defensa nacional es la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la Nación para aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas en forma disuasiva o efectiva para enfrentar las agresiones de origen externo”. Al respecto, entiendo que el legislador no resultó intérprete fiel del preámbulo y del contundente artículo 21 de la Constitución, al regular la intervención de las Fuerzas Armadas en cuanto al marco externo, y no decir clara y concretamente, nada también en esa oportunidad –aunque sea mediante otra ley-, respecto a la intervención del órgano castrense excepcionalmente en lo doméstico.

Pero la realidad fue particularmente severa, con esta reglamentación parcial de los fines de las Fuerzas Armadas en la constitución. En efecto, cuando en 1989 se

produjo el copamiento de una unidad del Ejército Argentino con asiento en La Tablada y los militares recuperaron la sede del regimiento en el cumplimiento de órdenes del Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, la sola reglamentación del empleo del elemento militar solamente para el ámbito de la defensa nacional, demostró su insuficiencia, y la necesidad de comprender también, aunque sea de manera excepcionalísima el rol castrense en el interior, tal como lo prevé el artículo 21 de la constitución nacional. Ello motivó que se dictara en 1991 la ley 24059 de seguridad interior, la cual, atendiendo a la experiencia arriba recordada, admitió la actuación de las Fuerzas Armadas tanto en el caso de ser necesaria la defensa de la jurisdicción militar (artículos 28 y 29 de la ley en cuestión) como en el de requerirse el apoyo castrense en el ámbito de la seguridad interior (artículos 31 y 32 de la misma ley)¹³.

5. La doctrina que expresamos arriba encuentra importante apoyatura en la sentencia que la Cámara Federal de San Martín dictó el 5 de octubre de 1989, en los autos caratulados “A., J.C. y otros”¹⁴. En esa oportunidad, el tribunal recordado sostuvo, entre otros tópicos de interés, que no era admisible la tacha de invalidez del sumario pretendida por la defensa en virtud de la presunta ilegitimidad de la intervención de las Fuerzas Armadas, por cuanto se entendió que la orden impartida por el Presidente de la República al Jefe del Estado Mayor para que dispusiese la recuperación del Regimiento se apoyaba en el texto de la propia constitución nacional. Ello así, en tanto que la Cámara entendió que “los llamados «poderes militares» que la ley fundamental encomienda al órgano ejecutivo, comprenden todo lo vinculado con la existencia, organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas para cumplir su fin esencial que es defender la Patria y la Constitución”. En consecuencia, entendió que “considerar como se pretende, que el juez competente debió tomar la decisión e impartir las órdenes pertinentes para retomar la unidad militar”, era “una mera apreciación asaz irracional”. Entre otros conceptos, el Tribunal entendió, además, que se estaba en presencia de un «acto institucional», vale decir de esos que el poder ejecutivo puede dictar discrecionalmente con el fin de asegurar la organización del estado y preservar su subsistencia, y respecto de los cuales el control judicial resulta limitado. En particular, los miembros de la Cámara entendieron que la decisión adoptada por el presidente de la

¹³ Ver también el decreto 327/89 sobre Bases Orgánicas y Funcionales para la Preparación, Ejecución y Control de Medidas tendientes a Prevenir y Conjurar la formación o actividad de grupos armados.

¹⁴ Ver al respecto *El Derecho*, t. 138, pág. 100.

nación de recurrir a las Fuerzas Armadas para retomar el control del cuartel –impugnada por una de las partes sometida a proceso- no atentaba contra lo dispuesto en la ley de defensa nacional, ya que si bien su artículo 4 mandaba tener en cuenta la diferencia fundamental que separa a la defensa nacional de la seguridad interior, existiendo por aquel entonces un vacío legislativo respecto de cómo el estado debía atender a la seguridad interior, resultaba admisible la discrecionalidad del órgano constitucionalmente competente para ejecutar tal protección, y que en tal sentido ordenase a las fuerzas sometidas a su comando la represión de aquellos actos que, debido a su evidente peligrosidad, excediesen los medios operativos comunes propios de las fuerzas de seguridad para reprimir delitos”.

Evidentemente, lo que la Cámara Federal quiso indicar fue que, a pesar de la ausencia de normas jurídicas infraconstitucionales que en la oportunidad facultasen expresamente al presidente de la Nación para actuar, era por demás legítimo que éste, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, ordenase a contingentes de la fuerza Ejército la recuperación de una unidad militar tomada parcialmente por elementos subversivos. Dicho de otro modo, el tribunal, recurriendo a una interpretación correcta del artículo 21 de la constitución como de la normativa concordante, concluyó afirmando que los poderes militares del presidente de la Nación –en especial los relativos a la conducción y al mando- le permiten, toda vez que las circunstancias así lo aconsejen, recurrir al empleo de las Fuerzas Armadas en casos de violencia doméstica. Es que a tenor de lo establecido por nuestra carta magna es evidente que nuestro órgano castrense debe atender a un doble fin –externo e interno-, objetivo plenamente operativo que no requiere, en principio, del dictado de legislación infraconstitucional alguna para que el presidente de la Nación pueda usar de la máxima fuerza pública en su misión de enfrentar toda manifestación violenta contraria a nuestro orden constitucional.

6. Indudablemente, y tal como lo entendieron los padres fundadores de nuestra constitución, para mantener el orden interno y hacer efectiva las políticas adoptadas por la Nación el estado debe contar con una fuerza armada. Siguiendo a Juan González Calderón sobre el particular, se puede establecer que sería inadmisibles que una nación contemplase con indiferencia el aumento del poderío militar de otras naciones vecinas, o que no se preparase igualmente para el caso desgraciado en que la solución de alguna dificultad internacional tuviese que ser confiada a la suerte de las armas. Como

concluía categóricamente nuestro constitucionalista –en frase de lamentable actualidad-: “la paz entre las naciones es un bellissimo ideal, pero es, según parece, pura utopía, y jamás podrá realizarse porque los que las gobiernan sufren, naturalmente, la presión de todos los intereses regionales”¹⁵. Asimismo, también conserva vigencia en la materia el agudo pensamiento de Rafael Bielsa, autor que oportunamente señaló que ningún precepto positivo era “más claro ni más comprensivo en punto a la misión del ejército que el establecido en el artículo 21 de la constitución nacional”¹⁶. Empero, no concluía aquí la reflexión del sabio administrativista santafesino, ya que acto seguido decía que de la adecuada interpretación jurídica del citado artículo 21 se derivaba que las Fuerzas Armadas se debían hacer cargo de dos obligaciones principalísimas: la defensa del estado y la de las instituciones. Dicho de otro modo, “siendo el ejército una fuerza social y democrática, técnicamente organizada para la defensa nacional –afirmaba Bielsa-, su función defensiva o de conservación del Estado, es también general y comprensiva del orden interno, y especialmente en la defensa del orden público, concepto este opuesto al desorden y a la anarquía” y vinculado a la comisión de graves conmociones de orden institucional.

Más cercano a nosotros en el tiempo, el constitucionalista español Pablo Casado Burbano considera que toda constitución debe, antes nada, garantizar su propia existencia frente a cualquier eventual agresión, previendo para ello el empleo de mecanismos adecuados y proporcionados al riesgo presentado. Al respecto, nuestro jurista entiende que las posibles ofensas ocasionadas no siempre provendrán del extranjero, dado que no faltan las que se originan en conductas protagonizadas por los ciudadanos del propio país. Ahora bien, frente a estas últimas el orden constitucional se defiende, en principio, mediante múltiples medidas preventivas y represivas, como puede ser la tipificación de los delitos contra la constitución, o los distintos tipos de actuación policial y judicial. Empero, puede suceder que la entidad de la agresión puede sea tan fuerte que resulten ineficaces o inútiles estos remedios. “Para afrontar estas últimas eventualidades –entiende Casado Burbano-, las constituciones, en forma más o menos explícita, suelen tener previsto el recurso al uso de la fuerza, y en concreto, a la fuerza de las armas”, con la salvedad de que este “recurso extremo debe ir revestido, al

¹⁵ Juan A. González Calderón, *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 15.

¹⁶ Rafael Bielsa, *Caracteres jurídicos y políticos del Ejército. Su misión esencial*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1937, Pág. 5 y sgtes.

menos teóricamente, de las correspondientes garantías que le vienen dadas por la pertinente declaración política del estado o situación excepcional y su instrumentación efectiva”¹⁷. De análoga manera, Manuel María Diez sostiene que la defensa constituye un elemento “indispensable para poder realizar el bien de los súbditos, un medio necesario para poder cumplir los fines que el Estado debe perseguir y alcanzar”, principio del cual deriva el de considerar a la administración militar como un instrumento que le permite al estado asegurar que la administración civil cumpla con sus fines. Dicho de otro modo, Diez entiende que la actividad de defensa constituye un medio esencial del estado, en la medida en que “su ausencia completa puede acarrear la misma desaparición del estado”¹⁸.

7. A partir de lo expresado en los párrafos anteriores viene a resultar evidente la necesidad de la existencia de las Fuerzas Armadas en toda comunidad políticamente organizada, característica que es aplicable tanto en los regímenes respetuosos del estado de derecho como en aquellos otros de índole autoritaria. En consecuencia, podemos aseverar que en la vida de cada nación, sus Fuerzas Armadas cumplen con la función de garantizar la vigencia del orden político interno y la integridad territorial del estado. Vale decir, pues, que éstas representan el poder del estado puesto al servicio del mantenimiento del orden jurídico y de la integridad del mismo. La función de las Fuerzas Armadas gira, entonces, alrededor del mantenimiento del orden interno y de la defensa nacional¹⁹.

Respecto de esta materia, consideramos que no está de más recordar algunos de los conceptos contenidos en la sentencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó en 1962 en autos «Rodríguez y otros» -también conocidos como «Ruggero»²⁰-. Ello así, en tanto que en esa oportunidad nuestro máximo Tribunal sostuvo que la potestad de autodefensa propia del estado podía concebirse “como la ejecución militar de funciones civiles a requerimiento y en auxilio de las autoridades ordinarias y sin eliminarlas”, tarea que la Corte consideró de carácter auxiliar y “compatible incluso con la inexistencia en la constitución de expresas cláusulas de emergencia” en la medida en

¹⁷ Pablo Casado Burbano, ob.cit., págs. 12 y13.

¹⁸ Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, t. II, págs. 718 y 719.

¹⁹ Louis Smith, ob. cit., pág. 15.

²⁰ La sentencia de la Corte Suprema, que se dictó el 24 de octubre de 1962, fue publicada en *Fallos*, t. 254, págs. 120 a 150.

que consideraba –siguiendo en la materia las enseñanzas de W. Willoughby, de D.Walker y de la jurisprudencia norteamericana- que el brazo militar de un gobierno podía “ser empleado para preservar la paz pública y asegurar el cumplimiento de las leyes”, siempre que así fuese requerido por una necesidad pública insusceptible de ser satisfecha por los organismos gubernamentales ordinarios.

1.3. Los fines de las Fuerzas Armadas en el derecho comparado.

1. Para una mayor ilustración de lo que venimos expresando hasta el momento, a continuación y hasta concluir con este capítulo nos dedicaremos a describir someramente –incluyendo algunas consideraciones de índole doctrinaria de nuestra parte- lo que dicen algunas constituciones extranjeras respecto de la misión de las Fuerzas Armadas.

De este modo, comenzaremos nuestro examen por la de los Estados Unidos de América, sancionada el 17 de septiembre de 1787 y sucesivamente enmendada en 1791, 1795, 1804, 1865, 1868, 1870, 1913, 1919, 1920, 1933 y 1951²¹, en cuyo preámbulo los constituyentes se auto impusieron, entre otros propósitos, el de garantizar la tranquilidad nacional y la defensa común. De este modo, la sección 8 del artículo 1 de la carta norteamericana atribuyó al congreso la facultad de proveer a la defensa común, mientras que la sección 2 del artículo adjudicó al presidente la jefatura suprema del ejército y de la armada de los Estados Unidos, así como de la milicia de los diversos estados cuando la misma se encontrase al servicio activo de los Estados Unidos.

Ahora bien, respecto del texto constitucional antes apuntado cabe que nos detengamos a efectuar un especial análisis en tanto que el impacto del mismo sobre nuestra propia constitución es vital. En este sentido, si bien coincidimos en reconocer, junto a Germán J. Bidart Campos, que, a despecho de lo sostenido retrospectivamente por uno de los redactores de la constitución de 1853, José Benjamín Gorostiaga, la constitución argentina de 1853 lejos de ser una mera copia de la norteamericana, se

²¹ El texto de la constitución norteamericana ha sido tomado Hermann C. Pritchett, *La Constitución Americana*, Buenos Aires, Tipográfica, 1965.

inspiró en ella para adecuar soluciones foráneas a imperiosas necesidades nacionales²², consideramos que respecto del específico tema de los poderes militares la práctica norteamericana resulta de inmediata aplicación en la Argentina, en la medida en que nuestro país adoptó el sistema constitucional militar del país del norte. Así las cosas, cabe señalar que, como derivación de situaciones excepcionales y extremas, los operadores de la constitución norteamericana, ansiosos de encuadrar la actividad militar en el marco constitucional, dieron pábulo a una costumbre constitucional que reconoce como doble finalidad de los ejércitos la defensa externa y la protección de la constitución. De este modo, por ejemplo, un autor clásico en la materia que todavía conserva plena vigencia, como William Whiting, pudo manifestar que siempre que en la constitución se utilizaba la expresión «defensa común» se aludía a toda experiencia de actual y abierta hostilidad que, al margen o no de la existencia de una guerra internacional, exigiese a la nación el empleo de todos sus poderes militares y navales en su propia defensa, “para salvar al gobierno y al país en la destrucción”²³, reflexión con la que parece se indica que, siempre actuando dentro de la constitución, el poder de la fuerza pública militar debe proteger a la sociedad toda, ya sea que se produzca un conflicto externo o uno de índole interna.

2. Por su parte, la actual constitución española establece en su artículo 8 que: “las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército de Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”²⁴. Más adelante, en el artículo 29, se limita en el ámbito de las Fuerzas Armadas y en atención al imperio de la disciplina castrense, el ejercicio del derecho a peticionar a las autoridades, mientras que en el 97 se establece que compete al Gobierno la conducción de la Administración y la defensa del Estado.

Ahora bien, respecto del “sistema militar” de esta constitución cabe indicar que el mismo se complementa con lo dispuesto en las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas, instrumento normativo en el cual su artículo 3 proclama que “la razón de ser

²² Germán J. Bidart Campos, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, pág. 35.

²³ Whiting William, *Los poderes de guerra bajo la constitución de los Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Imprenta Argentina de El Nacional, Buenos Aires, 1869, pág. 7.

²⁴ El texto de esta constitución ha sido tomado de E. Sánchez Goyanes, *Constitución Española Comentada*, Madrid, Paraninfo, 1983.

de los Ejércitos es la defensa militar de España”, concepto bajo el cual se alude genéricamente a la soberanía e independencia del estado español, a su integridad territorial y a la preservación de su ordenamiento constitucional. En este orden de cosas, Pablo Casado Burbano entiende que el contenido de estas misiones no ofrece especiales problemas de interpretación, en la medida “que se traducen en la inmunidad frente a toda agresión exterior que pudiera anular nuestra capacidad de decisión política y en el mantenimiento incólume del territorio nacional, como soporte o ámbito espacial sobre el que se ejerce esa misma capacidad y, por otra parte, en la salvaguardia del orden jurídico-político frente a aquellas agresiones internas de quienes, por la vía de la subversión y la violencia y fuera de los cauces legalmente previstos, pretendieran trastocar el sistema”²⁵. Dicho esto, se pregunta nuestro autor si con ello concluyen las misiones de las Fuerzas Armadas, interrogante frente al cual contesta que la legislación ordinaria alude a otras tareas que, no por accesorias a las principales, dejan de contar con importancia. De este modo alude tanto a las misiones para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como al auxilio que las Fuerzas Armadas deben prestar a requerimiento de la autoridad en casos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga.

3. Yendo al análisis del actual constitucionalismo iberoamericano, podemos comenzar diciendo que la constitución política de Colombia, dictada en 1991²⁶, regula en diversos artículos lo atinente al poder militar. De este modo, se adjudica al presidente de la república, magistrado en el cual se simboliza “la unidad nacional” y la vigencia de la garantía de “los derechos y libertades de todos los colombianos” (artículo 188), la dirección de la Fuerza Armada y la jefatura militar de la república, con el objeto de “proveer a la seguridad exterior de la república defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarando la guerra con permiso del Senado o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera” (artículo 189, incisos 3 y 6). Asimismo, se lo autoriza para que, acompañado por todos sus ministros, pueda declarar el estado de guerra exterior, en virtud del cual asumirá “las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los

²⁵ Pablo Casado Burbano, ob. cit., págs. 25 y 26.

²⁶ El texto de esta constitución, así como el de la mayor parte de las iberoamericanas aquí mencionadas, ha sido tomado de la edición de constituciones iberoamericanas efectuada en 1984 por la Universidad Nacional Autónoma de México y publicada bajo el sello editorial del Fondo de Cultura Económica.

requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento a la normalidad” (artículo 212). En otro orden de cosas, esta misma constitución impone a todos los colombianos la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas (artículo 216); y reconoce la existencia de unas Fuerzas Armadas, que constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y destinadas a la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad nacional y a la preservación del orden constitucional (artículo 217), no pueden asumir ningún carácter deliberante, ni reunirse sino por orden de autoridad legítima, estándoles prohibido el dirigir peticiones a las autoridades, salvo que se trate de asuntos relacionados con el servicio y con la moralidad del respectivo cuerpo y siempre que las mismas se efectúen con arreglo a la ley (artículo 219). Por su parte, la constitución política de la república del Ecuador dispone que las Fuerzas Armadas “se deben a la nación”, y que el presidente de la república ejerce su máxima autoridad, pudiendo delegarla en caso de emergencia nacional, y siempre de acuerdo con la ley (artículo 130). Además, establece que la fuerza pública debe atender a la conservación de la soberanía nacional, a la defensa de la integridad e independencia del estado, a la garantía de su ordenamiento jurídico y, sin menoscabo de su misión fundamental, al desarrollo social y económico del país (artículo 131). Asimismo, esta constitución también determina que la policía nacional constituye una “fuerza auxiliar” de las instituciones armadas (artículo 132).

En cuanto a Centroamérica, podemos decir aquí que la constitución política de la república de Honduras sostiene que las Fuerzas Armadas de Honduras –integradas por el alto mando, el ejército, la fuerza naval y la fuerza de seguridad- son una institución nacional de carácter permanente, especialmente profesional, apolítica, obediente y no deliberante, instituida para defender la integridad territorial y la soberanía de la república, mantener la paz, el orden público y el imperio de la constitución, los principios del libre sufragio y la alternatividad en el ejercicio de la presidencia de la república. Asimismo, la constitución dispone que “cooperaran con el poder ejecutivo en las labores de alfabetización, educación, agricultura, conservación de recursos naturales, vialidad, comunicaciones, sanidad, reforma agraria y situaciones de emergencia” (artículos 272 a 274). Por su parte, en el articulado de la constitución política nicaragüense, dictada bajo el imperio de las autoridades Sandinistas, se afirmaba que el pueblo tenía derecho “de armarse para defender su soberanía, su independencia y sus

conquistas revolucionarias” sea “frente agresiones y amenazas de un país extranjero o de fuerzas dirigidas y apoyadas por cualquier país”, resultando obligación del estado dirigir, organizar y armar al pueblo para garantizar la plenitud del derecho mencionado con anterioridad. En consonancia con lo anterior se afirmaba que el Ejército Popular Sandinista –mediante el cual se aseguraba la participación popular en la defensa armada de la patria, tenía “carácter nacional” (artículos 92, 93, 95 y 96).

En la misma materia, la constitución chilena sostiene que las fuerzas dependientes del ministerio encargado de la defensa nacional están constituidas única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas –integradas por el ejército, la armada y la fuerza aérea- y por las del orden y seguridad pública, todas las cuales existen para la defensa de la patria y para garantizar el orden institucional de la república. Asimismo, se impone a todos los chilenos el deber de “defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena”, lo que impone, entre otras cargas, la de hallarse inscriptos en los registros militares correspondientes (artículos 22 y 90). En el caso paraguayo, su anterior carta establecía, en su artículo 173, que sus Fuerzas Armadas constituyen una institución nacional de carácter permanente, profesional y no deliberante, obediente, subordinada a los poderes del estado, sujeta a las disposiciones constitucionales y legislativas, y dispuesta a custodiar la integridad territorial y a defender a las autoridades legítimamente constituidas, conforme con la constitución y las leyes. Además, se especificaba que los militares en servicio activo deberían ajustar su desempeño a lo preceptuado en las leyes y en los reglamentos, y que no podrían afiliarse a un partido o a un movimiento político, ni realizar ningún tipo de actividad política.

Lo relativo a la defensa también es considerado por el artículo 163 y concordantes de la constitución política del Perú, en los cuales se proclama que el estado garantiza la seguridad de la nación mediante un sistema integral y permanente de defensa nacional, tanto externo como interno, con el cual debe colaborar “toda persona, natural o jurídica”. En particular, el artículo 165, que alude a la integración de las Fuerzas Armadas por el ejército, la marina de guerra y la fuerza aérea, adjudica a éstas garantizar la independencia, la soberanía, y la integridad territorial, de la república, y le otorgan, eventualmente, la posibilidad de asumir el control del orden interno del país. Por otra parte, la anterior constitución brasileña consideraba que, en su artículo 142, que las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, por el Ejército y por la Fuerza Aérea,

eran instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas sobre la base de la jerarquía y la disciplina y bajo la autoridad suprema del presidente de la república. En particular, se les adjudicaba la defensa de la patria, la garantía de los poderes constitucionales y, por iniciativa de cualquiera de éstos, de la ley y del orden. Asimismo, mientras que el artículo 207 de la constitución boliviana dice que las Fuerzas Armadas de la nación están orgánicamente constituidas por el comando en jefe, el ejército, la fuerza aérea y la fuerza naval, el 208 recuerda que ellas tienen por misión fundamental defender y conservar la independencia nacional, la seguridad y estabilidad de la república y el honor y soberanía nacionales; asegurar el imperio de la constitución política, garantizar la estabilidad del gobierno legalmente constituido y cooperar en el desarrollo integral del país.

4. Sirvan las anteriores referencias como cabal demostración de que en el derecho constitucional comparado es habitual dedicar particular atención a las Fuerzas Armadas y a los fines que le son propios. En este sentido y con distintas características, cabe advertir que los distintos instrumentos constitucionales mencionados conceden expresa atención a las Fuerzas Armadas, lo que viene a significar que el legislador constituyente no ha querido dejar librado a niveles inferiores un tema tan vital como es el de la caracterización de la máxima fuerza pública estatal y el de las tareas que la misma debe encarar. Asimismo, no está de más subrayar que todos los textos que hemos considerado nos remiten a ejércitos disciplinados, políticamente pasivos y neutrales, y siempre disponibles para afrontar los desafíos que requiera la nación. Amén de lo dicho, también es oportuno señalar que los testimonios traídos a colación confirman la extendida vigencia de un derecho constitucional militar como expresión insustituible de la organización jurídico-política de una sociedad, vale decir como requisito *sine qua non* para la existencia de una república.

Capítulo 2

Constitución y legislación militar

2.1. La legislación militar y la constitución

1. Vivimos inmersos en un complejo entramado de normas jurídicas, es decir, de disposiciones susceptibles de ser impuestas coactivamente, esto es valiéndose para ello del empleo de la fuerza o de la amenaza de una sanción. También el Estado, en tanto que sujeto de derecho, se encuentra compelido a observar las normas imperativas que integran el ordenamiento jurídico vigente, obligación que pesa asimismo sobre todos los poderes, instituciones y órganos que lo componen. De este modo, en un estado de derecho todas las autoridades y funcionarios están sometidos al imperio de la ley como expresión última de la voluntad general orientada al bien común.

Ahora bien, atento a lo señalado arriba, tanto las Fuerzas Armadas en su conjunto como los militares individualmente considerados se encuentran sometidos a una serie de normas jurídicas específicas que se denominan en doctrina leyes militares. Al respecto, podríamos definir a esta *legislación militar* como el conjunto de normas jurídicas que, derivadas de la constitución, regulan tanto la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas como las relaciones de sus integrantes entre sí y de éstos con la institución castrense.

Recurriendo a la conocida imagen de la pirámide normativa de Kelsen, podríamos decir ahora que esta legislación militar ya se manifiesta en el vértice superior del sistema bajo la forma de lo que denomino en esta tesis *derecho constitucional militar*. Además de esto, en niveles infraconstitucionales también aparece toda una gama de normas –que van desde los tratados internacionales, las leyes y los decretos, hasta llegar a las resoluciones y a las órdenes del servicio- que conforman, en un sentido amplio, el derecho militar, y cuya naturaleza y características dependerán de los

principios que surjan de la jerarquía constitucional y del espíritu republicano en el que la última se funda.

Como se verá más adelante, el conjunto de las normas aludidas abarca campos de muy diversa naturaleza, razón por la cual no se hallan recogidas en un solo texto o cuerpo de disposiciones. Sin embargo, no es infrecuente oír hablar entre los legos en la materia sobre la existencia de un presunto *Código Militar*, digesto jurídico “virtual” en el que se agruparían desde disposiciones penales y disciplinarias que rigen la conducta de los militares, hasta reglas desprovistas de carácter jurídico en sentido estricto, como son aquellas que atañen a la moral militar y que no han sido dotadas del poder coercitivo del Estado.

2. Señalado lo anterior, éste es el momento de preguntarse por la razón de ser de la especificidad o peculiaridad de las leyes militares, interrogante al que respondemos aquí diciendo que la misma procede de la especial naturaleza de la misión de las Fuerzas Armadas y de las peculiares exigencias que para sus miembros se derivan de la misma y que fijan como objetivo tutelar valores que, como la disciplina, se conceptúan indispensables para la institución castrense²⁷. Ahora bien, a partir de la afirmación de la especificidad de la normativa castrense ¿sería posible colegir que la legislación militar no se encuentra sujeta a los mismos principios que informan al ordenamiento jurídico general? Desde ya contestamos que no. En efecto, si bien somos más que conscientes que la organización de las Fuerzas Armadas y la conducta de sus miembros responden a patrones y criterios metodológicos muy distintos de los de otras instituciones estatales, también advertimos que es imposible que las normas reguladoras de aquella organización y comportamiento puedan carecer de sintonía o de conformidad con el resto del ordenamiento jurídico. En definitiva, se trata de un subsistema de normas jurídicas dotado de ciertas características diferentes, pero simultáneamente enlazado y encuadrado en el sistema plasmado en la ley de leyes, vale decir en la constitución. Precisamente, entendemos que éste es el espíritu que anima tanto las facultades normativas castrenses que el constituyente concedió al Congreso en virtud del artículo 75, inciso 27, de la constitución, como la jefatura militar asignada al Presidente de la Nación que se consigna en el inciso 12 del artículo 99.

Es que la misma lógica lo indica: en este sentido, recuérdese que la articulación de los medios y de los procedimientos dispuestos en defensa de la patria y de la constitución a los que se alude en el artículo 21 de la carta magna, sólo puede hacerse conforme a lo preceptuado por la misma constitución y la legislación dictada en consecuencia. En síntesis, pues, tendremos una legislación militar, especial si se quiere y con sus particularidades, pero siempre informada por los principios constitucionales y republicanos, o como lo presenta el texto más moderno en la materia de la constitución italiana de 1947, por el “espíritu democrático de la República”²⁸.

3. Admitido que la legislación militar debe cimentarse en los mismos principios básicos que el resto de la legislación nacional, y guardar por esta razón especial consideración respecto de aquellos principios que nuestra constitución proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico, como la libertad, la igualdad, el debido proceso, la garantía de la efectiva defensa en juicio, o la responsabilidad del funcionario, por no citar sino algunos, también es justo reconocer que en el ámbito de las Fuerzas Armadas y en virtud de su especial naturaleza resultan de excepcional relevancia valores específicos, como la jerarquía, la disciplina, la entrega hasta la heroicidad, la cohesión o la neutralidad política. Viene a resultar así, pues, y tal como lo ha puesto de relieve la doctrina jurídica italiana, que el hecho de que los principios democráticos presidan o inspiren el ordenamiento jurídico propio de las Fuerzas Armadas, no significa que éstas deban adoptar necesariamente en su organización y funcionamiento aquellos procedimientos, técnicas o métodos que asumidos por la comunidad como democráticos, resulten totalmente incompatibles con la esencia o con la eficacia de las Fuerzas Armadas.

En definitiva y dicho de distinta manera, respecto de lo castrense –materia que, como he sostenido en anteriores oportunidades, impregna siempre la completa actividad de toda unidad militar, aún a despecho de que las acciones aisladamente consideradas puedan parecer ajenas a la misión estrictamente castrense²⁹- constituye difícil misión del legislador encontrar un adecuado punto de equilibrio en el que, sin vulnerarse o

²⁷ José Jiménez Villarejo, *Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional*, Madrid, Coles 1991, pág. 7.

²⁸ Conforme, Pablo Casado Burbano, ob. cit., pág. 34 y sgtes.

²⁹ Cfr. Santiago Mario Sinópoli, “Algo más sobre la jurisdicción de la Justicia Provincial en una Unidad militar”; *El Derecho*, t. 113, n° 6246 (1985).

conculcarse los valores superiores de índole constitucional, se salvaguarden asimismo los valores específicos que atañen al eficiente accionar de las Fuerzas Armadas.

4. Atento a que, como queda señalado, en tanto que parte de la administración las Fuerzas Armadas son las ejecutoras de la política del estado en materia de defensa, las misiones que les sean asignadas las conforman como instituciones de peculiares características. Al respecto, bien señala Raúl Canosa Usera que es el hecho mismo de la defensa nacional el que se convierte en la “apoyatura constitucional” que explica el por qué de las indudables especialidades de la organización militar. De allí que, con afinado criterio, sostenga nuestro autor que “bastaría, por tanto, interrogarse ante cada rasgo distintivo de los ejércitos por su entronque con la defensa nacional; si sirve a ésta, no cabrán dudas de su legitimidad constitucional; por el contrario, si la defensa nacional se garantiza sin ese elemento diferencial, entonces, lo conveniente sería eliminar tal especialidad”³⁰.

De cualquier forma, y como parte de la administración, las Fuerzas Armadas deben cumplir siempre sus funciones dentro del marco de la legalidad. De este modo, existen numerosas normas jurídicas que determinan las características de su organización y los requisitos atinentes a las funciones de cada uno de sus miembros. Así, por ejemplo, en el ámbito militar la emanación y el cumplimiento de las órdenes de mando se caracteriza por limitados márgenes de actuación, con el objeto de reducir al máximo el margen a la discrecionalidad. En síntesis, la organización de las Fuerzas Armadas y la conducta de sus miembros es fruto de planteamientos y de métodos muy distintos a los de las demás entidades estatales. Empero, ello no significa que las normas reguladoras de su organización y de su comportamiento no deban tener la menor sintonía o conformidad con el resto del ordenamiento jurídico³¹. Vale decir que se trata

³⁰ Raúl Canosa Usera, “Configuración Constitucional de la Jurisdicción Militar”; en *Revista del Poder Judicial* (Madrid), 2da época, n° 34 (junio de 1994).

³¹ Sobre este punto, Fernández Segado analiza una sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 14 de marzo de 1991, en la cual se dice que “resulta incuestionable que el enjuiciamiento militar sin perder por ello sus peculiaridades, ha de verse configurado por la Constitución vigente”. Y en este sentido concluye el autor referido que si bien la singularidad de la jurisdicción militar se traduce en un conjunto de especialidades sustantivas y procesales, tal circunstancia no es óbice para que el derecho sustantivo, penal y disciplinario como también el procesal penal y disciplinario militar hayan de encontrarse en su regulación acomodados a la Constitución. Francisco Fernández Segado, *El Marco Constitucional. La Jurisdicción Militar: Su organización*

de subsistemas de normas dotados de características propias³², pero que se enlazan y se encuadran en un sistema único y armónico. De allí que se haya dicho que "nada justifica en un estado de derecho que un derecho penal militar, sustantivo y procesal, perviva al margen de la constitución e implique fuero privilegiado para los miembros de los institutos armados"³³.

Según Bidegain, la administración general se refiere a una generalidad de materias y de servicios públicos y se encuentra en contraposición con las administraciones especiales o especializadas que se limitan a un servicio público determinado, como sería el caso de las Fuerzas Armadas.

Dentro de este marco, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19549, en su artículo 1 dispone que la misma no se aplica a los organismos militares y de defensa y de seguridad, pero deberán ajustar su normativa a lo dispuesto en esta ley

5. En lo que concierne al examen de las fuentes generadores de la legislación militar podemos decir aquí que por exigencia del principio de supremacía civil³⁴ y en beneficio de la armonía que debe reinar en todo el ordenamiento jurídico estatal, en los países democráticos dicha legislación debe responder al mismo espíritu que el resto del ordenamiento jurídico. De allí que las Fuerzas Armadas carezcan de autonomía normativa, excepto en aquellos niveles subordinados de conducción de mando, en los cuales la autoridad militar cuenta con autoridad como para producir actos jurídicos conforme a lo dispuesto en las leyes de organización militar o en los decretos que el Poder Ejecutivo se sirva generar en el ejercicio de su competencia castrense exclusiva.

En definitiva, en los sistemas políticos democráticos de tipo liberal, la facultad de regular y de ordenar en lo fundamental los ejércitos se han atribuido siempre al Poder Legislativo. Buen ejemplo de ello es la facultad plasmada en el artículo 67, inciso 23, de la constitución nacional de 1853, en cuanto asigna al Congreso la misión de "*fijar la*

y competencia. La Jurisdicción Militar, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 35.

³² Respecto de la existencia de subsistemas jurídicos puede verse Raúl Canosa Usera, art. cit., pág. 65.

³³ Ver cita anterior.

³⁴ Giuseppe de Vergotini aborda el proceso que condujo al éxito de este principio en "La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas"; en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n° 6 (septiembre-diciembre de 1982).

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", disposición que a partir de la reforma de 1994 integra con parecida redacción el artículo 75, inciso 27, de nuestra actual texto constitucional. Sin embargo, es oportuno señalar ahora que dado que la promulgación de las leyes suele ir precedida de largos y complicados procesos de elaboración, en algunas de cuyas fases resulta procedente la intervención o participación del correspondiente asesoramiento técnico en la medida en que quede a salvo la libre decisión política, no se quebrantan las reglas del juego republicano por el hecho de que en la elaboración de los anteproyectos de leyes que afectan a las Fuerzas Armadas tome parte algún personal militar. De allí la legitimidad de que hombres de nuestras instituciones armadas actúen como enlaces técnicos en el Congreso de la Nación, con el objeto de efectuar aportes profesionales cuando se estén analizando normas jurídicas relativas a lo militar; y que no sea incorrecto que las mismas Comisiones de Defensa de ambas Cámaras suelen enviar a la consideración de cada una de las Fuerzas los proyectos de ley en los que se piensan abordar tópicos de naturaleza militar.

2.2. Clasificación de las leyes militares

1. *Introducción.* Tradicionalmente, la ciencia jurídica ha venido distinguiendo grupos o conjuntos de normas que, por hacer referencia a determinados aspectos o sectores de actividad o que por tener determinadas características comunes, presentan cierta unidad o coherencia. De este modo, se habla del derecho público y del privado, del internacional y del interno, o del civil y del comercial. No es fácil, empero, dar carácter unitario al inmenso conjunto de normas relacionado con las Fuerzas Armadas o con sus componentes. En esta oportunidad, y aunque reconocemos que desde un punto de vista puramente especulativo podría hablarse de un "Derecho Militar" como de una categoría comprensiva de todas las normas y los principios relativos a la actividad castrense, estimamos más adecuado a la realidad científica y didáctica hablar de especialidades derivadas de las ramas jurídicas comúnmente admitidas, vale decir de un derecho constitucional militar, de uno penal militar, de uno administrativo militar, o de uno procesal militar. Ahora bien, si puede afirmarse que la legislación militar se integra

con normas de derecho público, en cuanto regulan una organización y actividad del poder estatal y la conducta de los que en ellas intervienen, también cabe reconocer la aparente dificultad taxonómica que entraña la existencia de algunas normas de derecho privado que se refieren específicamente a los militares en virtud de la especial relación en que éstos pudieran encontrarse respecto a sus relaciones particulares, cosa que sucede, por ejemplo, con la confección de testamentos en campaña³⁵. Al respecto, opinamos que aunque las mismas estuviesen incluidas en textos legales tradicionalmente considerados como militares, éstas no tendrían en sentido propio el carácter de normas castrenses, sino más bien las de normas de derecho privado aplicables a los militares en tanto que particulares.

Dicho lo anterior, a continuación esbozaremos la clasificación que, a nuestro juicio, ameritan los distintos tipos de leyes militares, a saber:

2. *Leyes de carácter político-constitucional*. En sentido amplio, las normas políticas regulan la organización y funcionamiento del poder, es decir, los elementos básicos de la vida política. La ordenación de estos elementos suele reflejarse en un texto o textos fundamentales: la constitución, como ya lo hemos anotado, y en las leyes que la doctrina califica como constitucionales y que Bidegain denomina leyes complementarias de la ordenación constitucional³⁶.

Por lo que respecta a los ejércitos, podrían incluirse aquí, primordialmente, las normas referentes a las misiones de las Fuerzas Armadas, a las competencias de los órganos superiores en materia de defensa militar, y a las limitaciones o adecuaciones que, en el ejercicio de los derechos fundamentales, puedan imponerse a los ciudadanos - militares o no- por razón de esa misma defensa³⁷. En el derecho argentino tendrían, por tanto, esta consideración, entre otras, la ley de defensa nacional n° 23.554; la ley de ministerios n° 22.520; la ley para el personal militar n° 19.101; la ley de seguridad interior n° 24.059; la ley de bases orgánicas y funcionales para la reestructuración de las Fuerzas Armadas n° 24.948; el Código de Justicia Militar, leyes n° 14.029 y 23.049; la

³⁵ Para el caso español se ocupa de estas cuestiones Juan Antonio Navas Córdoba, *Las competencias civiles de la jurisdicción militar*, Huelva, Ministerio de Defensa, 1997.

³⁶ Carlos María Bidegain, ob. cit., t. I, pág. 102.

³⁷ Pablo Casado Burbano, ob. cit., pág. 38.

ley del servicio militar voluntario n° 24.429; y la ley del servicio militar obligatorio n° 17.531.

3. *Leyes de carácter penal, procesal y orgánico-judicial.* Sabido es que la protección del propio orden jurídico requiere que el Estado castigue con sanciones de especial trascendencia determinadas conductas, materia de la cual se ocupan las normas de índole penal. Pues bien, dado que la defensa nacional exige de todos los ciudadanos y de modo muy singular de los integrantes de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de rigurosos deberes, universalmente su falta de observancia implica la imposición de penas -en ocasiones muy severas-, aplicables por tribunales especiales mediante procedimientos más ejemplares que los ordinarios, que se justifican en virtud de los especiales objetivos a los que debe apuntar el ordenamiento penal militar y los correspondientes derechos procesal y orgánico-judicial. Es que, como bien dice Carlos Colombo, "si es exacto que las Fuerzas Armadas que no cuentan con elementos materiales suficientes, solo están dotadas de una idoneidad potencial para el cumplimiento de sus fines harto problemática, no lo es menos que las que carezcan de disciplina, carecen en absoluto de tal aptitud"³⁸. Entendido que la misión del ejército es mantener la seguridad de la Comunidad, el derecho penal militar pasa por ser un instrumento que facilita esa misión³⁹. De este modo, se protegen la jerarquía y la disciplina en cuanto coadyuvan a la defensa de la comunidad en una situación de excepción, que puede encontrarse constituida por una guerra o por una situación de peligro inminente para el orden constitucional.

En este orden de cosas, numerosas son las expresiones del derecho comparado que abonan este criterio. Así, y por no citar aquí sino un ejemplo, cabe recordar que la constitución española refleja la necesidad de la especialidad penal militar cuando, al abolir la pena de muerte, excluye de tal supresión lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra (artículo 15), o cuando al proclamar la unidad

³⁸ Carlos J. Colombo, *El Derecho Penal Militar y la Disciplina*, Buenos Aires, Librería Jurídica Valerio Abeledo Editor, 1953, pág. 9.

³⁹ En este sentido, Rodolfo Venditti afirma en *Il Diritto Penale Militare nel sistema penal Italiano*, Milán, Giuffrè Editore, Milán, 1985, pág. 5: "Hay una intrínseca instrumentalidad de la institución militar respecto de la institución estatal, que se muestra obviamente en la legislación penal militar, evidenciando su complementariedad respecto de la legislación penal común e insertándola en el cuadro general de la legislación estatal. No es un fin en sí mismo sino un medio para mantener la eficacia del Ejército como una organización de combate".

jurisdiccional establece que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio (artículo 117.5). De análoga manera, el código de justicia militar vigente en nuestro país contiene normas que a diferencia del derecho penal prevén como pena máxima la de muerte, tanto en la paz como en la guerra.

Ahora bien, el punto que nos interesa determinar ahora es si las especiales características que conforman la coerción penal militar lo convierten en un derecho independiente o si se trata de una parte de la coerción penal ordinaria o, dicho de otro modo, de un derecho penal especial. Al respecto, existe un amplio consenso en la doctrina tendiente a calificar al derecho penal militar como un derecho penal especial. Así, Ruperto Núñez Barbero considera que no puede considerarse al derecho penal militar “como una disciplina plenamente autónoma, sino más bien como un complemento del derecho penal común”⁴⁰, en tanto que otros autores observan que “la *ratio essendi* del derecho penal militar ordinario es la necesidad de erigir y sostener un cuerpo técnico, que en tiempo de paz tiene carácter preventivo, frente a la amenaza de una situación de necesidad enorme -la guerra- y en tiempo de guerra asume carácter defensivo frente a la actualización de esa necesidad”⁴¹. Aceptar lo contrario, implicaría afirmar la existencia de tantos derechos penales como bienes jurídicos pudiesen reconocerse. A partir de lo dicho surge, pues, que las orientaciones que informan el derecho penal común rigen igualmente sobre el derecho penal militar, vale decir tanto respecto de los principios constitucionales, a los cuales ninguna rama del ordenamiento jurídico puede sustraerse, como de los principios establecidos en la propia ley penal, que actúa con carácter supletorio. De allí que pensemos que, no obstante la especialidad legislativa con la que cuentan en la Argentina, el hecho de que los delitos militares se

⁴⁰ Ruperto Núñez Barbero, “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”; en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Madrid), 1971. En este mismo sentido, José María Rodríguez Devesa entiende que el derecho penal militar no es ni puede ser «lex privata» de los militares; cfr. su *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 1991, pág. 1283. Por su parte, Francisco Jiménez y Jiménez expresa que “las leyes penales militares están limitadas en su ámbito por la ley penal común, respecto de la cual la ley penal militar es una ley penal especial que, aunque perviva extramuros de aquella, no puede abandonar los caracteres esenciales de toda norma punitiva, ni interpretarse sin una constante referencia a la ley penal ordinaria”; *Introducción al Derecho Penal Militar*, Madrid, Civitas, 1989, pág. 23.

⁴¹ Eugenio Raúl Zaffaroni y Cavallero, *Derecho penal militar. Lineamientos de la parte general*, Buenos Aires, Ariel, 1980, pág. 47.

encuentren fuera del código penal ordinario resulta, en cierto modo, accidental, y técnicamente no habría inconveniente alguno en que se incluyesen dentro del mismo, como sucede en los códigos penales de Austria y de Suiza⁴². De manera concordante, en los derechos militares alemán y español la tónica es aplicar la parte general del derecho penal común. Por otra parte, este carácter unitario de la normativa represiva se refleja también en la legislación francesa, en la cual el código de justicia militar remite a la aplicación del código penal ordinario en lo relativo a la parte general. Asimismo, en lo atinente al derecho militar belga, Gastón Ringoet señala que las disposiciones de derecho penal general contenidas en el libro primero del código penal ordinario constituyen un conjunto de principios jurídicos que son susceptibles de aplicarse a todas las infracciones castrenses⁴³. Pero esto no es todo, ya que incluso en sistemas jurídicos que admiten la doble regulación, como el italiano o el suizo, lo penal militar no integra un ordenamiento penal distinto en la medida en que existe una absoluta congruencia entre éste y el derecho penal común⁴⁴.

Atento a lo expuesto hasta aquí, puede colegirse que nuestro país no ha realizado una modernización de la materia penal castrense tal como la que se ha efectuado en países como España. En efecto, si bien la reforma del código de justicia militar que introdujo la ley 23.049 modificó su arquitectura fundamentalmente en lo que atañe a la competencia militar, excluyendo para tiempo de paz el conocimiento de los delitos comunes y estableciendo el control del poder judicial sobre la jurisdicción militar mediante el recurso de casación previsto en el nuevo artículo 445 bis, nada se hizo con respecto a la modernización de los tipos penales militares ni mucho menos en lo

⁴² Ruperto Núñez Barbero, ob. cit., pág. 723.

⁴³ Esos principios jurídicos conciernen a la tentativa, el concurso, la participación, las causas de justificación las causas de exculpación, las circunstancias atenuantes y la prescripción. Así el artículo 58 del código penal militar establece que "las disposiciones del primer libro del Código Penal ordinario, que no se opongan a las de la presente ley, serán aplicadas a las infracciones militares". Henry Bosly y Gastón Ringoet, "Les Delits Militaires. Incriminations", en *Cuarto Congreso de Derecho Internacional*, Madrid, (1967-1969), pág. 207.

⁴⁴ Respecto del derecho suizo –en el que sólo cabe advertir diferencias formales y en la determinación de la pena entre los ordenamientos civil y castrense-, Hernández Orozco alude a la "íntima relación de ambos cuerpos legales, común y militar y su asimilación en cuanto a los principios inspiradores hacen que muchas de las críticas favorables que del primero se han hecho sean perfectamente aplicables al segundo". Joaquín Hernández Orozco, "Notas sobre el Derecho Penal Militar Suizo"; en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 18 (1964), pág. 80.

atinente a una profunda integración de lo represivo castrense con lo penal ordinario. En síntesis, hoy por hoy la actualización del código de justicia militar constituye una de las asignaturas pendientes del derecho nacional⁴⁵.

4. *Leyes de carácter administrativo y disciplinario.* Dado que la actividad estatal en cumplimiento del interés general y que el conjunto de los órganos que la llevan a cabo reciben el nombre de Administración, el sector de esta última encargado en particular de la defensa militar recibe la designación de Administración Militar. De este modo e integrando esta última, cabe incluir tanto a las Fuerzas Armadas en sentido estricto, como a toda esa infraestructura de medios materiales y personales que les sirven de apoyo, y que, generalmente, se engloban en la órbita del Ministerio de Defensa y las Jefaturas de Estado Mayor⁴⁶. Viene a resultar así que aunque la administración del estado cuente con personalidad jurídica única, al menos conceptualmente es posible distinguir entre una administración, que llamamos civil, y otra que calificamos de “militar” en la medida en que ésta presenta unas características peculiares que requieren de un tratamiento legal distinto. Dejando el campo doctrinario, empero, el panorama no es muy claro. En efecto, nuestro derecho positivo recepta ambos criterios. De este modo, si la unidad es la que impera en la ley de administración financiera n° 24.156, norma en la cual no se distingue lo militar dentro de la administración centralizada, la especialidad castrense aparece con nitidez en la ley de procedimientos administrativos n° 19.549, cuando en su artículo 1° se excluye de su aplicación a los organismos militares. Por otra parte, en lo atinente al derecho comparado, podemos decir aquí que la constitución española se hace eco de la distinción no sólo al hablar de una administración civil como distinta de la militar (artículo 97), sino también al establecer que en el ámbito de la primera, y a diferencia de lo que sucede con la militar, no se podrán imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad (artículo 25.3), ni se admitirá la existencia de tribunales de honor (artículo 26).

⁴⁵ Creo oportuno aclarar aquí que hace más de una década, con motivo de la celebración del seminario titulado “La Justicia Militar en el marco de la modernización de las Fuerzas Armadas y de Seguridad” –organizado por el Honorable Senado de la Nación, realizado en Buenos Aires entre agosto y septiembre de 1991, y cuyas conclusiones fueron editadas por la Dirección de Publicaciones de la Secretaría Parlamentaria del referido cuerpo–, ya me manifesté en favor de realizar una profunda reforma del código de justicia militar.

⁴⁶ A artículos 9 a 19 de la ley de defensa nacional n° 23.554.

Ahora bien, en cuanto a las Fuerzas Armadas argentinas, es dable aclarar que el régimen jurídico administrativo aplicable no es idéntico en cada una de ellas en la medida en que cuentan con reglamentos jurisdiccionales propios. No obstante, entendemos que los principios que informan a los mismos son sustancialmente análogos. En particular, y en lo atinente al caso específico de la fuerza Ejército, podemos destacar que existe un reglamento que se denomina de "Servicio Interno", que fuera dictado en el año 1967⁴⁷. Este cuerpo normativo -que ha sido objeto de distintos ajustes que no alteraron su espíritu-, establece conceptos fundamentales y disposiciones y reglas generales que rigen el desempeño del personal del Ejército, con relación a los reclamos que éstos pudieren realizar respecto de aquellas decisiones de la superioridad castrense que consideren afectan sus derechos. De este modo, por ejemplo, en dicho reglamento su artículo 11.002 establece que, mediante lo que se conoce como *reclamo*, el personal del Ejército podrá solicitar que se deje sin efecto un procedimiento o decisión que lo perjudique, o que se le acuerde lo que legítimamente le corresponde, cuando considerare que el decreto, resolución o disposición de carácter militar que se le aplica, es ilegal o injusto, o que es acreedor a que se le declare comprendido en un derecho o beneficio establecido por una prescripción legal o reglamentaria. Así las cosas, el objeto del reclamo articulado en los términos previstos en el reglamento comentado es específico, y tiene por fin que se deje sin efecto un procedimiento o decisión que perjudique a quien lo interpone, o que se le acuerde lo que legítimamente le corresponde. Al respecto, oportuno es señalar que la experiencia indica que, en su gran mayoría, los reclamos son articulados por el personal militar contra actos administrativos que -a su juicio-, le causen perjuicio económico y/o profesional. Vale decir que en algunas situaciones, mediante el reclamo, el ocurrente perseguirá impugnar un acto -por adolecer de un vicio que lo torne irregular-, y en otras simplemente que se le conceda un beneficio que le corresponde, por ejemplo una compensación en los haberes que la administración omitió liquidarle oportunamente, etc. Concluida esta descripción del reclamo administrativo que contiene el reglamento del servicio interno del Ejército, creemos que queda más o menos claro que la administración militar cuenta con particularidades que responden a las exigencias propias del estado militar de quienes integran las filas de la Fuerza.

⁴⁷ RV – 200 – Servicio Interno, Buenos Aires, Instituto Geográfico Militar, 1991.

Amén de lo dicho hasta aquí, digamos ahora que integrando las normas administrativas y como un conjunto muy caracterizado, se pueden distinguir aquellas reglas disciplinarias que, al margen de fijar la posición y relaciones entre los miembros de las corporaciones públicas, prevén la imposición de sanciones a quienes infrinjan los deberes que les incumben en tanto que tales miembros, siempre y cuando las aludidas infracciones no caigan dentro de la esfera de lo penal. En este orden de cosas, debe tenerse presente que en nuestro país, a diferencia de otras naciones -como España, en donde el régimen disciplinario castrense ha sido materia contemplada en el respectivo código de justicia militar-, cada una de las Fuerzas Armadas posee un régimen disciplinario particular previsto en normativas específicas. De este modo, una vez más y siempre con la pretensión de ilustrar sobre las peculiaridades del sistema disciplinario militar, voy a tomar como ejemplo el régimen recursivo respecto de las sanciones disciplinarias aplicable en el ámbito del Ejército, el que se encuentra previsto en los números 130 a 135 de la Reglamentación de Justicia Militar⁴⁸. En este sentido, cabe conceptualizar el *recurso* del ámbito administrativo disciplinario militar como el acto interpuesto por el afectado contra un castigo impuesto que se considera excesivo en relación con la falta cometida, o resultado de un error, y contra procedimientos del superior hacia su persona -en el servicio o fuera de él-, que lo afectan en su condición de subalterno.

Ahora bien, creemos que tanto este recurso como todo lo atinente a la materia disciplinaria no han sido *republicanizados* -si se me admite la expresión- lo suficiente. De este modo, debe tenerse en cuenta que el militar sancionado sólo tiene derecho a su defensa con posterioridad a la imposición del castigo, y carece de la posibilidad de contar con una asistencia letrada que si se admite en otros ámbitos de la administración pública. Además, y por si esto fuera poco, el articulado del código de justicia militar vigente incluye, entremezclado, disposiciones disciplinarias, penales y procesales. Va de suyo, pues, que razones de técnica legislativa y exigencias de adecuación a los tiempos imponen un rápido cambio en la materia.

Con relación a la necesidad de modernización de la denominada justicia militar, la Cámara Federal de Mar del Plata, al tramitar un habeas corpus a favor de un integrante de la Armada Argentina sancionado disciplinariamente, mediante fallo del 26/09/02 advirtió que la reglamentación de justicia militar de dicha Fuerza, (artículo

⁴⁸ Cfr. *Boletín Jurídico Militar*, n° 13 (1966).

268 decreto 8785/67), al posibilitar un castigo sin derecho a defensa previo, vulnera el artículo 18 de la Constitución Nacional. Por tal motivo declaró inconstitucional aquella norma; y requirió al poder ejecutivo nacional que adecue los regímenes normativos militares a nuestra ley suprema y tratados internacionales que la integran.

5. *Leyes de emergencia: los bandos militares.* Como típico medio de defensa de los ordenamientos constitucionales, éstos suelen contener provisiones especiales para aquellos supuestos en que circunstancias extraordinarias hacen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante la aplicación de los poderes ordinarios de las autoridades competentes. De este modo, entre estas medidas extraordinarias figuran la suspensión de determinadas garantías ciudadanas, la privación o limitación en el ejercicio de algunos derechos cívicos fundamentales, y la transferencia de facultades o competencias de unas autoridades a otras. Asimismo, y dado que la gravedad de estas situaciones puede presentar diversas manifestaciones, las medidas extraordinarias a adoptar pueden revestir distinto alcance.

Al respecto, por ejemplo, la constitución española establece que una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes (artículo 116.1). Por otra parte, también se establece que será el Gobierno quien "asumirá todas las facultades extraordinarias" y quien "designará la autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera" (artículo 33 de la ley orgánica española de los estados de alarma, excepción y sitio). Completan estas disposiciones las contenidas en el código de justicia militar en cuanto adjudican a la jurisdicción militar el conocimiento de los procedimientos que se instruyan contra cualquier persona "por los hechos que se definan o castiguen especialmente como delitos militares en los bandos que dicten las autoridades o jefes militares, con arreglo a sus facultades, declarado que haya sido el estado de sitio" (artículo 6.8 del cuerpo normativo citado). Por su parte, el código penal militar de la madre patria recoge como delito autónomo la desobediencia a los bandos militares en tiempo de guerra o de estado de sitio, previendo penas para quienes se nieguen a obedecer o no cumplan las prescripciones u ordenes contenidas en los mismos, siempre que tales hechos, por sí solos, no constituyan delitos más graves (artículo 63).

En cuanto a la Argentina, nuestra constitución prevé, en su artículo 23, la situación del estado de sitio, estableciendo que en caso de conmoción interior o de

ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de la constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales, aunque durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas, limitándose sus atribuciones respecto de las personas a arrestarlas o a trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino. Por su parte, en lo atinente a las facultades del Poder Legislativo, se establece en su artículo 61 que "corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior". Además, en el artículo 75, inciso 29, se dispone que corresponde al Congreso "declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo". Asimismo, en cuanto a las atribuciones conferidas a este último poder, la constitución nacional prevé en su artículo 99, inciso 16, que el presidente de la nación está facultado para "declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23". Con esto, nuestro texto constitucional no hace mas que reeceptar lo que históricamente fue una medida de emergencia militar, que encuentra su origen en la ley francesa del 8 de julio de 1791, y que luego evolucionó y se convirtió en una institución de carácter político y excepcional para proteger el orden constitucional gravemente alterado⁴⁹. Respecto de esta institución podemos decir ahora que no obstante haber sido oportunamente sometida al control de la autoridad civil, la misma se encuentra indisolublemente ligada a lo militar. En efecto, ello es así desde el momento en que el estado de sitio conlleva una grave inestabilidad institucional que casi siempre implica el uso de las Fuerzas Armadas en el orden interno. Claro que este empleo debe ser siempre razonable y respetuoso de los límites establecidos en su oportunidad por el legislador⁵⁰.

⁴⁹ Adolfo G. Ziulu, *Estado de Sitio: ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 1.

⁵⁰ En cuanto a lo dicho, véanse los artículos 31, 32 y concordantes de la ley n° 24.059.

Por otra parte, vinculado con las facultades descriptas precedentemente cabe que nos refiramos aquí a las potestades que el código de justicia castrense otorga en muy especiales circunstancias a ciertas autoridades militares para el dictado de normas destinadas a coadyuvar al éxito y seguridad de las operaciones. Esto es lo que se conoce con el nombre de bandos militares⁵¹.

En rigor de verdad, los bandos implican, en las zonas de operaciones militares, el traslado del poder legislativo a la máxima autoridad militar del teatro de operaciones, con lo que vendrían a ser como una suerte de “legislación delegada” excepcionalísima destinada a garantizar el éxito de la misión militar. Al respecto aclaremos que si antes nuestra legislación los admitía en los casos de conmoción interna, a partir de la reforma del código de justicia militar introducida por la ley n° 23.049, sólo son admisibles en tiempos de guerra.

Entrando más en detalle, digamos ahora que los artículos 131 y siguientes del código de justicia militar regulan lo relativo a los bandos, definiéndolos como aquellas normas destinadas a proveer a la seguridad de las tropas y de los materiales, al mejor éxito de las operaciones y a establecer la policía en las zonas de operaciones y de guerra. Estos bandos son promulgados por los gobernadores militares y por los comandantes superiores destacados en las zonas de operaciones y de guerra, y por los comandantes de destacamentos, cuerpos o unidades del ejército, de la marina y de la aeronáutica, cuando actúen independientemente o se hallen incomunicados. Además, el cuerpo normativo que nos ocupa dispone que los bandos obligan con fuerza de ley a todas las personas que se encuentren en las zonas fijadas por los mismos, sin excepción de nacionalidad, clases, estado, condición o sexo, rigiendo desde la fecha que se establezca en los mismos, o, en su defecto, desde su publicación. La legislación castrense también prevé que cuando los bandos impongan la pena de muerte con el fin de reprimir saqueos, violaciones, incendios u otros estragos, se podrá hacer uso de las armas en el caso de que el culpable sea sorprendido *in fraganti*, y no se entregue a la primera intimación o haga armas contra la autoridad. En cuanto al procedimiento para su aplicación, se establece que el mismo será verbal, dejándose constancia en actas. Sin

⁵¹ En cuanto a todo este tema, todavía resulta de interés el valioso estudio de Oscar R. Sacheri titulado “El gobierno militar de las zonas de operaciones”. El mismo fue publicado en el *Boletín Jurídico Militar*, n° 4 (1954), pág. 199 y sigs.

perjuicio de ello la propia norma establece que tal procedimiento sumárisimo debe resguardar el derecho de defensa razonablemente ejercido por el procesado.

6. *Leyes de carácter internacional: los usos y las costumbres de la guerra.* Si bien se ha discutido mucho en torno al carácter obligatorio de las normas internacionales, entendidas como aquellas que regulan las relaciones entre los estados, o entre éstos y los organismos internacionales, como resultado de que al no existir un poder o gobierno mundial, difícilmente éstas puedan hacerse cumplir contra la voluntad de sus destinatarios, también es cierto que su trasgresión lleva, o puede llevar aparejadas, muy distintas sanciones o condenas, de las cuales no es la más pequeña el descrédito y la repulsa de la conciencia y la opinión universales. Asimismo, en la actualidad se puede hablar de la existencia de tribunales penales de carácter internacional. En cuanto a su origen, estas normas proceden de tratados bilaterales o multilaterales, cuyo contenido se incorpora al derecho interno, cláusulas a las que nuestra constitución atribuye, en su artículo 75, inciso 22, jerarquía superior a la de las leyes. Ahora bien, de modo muy directo éstas pueden afectar a las Fuerzas Armadas, sobre todo cuando proceden de tratados o convenios de carácter militar. Al respecto, las mismas pueden incidir en el ejercicio de los derechos fundamentales en cuanto impongan limitaciones o condicionamientos por razón de la defensa militar, o sobre los modos de hacer la guerra, asunto tradicionalmente abordado por el derecho humanitario bélico, también conocido como *ius in bello*. En cuanto a lo dicho en último término, todas estas normas y costumbres tienden a mitigar los horrores de la guerra, tratando de eliminar los sufrimientos innecesarios. Precedido por importantes documentos, empero su desarrollo se consolidó una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, a partir de conferencias internacionales como las celebradas en Ginebra en 1949, y en La Haya en 1954, y más adelante con la suscripción de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Convenio sobre ciertas Armas Convencionales en 1977 y 1980, respectivamente⁵².

En lo atinente a la legislación argentina, si bien creemos que el tema amerita una profunda actualización, también podemos decir que nuestro ordenamiento penal militar recepta los principios generales del derecho internacional humanitario en los artículos 746 y concordantes del código de justicia militar, y que numerosos reglamentos internos

⁵² Frédéric De Mulenen, *Manual sobre el Derecho de la Guerra para las Fuerzas Armadas*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1991, pág. XVII.

de las Fuerzas Armadas se han hecho eco de sus principios. Por otra parte, aclaremos que la recepción del derecho internacional ha sido mucho mayor en el derecho comparado. De este modo, cabe citar como ejemplo lo dispuesto en las reales ordenanzas para la fuerzas armadas españolas, en cuanto establece en su artículo 170 que “todo militar estará obligado a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza teniendo siempre presente el respeto que merece la vida humana y los preceptos del derecho bélico y humanitario que sean de aplicación”. Asimismo, el código penal militar de la madre patria castiga, en el título que dedica a los “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, aquellas conductas que sean contrarias al respeto y a la protección debida a los vencidos, los rendidos, los prisioneros, los náufragos, los heridos, los muertos, la población civil, y los bienes culturales, así como al empleo de medios de combate ilícitos, como el abuso de emblemas o de banderas, o la comisión de actos hostiles contra establecimientos o personal protegidos.

2.3. La posible colisión entre la legislación militar y el orden constitucional.

El caso de la obediencia militar

1. Si desde un punto de vista general y teórico no resulta difícil afirmar que las leyes militares han de formar parte de un conjunto superior, como es el del ordenamiento jurídico general de los estados, en cuyos principios se hallan inspiradas y en el que se integran de modo coherente y armónico, en la práctica, sin embargo, pueden surgir situaciones concretas en las que un mandato dado al amparo de una norma militar parezca colisionar con aquellos principios o con otra norma de ese mismo ordenamiento. En este orden de cosas, un tópico que ha suscitado particular preocupación ha sido el de las características de la obediencia militar. En efecto, siendo tradicional admitir en las Fuerzas Armadas el imperio de una rigurosa disciplina que garantice el pronto y exacto cumplimiento por los inferiores de las órdenes de sus superiores, en relación con el servicio, también ha sido habitual admitir la exención del subordinado por las consecuencias del cumplimiento de un mandato con independencia de su contenido, vale decir de su legalidad o ilegalidad. Al respecto, ya en los comienzos de los primeros regímenes políticos liberales se tomó conciencia de la

posible colisión que podía surgir entre la voluntad de la ley y la del superior militar, traducida en una orden concreta a cumplir por el inferior. ¿Cómo conciliar, pues, el mantenimiento de la disciplina con el principio de supremacía de la ley? La solución no se presentaba fácil. De este modo, ya desde 1689 en el derecho inglés quedó bien sentado que las normas reguladoras del ejército no podrían interpretarse, en ningún caso, en el sentido de que los oficiales o soldados quedaban exceptuados de la aplicación de la ley ordinaria. Dicho de otro modo, que sus derechos y deberes como militares no los eximían, en ninguna ocasión, de las obligaciones que, como ciudadanos, tenían, razón por la cual las órdenes de los superiores no podían ser invocadas como excusa ante una acusación de delito, y, en un caso extremo, el soldado debía optar por obedecer la ley del país, aún a riesgo de desobedecer a sus superiores. Lógicamente, llevar este sometimiento a dos leyes y jurisdicciones hasta sus últimos extremos podría haber acarreado notorias injusticias; de allí que la propia jurisprudencia inglesa admitiese que el soldado pudiese eludir las responsabilidades surgidas del cumplimiento de las órdenes de sus jefes salvo en aquellos casos en los que toda persona, en su sano juicio, habría reconocido que lo que se le ordenaba tenía carácter delictivo. No cabe duda de que estos esfuerzos por superar el principio hasta entonces vigente de obediencia ciega llevaban consigo la necesidad, por parte del militar, de analizar el contenido de lo ordenado por sus superiores, lo que, a su vez, suponía un cierto proceso de deliberación, que podía ir en detrimento de una pronta obediencia y de una eficaz disciplina.

Desde un punto de vista distinto, aunque en esta misma línea, los franceses de la revolución temieron que la posibilidad de análisis o enjuiciamiento de las ordenes de los superiores militares pusiera en peligro el principio de supremacía civil, puesto que en el seno de los ejércitos podía nacer y crecer una voluntad distinta de la general, que representaba la ley; de ahí la formulación de aquel axioma, expresado en las constituciones de Francia y de otros países que las imitaron, de que el ejército era esencialmente obediente y no podía deliberar.

Por su parte, en España las ordenanzas de Carlos III, en 1768, siguiendo la tradición al uso, castigaban con severas penas los delitos de “inobediencia”, si bien para incurrir en los mismos era necesario que lo ordenado se refiriese al servicio y que proviniese de superiores propios. Al advenimiento del primer régimen liberal en ese país, surgió la cuestión en los debates que precedieron a la constitución de 1812 cuando

se trató de configurar una nueva fuerza armada que no estuviese integrada por ejércitos mercenarios, sino por ciudadanos que difícilmente podrían atentar contra las leyes promulgadas y queridas por ellos mismos. Sin embargo no fue sino hasta que se dictó la primera ley constitutiva del ejército, en 1821, que se abordó de modo expreso el tema, aceptándose como criterio general el de la obediencia, pero admitiendo la desobediencia en casos concretos y muy determinados, precisamente para defender los elementos básicos del nuevo orden político liberal. Así, los artículos 7 y 8 del referido instrumento normativo establecieron que ningún militar sería obligado a obedecer al superior que abusase de la fuerza armada en los casos siguientes: “para ofender la persona sagrada del Rey”; “para impedir la libre elección de Diputados de Cortes”; “para suspender o disolver las Cortes o la Diputación permanente de las mismas” o “para embarazar de cualquier manera las sesiones o deliberaciones de las Cortes o de su Diputación permanente”. De esta manera, los primeros Códigos Penales del Ejército y de la Marina españoles de finales del siglo XIX recogieron, al igual que los Códigos Penales comunes, la circunstancia eximente de responsabilidad criminal a aplicar a aquellos que obrasen “en virtud de obediencia debida”. La jurisprudencia y la doctrina entendieron que no era “debida” la obediencia cuando lo ordenado no cayera dentro de las atribuciones del superior, no tuviese relación con el servicio, fuese notoriamente ilícito o constituyese delito o falta.

En cuanto al tratamiento de la cuestión en el ámbito argentino, merece traerse a colación la fundada opinión de Raúl Alberto Ramayo⁵³, autor que caracteriza la obediencia debida por la presencia de un inferior jerárquico a quien la ley le impone la obligación de acatar y cumplir las órdenes de los superiores jerárquicos a los cuales la misma ley los subordina (vínculo de subordinación); de una orden no sólo dictada por superiores jerárquicos dentro de los límites fijados por la ley a su capacidad de mandar (competencia), sino además comprendida entre aquellas acciones que la ley obliga al inferior jerárquico a obedecer y exteriorizada en debida forma; y de la posibilidad de imponer sanciones (a veces de naturaleza penal para los casos de extralimitación del que manda y de desobediencia del subordinado).

Al tratar esta materia, Ramayo es claro a la hora de señalar que no existen diferencias esenciales entre la desobediencia cometida en el ámbito civil y en el militar,

⁵³ Raúl Alberto Ramayo, “La obediencia debida en el Código de Justicia Militar”; en *Boletín Jurídico Militar*, n° 14 (1967), pág. 9 y sigs.

con lo cual descarta de plano cualquier intento dirigido a admitir la “obediencia ciega” en materia castrense. Empero, nuestro autor no deja de reconocer que la potestad militar de mandar y la obligación de obedecer, “abarcan zonas notoriamente más amplias que las que se dan en el campo civil”, y que, dada la especial naturaleza de las Fuerzas Armadas, las consecuencias de una desobediencia castrense son mayores que las que pueden darse en el mundo civil. Otra característica de este instituto es que para considerar configurada la exención en función de obediencia debida, no basta la simple existencia de un vínculo de subalternidad. En efecto, es esencial que se produzca un orden que el superior tenga derecho a impartir y que el inferior tenga la obligación de cumplimentar. Atento lo referido, no está de más distinguir la mera relación de subalternidad de la de subordinación. En efecto, mientras que la primera presupone la existencia de una estructura jerárquica en la que el subalterno ocupa un escalón inferior respecto del superior, la segunda consiste en la existencia de un vínculo directo entre subordinado y superior en razón del cargo o función que ambos ostentan, sin la interferencia de instancias intermedias.

Asimismo, deviene imperioso a esta altura de nuestro análisis abordar algunas consideraciones en torno a la obediencia ciega y a la facultad de los inferiores para revisar o no las órdenes de sus superiores, asuntos en los cuales procede que nuevamente recurramos a Ramayo, quien nos explica que el subordinado está facultado para examinar la legitimidad “de la orden que le imparte el superior en sus dos aspectos, formal y material, siendo entonces lícita su negativa a cumplirla si la orden no es impartida por las vías y con las formalidades legalmente previstas, o su contenido es ajeno a la competencia del que manda o al recinto de los deberes jurídicos del inferior jerárquico”. Desde luego, ello no significa, empero, que el estrecho “derecho de inspección” del subordinado pueda extenderse más allá, hasta el punto de abarcar la bondad intrínseca de la orden adjudicada. Claro ha sido a este respecto nuestro Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas al establecer que la potestad de mando y el deber de obedecer no han sido atribuidos en nuestro derecho de manera discrecional. En efecto, según nuestro máximo tribunal castrense la facultad de mandar no se concede a la voluntad omnímoda del jefe ni en obsequio a su persona, sino en bien del servicio, y correlativamente, ni es posible obedecer adecuadamente fuera de la órbita del derecho y del deber militar, que se concibe como la única forma de que ambos elementos, poder de

mando y obediencia, “puedan armónicamente complementarse sin lesionar el interés público y social, fin superior de todo servicio público”⁵⁴.

En concordancia con lo que venimos diciendo, el artículo 514 del código de justicia militar establece, en el capítulo relacionado con la complicidad, que “cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, solo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”. Sin perjuicio de la crítica que merece la ubicación de este precepto en el código, por cuanto hubiera sido más feliz su inclusión en el capítulo siguiente, en el que se trata de los atenuantes, de los agravantes y de los eximentes de responsabilidad en los delitos militares, lo que aquí sí procede es efectuar una crítica a su redacción, en razón de que su lectura podría dar lugar a interpretar que sería posible que una conducta delictiva emanase del cumplimiento de una orden del servicio, cosa que, en rigor de verdad, no resulta aceptable. De este modo, la interpretación más adecuada que la lectura del artículo 514 del código de justicia militar nos impone es que la orden del servicio a que el mismo se refiere no lo es en sentido estricto, pues no resulta en definitiva una orden legítima, sin perjuicio de que, en la interpretación del inferior llamado a cumplirla, así aparezca. Asimismo, cabe destacar el hecho de que si todo subordinado tiene el derecho y la obligación de rehusarse a cumplir una orden ilegal, aún en mayor medida debe negarse a acatar una orden cuyo cumplimiento genera un delito. Al respecto, siguiendo nuevamente a Ramayo, es dable consignar que “hay órdenes que por sí mismas se denuncian como delictivas, pero no es menos cierto que hay muchas más que para el subordinado pueda saber que lo son, precisaría estar al tanto de ciertas circunstancias cuyo conocimiento no le es accesible”; de allí que sólo sea “el subordinado que sabe, a ciencia cierta, que la orden que se le imparte es delictiva” el que no pueda recurrir a la figura de la obediencia debida para excusarse por su responsabilidad penal.

2. Concluimos diciendo que el tema de la obediencia debida es complejo, pero que no por ello debe dejar de estar inspirado en los principios que la constitución impone. En este sentido consideramos que no es propio de una república que la obediencia castrense sea ciega, ni que quien cumpla con una función pública como la

⁵⁴ Cfr. *Boletín Jurídico Militar*, n° 1 (1953), pág. 77.

militar pierda su individualidad para convertirse en un autómatas. Por el contrario, lo que corresponde a un sistema democrático es que las órdenes militares respondan a razones del servicio y no a voluntades individuales, criterio que si debe tenerse en cuenta en toda la administración pública, resulta particularmente relevante en materia militar, en tanto que las Fuerzas Armadas controlan el mayor poder de coerción estatal. De allí que nos inclinemos entusiastamente en pro de una profunda modernización del concepto de obediencia debida en nuestro derecho positivo y de la consiguiente reforma del código de justicia militar.

Respecto a lo expresado corresponde a modo de cierre del tema, comentar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha manifestado en forma contundente y clara con relación a la materia obediencia debida. En honor a la brevedad citaré los siguientes sumarios de fallos:

“La obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente. Como la función de la Corte Suprema es aplicar la constitución la hermenéutica que realice de las normas de derecho militar no podrá ser ajena a los principios republicanos y democráticos; ni a la tradición jurídica milenaria que también en esta materia, postula ante todo, el reconocimiento en el subordinado de su calidad de ser razonable, y por ello le exige que así se comporte, no excusándolo con pretextos que denigran la calidad de ciudadanos que necesariamente poseen en una República quienes deben dedicarse a la honrosa profesión de las armas (del voto de los Dres. Petracchi y Bacque)” (CS, junio 22 1987).

“La obediencia debida a las órdenes está condicionada a que éstas sean dadas en un acto de servicio entendido de acuerdo con lo prescripto en el artículo 878 del código de justicia militar, que exige que se vinculen a las funciones específicas que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (del voto del Dr. Fayt)” (CS, junio 22 1987).

Capítulo 3

La dirección política de las Fuerzas Armadas y el mando militar

3.1. La Defensa y las Fuerzas Armadas como competencia exclusiva del estado

1. Una de las características de los regímenes políticos democráticos es la de que, en ellos, el estado es el único titular del poder de organización militar. En este sentido ni las personas, ni los grupos o entidades, ni las asociaciones o partidos políticos pueden tener Fuerzas Armadas propias. Este monopolio estatal del máximo poder de coerción, representado por la posibilidad de disponer de las Fuerzas Armadas, tiene su fundamento en la propia concepción democrática de la soberanía nacional. Ciertamente, sólo se es soberano en la medida en que se es capaz de auto defenderse, y por lo tanto, si en el pueblo reside esta soberanía, sólo a él le corresponde a través de la organización política que ha querido darse, el ejercicio libre de aquel máximo poder, sin las intimidaciones o interferencias que pudieran provenir de otras organizaciones armadas.

Aunque, desde una perspectiva funcional, existan diversos órganos estatales a los que se les atribuyen distintas parcelas de competencia en materia de defensa y militar, por razones obvias de estabilidad política interna y de eficiencia operativa, las Fuerzas Armadas obedecen a una única dirección política. Históricamente, sin embargo, en los comienzos de los regímenes liberales, fue frecuente la existencia de diferentes Fuerzas Armadas –tal como quedará explicado en detalle más adelante-, vinculadas y dependientes de distintos órganos constitucionales. Tales eran los casos de las milicias parlamentarias de Inglaterra o de las milicias nacionales españolas de principios del siglo XIX, que constituían contingentes de tropas a disposición del poder legislativo para neutralizar las posibles extralimitaciones del Poder Ejecutivo, entonces en manos del monarca. Viene a resultar así que el monopolio estatal de las Fuerzas Armadas es algo que se observa en el constitucionalismo contemporáneo. De este modo, por

ejemplo, mientras que la constitución italiana de 1947 declara, en su artículo 18, que están prohibidas todas aquellas asociaciones “que persigan, aunque sea indirectamente, finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar”, la española, siguiendo una pauta análoga, establece, en el apartado 5 del artículo 22, la prohibición de las asociaciones de carácter paramilitar. En cuanto a nuestro texto constitucional, la idea que nos ocupa se encuentra plasmada en el artículo 22, cuando se dispone que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” y que “toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición”.

2. No terminan aquí, sin embargo, las cuestiones que plantea la atribución de las competencias referentes a la defensa militar del Estado, ya que éste distribuye el ejercicio de sus poderes, tanto desde el punto de vista funcional, como desde el punto de vista territorial, entre múltiples instituciones, entidades y órganos.

De este modo, en lo relativo a la organización territorial de un estado como el nuestro, vale decir de estructura federal, cabe consignar que las competencias relativas a la defensa del estado en general, y a la defensa militar en particular, se atribuyen primordialmente a los órganos estatales centrales. En este orden de cosas, es evidente que la existencia de entidades territoriales autónomas, tales como las provincias y los municipios, podrían plantear en la práctica una multiplicidad de problemas en relación a la defensa y a las Fuerzas Armadas, los que, a su vez, podrían revestir las más variadas características. Así las cosas, frente a ellos sólo cabe adoptar una actitud, y es la de que de los bienes y los valores en juego deben primar en interés del bien común los relativos a la defensa, aunque de esto resulte un menoscabo de los intereses particulares de un determinado territorio. Esto, como veremos posteriormente, no obsta a que los estados locales o provincias puedan contar con Fuerzas Armadas transitorias o no permanentes. Al respecto, desde ya anticipo que nuestro sistema constitucional prevé la existencia de estas guardias nacionales o también llamadas milicias provinciales.

3.2. La dirección política y la conducción administrativa de los ejércitos. Su distinción y separación en un estado de derecho.

1. La actuación del poder público se desenvuelve de formas muy diversas y a través de diferentes fases o estadios. En términos generales, podríamos distinguir dos grandes áreas: una atinente a lo político, a cuyo cargo corresponde la determinación de objetivos, la orientación, la elección libre de condicionamientos entre posibles opciones, y la fijación de los medios para conseguir esta meta; y otra relativa a lo administrativo, a la que corresponde el cumplimiento de lo decidido, y llevar a cabo lo pretendido mediante la aplicación y el empleo de los medios que sean necesarios. Podríamos resumir lo relatado hasta aquí diciendo que, en definitiva, a la política le competen las grandes decisiones y a la administración la gestión para ponerlas en práctica. Política y administración, sin embargo, están íntimamente relacionadas, en la medida en que ambas miran al mismo fin aunque actúen o procedan por medios diferentes. Así, no siempre resulta fácil deslindar uno y otro campo, como ocurre con los altos cargos de la administración, en los que un mismo órgano desempeña funciones políticas y administrativas. Empero, y a despecho de sus posibles imperfecciones, esta distinción básica es aplicable también a la actuación del poder público en relación con la defensa, y, de modo especial, con la defensa militar y con la estructura operativa prevista para garantizarla, constituida, fundamentalmente, por las Fuerzas Armadas.

De este modo, podemos hablar por una parte de la política relativa a la defensa como aquella que determina los objetivos de la defensa nacional y los recursos y acciones necesarios para obtenerlos, tal como lo definen las leyes 23.554 de Defensa Nacional, y la 24.948 de Reestructuración de las Fuerzas Armadas, y por el otro de la administración de defensa y de la administración militar como aquel complejo de normas que regulan los medios personales y materiales de organización y de actividad destinados a hacer realidad aquellas respectivas determinaciones, entre las cuales podríamos mencionar las leyes 19.101 para el Personal Militar, 14.029 mediante la cual se aprobó el Código de Justicia Militar, o el decreto 23.056/28, que en su momento puso en vigencia la Reglamentación de Justicia Militar que actualmente rige para el Ejército Argentino.

En cuanto a sus características, la administración militar debe acatar necesariamente la supremacía civil, principio que implica que corresponde a los órganos políticos del estado la adopción de las decisiones y determinaciones en el ámbito de las políticas de defensa, debiendo el mando militar abstenerse de ejercer cualquier tipo de

interferencia en la libre adopción de las mismas y sin perjuicio de prestar la información y el asesoramiento pertinentes. Simultáneamente, y por requerirlo además tanto el principio de neutralidad política de los militares como evidentes razones de eficiencia operativa, el mando castrense en sentido estricto se atribuye a órganos administrativos de carácter técnico o especializado, sin que en su ejercicio deban inmiscuirse los órganos políticos, tal como surge del artículo 24 de la ley de Defensa Nacional. Ahora bien, es dable destacar que nos estamos refiriendo aquí al mando militar técnico, porque también la palabra mando o sus derivados se utilizan con sentido político, cuando, por ejemplo, se habla de comandante en jefe, para referirse a funciones netamente políticas, ejercidas por órganos políticos, que no dejan de tener este carácter aunque en ocasiones, especialmente en tiempos de guerra, puedan tener una incidencia muy directa en la conducción de las operaciones militares (Artículo 99 inciso 12 de la constitución nacional). Con lo antedicho, se busca demostrar que no solo la conducción es técnico administrativa, sino que también es política.

3.3. Los órganos superiores de dirección política de las Fuerzas Armadas, según las distintas formas de gobierno.

1. *Introducción.* Dada la importancia decisiva de las facultades en materia militar, no es de extrañar que, en los umbrales de los regímenes políticos de tipo liberal-democrático, se plantease ya el tema de su reparto a la hora de distribuir competencias entre los distintos poderes del estado, con el objeto de evitar el riesgo de que la atribución de tales facultades a uno sólo de ellos pudiera generar o dar lugar a un nuevo tipo de absolutismo. De este modo, en los orígenes del constitucionalismo inglés y como freno a los posibles avances de la corona, se estableció que sólo al Parlamento, y en forma anual, correspondía legalizar la existencia del ejército en la metrópoli. También Montesquieu, al formular la famosa doctrina de la separación de poderes y con base en la propia experiencia política inglesa, tras calificar la cuestión como una de las más importantes, sostuvo que incumbía al Poder Legislativo la facultad de establecer temporalmente los ejércitos, si bien, una vez establecidos, su disposición y dirección debían confiarse al Ejecutivo.

Ahora bien, el criterio de distribuir o repartir las facultades en materia militar entre los poderes legislativo y ejecutivo, unido al de reservar al judicial la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, han pervivido a lo largo de la evolución histórica del llamado estado liberal-democrático. Nada mejor para comprobarlo, que examinar la regulación de estos asuntos en distintos regímenes político constitucionales.

2. *En las repúblicas semipresidencialistas.* Al respecto, nos podría servir como prototipo el sistema de la V República francesa. Digamos, así, que en pura teoría el régimen francés se sitúa dentro de los cánones de los regímenes parlamentarios, en cuanto que el Primer Ministro y los demás ministros forman un gabinete responsable ante la Asamblea Nacional, la cual puede forzarle a dimitir por un voto de desconfianza. Junto a esta estructura, sin embargo, el presidente de la república y jefe del estado es elegido mediante sufragio universal directo, llegando a poseer unos poderes que exceden abiertamente a los de un jefe de estado propio de los estados parlamentarios tradicionales. El presidente de la república preside los consejos de ministros, ya que el gobierno solo puede ejercer su poder de decisión de manera colectiva, y tiene atribuidas, sin necesidad de refrendo, determinadas facultades; asimismo, goza también de poderes excepcionales en casos de emergencia, en los que frecuentemente llega a decidir la adopción de medidas militares.

Refiriéndose de modo expreso a la materia que nos ocupa, la constitución francesa establece que el presidente de la república es el comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, y que preside los consejos y juntas de la defensa nacional. Junto con ello, el gobierno, que es el que determina y conduce la política de la nación, dispone de las Fuerzas Armadas, y, a su vez, el primer ministro, que dirige la acción del gobierno, es quien responde por la gestión de la defensa nacional, designa a los titulares de los principales cargos militares, y suple, en su caso, al presidente de la república en la conducción de los consejos y juntas relativas a la defensa. Asimismo, cabe señalar que a partir de 1964 las facultades castrenses del presidente de la república se realizaron aún más al ponerse en funcionamiento la “Fuerza Nuclear Estratégica”, cuyo empleo depende de su exclusiva voluntad. A tal fin, el propio jefe de estado dispone de una compleja red de comunicaciones que le permite estar, en todo tiempo, informado de cualquier alerta eventual y de dar todas las ordenes pertinentes al mando de las Fuerzas Armadas.

3. *En las monarquías parlamentarias.* Como hemos apuntado, en las primeras fases del estado liberal el rey conservó en exclusiva el poder ejecutivo. Sin embargo, paulatinamente se fue produciendo un progresivo vaciamiento de las facultades del monarca en favor de órganos investidos, directa o indirectamente, de la confianza del electorado. Pues bien, en este proceso histórico las facultades militares han tenido una especial relevancia. Así, se afirma que, cuando en 1782 el rey inglés Jorge III aceptó la dimisión de su primer ministro, Lord North, tras la derrota militar sufrida a manos de los colonos norteamericanos, lo hizo no porque hubiese perdido la confianza en él, sino porque consideró que éste ya no contaba con la confianza de los Comunes, dando con ello origen consuetudinariamente al nacimiento de la llamada monarquía parlamentaria. Cabe señalar, pues, que en una primera fase, por estimarse que los asuntos militares se hallaban estrechamente ligados a los internacionales y quedar éstos en el ámbito de competencia propio de la Corona, los monarcas europeos continuaron considerándose titulares del poder de disposición de los ejércitos y de las armadas y de su mando supremo, y así lo reconocieron los correspondientes textos constitucionales. Paulatinamente, empero, y por razones contingentes, se fueron separando los campos de las relaciones internacionales de lo militar, interviniendo el Parlamento en lo primero, mediante la atribución de la facultad de ratificar los tratados, pero quedando todavía en manos del rey, como materia residual y sustraída al control parlamentario, todo lo relacionado con el mando y disposición de las Fuerzas Armadas. Así, durante un amplio periodo se admitió la costumbre constitucional de que el nombramiento de los ministros militares se hiciera directamente por los monarcas, lo que trajo aparejado consigo que dichos ministros no pocas veces invocasen en su favor una cierta autonomía fundados en su dependencia directa de la voluntad regia. Superado todo esto, actualmente puede decirse que consolidados los sistemas parlamentarios y democráticos, estas facultades residuales han pasado, en términos generales, a manos de los gobiernos. No obstante ello, las constituciones danesas y sueca todavía siguen atribuyendo al rey, aunque más no sea nominalmente, el mando supremo de las Fuerzas Armadas de sus respectivos países.

4. *En las repúblicas parlamentarias.* En los regímenes parlamentarios republicanos el punto de partida histórico ha sido, obviamente, muy distinto al de los regímenes monárquicos. Empero, la problemática de fondo puede ser muy semejante a la de las monarquías.

En estos sistemas políticos la jefatura del estado, encarnada en el presidente de la república, ofrece indudables ventajas para afirmar en lo interno la supremacía del poder civil, y en lo externo para representar al estado en sus relaciones internacionales. De allí que no sea de extrañar que muchas de las constituciones republicanas, en especial aquellas que fueron sancionadas inmediatamente después de terminada la Primera Guerra Mundial, atribuyesen a aquél el mando supremo de los ejércitos. El alcance de esta atribución, empero, no solía rebasar el carácter de honorífico o formal, y en ningún caso comprendía la posibilidad del ejercicio del mando en sentido técnico. Sin embargo, la situación cambió drásticamente después de la Segunda Guerra Mundial. De este modo, la constitución italiana de 1947 estableció que el presidente de la república cuenta con el mando de las Fuerzas Armadas, preside el Consejo Supremo de Defensa, y declara el estado de guerra si así lo acuerdan las cámaras legislativas, facultades que, según la doctrina constitucional italiana, no son meramente honoríficas y que constituyen una reafirmación específica de la responsabilidad formal del jefe de estado, dirigida a garantizar que los actos dispositivos de la Fuerza Armada no serán ejercidos con fines partidarios, sino en interés de toda la república. Por su parte, la constitución de Alemania atribuye al ministro federal de defensa la jefatura de las Fuerzas Armadas, y en el caso de que se declarase el estado de defensa –equivalente al tradicional estado de guerra, que implica un ataque al territorio federal o la amenaza directa de serlo- dicha jefatura se traslada al canciller federal o jefe de gobierno.

5. En las repúblicas presidencialistas. El sistema norteamericano y su influencia sobre el argentino. Avanzado el examen del derecho comparado en lo atinente a la conducción política de las Fuerzas Armadas, corresponde ver ahora cómo se ocupa de la cuestión el derecho constitucional de los regímenes republicanos presidencialistas. Al respecto, cabe señalar primero que en la mayoría de estos sistemas, la jefatura de estado y de gobierno coincide en la misma persona, siendo quizás el régimen político norteamericano el más representativo de estos sistemas, el mismo que, a no dudarlo, fue la fuente de inspiración en la materia de nuestra constitución nacional. Sin embargo, como es público y notorio, el sistema argentino, originariamente análogo al norteamericano, fue substituido por el constituyente de 1994, quien introdujo la figura del jefe de gabinete.

Ahora bien, desde una perspectiva histórica puede decirse que, la figura del presidente creado por el sistema constitucional norteamericano, es como una

continuación de la jefatura militar del monarca constitucional inglés, de la primera hora del liberalismo político, cuando este último actuaba como titular exclusivo del Poder Ejecutivo. En este orden de cosas, no sorprende que la constitución del país del norte sea especialmente meticulosa en el deslinde de las competencias castrenses del Congreso respecto de las que son propias del Presidente. Es que los constituyentes norteamericanos participaron de la idea de que las instituciones armadas debían respetar las estructuras republicanas, en las cuales sólo resultaba admisible como único elemento de decisión política la voluntad del pueblo orgánicamente expresada por los medios específicamente previstos en la constitución. Vale decir, pues, que atento a este tipo de concepciones los ejércitos no deben tener intervención alguna ni en la dirección, ni en la realización política, o dicho de otro modo, que las Fuerzas Armadas son inconcebibles como órganos deliberativos, en tanto que como órganos ejecutivos sólo se les admite una actuación en tanto que mero instrumento de las directivas impartidas por los representantes del pueblo y de las autoridades constituidas de acuerdo con la constitución del estado. De allí que en un gobierno de esta índole la deliberación o la acción política de la Fuerza Armada, intentando subrogar a los órganos normales de expresión de la voluntad popular, merezca ser calificada como delito de sedición. Precisamente, en el estado constitucional los ejércitos deben colocarse en las antípodas de esta desviación, para cumplir el trascendental papel de defensoras de la constitución y de la soberanía de la Nación pero bajo el estricto control de las autoridades civiles.

En cuanto a la caracterización del modelo norteamericano, nada mejor que recurrir a las enseñanzas de la doctrina especializada. En este sentido, Edward Corwin considera que si bien el presidente de los Estados Unidos generalmente delega su autoridad castrense directa no existe razón constitucional alguna que lo obligue a ello, afirmación que funda en experiencias históricas como la de la rebelión del Whisky, la de la guerra civil norteamericana, o la de las operaciones llevadas a cabo en el frente francés durante la Primera Guerra Mundial. Es más, el autor mencionado considera que frente a un enemigo en el campo de batalla, el Presidente de los Estados Unidos posee los poderes de todo comandante supremo -aún cuando la interpretación final de esos poderes teóricamente parecería corresponder al Congreso-, así como también la facultad de confiscar propiedades y de exigir los servicios de los ciudadanos estadounidenses y de los extranjeros amigos cuando la necesidad lo requiera. En este sentido, Corwin considera que, en realidad, el Congreso norteamericano nunca adoptó una actitud que

podiera menoscabar seriamente la autoridad castrense de un presidente que pretendiera quebrar la resistencia de un enemigo o que tratara de garantizar la seguridad de las fuerzas nacionales. Asimismo, nuestro autor indica que el presidente norteamericano goza, además, de la facultad propia de todo comandante supremo, en el sentido de concluir las hostilidades concretando un armisticio, facultad que en ocasiones se ha confundido con una facultad diferente, como es la de negociar la paz final. Por otra parte, el presidente también es el jefe ejecutivo de las normas y de las reglamentaciones que adoptadas para el gobierno interno de las fuerzas de mar y tierra, y para su seguridad y bienestar. Además, en ausencia de una legislación contradictoria puede, incluso, dictar normativa de carácter disciplinario. De esta manera, por ejemplo, a comienzos del siglo XX el senador Spooner pudo sostener, sin ser rebatido, "que en aquellos casos en que el Congreso no ha dictado normas disciplinarias para el ejército, el poder de comando conferido al Presidente le asigna a la vez autoridad para emitir una orden absolutamente necesaria para la disciplina del ejército"⁵⁵.

Ocupándose del mismo tema, Louis Smith afirma que no existe ninguna duda sobre la completa preeminencia legal del presidente de los Estados Unidos sobre el conjunto de las instituciones militares⁵⁶. Al respecto, no está de más recordar lo que Alexander Hamilton dejó asentado durante los primeros días del constitucionalismo norteamericano, vale decir que la autoridad del presidente implicaba el ejercicio del mando castrense y la dirección suprema naval y militar "en calidad de primer general y almirante de la confederación"⁵⁷. Pese a lo dicho, sin embargo, no han faltado las cuestiones acerca del derecho constitucional del presidente de asumir el comando directo del ejército en campaña. En este sentido, lo que se acepta comúnmente es que el Presidente trabaje por medio de sus subordinados y que no intente reemplazarlos en la conducción directa⁵⁸.

En cuanto al valor que los arriba recordados precedentes norteamericanos pudieran tener en la inteligencia de nuestro propio orden constitucional –asunto que la doctrina nacional viene discutiendo desde tiempo atrás, y que nosotros consideramos de capital importancia-, se nos ocurre que todavía es posible recurrir a los conceptos que

⁵⁵ Cfr. Edward S. Corwin, *El Poder Ejecutivo Función y Poderes, 1787–1957*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

⁵⁶ Louis Smith, *La democracia y el poder militar*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, pág. 60.

⁵⁷ Edward S. Corwin, ob. cit., pág. 263.

⁵⁸ Louis Smith, ob. cit., pág. 61 y sgte.

nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó en julio de 1948 con motivo de pronunciarse en autos «Merck Química Argentina»⁵⁹. Ello así, en tanto que en esa oportunidad nuestro máximo tribunal sostuvo que el constitucionalismo norteamericano había sido fuente del texto constitucional argentino, razón por la cual resulta válido recurrir a los precedentes jurisprudenciales o interpretativos de la carta del país del norte para aplicarlos a la realidad nacional, criterio que ha permanecido incommovible tras las reformas constitucionales del 1957 y 1994, en la medida en que ésta no alteraron en forma significativa la arquitectura constitucional relativa a los poderes militares. Así las cosas, en la oportunidad referida la Corte indicó que “prescindiendo de los antecedentes patrios y las probables fuentes de los ensayos locales” no era posible desconocer que las cláusulas constitucionales argentinas relativas a poderes de guerra “han sido trasladadas casi al pie de la letra o por lo menos con identidad de propósitos, de análogas o parecidas prescripciones adoptadas por la constitución federal de los Estados Unidos de Norteamérica (artículo I, sección octava, cláusulas 10, 11, 12, 13, 14 y 15, y art. II, sección segunda, inciso 1). Por cuya razón y sin caer dentro de la clásica polémica entre Alberdi y Sarmiento acerca del valor o la obligatoriedad de la doctrina y jurisprudencia de aquel país, tal como ha sido insinuado en autos⁶⁰, no sería empero prudente –sigue diciendo el Tribunal- subestimar los valiosos elementos de interpretación y aplicación que allí sirvieron para aquilatar el alcance de los preceptos constitucionales relacionadas con los poderes de guerra. Que a ese mismo respecto, y si bien como se ha hecho expreso mérito en la litis, esta Corte Suprema tiene dicho en cuanto a la importancia y practicidad de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, que “podemos y debemos utilizar en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares” (*Fallos*, t. 19, pág. 231) o más terminantemente aún: “cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquel (modelo), nuestras instituciones son originales, y no tienen más precedentes y jurisprudencia que los que se establecen en nuestros tribunales” (*Fallos*, t. 68, pág. 227), igualmente no es menos cierto que por ajustada adopción de esta doctrina de la Corte, frente al silencio que guardan las respectivas actas del Congreso general Constituyente de 1853 (sesiones del 28 y 29 de abril), el laconismo del texto constitucional y la inadecuada jurisprudencia federal

⁵⁹ *Fallos*, t. 211, págs. 193 a 227.

⁶⁰ Respecto de este asunto, véase María Magdalena Huertas, *El Modelo Constitucional Norteamericano en los Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación (1863-1903)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, pág. 36 y sgtes.

argentina al caso de autos que para otras circunstancias o soluciones se registran los fallos que han sido citados por la parte actora, la raíz y la orientación originaria de nuestros poderes de guerra, autorizan a recurrir a aquellas únicas fuentes interpretativas, tanto más cuanto que las sucesivas guerras en que se ha visto envuelta aquella Nación desde los albores de su independencia hasta nuestros días –que implican por consiguiente la conducción de la guerra dentro de los viejos y de los nuevos principios auspiciados o estructurados por el derecho constitucional- le han permitido elaborar una constante doctrina adaptable a todas las naciones americanas que en esa parte siguieron casi exclusivamente aquel modelo y que en ausencia de una doctrina estable acondicionada a las necesidades de la guerra moderna, encuentran en aquellos antecedentes una apreciable guía de esclarecimiento para resolver sus propios y casi novedosos problemas bélicos”

En cuanto a los antecedentes patrios aludidos en el pronunciamiento «Merck», digamos ahora que en su proyecto de constitución Juan Bautista Alberdi había previsto lo siguiente: que la fuerza armada no podía deliberar, en la medida en que su papel era “completamente pasivo” (artículo 25); que toda persona o reunión de personas que asumiese la representación del pueblo, se arrogase sus derechos o peticionase en su nombre, cometería delito de sedición (artículo 26); y que toda autoridad usurpada “es ineficaz”, resultando en consecuencia nulos todos sus actos (artículo 27)⁶¹.

Indudablemente, tanto el gravitante espíritu del constituyente norteamericano como el de nuestros propios juristas se orientaron en el sentido de promover un órgano militar adecuado al espíritu republicano. De allí que nuestra constitución nacional estableciese en su artículo 21 que “todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía”, mientras que el 22, prescribía que “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición”. En definitiva, desde su sanción a mediados del siglo XIX nuestro ordenamiento supremo establece que las Fuerzas Armadas, igual que el

⁶¹ Para todas las citas de las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* de Juan Bautista Alberdi, tomamos la edición de porteña de Orientación Cultural Editores, aparecida en 1960.

resto de los organismos estatales, deben operar *secundum legem*. Es que como sostiene Hanson W. Baldwin para el caso norteamericano, “la autoridad civil debe ser el poder esencial; el militar debe ser fuerte, pero no todopoderoso”, lo que significa que “debe tener influencia, pero no decidir”⁶².

En este orden de ideas, Smith recomienda la articulación de un contralor civil permanente de las Fuerzas Armadas, el cual tiene lugar cuando: 1) Los jefes del gobierno son civiles y representan a la mayoría de los ciudadanos ante quienes son responsables; 2) Los profesionales de las Fuerzas Armadas actúan bajo el control del poder civil de un modo efectivo; 3) La administración militar ejercida por civiles está sometida al control de responsabilidad; 4) Los representantes elegidos por el pueblo son los que conducen la política general en materia de defensa y confieren los eventuales poderes de emergencia que sean necesarios; 5) Los tribunales del poder judicial gozan de competencia para examinar si la conducta de los militares se ajusta o no a los lineamientos constitucionales básicos⁶³.

3.4. Los poderes militares previstos en la constitución; su genérica caracterización

1. A esta altura de nuestro trabajo resulta de utilidad preguntarnos sobre qué es lo que debemos entender por “poderes militares”. En este sentido, cabe señalar que la característica esencial de todo gobierno, sea cual fuere su forma, es la autoridad, la cual en última instancia descansa en su coactividad, motivo por el cual se ha afirmado, con razón, que el gobierno es la fuerza organizada. En este orden de cosas, la expresión “poderes militares” alude al sistema de atribuciones vinculadas con la existencia, organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas, cuyo ejercicio la constitución nacional asigna exclusivamente a los órganos legislativo y ejecutivo, con el propósito esencial y específico de la defensa de la patria y del orden constitucional. Al respecto, cabe indicar que la denominación “poderes militares” resulta más genérica que “poderes

⁶² Hanson W. Baldwin, *The price of the power*, New York, 1977, pág. 323.

⁶³ Louis Smith, ob.cit, págs. 27 y 28.

de guerra”, pues, además de estos últimos, comprende el ejercicio de facultades castrenses en épocas de paz.

Ahora bien, los poderes militares pueden clasificarse, de acuerdo con la oportunidad en la que se ejercen, en permanentes y excepcionales. A su vez, los poderes permanentes se subdividen en poderes de mando y en poderes de organización. En este sentido, los poderes de mando relativos a la concreta aplicación de los instrumentos castrenses, mientras que los poderes de organización son aquellos que tienen en mira diseñar los grandes lineamientos en virtud de los cuales se establece la “arquitectura” del sistema militar nacional. En cuanto a los poderes excepcionales, podemos decir aquí que éstos son los que tiene el Congreso para autorizar al Ejecutivo a declarar la guerra y a hacer la paz, o para autorizar la introducción de tropas extranjeras en el territorio nacional y la salida de las fuerzas propias fuera de él. De lo dicho cabe apreciar que originalmente los poderes excepcionales corresponden al Congreso en tanto que órgano típicamente representativo de la soberanía nacional y de las autonomías provinciales, aunque sea el presidente a quien le corresponda ejercerlos en concreto, sujetándose entonces a lo dispuesto en las normas constitucionales y legales, y a los principios de derecho constitucional, bien que admitiéndosele una discrecionalidad en la materia.

Volviendo al comentario de los poderes militares permanentes, téngase en cuenta que, en principio, los poderes de mando corresponden exclusivamente al titular del Ejecutivo, mientras que los de organización son compartidos por el Congreso y el Presidente, correspondiendo al primero el aspecto legislativo de la función, y al segundo el meramente ejecutivo. Dicho en otras palabras, corresponde a las cámaras sancionar las leyes que sean necesarias para poner en ejercicio los poderes militares de organización, mientras que es propio del presidente el ejercicio de dichos poderes, o lo que sería lo mismo, que es atribución del Congreso todo lo que comúnmente tiene un carácter manifiestamente legislativo, y del Presidente lo que es de naturaleza ejecutiva, tal como corresponde al objeto institucional de cada uno de estos poderes respectivamente. Viene a resultar así que entre los poderes militares del Congreso quedan comprendidos todos los que impliquen el dictado de reglas fundamentales destinadas a hacer efectiva la organización de la fuerza armada, mientras que los poderes militares que corresponden al Presidente son los de aplicación y reglamentación de esas normas, atribuciones que éste ejerce por sí mediante el dictado de decretos, o recurriendo a la actuación del ministro del ramo o a la de los funcionarios castrenses

que son sus agentes de mando militar. Pese a lo dicho, empero, en algunas oportunidades la delimitación de la frontera entre los ámbitos que corresponden a cada uno de los poderes del estado no resulta sencilla, y puede dar lugar a conflictos de competencia.

3.5. Las atribuciones militares del presidente en la constitución argentina

1. Sabido es que el artículo 99 de la constitución atribuye al Presidente de la Nación competencia concreta en materia militar mediante el expediente de conferirle atribuciones como Comandante en Jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación (inciso 12); de autorizarlo a proveer los empleos militares, atribución que debe compartir con el Senado en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas –excepto que se encuentre en un campo de batalla- (inciso 13); y de facultarlo a disponer de las Fuerzas Armadas, y a correr con su organización y distribución según las necesidades de la Nación (inciso 14).

Ahora bien, nada mejor antes de entrar en particular en el análisis de los arriba recordados poderes militares del Presidente de la Nación, que caracterizar genéricamente las atribuciones del Ejecutivo. Al respecto, podemos decir que el Presidente cuenta con un poder de contenido incierto, vale decir no uniforme en cuanto a su extensión si se lo compara con las precisas atribuciones del legislativo o del judicial, todo lo cual ha conducido a Pendelton Herring a afirmar que el papel del presidente como Comandante constitucional de las Fuerzas Armadas “ha sido descifrado lentamente por la experiencia, por medio de pruebas y de errores”⁶⁴. Se trata, pues, de un poder más elástico, que presenta como característica particular la indeterminación de sus competencias. En suma, es un poder residual ampliamente discrecional –aunque no arbitrario-, por lo que en algunas áreas el mismo se encuentra eximido del control judicial aunque sujeto a un contralor político. Así las cosas, no se olvide que integrando la órbita del Poder Ejecutivo nacional buena parte de sus facultades militares corresponden antes a atribuciones preferentemente políticas que a las de corte administrativo.

2. Cuando a finales del siglo XVIII Alexander Hamilton advirtió que de todas las preocupaciones o intereses del gobierno, la dirección de la guerra exigía particularmente el ejercicio del poder por parte de una sola mano, difícilmente pudo prever que, con el correr del tiempo, ello derivaría en una extraordinaria concentración de poderes en manos de un poder ejecutivo⁶⁵ que no dudaría en recurrir a su carácter de comandante en jefe de las Fuerzas Armadas para invocar crecientes atribuciones⁶⁶.

Ahora bien, lo cierto es que a raíz del impresionante conjunto de prerrogativas que integran los poderes militares de tiempos de paz y de guerra, el Presidente tiene bajo su dependencia a unas Fuerzas Armadas que si bien integran el Poder Ejecutivo, lo hacen por un andarivel distinto al del resto de la Administración Pública. En este sentido, el ya recordado inciso 12 del artículo 99 de la constitución establece que el Presidente es el “Comandante en Jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación”. En particular, este inciso lo que hace es consagrar el ejercicio del poder de mando militar presidencial, que le pertenece de modo exclusivo. En este sentido, pensamos que no está de más recordar que la palabra “mando” puede definirse como la autoridad y responsabilidad con que se ha investido a una determinada persona para conducir a un conjunto de personas, y poder merced a ello cumplir con una misión determinada. Así, pues, si el término comandante designa a quien “ejerce el mando”, el presidente en tanto que comandante en jefe de las Fuerzas Armadas es quien desempeña la autoridad superior que manda al elemento castrense, tanto en lo administrativo como en lo táctico operacional. Digamos, además, que es en su papel como comandante de los ejércitos en el que se advierte con mayor definición el carácter de jefe supremo de la nación que la constitución le acuerda al Presidente. En este sentido, el mando de las Fuerzas Armadas viene a constituir una de las principales funciones ejecutivas del presidente.

En concreto, el Presidente manda mediante órdenes, las que desde el punto de vista de las formas jurídicas de la actividad administrativa constituyen actos administrativos o actos políticos, según sea el contenido de aquella. En este sentido, el nombramiento de personal militar constituiría un ejemplo de los primeros, en tanto que la orden de despliegue de una unidad militar sería uno de naturaleza política.

⁶⁴ Pendelton Herring, *The impact of war*, New York, Farrar y Kimehart Inc., 1941, pág. 140.

⁶⁵ Hermann Pritchett, ob. cit., pág. 461 y sgtes.

⁶⁶ Carlos Risso Domínguez, *Ley de disciplina militar, información sobre el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de Uis Bernard, 1927, pág. 93.

3. Las fuerzas que el presidente manda, son naturalmente las que fija anualmente la ley de presupuesto, en tiempo de paz y de guerra, según lo que dispone el artículo 75 inciso 27. Estas fuerzas de línea son los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas, vale decir el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, como así también su reserva. En cuanto al ámbito temporal del poder del Presidente como comandante, éste comprende la totalidad del período de sus funciones, con independencia del estado de guerra o de paz durante el cual ellas se desarrollen. Al respecto, y como bien lo dice Bidegain, tal comandancia no implica la obligación de asumir personalmente la dirección de las fuerzas en campaña. En este orden de cosas, según nuestra constitución -lo mismo que la norteamericana-, queda librado al solo arbitrio del Presidente el ponerse al frente del ejército nacional en tiempo de guerra, cosa que dependerá de las condiciones personales del mandatario y de las circunstancias. Así, por ejemplo, entre nosotros fue el General Mitre quien asumió personalmente el mando del ejército como comandante de las fuerzas aliadas durante la Guerra contra el Paraguay⁶⁷. Por otra parte, no ha de ser esta la regla habitual, ni es de desear que el Presidente abandone su cargo constitucional y la administración general de país para desempeñar una función de guerra, ni sería provechoso que lo hiciera cuando no estuviera técnica y prácticamente preparado para ello.

En lo que respecta a la conducción de las Fuerzas Armadas en forma personal, es interesante el precedente de la constitución de 1826, que disponía que el presidente no podría “mandar en persona al ejército sin permiso del Congreso con el sufragio de las dos terceras partes de cada Cámara” (artículo 86), cláusula que pasible de una doble interpretación: o bien se trataba de que el Presidente no corriera riesgos innecesarios en la dirección de los ejércitos; o bien era una norma que pretendía profundizar la republicanización de la conducción de las Fuerzas Armadas, evitando que el Presidente pudiese disponer fácilmente su conducción personal, criterio que pensamos fue el que en definitiva primó.

Volviendo a lo que podemos llamar la cláusula del Comandante en Jefe, cabe consignar que la misma fue tomada de la Constitución norteamericana por Alberdi (artículo 85, inciso 18, de su proyecto). Al respecto, es menester decir que este poder de mando, al igual que en la constitución madre, nos lleva al desarrollo de la teoría de los

⁶⁷ Sobre el particular se consultó a Juan Beverina, *Guerra del Paraguay (1865-1870)*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1973.

poderes implícitos. En otras palabras, la lacónica norma que otorga el poder militar de mando tiene una profundidad, en materia de facultades, insospechada. Al respecto, recordemos que la teoría de los poderes implícitos en la constitución norteamericana fue desarrollada en forma concluyente y decisiva por el Juez Marshall en el caso «Mc Culloch v. Maryland». Es bajo ese sentido que se ha considerado que el poder del Presidente como comandante en Jefe es indiscutible para dictar normas destinadas al gobierno del Ejército, sin otra limitación que la de no poder hacer disposiciones de carácter legislativo. Correlativamente, el Congreso puede dictar leyes referidas a las Fuerzas Armadas, pero está impedido de ejercer el mando de las mismas, o de quitar al Presidente el ejercicio de esa facultad. Así las cosas, las disposiciones de justicia militar, que analizaré en el capítulo siguiente han especificado los poderes del Presidente con respecto a las sentencias de los tribunales militares.

4. Del ejercicio del mando supremo de las Fuerzas Armadas por el Presidente tenemos como consecuencia sus facultades en materia de organización, disciplina, servicio y administración. Es que el poder de mando implica disponer del poder necesario para hacer efectiva la disciplina de la fuerza armada, cuestión que resulta vital para mantener incólume toda la estructura castrense, y que es la que permite la aplicación de un orden disciplinario específico, que comúnmente se denomina justicia militar. Aquí, sin perjuicio de todo lo que posteriormente aclaremos sobre este punto, desde ya anticipamos que la misma se compone de dos vertientes con sustento constitucional distinto. De este modo, la meramente disciplinaria deriva de las facultades del Presidente en tanto que Comandante en Jefe, mientras que la que tiene sustancia penal emerge del poder de organización que en materia militar tiene el Congreso. Al respecto, este enfoque ha sido magistralmente expuesto en sendos trabajos efectuados por Raúl A. Ramayo⁶⁸. Además de lo dicho, también hay quienes entienden que entre los llamados poderes militares del presidente está comprendido el de proclamar la ley marcial en los lugares donde se efectúan operaciones bélicas.

Ahora bien, continuando con el tratamiento de los poderes militares implícitos comúnmente aceptados, no podemos dejar de aludir al nombramiento de personal militar. En este sentido, recordemos que dentro del encuadramiento legislativo establecido por el Congreso –la República así lo requiere–, el Presidente o sus agentes del mando en caso son quienes determinarán qué personas ocuparán tal o cual cargo, y

⁶⁸ Véanse *La Ley*, t. 122, y *El Derecho*, t. 119.

quiénes estarán en condiciones de ascender a tal o cual grado. Al respecto, este poder discrecional –que no arbitrario- sólo encuentra un límite en cuanto al ascenso de grados de oficiales superiores, ya que en estos supuestos se necesita el acuerdo del Senado, salvo en especialísimas circunstancias de tiempo de guerra. Cabe aclarar ahora que con lo del acuerdo del Senado lo que la constitución ha querido imposibilitar es que el Presidente refuerce su posición predominante en el gobierno nacional otorgando por su voluntad exclusiva los más altos grados militares a sus simpatizantes, lo que podría derivar en la formación de una “guardia pretoriana” de oficiales superiores. En resumen, en los grados superiores, el Presidente necesita del acuerdo del Senado, pero los ascensos de grados inferiores, los concede por sí solo. Asimismo, el sistema también permite que el Presidente remueva de sus cargos a los militares, aunque de hacerlo por razones disciplinarias se deberán seguir los precisos procedimientos administrativos que sobre el particular establece la legislación sobre justicia militar. En lo atinente a este tema, es dable citar el caso del subteniente Domingo Aguirre, que suscitó un importante pronunciamiento de nuestra Corte Suprema de Justicia. En efecto, en esa oportunidad el máximo tribunal argentino entendió que así como la constitución nacional había conferido al presidente la atribución de proveer por sí solo los empleos militares de la Nación mientras que no fuesen los de oficiales superiores del ejército y la armada, con la concesión de esta atribución estaba implícita y virtualmente comprendida la facultad remover o destituir al personal castrense. Dicho de otro modo, la facultad de remover los empleos militares es tan eficaz para el ejercicio del comando superior de las Fuerzas Armadas y para el mantenimiento de la disciplina, como la de proveer a los empleos, debiendo considerársela involucrada en los poderes militares con los que cuenta el presidente. En este sentido no puede decirse que la resolución adoptada por la Corte afectase el principio constitucional de inviolabilidad de la propiedad, ya que aunque se considere al grado militar como una “propiedad”, ésta reviste caracteres propios que la distinguen de la propiedad del derecho común, debiendo sometérsela al régimen de limitaciones establecidas en las mismas leyes militares a las que debe su origen.

5. Continuando con nuestro análisis, recordemos que el artículo 99 de la constitución, en su inciso 14, establece que el Presidente “dispone de las Fuerzas Armadas”, y que “corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación”, principio que concuerda con lo dispuesto en el inciso 27 del artículo 75, en el

cual se atribuye al Congreso la misión de “fijar las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y guerra”, y la de “dictar las normas para su organización y gobierno”.

Lo primero que tenemos que señalar con respecto a este asunto es que la facultad presidencial de disponer de las Fuerzas Armadas no puede ser restringida por el Congreso. Ello así en tanto que desde que el Presidente es comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas y que ejerce las demás atribuciones militares que le confiere la constitución, cuenta con la libre disposición y distribución de aquellas fuerzas. Dicho de otro modo, como su jefe superior puede disponer de ellas y distribuirlas según su propio criterio porque la carta magna le otorga en esta cláusula facultades amplias y directas, lo que significa que ningún otro poder estatal está habilitado para apreciar mejor sus necesidades y exigencias que el Presidente, que es quien tiene a su cargo la dirección de las operaciones y quien deberá hacer frente a las eventuales responsabilidades que surjan del éxito o fracaso de su gestión castrense.

Si bien no han sido discutidos los fundamentos que sustentan esta facultad del Presidente, el uso que se ha hecho de ella ha ocasionado algunas acaloradas controversias, llegando hasta el punto de sostenerse en una oportunidad que el Congreso contaba con facultades para controlar su ejercicio. De este modo y en referencia a este tema, el Doctor Montes de Oca observaba acertadamente que dar cartas en el asunto al legislativo podría perjudicar la gestión operativa de las Fuerzas Armadas, por deficiencias de los legisladores en materia de táctica o conspirar contra el sigilo que no pocas veces las decisiones castrenses requieren⁶⁹. En definitiva, no es la del artículo 99 inciso 14 de la constitución, una facultad que pueda ser restringida por el Congreso en cuanto a la distribución de las Fuerzas Armadas.

En otro orden de cosas, téngase presente que en la facultad de disponer de las Fuerzas Armadas cabe considerar están el manejo y la baja de las tropas reclutadas. Al respecto, señala Joaquín V. González que “durante la paz, o en épocas normales; el Presidente dispone de las fuerzas militares, no solo para instruir las y mantener la seguridad de las fronteras, hacer estudios y exploraciones, sino para hacer observar fielmente la Constitución Nacional, los tratados y leyes del Congreso. Tiene a su cargo, el mantenimiento de la paz interior contra insurrecciones, ataques exteriores, hostilidades de hecho entre las Provincias, y en general, todo movimiento armado o

⁶⁹ Juan A. González Calderón, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 410.

amenaza inminente contra el orden inconstitucional. Pero si tratándose de guerra exterior sus poderes militares son indudables, y limitados solo por la necesidad misma y los usos de las naciones cultas en caso de perturbaciones internas, están limitados por la Constitución”, y más adelante agrega que “como comandante en jefe dicho poder se extiende a todos los actos que sean necesarios para sofocar la conmoción interior, la perturbación del orden, el ataque exterior, las hostilidades entre provincias, o contra el Gobierno de la Nación; y respecto de la cantidad necesaria de fuerza para dominar la resistencia, sólo es juez el comandante en jefe de las armas, director de la fuerza, conforme a las leyes de la guerra, dentro de su acepción técnica y usual”⁷⁰.

En particular, la facultad de distribuir consiste en movilizar las tropas de una jurisdicción a otra, actividad que comprende la traslación, concentración y permanencia de las fuerzas militares. De este modo, en uso de la atribución del artículo 99, inciso 14, de la constitución, el Presidente puede ordenar el desplazamiento de fuerzas militares a cualquier punto del territorio, según lo exijan las necesidades de la Nación. Asimismo, en atención a este principio rector, la ley 24.429 de Servicio Militar Voluntario dispone, en su artículo 3, que “la cantidad de soldados voluntarios que se requiera incorporar y el cupo para cada una de las Fuerzas Armadas, será fijada anualmente por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Defensa”, mientras que en su artículo 19 prevé que “en el caso excepcional que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados de acuerdo con el artículo 3º, el Poder Ejecutivo podrá convocar, en los términos establecidos por la Ley 17.531 (Ley de Servicio Militar Obligatorio), a los ciudadanos que en el año de la prestación cumplan 18 años de edad y por un período que no podrá exceder de un año”.

6. Como ya fuera expuesto, dentro de los poderes del Presidente, también se encuentran los llamados poderes de guerra, los que constituyen drástica manifestación del poder militar. Así, por ejemplo, el inciso 15 del artículo 99 de la constitución capacita al Presidente a declarar la guerra y ordenar represalias con autorización y aprobación del Congreso. Atiéndase, en este caso, que el poder de declarar la guerra está exclusivamente delegado al gobierno federal, y vedado a las provincias a las que, además, se les niegan atribuciones para levantar ejércitos o armar buques de guerra,

⁷⁰ Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, 24ª ed., Buenos Aires, Estrada, 1951.

salvo en el supuesto expresamente autorizado por el artículo 126 de la constitución, que es el de una invasión exterior o el de un peligro tan inminente que no admita dilación.

Volviendo al examen del inciso 15, cabe concluir que el Presidente lo que hace es hacer efectiva una decisión adoptada por el Congreso y que resultaría inconstitucional que el Presidente declarara la guerra a una nación extranjera y recién después sometiera al Congreso la declaración ya verificada. En cuanto a las características de la declaración de guerra, la constitución no la somete a condicionamientos o requisitos de situación, como sí lo hace cuando prevé en qué casos procede la intervención federal o el estado de sitio. Un ejemplo histórico de lo antes expresado, se dio cuando el 9 de mayo de 1865, el Congreso sancionó una ley por la que establecía lo siguiente: “Art. 1. Queda autorizado el poder ejecutivo nacional para declarar la guerra al gobierno del Paraguay. Art. 2. Comuníquese al Poder Ejecutivo”. El mismo día, el Presidente expidió el decreto respectivo, suscrito por todos los ministros, en el que se declaraba: “1) Que en virtud de los actos alevosos, criminales y hostiles designados y comprobados, la República Argentina está en guerra con el gobierno del Paraguay”. Empero, la guerra ya había sido anteriormente iniciada por el gobierno paraguayo, cuyas Fuerzas Armadas habían atacado a buques y puertos argentinos e invadido la provincia de Corrientes, ocupando su capital y una parte del territorio. Asimismo, el presidente Mitre ya había tomado numerosas disposiciones propias del estado de guerra, con el objeto de preparar la defensa nacional.

Ahora bien, una vez autorizado por el Legislativo, es el Presidente como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas a quien corresponde determinar la oportunidad y forma de llevar a cabo la guerra. Viene a resultar así que una vez concedida la “luz verde”, el Presidente asume la plenitud de los “poderes de guerra”, quedando investido de amplias facultades sobre el modo y la extensión para hacerla efectiva, y para conducir técnicamente a los contingentes armados. Dicho de otro modo, los medios de orden puramente militar que constituyen la técnica de la guerra, competen exclusivamente al comandante en jefe, a sus delegados y a los estados mayores actúan en materia de asesoramiento, o, como dijera hace casi siglo y medio por William Whiting, en materia de poderes de guerra sólo el Presidente es responsable, razón por la cual “no puede ser contrarrestado por ningún otro departamento de gobierno”, en la medida en que “su obligación es sostener la Constitución y dar fuerza a las leyes y respetar cualesquiera derechos de que pudiesen gozar los ciudadanos leales en tiempos

de guerra, en toda la extensión que sea compatible con el deber militar impuesto”⁷¹. Asimismo, en este orden de cosas Germán Bidart Campos entiende que “respetada la competencia formal, depende del criterio, la discreción y la prudencia del Congreso y del Poder Ejecutivo declarar o hacer la guerra y la paz...Esto no quiere decir que en ocasión de la guerra quede permitido violar la Constitución, porque lo que se hace en la guerra en uso de poderes de guerra sí puede resultar inconstitucional, por ej. Violando derechos personales, confiscando propiedad enemiga, etc.”⁷².

Amén de todo lo dicho hasta el momento, la guerra también puede existir sin que se haya declarado, mediante actos de hostilidad de una nación extranjera o por causa de una insurrección armada, circunstancia en la que puede ser reconocida y repelida por el Presidente como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Es evidente, pues, que la atribución otorgada al Congreso en el inciso 15 se refiere de modo especial, aunque no se lo sostenga así, a la guerra ofensiva.

Finalmente, en materia de poderes de guerra cabe referir, que actualmente y a partir de la supresión del antiguo inciso 18, artículo 86, de la constitución antes de su reforma en 1994, ya no constituye una facultad del Presidente conceder patentes de corso. Al respecto, entendemos que esta derogación surgió como forma de actualizar el texto de la Constitución nacional, a tenor de lo dispuesto por el Tratado de París de 1856, en el cual se prohibió el corso en tanto que piratería legal.

3.6. Las atribuciones militares del Congreso en la constitución argentina

1. Es evidente que la constitución nacional ha especificado con prolijidad las funciones militares legislativas, de modo que ésta no se confundan con las del Poder Ejecutivo; es más, las ha coordinado con estas últimas, porque todas ellas responden a los mismos fines de la defensa nacional, sea actuando en forma disuasoria, sea reprimiendo agresiones del exterior, sea llevando a feliz término la conducción eficaz de la guerra en su oportunidad dolorosa. Ahora bien, en orden a los poderes militares

⁷¹ William Whiting, *Poderes de Guerra bajo la Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Imprenta Argentina de El Nacional, 1869, pág. 256 y sgtes.

⁷² Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 308.

insertos en nuestra constitución, el inciso 25 del artículo 75 comienza reconociendo al Congreso la competencia para autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra - implica poner en vigor el estado de guerra como instituto de emergencia- o a hacer la paz. En rigor de verdad, esta facultad tiene íntima relación con la de aprobar o rechazar los tratados suscriptos (incisos 22 y 24 del artículo 75), arreglar los límites del territorio de la Nación (inciso 15 del artículo 75), y proveer a la seguridad de las fronteras (inciso 16 del artículo 75). Cabe aclarar, sin embargo, que si es el Congreso el que autoriza al Presidente, éste dado su carácter de Comandante en Jefe, es a quien le compete tornar efectiva la declaración de guerra, haciéndola conocer al enemigo o al mundo, eligiendo la forma, el modo y el tiempo de iniciarla, o de repeler o castigar una invasión. Es decir, pues, que luego de haber sido autorizado el Presidente adquiere un alto grado de discrecionalidad sobre el modo y extensión de hacerla efectiva, como ya fuera explicado precedentemente.

Además de lo dicho, el inciso 27 del artículo 75 reconoce como atribución del Congreso el fijar las Fuerzas Armadas de tiempos de paz y de guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno. Al respecto, esta facultad comprende tres funciones principales: determinar el número de hombres, la calidad, cantidad y régimen de los buques, armamentos y recursos de guerra necesarios para constituir la fuerza permanente de la Nación, y la accidental, en caso de guerra; y aprobar las sumas necesarias del tesoro para mantenerlas y proveerlas, tanto en la paz como en la guerra. Ello así, estas funciones se ejercen según las necesidades manifestadas por el Presidente de la República, y se integran en un conjunto de leyes generales relativas a la formación de los ejércitos de tierra y de mar, al reclutamiento e instrucción de los contingentes, a la movilidad de las tropas, a su régimen penal y disciplinario, etc.

Asimismo, el inciso 28 del artículo 75 atribuye al Congreso la decisión de permitir o no “la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él”. Al respecto, este tema debe ser analizado desde dos puntos de vista: el de la introducción y pasaje de tropas extranjeras por el territorio nacional, y el de la autorización para que tropas argentinas salgan de nuestro propio territorio. En cuanto a lo primero, digamos que la concesión del permiso a tropas extranjeras para que éstas crucen el territorio nacional se reputa necesaria en la medida en que ello puede desembocar en un acto que comprometa al país permisionario; precisamente, algo de esto fue lo que desembocó en el inicio de la Guerra de la Triple

Alianza⁷³. Sin embargo, debe tenerse presente que ya no estamos hablando del mero tránsito de las tropas; es más, lo que antes requería de una ley especial, ahora, muchas veces termina siendo autorizado por el Poder Ejecutivo y luego ratificado por el Congreso. Es que los tiempos han cambiado, y el intercambio en materia militar se ha intensificado, sobre todo en lo concerniente a aquello que hace a la capacitación de los militares. Por otra parte, respecto de la salida de las fuerzas nacionales de nuestro suelo si bien es necesaria la autorización del Congreso según el inciso analizado, no es necesario que la misma sea expresa; vale decir, pues, que con una ley que declare la guerra ello ya estaría implícito. En este sentido, la autorización conferida a Mitre con motivo de la guerra con Paraguay en 1865, así lo asevera. Asimismo, sobre este punto tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que nuestro derecho interno contempla distintas exigencias según el supuesto de que se trate, a saber, la salida de tropas con fines pacíficos o meramente humanitarios, o la salida de tropas que implique tomar parte activa en operaciones bélicas en forma directa, supuesto este último en el que la autorización debe emanar del poder legislativo en virtud de lo dispuesto por el inciso 28 del artículo 75 de la constitución nacional.

2. Amén de lo dicho hasta el momento, queremos ahora hacer una especial consideración sobre el viejo inciso 24 del artículo 67 de la constitución nacional, desaparecido “misteriosamente” como consecuencia de la reforma constitucional del año 1994 –y decimos “misteriosamente” en tanto que no se encuentran en las actas pertinentes los motivos de esta supresión. Como se recordará, el inciso mencionado establecía como otra atribuciones del Congreso en materia militar la de “autorizar la reunión de las milicias en todas las provincias o parte de ellas, cuando lo exija la ejecución de las leyes de la Nación y sea necesario contener las insurrecciones o repeler invasiones. Disponer la organización, armamento y disciplina de dichas milicias y la administración y gobierno de la parte de ellas que estuviese empleada en servicio de la Nación, dejando a las provincias el nombramiento de sus correspondientes jefes y oficiales y el cuidado de establecer en sus respectivas milicias la disciplina prescripta por el Congreso”. Sin perjuicio de lo que a continuación desarrollaremos en forma más extensa, para una mejor comprensión queremos aclarar aquí que la constitución de 1853 preveía un sistema de doble ejército, uno permanente –el federal-, y otro no permanente, denominado milicia provincial o guardia nacional, que las provincias podían movilizar

⁷³ Al respecto, véase Juan Beverina, ob. cit., pág. 69 y sgtes.

cuando razones de gravedad lo hacían necesario. Vale decir que el erradicado inciso 24 del artículo 67 constituía el engranaje que permitía poner al servicio del gobierno nacional los ejércitos no permanentes de las provincias. Al respecto, nos permitimos opinar que, a despecho de la poca feliz supresión, el sistema de doble fuerza militar sigue existiendo, aunque sin el auxilio del “eslabón fundamental” al que hemos aludido.

Ahora bien, ¿cómo es esto de Fuerzas Armadas divididas? Parece extraño, pero su razón esta en la esencia del sistema republicano. En efecto, se trata de un tópico íntimamente vinculado con la razón de ser de los ejércitos en cualquier estado, y que por lo tanto merece ser tenido especialmente en cuenta. Es que como brillantemente expusiera el italiano Sansonetti hace más de un siglo, las milicias locales fueron el mecanismo ideado por los líderes de los nuevos estados republicanos como una forma de limitar el poder militar, “poniendo al lado del ejército permanente un ejército cívico, destinado a la defensa de la seguridad interna del Estado”⁷⁴. Entendemos que este criterio fue conscientemente adoptado por Alberdi, y que el texto de la constitución del 53 mantuvo esta tesitura, si bien difiere en su redacción de la del artículo 21 de las Bases -que es su equivalente-. De allí que en las primeras etapas de la república constitucional se mantuviera la guardia nacional o milicia provincial, como ejército no permanente, movilizable por el gobernador o por decisión del gobierno federal.

Ahora bien, si como ya dijimos con la reforma de 1994 se eliminó el inciso 24 del Artículo 67 referido a milicias provinciales, con ello no se extinguió el poder de las provincias para tener sus milicias no permanentes; esto quedó como poder originario de las provincias. A tal punto ello es así, que por ejemplo en la constitución de la Provincia de Buenos Aires, entre otras constituciones provinciales, establece en su artículo 144 que “el gobernador es el jefe de la administración de la provincia y tiene las siguientes atribuciones... Inciso 11. Es el comandante en jefe de las fuerzas militares de la provincia, con excepción de aquellas que hayan sido movilizadas para objetos nacionales. Inciso 12. Movilizar la milicia provincial en caso de conmoción interior que ponga en peligro la seguridad de la provincia, con autorización de la Legislatura, y por sí solo durante el receso. Inciso 13. Decretar también la movilización de las milicias, en los casos previstos por el inciso vigésimo de la Constitución Nacional”. En resumen, hoy en día está vigente el sistema de doble ejército, uno permanente y otro que se

⁷⁴ V. Sansonetti, *Derecho Constitucional*, La España Moderna, Madrid, circa 1901-1906, pág. 86 y sgtes. Un ejemplar de este libro se encuentra en la biblioteca del Consejo de Guerra para el Personal Subalterno del Ejército de Buenos Aires.

moviliza según las circunstancias o transitorio. Ello así, aunque en la práctica desde la instauración del servicio militar obligatorio y el dictado de la ley de cuadros y ascensos 9675 –de 1915-, las milicias provinciales hayan dejado de existir.

Es que esto no obstaría en nuestra opinión, a que unilateralmente alguna provincia en base a sus facultades no delegadas al gobierno federal decidiese reinstaurar su guardia nacional. En ese caso se advertiría el desacierto del constituyente de 1994 al eliminar un dispositivo que integraba a las milicias provinciales en el conjunto de las fuerzas federales. Al respecto, se nos ocurre que esto podría superarse mediante algún tipo de ley convenio suscripto entre las provincias y el estado nacional⁷⁵.

3.7. Otros órganos de dirección política en el sistema constitucional argentino

1. Hemos visto arriba cómo la constitución nacional otorgó al Poder Ejecutivo derivadas las facultades propias de los poderes de mando. Ahora bien, aquí tenemos que aclarar que con el transcurso del tiempo no pocas de ellas fueron siendo delegadas en los Ministros de Defensa, en los Jefes de los Estados Mayores de las Fuerzas Armadas, en los Jefes del Estado Mayor Conjunto, o en los funcionarios militares que alcanzaron una posición equivalente. De este modo, se concretó una de las ideas sostenida por la doctrina, en cuanto que no es recomendable que el presidente se encargue personalmente de todas las cuestiones atinentes a la conducción castrense y no delegue en inferiores escalones administrativos y de mando –aunque siempre reservándose la última palabra en la materia- el gobierno y la administración de las Fuerzas Armadas.

En consonancia con el último criterio mencionado, cabe recordar aquí que durante un extenso período importantes facultades relativas a la administración y el gobierno de las Fuerzas Armadas argentinas –vale decir, a su dirección política- se fueron traspasando al ministro del ramo y a los respectivos comandantes en jefe de cada una de las fuerzas. En este sentido, cabe mencionar las siguientes leyes: 16.956

⁷⁵ Para un mayor abundamiento respecto del tema de las milicias provinciales, todavía resulta de provecho Agustín De Vedia, *Constitución Argentina*, Buenos Aires, Imprenta y casa editora de Coni hermanos, 1907, págs. 348 y siguientes.

(publicada en el *Boletín Oficial* el 27 de septiembre de 1966), 17.271 (publicada en el *Boletín Oficial* el 12 de mayo de 1967), 17.860 (publicada en el *Boletín Oficial* el 12 de septiembre de 1968), 18.416 (publicada en el *Boletín Oficial* el 23 de octubre de 1969), 19.041 (publicada en el *Boletín Oficial* el 26 de mayo de 1971), 22.520 (publicada en el *Boletín Oficial* el 23 de diciembre de 1981), y 22.641 (publicada en el *Boletín Oficial* el 14 de octubre de 1982). A tenor de lo dicho, para 1983 prácticamente todas las facultades de mando propias del Presidente de la República habían sido delegadas legislativamente en funcionarios militares de inferior jerarquía. Al respecto, no puedo evitar señalar aquí que, en nuestra opinión, las referidas delegaciones legislativas de las atribuciones militares presidenciales padecían de una dudosa legitimidad constitucional, en la medida en que las atribuciones relativas al mando castrense eran de la exclusiva decisión del Presidente, quien no las comparte con el Legislativo. No obstante, es verdad que lo que podía argumentarse era que si los sucesivos presidentes no habían optado por “recuperar” las atribuciones propias delegadas por el Congreso, con ello admitían la legitimidad del acto, con lo que quedaba a salvo el quebranto constitucional antes citado.

Ahora bien, poco antes de iniciarse la presidencia de Raúl Alfonsín y en virtud del artículo 12 de la ley 23.023, dictada el 8 de diciembre de 1983, el Ejecutivo nacional reasumió todas sus facultades en materia de mando militar, llegándose al extremo de que los niveles inferiores de la conducción castrense quedaron huérfanos de potestades importantes, como las de decidir el destino de los oficiales superiores, los comandantes de cuerpo, los de brigada y otros equivalentes. Atento a este marco, el artículo 11 de la ley de defensa nacional estableció que el ministro de defensa ejercería la dirección, ordenamiento y coordinación de las actividades propias de la defensa que el presidente no se reservase o realizase directamente. Sin embargo, las necesidades prácticas de una correcta conducción militar, condujeron a que el Presidente, en su condición de Comandante en Jefe, decidiese delegar en el Ministro de Defensa y en sus agentes de mando militar diversas potestades referida a lo castrense. Al respecto, podemos recordar que, por ejemplo, mediante el decreto 436/84 (publicada en el *Boletín Oficial* el 8 de febrero de 1984) se delegaron en el Ministro de Defensa facultades como para disponer nombramientos y cambios de destino del personal militar superior; decidir los retiros y las bajas obligatorios del personal superior de las tres Fuerzas; y para resolver las altas y ceses de los oficiales superiores que presenten servicios en situación de retiro, según lo

dispone el artículo 62 de la ley 19.101. Además, se lo facultó para ejercitar las facultades disciplinarias castrenses establecidas en el decreto 198/73. Posteriormente, en virtud del decreto 101/85 se concedieron al ministro de defensa atribuciones para designar a los miembros de las comisiones administrativas establecidas en virtud del artículo 4 de la ley 20.124; y para conceder el alta efectiva del personal profesional superior en comisión de las Fuerzas armadas, para extender los despachos correspondientes con su firma y con la de la autoridad máxima jurisdiccional, y para decidir la reincorporación del personal superior de las Fuerzas Armadas, asuntos todos regulados por la ley 19.101.

Ahora bien, la delegación presidencial de las atribuciones castrenses no puede ser arbitraria. Por el contrario, en virtud de lo dispuesto en nuestra estructura republicana la misma debe respetar la organización general de las instituciones armadas que deriva de los preceptos de la ley de defensa nacional 23.554. De este modo, cabe atender a la presencia del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, y de los Jefes de los Estados Mayores Generales de cada una de las Fuerzas. Con ellos quedan estructurados los mandos militares que están inmediatamente subordinados al Presidente de la Nación y que son los que recibirán las órdenes técnicas dictadas por él en el ejercicio de la comandancia en jefe de las Fuerzas Armadas, en tanto que los aspectos administrativos deben respetar la vía jerárquica que iniciada en la presidencia, debe pasar por el ministerio de defensa antes de que tomen cartas en el asunto los correspondientes Estados Mayores. Empero, somos conscientes que esta distribución de competencias no siempre es respetado en la práctica y que, en la práctica no pocas veces la actuación del ministro del ramo ingresa en lo que, en rigor de verdad, debería quedar reservado a la relación técnica que el Presidente debe mantener con sus agentes de mando militar.

2. A mayor abundamiento de lo dicho hasta el momento, procede destacar ahora que el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas es el organismo que debe asistir y asesorar al ministro de defensa en materia de estrategia militar. De este modo, debe entender en la formación de la doctrina militar conjunta; en la elaboración del planeamiento militar conjunto; en la dirección del adiestramiento militar conjunto; en el control del planeamiento estratégico operacional; y en la eficacia del accionar militar conjunto. En este sentido, la ley de defensa nacional actualmente en vigencia estipula que el Presidente de la Nación -por sí, o por intermedio del ministro de defensa- no sólo

debe disponer las pautas a las que deberá ajustarse el ejercicio de las funciones conferidas por la ley al Estado Mayor Conjunto y sino también controlar el cumplimiento de las mismas.

Resulta del caso señalar que las facultades delegadas por el Presidente de la Nación en los Jefes de los Estados Mayores Generales de las respectivas Fuerzas Armadas, son contempladas en diversas normas. Así, por ejemplo, el artículo 24 de la ley de defensa nacional dispone que los Jefes de los Estados Mayores Generales de cada fuerza armada son los encargados de la administración y del gobierno de sus respectivas fuerzas; de la preparación para la guerra de los elementos operacionales de las respectivas fuerzas y de su apoyo logístico; y de asesorar al Estado Mayor Conjunto, a los fines de la realización por parte de éste del planeamiento militar conjunto, sobre la composición, dimensión y despliegue de las respectivas fuerzas, así como sobre todos los demás aspectos del referido planeamiento. Asimismo, varios decretos asignan facultades delegadas a los Jefes de Estados Mayores Generales las Fuerzas Armadas. En este sentido cabe recordar, que el decreto 151/84 (publicado en el *Boletín Oficial* del 11 de febrero de 1985) en virtud del cual se delega en los Jefes de los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas la resolución de las altas "en comisión" del personal militar reclutado por medio de cursos o concursos de admisión -prevista en la ley 19.101-, así como su baja cuando dicho personal no reúna las condiciones establecidas para su confirmación; y se les confiere la competencia prevista en el artículo 30 de la ley 19.549, vale decir la resolución de los reclamos administrativos previos. Por otra parte, el decreto 436/84 (publicado en el *Boletín Oficial* del 8 de febrero 1984) dispone, en relación con la normativa contenida en el Código de Justicia Militar, que los Jefes de Estado Mayor están autorizados para ordenar la instrucción de los sumarios, su resolución y disponer el cumplimiento de las sentencias de los tribunales militares, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 177, 331, 332, 468 y concordantes del referido instrumento legal. Además, en lo relativo a los asuntos previstos en la ley 19.101, el decreto recordado les otorga a los mismos jefes la facultad de conceder los ascensos del personal subalterno, de ordenar sus bajas y sus reincorporaciones; de disponer los nombramientos y cambios de destino del personal superior hasta el grado de Teniente Coronel o equivalente y el del personal subalterno; de rescindir, aprobar y renovar los compromisos de servicio suscriptos por el personal subalterno y superior; y la de ejercer las facultades que la reglamentación de los tribunales de honor concedía antiguamente

al Comandante en Jefe de cada Fuerza. Para concluir, también podemos mencionar que el decreto 411/80 permitió que el ministro de defensa delegase en los respectivos Jefes de los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas la potestad de promover y contestar acciones judiciales.

3.8. Regulación de los poderes militares en el derecho constitucional comparado iberoamericano

Como forma de evidenciar la relevancia adjudicada al tema de los poderes militares en el constitucionalismo contemporáneo, en este apartado traeremos a colación la regulación de la materia en la mayor parte de los países iberoamericanos, exposición que efectuaremos siguiendo una ordenación alfabética de los distintos estados comprendidos.

1. **Bolivia.** La constitución boliviana confiere al presidente de la nación, a quien se considera como capitán general de las Fuerzas Armadas del país, y, por ende, presidente “natural” del consejo supremo de la defensa nacional, las siguientes:

conservar y defender el orden interno y la seguridad exterior de la república conforme a lo dispuesto en la constitución; designar al comandante en jefe de las Fuerzas Armadas y a los comandantes del ejército, fuerza aérea, y naval, y al director del comando superior de seguridad pública; proponer al senado, en caso de vacancia, los correspondientes candidatos a ascender a general de ejército, de división y de brigada, general de fuerza aérea, contralmirante, almirante y vicealmirante; y conferir, durante el estado de guerra internacional, los máximos grados castrenses⁷⁶. Por otra parte, la misma carta confiere al poder legislativo facultades para aprobar en cada legislatura la fuerza militar que ha de mantenerse en tiempo de paz; permitir el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la república, determinando el tiempo de su permanencia; autorizar la salida de tropas nacionales del territorio nacional, estableciendo el tiempo

⁷⁶ Constitución de Bolivia, artículo 96, incisos 18 a 21, y artículo 212.

de su ausencia⁷⁷. Asimismo, esta constitución contempla un dispositivo especial regulador de las Fuerzas Armadas, en virtud del cual se prevé que las mismas –cuya misión fundamental pasa por defender y conservar la independencia nacional, la seguridad y estabilidad de la república, y el honor y la soberanía nacionales; asegurar el imperio de la constitución política, garantizar la estabilidad del gobierno legalmente constituido y cooperar en el desarrollo integral del país- se integran orgánicamente con su comando en jefe, con el ejército, con la fuerza aérea y con la fuerza naval, cuyos efectivos son establecidos por el poder legislativo, a propuesta del ejecutivo. Además, se recuerda que la organización de las Fuerzas Armadas descansa en la jerarquía y en la disciplina, lo que implica que las mismas deben ser “esencialmente obedientes”, encuadrándose en las disposiciones de las leyes y reglamentos militares y permaneciendo ajenas a la acción política partidaria. Así consideradas, las Fuerzas Armadas son colocadas bajo la dependencia del presidente de la república, recibiendo sus ordenes del ministro de defensa en materia administrativa, y del comandante en jefe en lo relativo a los aspectos técnicos, funcionario al que también se le encarga expresamente la dirección de las eventuales operaciones que sea necesario desarrollar en el caso de que las Fuerzas Armadas bolivianas deban emplearse en operaciones de guerra. Cabe destacar, también, que si la constitución del país hermano obliga a todos sus ciudadanos a prestar el servicio militar establecido de acuerdo con la ley, restringe a los extranjeros el ejercicio de mando, empleo o cargo administrativo en las Fuerzas Armadas sin éstos no han obtenido una previa autorización al respecto del capitán general, y prohíbe completamente que aquellos que no sean bolivianos nativos puedan llegar a desempeñarse como subsecretarios de defensa, comandantes en jefe o jefes de estado mayor generales. Asimismo, esta carta garante que los ascensos de los integrantes de las Fuerzas Armadas serán otorgados siempre conforme a lo preceptuado en la ley respectiva⁷⁸.

2. **Brasil.** El artículo 84 de la constitución brasileña –que es el que se ocupa de las atribuciones del Presidente-, prescribe que al titular del ejecutivo le corresponde ejercer el mando supremo de las Fuerzas Armadas, promover los oficiales generales y nombrarlos para los cargos que le son privativos, mientras que el 48, relativo al congreso, delega en este cuerpo la fijación y modificación de los efectivos de las

⁷⁷ Constitución de Bolivia, artículo 59, incisos 14 a 16.

⁷⁸ Constitución de Bolivia, artículos 208 a 211, y 213 a 214.

Fuerzas Armadas⁷⁹. Además, en virtud de lo establecido en el artículo 49 es el congreso el que debe autorizar al Presidente de la República a declarar la guerra, hacer la paz, permitir que transiten por el territorio nacional fuerzas extranjeras o que permanezcan en el temporalmente, salvo los casos previstos en la ley complementaria⁸⁰.

Esta carta también se refiere a la existencia de un Consejo de Defensa Nacional, dotado con competencia para opinar en las hipótesis de declaración de guerra y de declaración de la paz en los términos de la constitución; proponer los criterios y condiciones de utilización diarias indispensables para la seguridad del territorio nacional y opinar sobre su uso efectivo, especialmente en la franja de la frontera y en las relacionadas con la preservación y la explotación de los recursos naturales de cualquier tipo; y estudiar, proponer y controlar el desarrollo de iniciativas necesarias para garantizar la independencia nacional en la defensa de los estados democráticos⁸¹. Asimismo, en lo atinente a la organización de los contingentes militares permanentes, el texto constitucional prescribe lo siguiente: “Las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, por el Ejército, por la Fuerza Aérea son instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas con base en la jerarquía y disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente de la República, que tienen como misión la defensa de la patria, la garantía de los poderes constitucionales y por la iniciativa de cualquiera de estos, de la ley y del orden. Una ley complementaria establecerá las normas generales que serán adaptadas en la organización, en la preparación y en el empleo de las Fuerzas Armadas. No cabrá habeas corpus con relación a sanciones militares disciplinarias”⁸². Por su parte, el artículo 143 determina que el servicio militar es obligatorio en los términos de la ley; prevé la exención del servicio en tiempos de paz de los objetores de conciencia; y exime a las mujeres y a los eclesiásticos del servicio militar obligatorio en tiempo de paz, aunque los sujeta a potenciales obligaciones alternativas.

En otro orden de cosas, esta constitución califica a los militares de “funcionarios públicos militares”, a quienes se les garantiza el goce del grado con todas las prerrogativas que les sean anexas. En este sentido, la carta magna establece que los grados de los oficiales de las Fuerzas Armadas son conferidos por el Presidente de la República, mientras que los de los oficiales de las policías militares y de los cuerpos

⁷⁹ Constitución de Brasil, artículos 48, inciso 3, y 84, inciso 13.

⁸⁰ Constitución de Brasil, artículo 49.

⁸¹ Constitución de Brasil, artículo 91, incisos 1, 3 y 4.

militares de bomberos de los Estados de los territorios y del distrito federal por sus respectivos gobernadores; que el militar en actividad que acepte un cargo público civil permanente será transferido a la reserva; que el militar en actividad que acepte un cargo, empleo o función pública temporal no electivo, incluso de la administración indirecta, quedará agregado a la respectiva planilla y solamente podrá mientras permaneciere en esa situación ser promovido por antigüedad, contándosele el tiempo de servicio solo para dicha promoción y transferencia a la reserva, siendo transferida para la actividad después de dos a años de separación, continuos o no; que están prohibidos a los militares la sindicación y la huelga; que los militares, mientras estén en servicio efectivo no podrán estar afiliados a partidos políticos; que los oficiales de las Fuerzas Armadas solo perderán el puesto y el grado si fuesen juzgados indignos de la oficialidad o incompatibles con ella, por decisión de un tribunal militar de carácter permanente, en tiempo de paz, o de tribunal especial en tiempo de guerra; que los oficiales condenados por la justicia ordinaria o por la militar a penas privativas de la libertad superior a dos años y por sentencia firme, serán sometidos al juicio de indignidad ante la justicia castrense; y que la ley deberá regular los límites de edad, la estabilidad y las demás condiciones de transferencia de funcionario militar para la inactividad⁸³.

3. *Colombia.* Con respecto a las atribuciones del Poder Ejecutivo, la constitución colombiana determina que corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República; conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuera turbado; dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente; proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio, declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera, y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso; permitir en receso del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República⁸⁴. Por su parte, en lo relativo a las atribuciones del Poder Legislativo la misma constitución faculta al senado a aprobar los ascensos militares que confiera el gobierno desde oficiales generales y oficiales de insignia de la fuerza pública, hasta el

⁸² Constitución de Brasil, artículo 142.

⁸³ Constitución de Brasil, artículo 42.

⁸⁴ Constitución de Colombia, artículo 189, incisos 3 a 7.

más alto grado; a permitir el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República; a autorizar al gobierno para declarar la guerra a otra Nación⁸⁵.

En cuanto al régimen asignado a la Fuerza Pública, esta carta constitucional establece expresamente que la misma estará “integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional” y que “todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. Asimismo, que “la Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” y que la “ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera prestacional y disciplinario que le es propio”⁸⁶. En cuanto a sus notas específicas, se aclara que la Fuerza Pública no es deliberante, ni podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley. Correlativamente, se asegura a sus miembros que no serán privados de sus grados, honores, y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley, y que los delitos que cometan en servicio activo y en relación con el mismo servicio serán sometidos al conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del código penal militar⁸⁷.

4. *Chile*. En el caso chileno se entiende que son atribuciones especiales del Presidente de la República designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las mismas fuerzas; disponer de las fuerzas de mar y tierra, organizarlas, distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional; asumir, en caso de guerra, la Jefatura Superior de las Fuerzas Armadas; declarar la guerra previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional⁸⁸. Por su parte, en lo relativo a las competencias militares del Poder Legislativo, la originalidad de la constitución chilena

⁸⁵ Constitución de Colombia, artículo 173, incisos 2, 4 y 5.

⁸⁶ Constitución de Colombia, artículos 216 y 217.

⁸⁷ Constitución de Colombia, artículos 219 a 221.

⁸⁸ Constitución de Chile, artículo 32, incisos 18 a 21.

reside en que ésta distingue una competencia exclusiva de la Cámara de Diputados. A saber, la de declarar si se hace o no lugar a las acusaciones de los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación⁸⁹.

En cuanto a las Fuerzas Armadas, se las considera como integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y se les adjudica un papel esencial en la seguridad nacional y en el mantenimiento del orden institucional de la República. Al respecto, se reputa que las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros son cuerpos cerrados, esencialmente obedientes y no deliberantes, razón por la cual deben caracterizarse por su estructura profesional, jerarquizada y disciplinada. En particular, el artículo 93 de esta constitución dispone que “los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, y el General Director de Carabineros serán designados por el Presidente de la República de entre los cinco oficiales de mayor antigüedad, que reúnan las calidades que los respectivos estatutos institucionales exijan para tales cargos; durarán cuatro años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo período y gozarán de inmovilidad en su cargo”. Asimismo, en este artículo se agrega que “en casos calificados el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional podrá llamar a retiro a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea o al General Director de Carabineros, en su caso”.

5. **Ecuador.** En materia militar, la constitución política de la República del Ecuador determina en cuanto a las atribuciones y deberes del Presidente de la Nación que éste puede otorgar el grado militar y policial y los ascensos jerárquicos a los oficiales de la Fuerza Pública, de acuerdo con la Ley; declarar el estado de emergencia nacional en caso de inminente agresión externa, de guerra internacional o de grave conmoción o catástrofe interna, notificando al Congreso Nacional, si estuviere reunido, o al Tribunal de Garantías Constitucionales en su defecto; y, establecido el estado de emergencia, se lo considera facultado para invertir en la defensa del estado o solución de la catástrofe los fondos fiscales destinados a otros objetos, excepto los correspondientes a sanidad y asistencia social⁹⁰.

En lo atinente a la Fuerza Pública, el mismo texto constitucional declara que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional constituyen la Fuerza Pública, y que su

⁸⁹ Constitución de Chile, artículo 48, inciso 2.

⁹⁰ Constitución de Ecuador, artículo 79, literales h) y m).

preparación, organización, misión y empleo se regulara en la ley; que las Fuerzas Armadas se deben a la Nación y que su máxima autoridad es el Presidente; que dichas fuerzas serán destinadas a la conservación de la soberanía nacional, a la defensa de la integridad e independencia del Estado y a la garantía de su ordenamiento jurídico. Asimismo, y sin menoscabo de su misión fundamental, la ley también podrá determinar su colaboración en el desarrollo social y económico del país y en los demás aspectos concernientes a la seguridad nacional⁹¹. Ello así, se conceptúa que esta fuerza pública no puede ser deliberante. Como contrapartida, a sus miembros se les garantiza estabilidad, el goce de un fuero especial, y la propiedad de su grado y de sus pensiones⁹².

En otro orden de cosas, la constitución establece la obligatoriedad del servicio militar para los ecuatorianos y, tanto para ecuatorianos como su cooperación en todo asunto relativo a la seguridad nacional⁹³.

6. *El Salvador*. En lo relativo a la materia militar, la constitución salvadoreña prescribe que es atribución del Presidente organizar y mantener la Fuerza Armada y conferir los grados militares de conformidad con la ley; disponer de la Fuerza Armada para el mantenimiento de la soberanía, el orden, la seguridad y la tranquilidad de la República y llamar al servicio la fuerza necesaria, además de la permanente para cumplir tales fines; dirigir la guerra y hacer la paz y someter inmediatamente el tratado que celebre con este último fin a la ratificación de la Asamblea Legislativa⁹⁴. También, en lo que respecta a las Fuerzas Armadas, este texto constitucional dispone orgánicamente que “la Fuerza Armada esta instituida para defender la soberanía del Estado y la integridad de su territorio, mantener la paz, la tranquilidad y seguridad publicas y el cumplimiento de la Constitución y demás leyes vigentes”, velando “especialmente porque se mantenga la forma republicana de gobierno y el régimen democrático representativo, no se viole la norma de la alternabilidad en la presidencia de la República, y se garanticen la libertad del sufragio y el respeto a los derechos humanos”⁹⁵. En tanto que “institución fundamental para la seguridad nacional”, la misma debe ser “de carácter permanente, esencialmente apolítico y obediente”⁹⁶. Su

⁹¹ Constitución de Ecuador, artículos 129 a 131.

⁹² Constitución de Ecuador, artículos 132 a 134.

⁹³ Constitución de Ecuador, artículos 137 y 138.

⁹⁴ Constitución de El Salvador, artículo 167, incisos 11 a 13.

⁹⁵ Constitución de El Salvador, artículo 211.

⁹⁶ Constitución de El Salvador, artículo 212.

organización y actividades estarán sujetas a leyes, reglamentos y disposiciones especiales, en tanto que sus contingentes serán fijados anualmente por el Órgano Ejecutivo en el ramo de defensa y seguridad pública de acuerdo a las necesidades del servicio⁹⁷. En cuanto a las características de la carrera militar, se afirma que la misma es profesional y que en ella solo se reconocen los grados obtenidos por escala rigurosa y conforme a la ley; además se establece que los militares no podrán ser privados de sus grados, honores y prestaciones salvo los casos determinados por la ley⁹⁸.

7. **Guatemala.** En lo atinente a las facultades castrenses del presidente, la constitución guatemalteca dispone que el titular del ejecutivo ejerce el mando de las Fuerzas Armadas de la Nación con el carácter del Comandante General del Ejército, con todas las funciones y atribuciones respectivas, si bien impartirá sus órdenes por conducto del oficial general o coronel o su equivalente en la marina de Guerra que desempeñen el cargo de ministro del ramo de la defensa. Así las cosas, puede decretar la movilización y la desmovilización; y otorgar los ascensos de la oficialidad del Ejército de Guatemala en tiempo de paz y en estado de guerra, así como conferir condecoraciones y honores militares en los casos y formas establecida por la ley constitutiva del Ejército y demás leyes y reglamentos militares⁹⁹.

En cuanto a la estructura y organización del ejército, se consigna que se trata de una institución destinada a mantener la independencia, la soberanía y el honor de Guatemala, y la integridad del territorio, la paz y la seguridad interior y exterior. Además, eventualmente deberá prestar su cooperación en momentos de emergencia o calamidad pública. Asimismo, que su organización es única e indivisible, de carácter esencialmente profesional, apolítico, jerárquico, obediente y no deliberante¹⁰⁰. Para ser oficial del Ejército, la constitución exige la nacionalidad guatemalteca de origen y no haber adoptado en ningún tiempo otra nacionalidad. En cuanto a la restricción de los derechos individuales, se prohíbe a los integrantes del ejército en servicio activo ejercer el derecho de sufragio y el derecho de petición¹⁰¹.

⁹⁷ Constitución de El Salvador, artículo 213.

⁹⁸ Constitución de El Salvador, artículo 214.

⁹⁹ Constitución de Guatemala, artículo 183, literales c) y d), y artículo 245.

¹⁰⁰ Constitución de Guatemala, artículos 244 y 249.

¹⁰¹ Constitución de Guatemala, artículos 247 y 248.

8. **Honduras.** Con respecto a las atribuciones militares del Congreso, la ley suprema hondureña expresa que corresponden al Congreso Nacional las atribuciones para conferir los grados de Mayor a General de División, a propuesta del Poder Ejecutivo; la de fijar el número de miembros permanentes de la Fuerzas Armadas; la de autorizar o negar el tránsito de tropas extranjeras por el territorio del país; la de autorizar al Poder Ejecutivo la salida de tropas de las Fuerzas Armadas para prestar servicios en territorio extranjero, de conformidad con tratados y convenciones internacionales; la de declarar la guerra y hacer la paz; la de autorizar la recepción de misiones militares extranjeras de asistencia o cooperación técnica en Honduras¹⁰². A su vez, en lo relativo al Ejecutivo el citado texto constitucional dice que compete al Presidente de la República –quien ejerce el mando directo de las Fuerzas Armadas– mantener incólume la independencia y el honor de la República, y la integridad e inviolabilidad del territorio nacional; mantener la paz y la seguridad interior de la República y repeler todo ataque o agresión exterior; ejercer el mando en jefe de las Fuerzas Armadas en su carácter de Comandante General, y adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República; declarar la guerra y hacer la paz en receso del Congreso Nacional, el cual deberá ser convocado inmediatamente; conferir grados militares desde Subteniente hasta Capitán, inclusive; velar porque las Fuerzas Armadas sean apolíticas, esencialmente profesionales, obedientes y no deliberantes ; permitir o negar, previa autorización del congreso nacional, el tránsito por el territorio de Honduras de tropas de otro país; y permitir previa autorización del Congreso Nacional, la salida de tropas hondureñas a prestar servicios en territorio extranjero, de conformidad con los tratados y convenciones internacionales para operaciones sobre el mantenimiento de la paz¹⁰³.

En cuanto a la caracterización de las Fuerzas Armadas, la constitución hondureña consigna que se trata de una institución nacional de carácter permanente, esencialmente profesional, apolítica, obediente y no deliberante, que se constituye para defender la integridad territorial y la soberanía de la República, mantener la paz, el orden público y el imperio de la constitución, los principios de libre sufragio y la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República. En particular, las mismas se constituyen con el Alto Mando, el Ejército, la Fuerza Aérea, la Fuerza Naval,

¹⁰² Constitución de Honduras, artículo 205, incisos 24 a 29.

¹⁰³ Constitución de Honduras, artículo 245, incisos 3, 4, 16, 17, 25, 36, 37, 43 y 44, y artículo 277.

la Fuerza de Seguridad Pública y los organismos y dependencias que determine la ley, y se sujetan en su funcionamiento por leyes y reglamentos especiales¹⁰⁴. Algo análogo sucede con los tribunales castrenses¹⁰⁵. En cuanto a su conducción técnica, se establece que el jefe de las Fuerzas Armadas deberá ser un oficial general o superior, con el grado de coronel de las armas o su equivalencia, en servicio activo, hondureño de nacimiento y elegido por el Congreso Nacional de una terna propuesta por el Consejo Superior de las Fuerzas Armadas. Durará en sus funciones 5 años y solo podrá ser removido de su cargo por el Congreso Nacional, cuando hubiere sido declarado con lugar a formación de causa por dos tercios de sus votos de sus miembros y en los demás casos previstos por la ley constitutiva de las Fuerzas Armadas. Asimismo, no podrá ser elegido Jefe de las Fuerzas Armadas ningún pariente del presidente de la República o de sus sustitutos legales, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad¹⁰⁶. En cuanto al Consejo Superior de las Fuerzas Armadas, se trata de un órgano de consulta en todos los asuntos relacionados con la Constitución, al que cabe asignar competencia decisiva en las materias de su especial competencia y como Tribunal Superior de las Fuerzas Armadas en los asuntos que sean sometidos a su conocimiento¹⁰⁷.

Respecto del estatuto del personal militar, la constitución de Honduras establece que los grados militares sólo se adquieren por riguroso ascenso de acuerdo con la ley respectiva, y que los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones en otra forma que la fijada por la legislación. En cuanto al tema particular de los ascensos, desde el grado de subteniente hasta el de capitán inclusive, éstos son otorgados por el Presidente de la República a propuesta del Jefe de las Fuerzas Armadas. En cambio, los ascensos desde mayor hasta general de división inclusive, son concedidos por el Congreso Nacional a propuesta conjunta del Presidente de la República y del Jefe de las Fuerzas Armadas¹⁰⁸.

9. **México.** En México su Poder Ejecutivo está facultado en asuntos de índole militar para nombrar con aprobación del Senado, a los Coroneles y demás oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales; para designar a los demás oficiales de Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, con arreglo a las leyes; para disponer de la totalidad de las Fuerza Armada permanente, o sea del Ejército terrestre,

¹⁰⁴ Constitución de Honduras, artículos 273 y 274.

¹⁰⁵ Constitución de Honduras, artículo 275.

¹⁰⁶ Constitución de Honduras, artículo 279.

¹⁰⁷ Constitución de Honduras, artículo 285.

de la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea, para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación; para desplegar la Guardia Nacional para los mismos objetos; y para declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos previa Ley del Congreso de la Unión¹⁰⁹. Por su parte, las atribuciones del Legislativo en la materia son las de declarar la guerra, en vista de los datos que le presenten el Ejecutivo; levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, a saber, el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea Nacionales, y para reglamentar su organización y servicio; para dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, reservándose a los ciudadanos que la formen el nombramiento respectivo de Jefes y oficiales y a los Estados la facultad de instruirla conforme a la disciplina prescrito por dichos reglamentos¹¹⁰. Además, corresponde exclusivamente al senado ratificar el nombramiento hecho por el Ejecutivo de los coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales en los términos que la ley disponga; autorizar al presidente para que pueda permitir la salida de tropas nacionales fuera de los límites del país, el paso de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estación de escuadras de otra potencia, por más de un mes en aguas mexicanas; y permitirle al mismo magistrado que disponga de la Guardia Nacional fuera de sus respectivos estados¹¹¹.

Por otro lado, en cuanto a las características de las Fuerzas Armadas, la constitución de México es terminante en el sentido de prohibir que en tiempo de paz la autoridad militar pueda ejercer mas funciones que la que tenga “exacta conexión con la disciplina militar”¹¹².

10. **Paraguay.** Respecto de los aspectos tratados en este apartado, podemos decir que la constitución paraguaya estatuye entre las atribuciones militares del titular Ejecutivo que éste es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación, cargo que no puede delegar y en virtud del cual cuenta con autoridad para dictar los reglamentos militares, organizar y distribuir a las Fuerzas Armadas. De este modo, puede por sí nombrar y remover a los comandantes de la Fuerza Pública. Además, es el encargado de adoptar las medidas necesarias para la defensa nacional, para proveer los grados en todas las armas, hasta el de teniente coronel o sus equivalentes, y con acuerdo

¹⁰⁸ Constitución de Honduras, artículo 290.

¹⁰⁹ Constitución de México, artículo 89, incisos IV a VIII.

¹¹⁰ Constitución de México, artículo 73, incisos XII a XV.

¹¹¹ Constitución de México, artículo 76, incisos II a IV.

del Senado para los grados superiores¹¹³. En cuanto a las atribuciones Legislativo, éste cuenta con la competencia para autorizar la entrada de fuerzas armadas extranjeras al territorio de la República y la salida al exterior de los nacionales, salvo los casos de mera cortesía¹¹⁴.

En otro orden de cosas, la misma constitución prevé que las Fuerzas Armadas de la Nación constituyen una institución nacional que será organizada con carácter permanente, profesional, no deliberante, obediente, subordinada a los poderes del Estado y sujeta a las disposiciones de esta constitución y de las leyes, que su misión es la de custodiar la integridad territorial y la de defender a las autoridades legítimamente constituidas conforme con esta constitución y las leyes. En particular, su organización y sus efectivos serán determinados por la ley. Además, se establece que los militares en servicio activo ajustarán su desempeño a las leyes y reglamentos, y no podrán afiliarse a partido o a movimiento político alguno, ni realizar ningún tipo de actividad política¹¹⁵.

11. **Perú.** En la constitución peruana las atribuciones militares del Poder Ejecutivo son las de velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República; presidir el sistema de la defensa nacional; organizar y distribuir el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; adoptar las medidas necesarias para la defensa de la república, de la integridad del territorio y de la soberanía del estado; declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso; y autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero¹¹⁶. En cuanto a su relación con el Congreso, el Presidente de la República está obligado a poner a disposición del mismo los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que demande el Presidente del Congreso¹¹⁷. Además, este cuerpo es el único organismo dotado de potestad para autorizar el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que ello no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional¹¹⁸.

Cabe señalar, además, que la constitución del Perú presenta uno de los tratamientos más orgánicos y detallados en lo que a la regulación de las Fuerzas Armadas se refiere. De este modo, dedica todo un capítulo –el XII- a la seguridad y

¹¹² Constitución de México, artículo 129.

¹¹³ Constitución de Paraguay, artículo 238, inciso 9.

¹¹⁴ Constitución de Paraguay, artículo 183, inciso 3.

¹¹⁵ Constitución de Paraguay, artículo 173.

¹¹⁶ Constitución de Perú, artículo 182, incisos 4, 14, 15, 16 y 23.

¹¹⁷ Constitución de Perú, artículo 98.

¹¹⁸ Constitución de Perú, artículo 102.

defensa nacional. En esta parte, que comprende los artículos 163 a 175, la constitución que nos ocupa, establece, entre otros, claros conceptos sobre la defensa nacional, la responsabilidad del Presidente en materia de dirección, preparación y ejercicio de la defensa nacional, la conducción por parte del Presidente de las Fuerzas Armadas, la vigencia de la Justicia Militar.

12. **República Dominicana.** Con respecto al tema que nos ocupa, la constitución de la República Dominicana delimita las atribuciones militares del Poder Ejecutivo, estableciendo que el Presidente de la República es Jefe Supremo de todas las Fuerzas Armadas de la República y de los Cuerpos Policiales. De este modo, le corresponde disponer en todo tiempo cuanto concierna a las Fuerzas Armadas de la Nación, mandándolas por sí mismo o por medio de la persona o personas que designe para hacerlo, conservando siempre su condición de jefe supremo de las mismas; fijar el número de dichas fuerzas y disponer de ellas para fines del servicio público; tomar las medidas necesarias para proveer a la legítima defensa de la Nación en caso de ataque armado actual o inminente de parte de Nación extranjera, debiendo informar al Congreso sobre las disposiciones así adoptadas; nombrar o revocar los miembros de los consejos de guerra de las fuerzas armadas y de la policía nacional; y disponer todo lo relativo a zonas aéreas, marítimas, fluviales y militares¹¹⁹.

Asimismo, y con relación a las Fuerzas Armadas esta ley fundamental dispone que las Fuerzas Armadas sean esencialmente obedientes y apolíticas y que no tengan, en ningún caso, la facultad para deliberar. El objeto de su creación es, pues, defender la independencia e integridad de la República, mantener el orden público, y sostener la constitución y las leyes. Además, podrán intervenir, cuando así lo solicite el Poder Ejecutivo, en programas de acción cívica y en planes destinados a promover el desarrollo social y económico del país¹²⁰.

13. **Uruguay.** En el caso uruguayo, estipula que corresponde al Presidente de la República, acompañado con el ministro o ministros respectivos, o con el consejo de ministros, la conservación del orden y seguridad en el interior y la seguridad en lo exterior; el mando superior de todas las Fuerzas Armadas; la concesión de retiros y pensiones militares conforme a las leyes; la provisión de los empleos civiles y militares, conforme a la constitución y a las leyes; la concesión de los ascensos militares,

¹¹⁹ Constitución de la República Dominicana, artículo 55, incisos 14, 15, 17, y 18.

¹²⁰ Constitución de la República Dominicana, artículo 93.

conforme a las leyes, necesitando, para los de coronel y demás oficiales superiores la venia de la Cámara de Senadores o en su receso la de la comisión permanente; la destitución de los empleados militares¹²¹.

Por su parte, a la Asamblea General le compete designar todos los años la fuerza armada necesaria; permitir o prohibir que entren tropas extranjeras en el territorio de la república, determinando, para el primer caso, el tiempo en que deban salir de el, con la excepción de las fuerzas que entran al solo efecto de rendir honores, cuya entrada será autorizada por el Poder Ejecutivo; Negar o conceder la salida de Fuerzas Nacionales fuera de la República, señalando para este caso, el tiempo de su regreso a ella; y hacer los reglamentos de milicia y determinar el tiempo y numero en que deben reunirse¹²².

14. **Venezuela.** En cuanto a la antigua constitución venezolana, ésta prescribía en su artículo 190 que era competencia del Presidente de la República ejercer en su carácter de comandante en jefe de las fuerzas armadas nacionales, la suprema autoridad jerárquica de ellas y fijar el contingente de las Fuerzas Armadas nacionales. Por su parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150 correspondía al senado autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país, a solicitud del Ejecutivo Nacional y autorizar el ascenso de oficiales de las Fuerzas Armadas desde coronel o capitán de navío inclusive.

15. Concluida la anterior exposición, cabe señalar ahora que hemos recurrido al anterior examen del derecho constitucional militar americano, para dejar evidenciado que todos los textos aludidos tratan el tema de los poderes militares en forma expresa y prolija, incluso muchas veces de manera orgánica, con la finalidad de dejar salvaguardado el principio republicano de gobierno. A tal fin, las cartas constitucionales referidas separan el poder de mando y organización técnica de los ejércitos del poder de organización general de los mismos. De este modo, el primero radica en el Presidente, quien es en definitiva el responsable de la conducción, mientras que el segundo pasa a ser asunto del Congreso o de la Asamblea Legislativa. Así, todo queda estructurado de tal forma que ninguno de estos dos operadores de la constitución pueda situarse en una situación de preeminencia por el uso de la fuerza pública militar.

Además, podemos notar como estos textos constitucionales hacen consideración en particular a la persona del militar, vedándole a éste las posibilidades de ocupar otros

¹²¹ Constitución de Uruguay, artículo 168, incisos 1, 2, 3, 9, 11 y 14.

cargos mientras sea funcionario en los ejércitos, y garantizando en todo momento que quien sea responsable de la prestación del servicio público militar se guíe por una vocación de servicio casi irrestricta, de sacrificio, a tal punto que algunos textos constitucionales expresamente le impiden la posibilidad de sindicación o, como el brasilero, le prohíben la interposición de hábeas corpus en el caso de ser objeto de arrestos militares.

¹²² Constitución de Uruguay, artículo 85, incisos 8, 11, 12 y 15.

Capítulo 4

Los tribunales militares

4.1. La unidad jurisdiccional y las jurisdicciones especializadas

1. En principio, se considera la jurisdicción como el poder genérico de administrar justicia que surge de las atribuciones propias de la soberanía del estado. Por su parte, la competencia es el modo o manera como se ejerce esa jurisdicción por circunstancias concretas de materia, cuantía, grado, turno o territorio, imponiéndose por tanto una competencia por necesidades de orden práctico. Así, pues, la jurisdicción es el género, mientras que la competencia viene a ser la especie. De este modo, todos los jueces tienen jurisdicción, pues tienen el poder de administrar justicia, aunque su competencia resulte sobre asuntos determinados.

Ahora bien, volviendo a la definición de jurisdicción, podemos decir ahora que etimológicamente esta palabra significa decir o declarar el derecho. Desde el punto de vista más general, la jurisdicción hace referencia al poder del estado de impartir justicia por medio de los tribunales o de otros órganos, como la conciliación y el arbitraje, en los asuntos que llegan a su conocimiento. Sin embargo, este concepto es empírico y no penetra al fondo del problema científico. Al respecto, no está de más tener presente que en el derecho romano bajo la palabra jurisdicción se comprendían simultáneamente algunas de las facultades que ahora se atribuyen al Poder Legislativo y otras que corresponden a los tribunales.

En nuestros días Lino Palacio nos advierte que en el lenguaje jurídico se le acuerdan diversos significados a la palabra jurisdicción. De este modo, se la utiliza para aludir a los límites territoriales dentro de los cuales ejercen sus funciones específicas los órganos del Estado, sean ellos judiciales o administrativos; para señalar la aptitud o capacidad reconocida a un juez o tribunal para conocer en una determinada categoría de

pretensiones o de peticiones, confundiendo de tal manera la jurisdicción con la competencia, que, como ya se dijera, es la medida en que aquélla se ejerce; para referirse al poder que, sobre los ciudadanos, ejercen los órganos estatales; y para, desde el punto de vista más técnico, remitirse a la función estatal que consiste en la administración de justicia en los casos litigiosos¹²³.

Al margen de lo dicho, y con carácter complementario, consideramos oportuno ahora recordar algunas de las caracterizaciones que del concepto jurisdicción se han vertido a lo largo de la historia jurídica occidental. Comenzamos así por la del romano Gayo, quien afirmaba que la jurisdicción era “en el sentido más amplio, el poder de los magistrados relativos a las contiendas (jurisdicción contenciosa) o relaciones jurídicas (jurisdicción voluntaria), entre particulares, sea que este poder se manifieste por medio de edictos generales, sea que se limite a aplicar a los litigios que le son sometidos, las reglas anteriormente establecidas”¹²⁴. Por su parte, entre los cultores del antiguo derecho español, Joaquín Escriche sostuvo que la jurisdicción era “el poder o autoridad de alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles ó criminales ó así de unos como de otros, y decirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes”¹²⁵. Por otra parte, mientras que Manresa y Navarro afirma que “la jurisdicción es la potestad con que se hallan revestidos los jueces para administrar la justicia”¹²⁶, Vicente y Caravantes recordó que los elementos básicos de la jurisdicción eran la “*notio*, que es la facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales y que presupone, desde luego, la de citar a la parte (*vocatio*) para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias a esos fines”, el “*iudicium* que es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa y, finalmente, el *imperium*, consistente en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las

¹²³ Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, pág. 86.

¹²⁴ Gayo, *Institutas* (traducción, notas e introducción por Alfredo Di Pietro), 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, pág. 115.

¹²⁵ Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Librería de la viuda de C. Bauret, 1920, pág. 1113.

¹²⁶ José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Civil, reformada conforme a las bases aprobadas por la ley del 21 de Junio de 1886*, Madrid, 1929, 5º ed., t. II, págs. 127 y sgtes.

decisiones judiciales"¹²⁷. Por otra parte, durante el siglo XX Guasp caracterizó la jurisdicción como la “función pública de examen y actuación de pretensiones”¹²⁸; Rocco como “la actividad con que el Estado, interviniendo a instancia de particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho, que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que los ampara”¹²⁹; y Torre como “la facultad de hacer justicia en los casos litigiosos”¹³⁰.

2. Ahora bien, en un sentido técnico, se concibe la jurisdicción como aquella función del estado que tiene por objeto otorgar justicia y que se lleva a cabo por medio de órganos especialmente instituidos y a través de un procedimiento o proceso que esos mismos órganos dirigen. En este orden de cosas, cabe tener presente que la función de juzgar y ejecutar lo juzgado deriva ineludiblemente de la soberanía o poder del Estado, por lo que la concepción de la administración de justicia dependerá de la concepción que se tenga de aquella soberanía, de quién es su titular y de qué forma y modo se ejercita.

De este modo, cuando el poder político estuvo concentrado en una sola mano, como en el caso de las monarquías absolutas, era el soberano quien administraba justicia, ya cuando lo hacía por sí mismo, ya cuando lo hacía por medio de sus delegados, quienes frecuentemente reunían la condición de autoridad civil, militar y judicial, o ya cuando lo hiciese concediendo facultades judiciales a determinados grupos sociales o corporaciones respecto a los procesos o litigios en que tuviesen intereses sus miembros. Así, junto a una jurisdicción regia, en sentido estricto, fueron proliferando otras de tipo estamental, competentes para juzgar a quienes poseían determinado fuero personal. Nobles, clérigos, religiosos, miembros de las ordenes militares, militares, marinos, comerciantes, universitarios, extranjeros, etc., gozaban de numerosas exenciones y privilegios, entre los que figuraba el de ser juzgado por sus iguales.

¹²⁷ José de Vicente y Caravantes, *Tratado Histórico Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Tomo I, Madrid, Gaspar y Roig, pág. 118.

¹²⁸ Jaime Guasp, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Aguilar, 1943, t. I., págs. 987 y sgtes.

¹²⁹ Ugo Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, pág. 243 y sgtes.

¹³⁰ Abelardo Torre, *Introducción al Estudio del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1957, pág. 70 y sgtes.

En contraposición a lo dicho, una de las más importantes conquistas de los primeros regímenes constitucionales liberales pasó por poner freno a ese poder absoluto mediante el expediente de distinguir y separar los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, encomendándose al último de los nombrados el control de legalidad de las actividades de todas las autoridades, funcionarios y ciudadanos en tanto que eficaz garantía de la libertad política y del imperio de la ley. Así las cosas, el judicial fue concebido como un poder distinto y único, derivando de ello que se exigiese el principio de la unidad jurisdiccional como salvaguardia de que la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley sería el resultado de la actuación de un conjunto homogéneo de magistrados independientes e imparciales, ajenos a toda injerencia de los demás órganos que también detentan una porción de poder. Ahora bien, adviértase que el principio de unidad jurisdiccional no resulta incompatible con el hecho de que, dada la inmensa complejidad del ordenamiento jurídico, puedan existir juzgados y tribunales especializados en determinadas ramas o sectores del derecho. Empero, lo que no puede ser tolerado es que, al amparo de la especialización se produzcan discriminaciones o desigualdades inaceptables entre los justiciables, de modo tal que no todos gocen de las mismas garantías.

Al respecto, no está de más recordar que la constitución española se ha hecho eco de este tipo de planteamientos, configurando el poder judicial con arreglo a estos criterios básicos. Dice así esta carta que la justicia emana del pueblo y que se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley¹³¹. Además, allí se establece que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales¹³². Por su parte, nuestra constitución nacional prevé en la segunda parte, título primero, sección tercera, capítulos primero y segundo (artículos 108 a 119) la naturaleza, duración y atribuciones del Poder Judicial. De este modo se establece que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación; se determina que en ningún caso el Presidente de la Nación podrá ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas; y se establece –entre otras cosas- que los

¹³¹ Constitución española, artículo 117.1. E. Sanchez Goyanes, *Constitución española comentada*, Madrid, Paraninfo, 1983, pág. 17.

¹³² Constitución española, artículo 117.5, apartado 1.

miembros del máximo tribunal y los de los tribunales inferiores se conservarán en sus funciones mientras dure su buena conducta, recibiendo por sus servicios compensaciones establecidas por ley que de ningún modo podrán ser disminuidas mientras permanezcan en el ejercicio de sus cargos.

4.2. Antecedentes históricos de la jurisdicción militar

1. Desde la antigüedad, las luchas por la supervivencia y el desarrollo de los pueblos -incluso de los más primitivos- impusieron la necesidad de establecer normas que regulara las guerras y los combates, como así también, sus consecuencias. De este manera, desde los tiempos más remotos puede constatarse que donde existieron ejércitos también, en mayor o menor medida, cobró vida una legislación y una administración de justicia de carácter militar específico como fruto o consecuencia de la idea, universal y permanentemente compartida, de que mantener la disciplina entre las tropas requería un uso rápido y eficaz de la potestad o poder de castigar. Una primera idea, por tanto, que nos puede servir para ir delimitando el campo de la justicia militar es que el núcleo central en torno al cual ésta gira es el de unas normas jurídicas que prevén la imposición, por medios expeditivos, de severas sanciones. Como consecuencia de ello, ha sido también un criterio generalizado a lo largo de la historia el de que quien ha ejercido el mando militar ha tenido simultáneamente la facultad de juzgar a sus subordinados, aunque para el desempeño de esta función judicial contase con la ayuda o el asesoramiento de expertos en derecho.

En particular, tanto en el derecho romano como en algunos ordenamientos medievales encontramos varios precedentes de esta especial administración de justicia. Así, en el derecho romano y en una primera época, podemos decir que, de acuerdo con los tratadistas, no parece que existiera una jurisdicción militar distinta de la civil u ordinaria. Empero, con el paso del tiempo y con la expansión del imperio y sus correspondientes campañas militares, se va produciendo progresivamente una delegación de jurisdicción, hasta el punto de confirmarse la existencia de un fuero especial para los "milites" y aparecer algunos funcionarios encargados de ejercer esta jurisdicción militar, como es el caso de los Cónsules y, posteriormente, el de los

Tribunos Militares. En cuanto a los precedentes medievales es dable reseñar que en el siglo XIII se promulgan en España las *Siete Partidas* de Alfonso X - consideradas como el punto de arranque de la legislación militar española, lo que a la postre implica que también es el inicio de la nuestra-, cuerpo legal que incluye normas de carácter militar. Así y aunque sólo sea a título indicativo cabe resaltar que en ellas se regulan por primera vez órganos judiciales castrenses, cuales son el Alférez del Rey y el Adalid, en los ejércitos, y los Cómities y el Almirante, en las armadas. En estas primeras normas medievales aparece ya el derecho militar en sus ramas penal y disciplinaria, como instrumento jurídico mediante el que se castigaba aquellas conductas que atentaban contra los valores superiores de los ejércitos y en especial contra la disciplina. Asimismo, aparece un rudimento de jurisdicción militar que, por delegación real, correspondían al Alférez del Rey y al Almirante sobre sus respectivas huestes, para juzgar y ejecutar lo juzgado.

Luego, y desde finales del siglo XV, se producen una serie de cambios de una enorme trascendencia para la jurisdicción militar. De un lado, la creación en España en 1480 de la figura del Capitán General, que posteriormente contará con un Auditor General encargado de los Servicios de Justicia; por otro, la imposición del servicio militar obligatorio, lo que traerá como consecuencia la formación de ejércitos permanentes, algo que resultará una indispensable premisa de la existencia de jurisdicción militar tal como la entendemos actualmente. Entramos así en una época donde la jurisdicción militar se sustenta en una normativa divulgada a modo de bando por los superiores de las fuerzas militares, lo que no es otra cosa que lo que se ha venido llamando genéricamente como ordenanzas militares. En particular, estas normas poseían un doble carácter: su contenido era tanto jurídico como moral, ya que establecían desde aspectos de la vida cotidiana de las unidades, como elementos deontológicos propios de la cultura militar, sin duda metajurídicos, tales como el culto al honor, el servicio al rey o a la patria, el fomento de ciertas virtudes tales como el valor, la abnegación o la capacidad de sacrificio. Por ello han pervivido y han formado un código ético de comportamiento militar generalmente extendido, que obligaba al soldado a combatir de tal forma que fuera siempre honorable y civilizado, cuyos antecedentes se encuentran en las leyes de la caballería.

Empero, a pesar de existir esta normativa fue preciso que transcurrieran varios siglos antes de que se sentaran las bases para una tipificación jurídica y no solo moral.

Al respecto, los primeros atisbos sobre la regulación de estas materias se contienen en las *Leyes de Indias*, dictadas para regular las relaciones de los conquistadores (militares), en relación con la población indígena de América, y en los bandos dictados en el siglo XVI por los Capitanes Generales en las campañas de Italia y Flandes. En este sentido las colecciones documentales efectuadas por Portugués, Colón de Larriátegui, Vallecillo y Bacardí dan buena cuenta de éstas y otras normas semejantes, en las que ya se hace referencia al comportamiento que debía someterse el militar español en relación con el propio ejército, con la población civil de los territorios ocupados, y con el enemigo.

2. En lo que se refiere estrictamente a justicia militar, tuvieron especial trascendencia las Ordenanzas que, en nombre de Felipe II, promulgó Alejandro de Farnesio para los ejércitos de Flandes en 1587, las de la Armada de Fernando VI (de 1748), y las del Ejército, dictadas en 1768 por Carlos III, antecedente éste último de nuestra legislación militar. La Justicia Militar se caracterizaba entonces por la existencia de unidad de mando y de jurisdicción. Quien manda, pues, juzga y por ello existe doble obligación de obedecerle. Los jefes de las unidades enjuiciaban y, por tanto, aplicaban el derecho a sus subordinados. La determinación de la culpabilidad, y la correlativa imposición de una pena, por haber cometido un ilícito, era realizada por los superiores del inculpado. Además, se les reconocía una enorme gama de competencias, no sólo en materia penal, que eran sin duda las más importantes, sino también en materia civil y administrativa. Asimismo, el mando estaba auxiliado por un conjunto de personas con demostrados conocimientos jurídicos que, si bien no constituían un cuerpo cerrado en su sentido actual, era conocida por el nombre de auditores. Este término tiene su origen en que el mando al que asesoraban debía oír su opinión como trámite previo a la toma de decisiones que tuvieran trascendencia jurídica. Incluso en determinadas circunstancias recibían por delegación competencias jurisdiccionales y con ellas la capacidad de juzgar y ejecutar lo juzgado. A su vez los auditores estaban auxiliados por un conjunto heterogéneo de personas, tales como los capitanes de justicia, relatores, escribanos, barricheles, verdugos, vigлерos, alguaciles y corchetes.

Queda claro, pues, que la autoridad titular de la potestad jurisdiccional carecía de conocimientos jurídicos. De ahí la importancia de la función jurídica asesora que desempeñaban los auditores. Al respecto, no podemos dejar de traer a colación la conocida cita del Duque de Alba, quien se sentía "manco" sin su Auditor. La mejor y

más clara definición de la función asesora en la administración de la justicia militar nos la ofrece el Título VIII de las Ordenanzas de Carlos III, de 1768, cuando dice que "siendo de la mayor importancia la recta y buena administración de Justicia en un Ejército que se halle en campaña, reservo en mi Persona el nombramiento de un Auditor general que sirva en él, del carácter, graduación, ciencia y circunstancia correspondientes a la gravedad de tan respetable ministerio"¹³³. En el mismo sentido, Sancho de Londoño decía de ellos que "para decidir y determinar los casos civiles y criminales, que se requieren en términos de ley, deben tener los Maestres de Campo asesores, como en España los Corregidores o Gobernadores que no son letrados, y con consulta de tales asesores, que entre nosotros se dicen Auditores"¹³⁴, mientras que Scarión afirmaba que "los Auditores de Tercio deben ser letrados y más soldados que letrados, pues aunque han de terminar las causas civiles que acontecen entre soldados, y las criminales cuando se les remiten es necesario que consideren que las leyes para las gentes de guerra no han de ser tan graves ni severas como las de los ciudadanos por respeto de las libertades que desde antiguamente trae consigo la guerra y se le permiten (...) El Auditor General ha de ser muy buen letrado y debe andar siempre donde va la persona del general"¹³⁵. La primera norma en la que aparece la figura del Auditor es la "Instrucción dada en Génova por el Emperador Carlos V a 15 de noviembre de 1536 para el régimen y organización de su ejército en Italia". En ella se decía: " es nuestra merced que en el dicho nuestro Ejército haya un Auditor para determinar en derecho y sentenciar las causas que en él hubiere entre partes". Treinta y cuatro años más tarde se recoge un criterio análogo en la Ordenanza de Felipe II de 5 de julio de 1570. De acuerdo con ella, la jurisdicción se articulaba, en los Tercios, alrededor de tres autoridades: el Auditor, el Maestre de Campo (comandante del Tercio) y el Capitán General. El reparto competencial giraba en torno a la trascendencia de la controversia que se planteara ante cada autoridad. Reseña sobre el particular Quatrefages que "al Auditor de un Tercio le correspondían todos los procesos y desavenencias entre las gentes de su unidad. Tenía poder y facultad para determinar los motivos y hacer justicia,

¹³³ Antonio VALLECILLO, Ordenanzas de S.M. para el Régimen Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos ilustradas por artículos con las Reales Ordenes expedidas hasta la fecha de esta edición, t. 3, pág. 406.

¹³⁴ Sancho de Londoño, *Disciplina Militar* (1568). En Museo Naval de Madrid, Colección Guillén, Ms. 3894.

¹³⁵ Scarión, *Doctrina Militar* (1598).

una vez oídas las partes conforme al dicho huso y loable costumbre de los ejércitos"¹³⁶. El Maestre era competente para resolver los procesos en los que se pudieran imponer penas corporales o de muerte. El Capitán General resolvía en casos de apelación y cuando el conflicto se refiriera a varias Naciones, es decir, cuando los militares encausados tuvieran diversa nacionalidad, previo informe del Auditor. Junto a la Ordenanza comentada, otro de los documentos más antiguos en los que se recoge la existencia del Auditor data del 26 de junio de 1571. En él Felipe II nombra Auditor General de la Armada al Doctor Morcate. A partir de ese momento, las citas son frecuentes. Así, la ya mencionada Ordenanza del 13 de mayo de 1587, dada por Alejandro de Farnesio, Duque de Parma y Plasencia, conocida como Primera de Flandes, establecía que el cargo de Auditor General "es muy preeminente, porque es la persona sobre la que el Capitán General descarga todos los negocios y casos de justicia que él propio ha de juzgar y determinar. Porque a Nos, como Capitán General, toca la cognición, Jurisdicción, querellas, delitos y maleficios que aconteciesen entre soldados y gentes de guerra. El Auditor General conocerá de todos los pleitos y diferencias, así civiles como militares y las que lleven aparejadas pena capital". Por su parte, la "Ordenanza para las Armada del Océano y flotas de Indias", de 1606, regulaba de nuevo la jurisdicción especial de la Armada, al establecer que "en ningún puerto de estos reinos donde invernare o entrare la dicha Armada o cualquier escuadra de ella, pueda conocer de las causas civiles o criminales de la gente de mar y guerra que en ella me sirve o adelante sirviere, ninguna justicia de tierra, sino solamente el general o Auditor de la dicha Armada o escuadra"¹³⁷. Asimismo, las "Ordenanças del buen gobierno de la Armada del Mar Océano de 24 de enero de 1633", establecían respecto al "Auditor general y sus ministros", en su artículo 14, lo siguiente: "para administrar justicia, se halla sirviendo en la Armada un Auditor general por mi nombramiento, el cual ha de determinar todos los casos de justicia que se ofrecieren entre la gente de mar y guerra que sirviere en la dicha Armada, y Escuadras de ella, en conformidad de su titulo, con comunicación del mi Capitán General, como siempre se ha acostumbrado, y tendrá el dicho Auditor general dos Alguaciles y un Escribano para el ejercicio de su oficio, los

¹³⁶ René Quatrefages, *Los Tercios*, Madrid, Ediciones Ejército, 1983, pág. 151.

¹³⁷ Citado por el Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar Español Miguel Lia Plana, *Origen histórico administrativo de los Auditores de la Armada Española, S XVI*. En <http://derecho.militar.metropoliglobal.com>.

cuales han de ser a su satisfacción, y no les ha de permitir que hagan vejaciones, ni otros excesos, reparándolos con castigo ejemplar cuando se averiguare que los cometen"¹³⁸.

Posteriormente, la Guerra de Sucesión impuso un nuevo estilo de organización y, lógicamente, de legislación. Así, con ánimo compilador, Felipe V dictó la "Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701, que llaman de Flandes" (segunda de Flandes, para distinguirla de la anterior), obra capital para el Derecho Militar Español, que se mantuvo intacta hasta su reforma, realizada por Real Orden de 12 de julio de 1728. En ella se regulaba una institución tan importante como el "consejo de guerra". Este sistema de enjuiciamiento se basaba en la formación de un jurado, constituido por número impar de oficiales, bajo la autoridad de un coronel, capitán de navío o asimilado en el cuerpo del acusado. El auditor debía determinar si el fallo del consejo era ajustado a derecho. Por otro lado y casi simultáneamente, por impulso del Archiduque Carlos, entonces autotitulado Carlos III, se dictaron otras Ordenanzas el 20 de marzo de 1706. En ellas, entre otras cosas, se regularon también los Consejos de Guerra para el Ejército y la Armada que servían bajo su bandera y se tipificaron delitos militares. Tiempo después Ordenanzas de la Armada del Infante Almirante, de 1737, establecieron la Jurisdicción del Almirantazgo. Y las de 1748, que constituyeron la médula del Derecho Militar de la Marina de Guerra Española, dedicaron su Tratado V a esta materia, que se mantendría en vigor hasta la promulgación del Código Penal de la Armada Española de 1888. Sin embargo, más importantes en lo que a nosotros se refiere el título VIII del tratado VIII de las Ordenanzas de Carlos III de 22 de octubre de 1768, tituladas "Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos", dado que en él se prevenía que "el Auditor general conocerá en todos los negocios y casos de justicia como persona en quien reside el ejercicio de la jurisdicción del Capitán General o General en Jefe del Ejército"¹³⁹.

Cabe subrayar ahora que la evolución histórica del antecedente español de nuestra legislación y jurisdicción militar, fue paulatinamente ampliando el ámbito de competencia de la justicia militar. De este modo no sólo se comprendió el conocimiento de las causas de carácter criminal o penal, sino también el de las de carácter civil en las que los militares fuesen demandados. Además, el fuero militar se fue ampliando a los

¹³⁸ Ordenanzas del Buen Gobierno de la Armada del Mar Océano de 24 de Enero de 1633, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1974.

¹³⁹ Antonio Vallecillo, ob. cit., pág. 409.

familiares criados de los militares y dentro de la propia jurisdicción militar fueron surgiendo, a su vez, numerosos fueros militares especiales, como los de los Cuerpos de la Casa Real, el de los Artilleros, o el de los Ingenieros.

3. Más cercano a nuestros días, ya en las últimas décadas del siglo XIX, en España se procedió a una codificación de las leyes penales y de enjuiciamiento de carácter militar, reconociéndose una amplísima competencia en materia criminal a los tribunales castrenses que conocerían no sólo de los típicos delitos militares, sino también de los cometidos en establecimientos y lugares calificados de militares o por personal militar en servicio activo, aunque fuesen de carácter común. En cuanto a la evolución de nuestro derecho militar, a partir de su antecedente español, podemos afirmar que el argentino siguió similar derrotero que el del peninsular. Vale decir que nuestro primer derecho militar patrio no se circunscribía a la legislación represiva de infracciones o delitos esencialmente militares, o al procedimiento militar castrense, sino que su esfera era amplísima. En efecto, en los reglamentos y leyes militares se establecían normas que comprendían desde la integración de las fuerzas armadas, hasta disposiciones que consagraban y regulaban la aplicación de los principios tácticos y estratégicos de la guerra para cada tipo especial de operaciones; además también existían expresas directivas reglamentarias sobre el servicio, el mando, la obediencia, la conducción, la táctica, etc.

Ahora bien, queda claro que desde los albores de nuestra nacionalidad y hasta casi el comienzo de la organización Nacional, rigieron en nuestro país- como verdaderas normas del derecho positivo- las ordenanzas militares de España, promulgadas por Carlos III en 1768. Estas disposiciones se complementaban con el real decreto de 1793 y la real orden del 19 de Noviembre de 1800. Bien es verdad que la legislación militar de la época de la independencia se vio enriquecida por instrumentos como las "Ordenanzas militares especiales del ejército de Cuyo", dictadas por el General San Martín y aprobadas por el Gobierno patrio antes de la partida hacia Chile del ejército Libertador. En este sentido, digamos que características del ordenamiento represivo impuesto por el Padre de la Patria es, sin duda, la severidad y rudeza en la represión de las infracciones. Tal rigorismo no hace más que confirmar que el objetivo fundamental del derecho penal militar es en todo tiempo -y en especial en la guerra- el mantenimiento de la disciplina por encima de toda otra motivación. Por su parte el General Belgrano también fue pródigo en severidad- tanto o más que el General San

Martín- al dictar las "Nuevas Reglas de Disciplina Para el Ejército y la Escuadra" y las "Penas para los Delitos Militares en tierra y agua".

Cabe señalar ahora, que dictada la constitución nacional también siguieron aplicándose las antiguas ordenanzas reales españolas y las distintas disposiciones de los gobiernos patrios. Lenta fue, pues, la aparición de una normativa castrense acorde con los postulados constitucionales. Así, recién el 7 de septiembre de 1881 el Presidente Roca remitió al Congreso el "Proyecto de Código Penal Militar", que reconoce como mentores a los ilustres juristas Manuel Obarrio, Amancio Alcorta, Daniel de Soler, Aristóbulo del Valle, Simón de Santa Cruz y Estanislao Zeballos. No obstante, sólo a fines del siglo XIX el Gobierno logró la aprobación de un Código de Justicia Militar, tarea en la cual estuvo comprometido el entonces Auditor General de Guerra y Marina, Doctor José María Bustillo, quien redactó un evolucionado dispositivo jurídico militar adecuado a las necesidades de las Fuerzas Armadas de la época. Viene a resultar así que el Código de Bustillo –que es así como se lo conoce- fue el verdadero predecesor del actual y el primero en alejarse de las reales Ordenanzas Españolas. Éste mantuvo su vigencia hasta la sanción de la ley 14.029, en 1951, oportunidad en la que comenzó a aplicarse un nuevo ordenamiento, adaptado a la constitución nacional de 1949. Al respecto, digamos que en la redacción este último código –que es el que se aplica en la actualidad con algunas modificaciones-, intervinieron abogados y técnicos de las tres Fuerzas bajo la dirección del doctor Oscar Sacheri, a la sazón Auditor General de las Fuerzas Armadas.

4.3. La jurisdicción militar; concepto y características

1. Como queda dicho, desde tiempo inmemorial la disciplina y el buen orden de los ejércitos han justificado la existencia de un derecho militar y de una jurisdicción especial destinada a garantizar la observancia del primero. En este sentido, no resulta inoportuno recordar las palabras con las cuales, durante los debates de las Cortes de Cádiz de 1811, el Mariscal de Campo Laguna defendió la necesidad de preservar la disciplina de los ejércitos mediante el derecho y los fueros militares: "La disciplina, señor, es el alma de los Ejércitos, es el principio de su existencia, el resorte de su fuerza,

el agente de su movimiento, la regla de sus costumbres, la balanza de su justicia, la guía de las victorias y el todo que impone al soldado en sus deberes”¹⁴⁰. Indudablemente, estas encendidas palabras traslucen la conciencia de lo que Pablo Casado Burbano recuerda en estos días, vale decir que “entre la inmensa variedad de agrupaciones humanas, son, seguramente, los ejércitos, los que en todo tiempo han sentido más vivamente la necesidad de unas rígidas normas de comportamiento, cuya trasgresión debían llevar aparejada la imposición de severas sanciones con el objeto de garantizar eficazmente el cumplimiento de su misión, que no es otra que la de defender con las armas a la comunidad”¹⁴¹.

En este sentido, el tema que naturalmente debemos abordar es el del fuero militar, entendido como jurisdicción o especial facultad de juzgar respecto de los delitos e infracciones militares. Al respecto, debemos recordar que el derecho castrense tiende a consolidar la lealtad del militar a la nación y a los poderes públicos, su disciplina interna, su honor, y su actuación justa y respetuosa. No sorprende así que el fuero o jurisdicción militar haya sido consagrado en la organización jurídica de muchos países del mundo. Así, por ejemplo, entre los estados hispanoamericanos la constitución de México de 1917 prescribe, en su artículo 13, que "subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda"; la de El Salvador de 1983 establece, en su artículo 216, que habrá procedimientos y tribunales especiales conforme a la ley "para el juzgamiento de delitos y faltas puramente militares", y que "la jurisdicción militar, como régimen excepcional respecto de la unidad de la justicia, se reducirá al conocimiento de delitos y faltas de servicio puramente militares, entendiéndose por tales los que afecten de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar"; la de Venezuela reformada en 1999 reza, en su artículo 261, que "la jurisdicción penal militar es parte integrante del poder judicial", que "sus jueces serán seleccionados por concurso", que su ámbito de competencia –limitado a delitos de naturaleza castrense-, su "organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por

¹⁴⁰ Pellón Rivero, "El principio de igualdad ante la Ley Penal Militar", en AAVV, *Comentarios del Código Penal Militar*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 65 y 66.

¹⁴¹ Pablo Casado Burbano, "Visión Histórica del Derecho Penal Militar Español", en VVAA, *Comentarios del Código Penal Militar*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, pág. 29.

el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar”, y que “la comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, será juzgada por los tribunales ordinarios”; por su parte, el artículo 221 de la constitución colombiana consagra "el fuero castrense para que los miembros de la Fuerza Pública sean investigados y juzgados por la justicia penal militar, con sujeción a sus propios Códigos". En lo atinente al constitucionalismo europeo, creemos oportuno traer a colación los ejemplos de la constitución de Irlanda, en la que la ley de enmienda constitucional de 1972 estableció en su artículo 38 - mantenido en el texto de 1990 como numeral 4.2- el criterio de acuerdo con el cual "los miembros de las Fuerzas Armadas que no se hallen en servicio activo no podrán ser juzgados por ningún consejo de guerra u otro tribunal militar por delitos de los que entiendan los tribunales civiles, a menos que el delito se encuentre en el ámbito de jurisdicción de un consejo de guerra u otro tribunal militar en virtud de alguna Ley para la observancia de la disciplina militar"¹⁴²; el de la constitución de la antigua República Federal de Alemania, que de acuerdo con su artículo 96, numeral 2, permitía crear "tribunales penales militares como tribunales federales para las Fuerzas Armadas” con jurisdicción en materia de defensa y con competencia sobre los miembros de las Fuerzas Armadas”¹⁴³; el austríaco, que en el artículo 84 de la constitución de 1945, mantenido en el texto de 1983, admite la jurisdicción militar, pero sólo para tiempo de guerra¹⁴⁴.

2. En lo que se refiere a esta materia, podemos recordar aquí que nuestra constitución establece en su artículo 99 y entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, que el Presidente de la Nación es el "jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país" y que es "el comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación". De este modo, dispone de las mismas "y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación". Asimismo, el artículo 75, inciso 27, de la misma constitución atribuye al Poder Legislativo "fijar las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno". Así las cosas, y tal como ya lo hemos dicho en otro lugar de este mismo trabajo, emanan de nuestra constitución dos clases de poderes

¹⁴² El texto de esta Constitución es tomado para todo el trabajo de la Constitución de Irlanda, pagina de Internet "<http://www.olfre.uribe.ch/law>".

¹⁴³ El texto de esta Constitución ha sido tomado de la pagina de Internet <http://constitucion.REDIRIS.ES/legis/legexto/constitucionalemania>.

¹⁴⁴ El texto de esta Constitución ha sido tomado de la pagina de Internet <http://olfre.unibe.ch/law/icl/au0000-.html>.

relativos a las Fuerzas Armadas, a saber un poder de mando, reservado al Poder Ejecutivo Nacional, y otro de organización, compartido entre el Legislativo y el Ejecutivo. Al respecto, entendemos que la jurisdicción militar constituye una facultad implícita emanada del poder de mando, en tanto que imprescindible para el ejercicio y eficacia de la autoridad. Asimismo, la existencia y trascendencia de la jurisdicción militar se encuentra plasmada también en nuestro Código Procesal Penal de la Nación, cuando en el capítulo referente a la jurisdicción establece el orden de las competencias y la prioridad en el juzgamiento. En efecto, el artículo 18 del referido código si bien dispone que la "competencia penal se ejerce por los jueces y tribunales que la Constitución Nacional y la ley instituyan, y se extenderá a todos los delitos que se cometieren en su territorio, o en alta mar a bordo de buques nacionales, cuando éstos arriben a un puerto de la Capital, y de los delitos perpetrados en el extranjero cuando sus efectos se produzcan en nuestro país o fueren ejecutados por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo", expresamente exceptúa de la competencia penal ordinaria a "los delitos que correspondan a la jurisdicción militar". Además, el artículo 19 del mismo código prevé que en el caso de que a "una persona se le imputare un delito de jurisdicción nacional y otro de jurisdicción federal o militar, será juzgado primero en la jurisdicción federal o militar" y que "del mismo modo se procederá en el caso de delitos conexos".

A tenor de lo dicho resulta claro que si consideramos implícita la jurisdicción castrense entre las facultades implícitas inherentes al poder de mando militar del ejecutivo, dichas atribuciones no son absolutamente arbitrarias. Vale decir que su ejercicio es reglamentado por el Congreso de acuerdo con facultades que le son también propias y que le han llevado a dictar un instrumento específico en la materia como lo es el código de justicia militar.

3. En cuanto al origen constitucional de los tribunales militares se ha discutido en doctrina si los mismos están comprendidos o no entre los tribunales inferiores federales establecidos por los artículos 67, inciso 17, 86, inciso 5º, y 94 del antiguo texto constitucional, o en los actuales 75, inciso 20, 99, inciso 5º, y 108, vale decir, si integran o no el Poder Judicial de la Nación. Al respecto, cabe recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el particular, poniendo punto final a la discusión al decidir que los tribunales militares no forman parte del Poder Judicial de la Nación. Así ha sostenido la Corte que "aún cuando sea exacto que la organización de

los tribunales militares y el Código que ellos aplican constituye la materia de una ley nacional, no lo es menos que tales tribunales militares no forman parte del sistema judicial de la Nación. La jurisdicción militar ha sido organizada como consecuencia del poder atribuido al Congreso de 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. Ella es exclusiva y excluyente con relación al Poder Judicial de la Nación, que no podría revisar la interpretación y aplicación hecha por aquella de las materias contenidas en sus propios códigos, a menos que sea con el propósito de investigar si el tribunal militar tiene jurisdicción por razón de las personas o de la materia, o si concurren algunas de las demás situaciones previstas en el artículo 14 de la Ley 48". Por otra parte, los miembros del Tribunal entendieron que " si esta Corte se hallase obligada a juzgar de la validez de los procedimientos que hayan seguido los jueces militares interpretando y aplicando disposiciones cuya constitucionalidad no fue objetada, así como los antecedentes de hecho que sirven de base al ejercicio de la jurisdicción militar en sus diversas formas, quedaría menoscabada la independencia de aquella jurisdicción en la misma medida que la federal habría salido del objeto para que fue instituida. La conclusión es, pues, que los tribunales militares se encuentran a tal respecto en situación análoga a los de la Capital y de las provincias cuando proceden dentro de la esfera de su competencia"¹⁴⁵.

Ahora bien, en la actualidad y a partir de la reforma introducida al Código de Justicia Militar por la ley 23.049, sobre los fallos dictados por los tribunales militares, además de su eventual revisión a través del recurso extraordinario (artículo 14 de la ley 48), también recae el control de la Justicia Judicial –en particular el de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal–, mediante el recurso ante la justicia federal previsto en el artículo 445 bis del Código de Justicia Militar, cuya interposición resulta obligatoria para la parte acusadora a tenor de lo previsto en el artículo 56 bis del mismo cuerpo legal. En particular, la competencia de la Cámara Nacional de Casación Penal respecto del recurso previsto en el artículo 445 bis aludido, se encuentra determinada en el artículo 23 del Código Procesal Penal de la Nación, en el que se expresa: “la Cámara de Casación juzga de los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión. Asimismo, entiende del recurso previsto por el artículo 445 bis de la ley 14.029 (Código de Justicia Militar)". Tal recurso sólo puede ser interpuesto en tiempo de paz, contra los

¹⁴⁵ Cfr. *Fallos*, t. 101, pág. 354.

pronunciamientos definitivos de los tribunales militares, resultando facultativa su interposición para el imputado, su defensor o el particular damnificado -admitido así en el proceso a tenor de lo dispuesto en el artículo 100 bis del Código de Justicia Militar-. Como fuera expuesto, para la parte acusadora, su interposición resulta obligatoria (artículo 56 bis del código citado), por lo que el plazo de 5 días establecido para su interposición no le es aplicable al fiscal, ya que su falta de interposición impide que la sentencia quede firme para la parte acusadora. El fiscal de Cámara podrá -respecto del recurso interpuesto por el fiscal militar- desistir del mismo mediante dictamen fundado. En particular, este recurso debe ser motivado en: 1) la inobservancia o errónea aplicación de la ley; 2) la inobservancia de las formas esenciales previstas por la ley para el proceso, considerándose como tales, aquellas decisiones que a) limiten el ejercicio del derecho de defensa o b) prescindan de prueba esencial para la resolución de la causa; 3) la existencia de prueba que no se haya podido ofrecer o producir por motivos fundados.

Merece destacarse que el referido recurso ante la Justicia Federal, fue introducido por la reforma efectuada al Código de Justicia Militar por la ley 23.049 del año 1984, y que hasta ese momento las sentencias definitivas de los tribunales que ejercían la jurisdicción militar únicamente podían ser impugnadas por dos recursos: el de infracción de ley y el de revisión. De este modo, a partir de la mencionada modificación del código castrense tenemos entre otras cosas que los pronunciamientos definitivos de los consejos de guerra, en tiempo de paz, encuentran una vía de impugnación a través del recurso del artículo 445 bis, el cual se presenta con los caracteres de "casación penal". Así, durante tiempo de paz, los tribunales militares tienen plena autoridad para resolver toda causa en la cual tengan jurisdicción, pero la posibilidad de una eventual injusticia en el fallo, fundamentalmente en lo atinente a las cuestiones de derecho, hace que pueda ser sometido el proceso militar *ex novo* al examen y juicio de un tribunal de alzada, que en este caso forma parte de la jurisdicción judicial (justicia federal). En cuanto a la función jurídica del recurso ante la justicia federal, entendemos que esta impugnación de los pronunciamientos definitivos de los órganos jurisdiccionales castrenses tiene por finalidad principal reexaminar los motivos de derecho, abarcando tanto los *vitia in iudicando*, como los *vitia in procedendo*. Los primeros consisten en la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (artículo 445 bis, inc 2º, apartado a del CJM). Estos defectos aparecerán entonces si los jueces

militares aplican una norma que no se compadezca con el material histórico probado en el juicio y valorado en la sentencia, o cuando, no obstante aplicarse la norma correspondiente, se le de un alcance o sentido distinto al que debe dársele (errónea aplicación o interpretación). Por su parte, el error *in procedendo* se caracteriza en la reforma analizada, por la inobservancia de las formas procesales esenciales (su no cumplimiento trae aparejada la nulidad o inadmisibilidad). Se trata aquí también, de una violación o inobservancia de la ley, pero no de la ley sustantiva, sino de las normas procesales de cumplimiento ineludible (particularmente se considera en este caso a la limitación del derecho de defensa, y/o cuando se haya prescindido de prueba esencial para la resolución de la causa). Pero el recurso en análisis no solamente es viable por motivos que exclusivamente se refieran a la aplicación del derecho sustancial formal. En efecto, el apartado c) del artículo 445 bis, determina además, que el recurso podrá motivarse en "la existencia de prueba que no haya podido ofrecerse o producirse por motivos fundados", lo que apreciamos permite basar la impugnación, aunque en forma limitada, también en hechos. Por ello merece destacarse que de esta manera el medio impugnativo en examen, podría tornar variable el material histórico del proceso penal militar, que en la alzada debería tenerse por comprobado y aceptado, si tenemos en cuenta los principios que hacen a la naturaleza de los tribunales militares y aquellos que conforman la casación penal. Con esto, es dable precisar que el recurso en cuestión se transforma en una verdadera segunda instancia o casación impropia.

4.4. Justificación actual de la jurisdicción castrense

1. La existencia de la jurisdicción militar, especialmente en tiempo de paz, ha sido y es en la actualidad una cuestión que suscita vivas polémicas en las que, con mucha frecuencia, se han mezclado argumentos de tipo técnico o estrictamente jurídico con otros de índole política. En particular, respecto de la amplitud de la jurisdicción militar resulta apropiado citar las conclusiones a que arriba el Dr. Raúl A. Ramayo, cuando expresa que "un criterio muy restrictivo en punto a la competencia de la Jurisdicción o Justicia Militar, puede conducir al vaciamiento de la misma y, con ello, al resquebrajamiento de la disciplina, tan indispensable para el manejo y la existencia de

las Fuerzas Armadas. Un criterio muy amplio, en cambio, puede llevarnos a la "hipertrofia" de la competencia de la Jurisdicción o Justicia Militar que, por ir entonces más allá de sus verdaderas necesidades y avanzar sobre el ámbito que corresponde a la sociedad civil, también atenta y termina carcomiendo la disciplina, al desfigurar la misión que las Fuerzas Armadas están destinadas a cumplir en una comunidad organizada sobre los principios republicanos"¹⁴⁶.

Entre los razonamientos a favor del mantenimiento de los tribunales militares, incluso en tiempo de paz, pueden destacarse que esta jurisdicción especial asegura: un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador, ya que el juez militar se halla en mejores condiciones que nadie para calibrar el espíritu de las normas militares, sin que los informes periciales técnicos puedan suplir el conocimiento directo de su alcance; la protección rápida y ejemplar de los intereses ofendidos; garantiza el mantenimiento de la disciplina, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores; otorgar a las Fuerzas Armadas unos medios específicos de autodefensa jurídica; impide que la autoridad judicial ordinaria penetre en la intimidad y en el secreto de muchos de los aspectos de la vida militar; y genera en tiempo de paz un núcleo de organización judicial militar que, en caso de guerra, puede extenderse a campos más vastos. Por otra parte, las críticas que más han abundado en contra de los tribunales militares han girado en torno a estas argumentaciones: éstos atentan contra el principio de unidad jurisdiccional poniendo en peligro, a su vez, los de igualdad de todos ante la ley o de uniformidad en la interpretación y aplicación de ésta; suponen una justicia doméstica o corporativa que se presta a encubrir privilegios injustificados; los mismos adolecen de falta de rigor técnico-jurídico en detrimento de las garantías que corresponden al justiciable; no garantizan la efectiva independencia de los jueces y magistrados militares, dada su habitual sujeción y vinculación a la jerarquía castrense; y pueden ser utilizados como instrumentos de acción política, especialmente en manos de regímenes autoritarios, para reprimir cualquier intento de oposición, bien directamente o bien mediante el abuso de leyes de excepción.

2. Ahora bien, al margen de las opiniones de la doctrina, nosotros fundaremos nuestra opinión en la materia en lo dispuesto en el derecho positivo.

¹⁴⁶ Raúl Alberto Ramayo, "Naturaleza, caracteres y alcances de la Justicia Militar dentro de nuestra legislación nacional", *Revista Argentina de Derecho Militar*, n° 6 (diciembre de 1987).

Al respecto, reconocemos que, en rigor de verdad, no suelen abundar, en los textos constitucionales, las referencias a los tribunales militares, aunque, ciertamente, las constituciones recientes de países europeos occidentales, que han tenido en su pasado próximo regímenes dictatoriales, se han cuidado de delimitar la esfera de competencia de la jurisdicción castrense. Así, la constitución italiana de 1947 establece que los tribunales militares "en tiempo de guerra", tendrán la competencia establecida por la ley y que "en tiempo de paz", solo tendrán jurisdicción cuando se trate de delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas, previniendo a su vez que "la ley asegurará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del Ministerio Fiscal cerca de ellas y de las personas que participen en la administración de la justicia". Por su parte, la constitución de la República Federal Alemana de 1949, reformada en 1956, precisamente para dar cabida en ella a las Fuerzas Armadas, únicamente preveía la existencia de tribunales militares en casos de guerra o para juzgar a los militares en el extranjero o a bordo de navíos de guerra, debiendo tales tribunales establecerse por ley federal e integrarse por jueces y magistrados con habilitación para el ejercicio de la judicatura ordinaria y quedando siempre afectos al Ministro Federal de Justicia. También las constituciones griega y portuguesa de 1975 y 1976, respectivamente, se ocuparon del tema, previendo la primera que una ley especial regulará las cuestiones referentes a los tribunales militares, ante los cuales se podrá llevar a los particulares y limitando, la segunda, la competencia de la jurisdicción castrense al enjuiciamiento de los delitos esencialmente militares.

3. Sin embargo, los argumentos son mayores cuando se atiende al caso argentino. De este modo, cabe recordar que en lo atinente a nuestro país ya fue expuesto precedentemente en forma sucinta la raigambre constitucional del poder de mando ejercido por el Presidente de la nación respecto de las Fuerzas Armadas y, como consecuencia de él, la de las facultades jurisdiccionales consecuentes respecto de aquellas personas y hechos comprendidos en la legislación específica. Ahora bien, entre 1810 y 1853, año en que se dictó la constitución nacional, las diversas constituciones que rigieron en el país atribuyeron al Poder Ejecutivo esa misma facultad, de acuerdo con las ordenanzas, que continuaron en vigencia. Desde 1853, bajo la constitución y hasta 1895 en que se dictó una legislación propia sobre justicia militar, el Presidente continuó ejerciendo esa misma facultad sin que en ningún momento se considerara que

contradecía las cláusulas de la misma. Esta ha sido la tradición constitucional argentina durante su vida institucional.

Así, la constitución nacional ha investido al Presidente de la Nación con el carácter de Comandante en Jefe de todas las Fuerzas Armadas, y como el hecho de conferir esa atribución importa conferirle todos los poderes necesarios para hacerla efectiva, queda comprendido entre sus poderes de mando el de ejercer el necesario contralor sobre todos sus agentes de mando militar que, por imposibilidad material del Presidente, ejercen por delegación, reglamentada por el Congreso, la función de justicia inherente al mando supremo que él inviste. Además, la misma constitución ha atribuido al Congreso la facultad de hacer las leyes que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes del Presidente, como también la de dictar las referentes al gobierno de la fuerza armada; pero siendo ambas atribuciones, la del Presidente y la del Congreso, provenientes de la misma Constitución, es indudable que las leyes que dicte este último no pueden afectar los poderes del Presidente; de manera que las leyes de justicia militar deben interpretarse, en caso de que fuera necesaria su interpretación, en el sentido de que ellas no cercenan las atribuciones constitucionales del Presidente de la Nación en cuanto a la fiscalización que le corresponde ejercer sobre el funcionamiento de la justicia militar. En este sentido, podemos señalar que las leyes de justicia militar dictadas por nuestro Congreso no desconocen tal atribución, y si bien no la establecen expresamente, la reconocen implícitamente dado el carácter de sus disposiciones a este respecto. Por otra parte es, hasta cierto punto, innecesaria tal declaración expresa de la ley desde que ella no podría limitar el poder constitucional del Presidente antes referido. Viene a resultar así que ejerciendo el Presidente el mando supremo de toda la fuerza armada, debe entenderse que le corresponde como función inherente a ese mando en su más alto límite el empleo también de los medios necesarios para hacerlo efectivo en cada una de sus modalidades: organización, disciplina, servicio y administración. En particular, si uno de los atributos del mando es el de disponer del poder necesario para hacer efectiva la disciplina de la fuerza armada, es su natural consecuencia que quien tiene el mando supremo de la misma esté investido, como encargado y responsable de su disciplina, de una autoridad superior de contralor sobre todos aquellos que, con arreglo a las leyes y reglamentos, deben intervenir en esta rama, llamada justicia militar, del gobierno de los ejércitos. Y no siendo materialmente posible que quien ejerce el mando supremo lo desempeñe simultánea y personalmente, bajo todas sus fases o modalidades, tiene

forzosamente que delegarlo en subordinados a quienes confiere una porción de ese mando, constituyéndolos en agentes suyos; siendo sobrentendido que esa delegación de mando no importa, como lógicamente debe pensarse, un renunciamiento a las propias facultades de quien las delega, porque de lo contrario habría dejado, de hecho, de ejercer el supremo comando. Al respecto, resulta oportuno citar la opinión en la materia del doctor José María Bustillo, quien en su carácter de Fiscal General del Consejo Supremo de Guerra y Marina manifestó que " La Justicia Militar es, tan solo, una de las manifestaciones del poder de mando, atribuido al Presidente de la República como Comandante en Jefe de las fuerzas armadas de la Nación y por eso, esta justicia no procede directamente y por su propia iniciativa, sino en virtud de una orden del Presidente, transmitida y ejercitada por el Ministerio respectivo que es su medio de acción y su órgano de comunicación; o, por la de sus agentes subalternos, debidamente autorizados al efecto".

4.5. Ámbito de aplicación de la jurisdicción castrense argentina

1. Como fuera expuesto, la jurisdicción militar tiene su sustento constitucional, por un lado, en la atribución del Congreso de la nación de dictar normas y reglamentos para el gobierno de las Fuerzas Armadas, y por el otro en el poder de mando otorgado por la Constitución al Poder Ejecutivo, en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Tan es así que haciendo uso de su atribución constitucional, el Congreso ha dictado el código de justicia militar (ley 14.029) y sus leyes modificatorias, que limitaron la jurisdicción militar. En efecto, antes de la sanción de la ley 23.049, la jurisdicción castrense argentina de tiempos de paz comprendía tanto a los delitos esencialmente militares, como a los delitos comunes cometidos por militares en actos de servicio militar o en un lugar sujeto exclusivamente a la autoridad militar. Es decir que los tribunales militares eran competentes, tanto para juzgar al delito militar de insubordinación, como al delito común de hurto cometido en un cuartel o en ocasión de hallarse cumpliendo un acto del servicio militar. En la actualidad, en cambio y como lo hemos dicho, en tiempo de paz la jurisdicción militar es comprensiva sólo de los delitos militares. Así, el primer párrafo del artículo 108 del código de castrense establece que

"la jurisdicción militar comprende los delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de este carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares, prevén y sancionan". Por su parte, el artículo 508 del código mencionado establece que constituye delito militar –juzgable en todo tiempo por la jurisdicción castrense- "toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este Código y demás leyes militares, que no se encuentren comprendidas entre las faltas de disciplina; y, además todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten, en tiempo de guerra".

2. Amén de lo dicho, el segundo párrafo del artículo 108 del código de justicia militar prevé que en tiempo de guerra la jurisdicción militar pueda ampliarse y extenderse a: a) los delitos comunes cometidos por militares en actos de servicio militar o en lugares sujetos exclusivamente a la autoridad militar. En virtud de dicha norma, si un militar, en tiempo de guerra, comete el delito común de hurto simple (artículo 162 del código penal de la nación), en un lugar sujeto exclusivamente a la autoridad militar, ya sea éste un cuartel, plaza de guerra, arsenal, hospital militar, teatro de operaciones, etc., será juzgado por la justicia militar, sin interesar que se halle o no en actos de servicio. b) los delitos comunes cometidos por militares durante los desembarcos o permanencia en territorio extranjero, cuando no hayan sido juzgados por las autoridades de dichos territorios. En este caso, en principio, el militar será juzgado por los tribunales del país extranjero; en la hipótesis de que ello no se lleve a cabo, será juzgado por un tribunal militar argentino. Corresponde hacer resaltar, además, que esta norma antes de la reforma de la ley 23.049 se hallaba prevista tanto para tiempo de guerra como para tiempo de paz, y la razón de su existencia era que estaba dirigida principalmente para los delitos comunes cometidos por personal de la armada, durante sus desembarcos en territorio extranjero. Y c) los delitos cometidos por individuos de las fuerzas armadas en desempeño de un servicio dispuesto por los superiores militares, a requerimiento de las autoridades civiles o en auxilio de aquéllas. Este sería un caso distinto al enunciado en a), en razón de que el militar no estaría cumpliendo un acto de servicio militar, que "es todo el que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas" (artículo 878 del código de justicia militar).

3. Ahora bien, los casos enunciados se refieren a la competencia de la jurisdicción militar en razón de la materia de que trata el hecho; surgiendo en consecuencia la pregunta respecto de a que personas son juzgadas por los tribunales militares. Tal interrogante es respondido parcialmente por el artículo 109 del código castrense. Ello es así, por cuando tal norma se refiere únicamente a las personas sujetas a la jurisdicción militar en todo tiempo, por la comisión de delitos y faltas esencialmente militares, y en tiempo de guerra, la jurisdicción se extiende a otras personas, bajo determinadas circunstancias. En virtud de ello, en lo que respecta a los delitos y faltas esencialmente militares, están sujetas a la jurisdicción militar, en todo tiempo, las siguientes personas: a) los alistados en las Fuerzas Armadas de la Nación, cualquiera que sea su situación de revista, con las limitaciones que establece la ley para los retirados. Este precepto se refiere a todo el personal que se halla incorporado en forma voluntaria a las fuerzas armadas, proveniente de su cuadro permanente. b) las personas obligadas a prestar el servicio de defensa nacional, desde el momento en que sean convocadas. El servicio de defensa nacional está fijado por la Ley de Defensa Nacional (Ley 23.554), y comprende tanto el servicio militar como el servicio civil de defensa (Ley 20.318); por su parte, el servicio militar se halla establecido por las leyes 17.531 (Ley del Servicio Militar Obligatorio) y 24.429 (Ley del Servicio Militar Voluntario). c) los alumnos de los institutos y escuelas militares de la Nación, por infracciones no previstas en los reglamentos propios. Estos alumnos, a los cuales se refiere la ley, son tanto los de institutos y escuelas de reclutamiento, como los cadetes de los liceos militares. Los primeros están sujetos a la jurisdicción militar desde la fecha de incorporación; los últimos lo están desde el momento en que se incorporan al cuarto año, conforme se deduce del artículo 7, inciso 5 de la reglamentación de la Ley 19.101. El referido personal es sometido a la jurisdicción militar por infracciones no previstas en los reglamentos de los institutos. Aquí cabe preguntarse si los reglamentos internos pueden sancionar tanto faltas disciplinarias como delitos; a nuestro entender sólo podrán alterar la jurisdicción militar en lo referente a infracciones militares que son tanto delitos como faltas militares, como por ejemplo, la insubordinación, que puede constituir delito o falta disciplinaria, según la gravedad del hecho. Distinto sería el caso del delito militar de vías de hecho contra el superior (artículo 657 del código de justicia militar), el cual deberá ser juzgado por un consejo de guerra; el reglamento interno del instituto en cuestión no puede modificar su forma de represión, atento a la gravedad del hecho. d) los penados que extingan condena en establecimientos sujetos a la autoridad

militar. La razón de la inclusión de este caso se funda en la circunstancia de que no todas las personas que cumplen condena en un instituto penal de las fuerzas armadas, tienen estado militar. En efecto, es posible que el reo condenado haya perdido su estado militar, en virtud de habersele impuesto como accesoria la sanción disciplinaria de destitución; no obstante ello igualmente se hallará sujeto a la jurisdicción militar, en lo relativo a la comisión de delitos y faltas esencialmente militares. e) los militares retirados cuando vistan uniforme, en todos los casos; cuando desempeñen puestos de actividad, en todos los casos. Esta hipótesis se produce cuando está en la situación prevista por el artículo 62 de la ley para el Personal Militar (Ley 19.101); o cuando cometan las siguientes infracciones previstas en el Código de Justicia Militar: traición, instigación a cometer actos hostiles respecto de potencias extranjeras; espionaje; delitos que afectan a las relaciones internacionales de la nación; rebelión; delitos contra el régimen constitucional; vías de hecho contra el superior; irrespetuosidad; insultos a centinelas, salvaguardia o fuerza armada; quebrantamiento de arresto; acepta cargos, honores, etc. extranjeros; motín; suscitar en otros militares descontento por el régimen militar; influencia o presión sobre funcionarios; calumnias o injurias a subalternos; incitación a la desertión; quebrantamiento de consigna dada a otro militar; no prestar cooperación a juez o tribunal militar; devolver en señal de menosprecio despachos militares , etc.; calumnia o injuria a otro del mismo grado; sufrir tres condenas por delito; faltar a la palabra de honor comprometida en acto público; incitar a la mutilación; adquirir, empeñar u ocultar prendas militares; destruir bienes afectados a la defensa nacional; tenencia indebida de explosivos; cohecho; usurpación de condecoraciones; ayuda para la evasión de presos militares.

Es necesario aclarar que según el artículo 882 del código de justicia militar, el tiempo de guerra comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta existe de hecho, o con el decreto de movilización para la guerra inminente, y termina, cuando se ordena la cesación de hostilidades. No obstante dicha precisión, cuando no ha existido declaración formal de guerra es difícil precisar en qué momento ésta existe de hecho, y a partir de cuando comienzan a aplicarse las disposiciones del código castrense para tiempo de guerra. En virtud de ello, en oportunidad del conflicto con el Reino Unido de Gran Bretaña, ocurrido en el año 1982, fue necesario dictar el decreto 999/82 del 21 de mayo de 1982, para poner en vigencia a partir de tal fecha, las disposiciones en cuestión.

4. La jurisdicción militar en tiempo de guerra se extiende, según el artículo 110 del código de justicia militar a: a) A los empleados militares, sin distinción de sexo, que no tengan asimilación o equiparación militar, cuando presten servicios en los establecimientos militares o dependencias militarizadas, por cualquier delito o falta cometida dentro de ellos o relacionados con sus actividades. Esta disposición se refiere al personal civil de las Fuerzas Armadas, que en tiempo de guerra cometa delitos en los establecimientos donde prestan servicios, o cometa delitos que se relacionen con las actividades que desempeñan en dichos lugares militares. Cabe preguntarse si los delitos a los cuales hace alusión la ley, se trata de delitos comunes o militares. A nuestro entender, las disposiciones comprenden a ambos tipos de delitos, por cuanto según el artículo 873, inciso 2do del código de justicia militar, son considerados como militares durante el estado de guerra, o el de su peligro inminente, los ciudadanos, empleados y obreros de las reparticiones militares y de aquellas dependencias, oficiales o privadas, que el Poder Ejecutivo haya militarizado para la mayor eficacia de los servicios. b) Los prisioneros de guerra, lo cual está expresamente autorizado por los artículos 83 y siguientes del Convenio de Ginebra, sobre el trato a los prisioneros de guerra, del 12 de agosto de 1949. c) A todas las personas que acompañen a las fuerzas, por los delitos o faltas cometidas en el terreno comprendido dentro de los servicios de seguridad. Estas personas son civiles que acompañan a las fuerzas armadas; el código habla de "vivanderos, postillones, cantineros, sirvientes y comerciantes", utilizando una terminología adecuada a usos antiguos, por cuanto no cabe suponer que durante la guerra moderna el ejército en operaciones sea acompañado por postillones o sirvientes. No obstante ello, las fuerzas en operaciones pueden ser acompañadas por corresponsales de guerra. d) A los particulares o personas extrañas a las instituciones armadas que en las zonas de operaciones o zonas de guerra cometieren cualquiera de los delitos previstos en el tratado III del código de justicia militar, o cualquier hecho que los bandos de los comandantes respectivos sancionaren. Estas personas, a las cuales se refiere la norma, son habitantes de las zonas de operaciones o zonas de guerra, o personas que se hallan circunstancialmente en dichos lugares. Cabe preguntarse qué se debe entender por zona de operaciones o zonas de guerra, por cuanto la Ley de Defensa Nacional no utiliza dichas denominaciones, sino que habla de teatro de operaciones; se debe entender por tal a aquel territorio, tanto propio como enemigo, necesario para el desarrollo de operaciones militares en el nivel estratégico operacional. Sucede que el código utiliza la terminología empleada por la Ley 13.234, de organización de la Nación

para tiempo de guerra, norma que ya fuera derogada por la anterior Ley de Defensa Nacional (ley 16.970). En virtud de ello, el término "zona de operaciones" tiene un significado equivalente al de "teatro de operaciones". En consecuencia, esta previsión sería de aplicación -con arreglo a la legislación vigente-, para juzgar delitos cometidos por civiles dentro del teatro de operaciones. No se trata de cualquier tipo de delitos, sino de aquellos previstos en el tratado III del código castrense, y que puedan ser cometidos por civiles, tales como espionaje (artículo 629), rebelión (artículo 647, tercer párrafo), vías de hecho contra personal en servicio (artículo 669), violencia contra centinela (artículo 671), etc. También serán juzgados por los tribunales militares los particulares que en el teatro de operaciones cometieran delitos previstos en los bandos que dicten los comandantes respectivos. e) Cuando las tropas de operaciones se hallasen en territorio del enemigo, están sujetos a la jurisdicción de los tribunales militares todos los habitantes de la zona ocupada que fueran acusados por cualquier delito o falta común, salvo que la autoridad militar dispusiera que éstos sean juzgados por los tribunales comunes de la zona ocupada (artículo 111 del código de justicia militar). La exposición de motivos del código aclara que la reserva efectuada por la norma "se formula teniendo en cuenta que, en la situación apuntada, puede resultar conveniente, por razones de pacificación, de multiplicidad de causas, etc., dejar que la justicia común de la zona ocupada siga actuando, sin perjuicio de las medidas de control que se juzgaría oportuno adoptar. f) Finalmente, el código establece una norma para el supuesto que las tropas de operaciones se hallen en territorio amigo o neutral, en cuyo caso la jurisdicción y competencia de los tribunales militares se regirán por las reglas fijadas en los tratados con las potencias a las cuales perteneciere el territorio. En caso de que no existiere convención, la jurisdicción y competencia de los tribunales por delitos cometidos por la propia fuerza será la establecida por nuestro código de justicia militar (artículo 112).

4.6. La jurisdicción militar de honor

1. La jurisdicción militar de honor argentina, que deriva de lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 19.101, indudablemente, es de una naturaleza especialísima que complementa la que se ejerce en materia disciplinaria. Tengamos ahora presente que el

recordado artículo 95 establece que "el Poder Ejecutivo creará con carácter permanente y reglamentará la competencia, composición y procedimientos de los tribunales de honor, a los cuales estará sujeto todo el personal superior que tenga derecho al uso del uniforme y al título del grado"

Como queda dicho, la jurisdicción del honor está reservada únicamente al personal de oficiales en actividad y en retiro, que constituye el cuadro permanente, y para el personal superior de la reserva cuando este incorporado. Es decir, comprende al personal superior que posea estado militar -de conformidad con lo previsto en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 19.101-. En concreto, los tribunales de honor son organismos colegiados que resuelven cuestiones relativas al honor castrense, y cuyas resoluciones tienen imperio, en la medida en que producen efectos positivos en los sancionados al punto que pueden afectar la carrera del sancionado.

Al respecto, cabe señalar que el oficial que considere su honor afectado, o simplemente rozado, está facultado para solicitar al jefe de su unidad u organismo la constitución de una comisión de honor para juzgar su conducta y, en el caso de que exista un ofensor, para juzgar la conducta de éste. En este sentido, la solicitud de la constitución de la comisión de honor se efectúa por nota y, si se pide para otro oficial, se le cursa nota comunicando la medida adoptada. De pertenecer este último a otra unidad, también se le informa al jefe. Ordenada la constitución de la comisión de honor, ésta tiene por objeto averiguar la verdad de los hechos y, una vez cumplida esta investigación, informa si procede o no la intervención de un tribunal de honor. Tomada la resolución por la comisión, esta eleva lo actuado al presidente del tribunal de honor que corresponda e informa, por cuerda separada, a la autoridad que la designó sobre el resultado de su gestión. Posteriormente el tribunal de honor que reciba las actuaciones confirmará o no lo resuelto por la comisión y si este acepta el temperamento propuesto por la comisión -que el asunto sea de conocimiento del tribunal- informa de ello al Jefe de Estado Mayor General que corresponda. El referido tribunal sesiona siempre con quórum completo y antes de tomar declaraciones el tribunal tiene una reunión previa para conocer la causa y resolver sobre excusaciones y recusaciones. Toda declaración por ante el tribunal es prestada bajo palabra de honor. El o los imputados y los testigos serán citados por el tribunal. Si de lo actuado surge que alguno de los hechos investigados constituye falta punible o delito, lo pondrá en conocimiento del Jefe o ministro de Defensa, según corresponda, y suspenderá las actuaciones hasta que se

expida la jurisdicción penal militar o disciplinaria militar. Cabe destacar que el posterior fallo absolutorio de la justicia militar o de la justicia penal ordinaria o federal no obliga ni incide sobre la acción en la jurisdicción de honor. Concluida la investigación el tribunal pasa a votar sobre su resultado: 1) si el imputado tiene responsabilidad en el hecho; 2) si el hecho constituye una violación a las normas de honor; 3) si la imputación es conducta habitual; y 4) si hay agravantes o atenuantes. Resuelta la mencionada votación se resuelve sobre la sanción a aplicar, si corresponde y se la notifica, la cual puede ser recurrida.

El tribunal de honor puede absolver, con la aclaración de que queda a salvo su buen nombre y honor; esta resolución es definitiva. Las sanciones que puede imponer son: 1) amonestación por falta leve al honor, por mayoría de votos; 2) amonestación por falta grave al honor, por mayoría de votos; 3) descalificación por falta gravísima al honor, por unanimidad. En caso de no obtenerse la unanimidad, se tendrá al imputado encuadrado en el apartado anterior. Cuando la resolución imponga la descalificación por falta gravísima, el tribunal recomendará que el sancionado sea privado del título del grado y uso del uniforme. Las resoluciones firmes de los tribunales de honor deben ser aprobadas por los respectivos Jefes de Estado Mayor General, salvo el caso de descalificación por falta gravísima, que es resorte del presidente de la Nación en su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. La recomendación del tribunal de privación del título de grado y uso del uniforme, para que tenga efecto, debe ser aprobada por el Presidente de la Nación, mediante decreto. Las resoluciones de un tribunal de honor son apelables por el sancionado, por ante el Tribunal Superior de Honor que corresponda, teniendo su resolución carácter de definitivo. El término para interponer el recurso será de 48 horas hábiles. Cabe destacar que las resoluciones firmes de los tribunales de honor deben ser aprobadas por los respectivos Jefes de Estado Mayor General, salvo el caso de descalificación por falta gravísima, que es resorte del Presidente de la Nación en su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

Corresponde al Presidente de la Nación resolver, previa opinión del tribunal superior de honor y de los Jefes de Estado Mayor General, según corresponda, las solicitudes de indulto que se formulen. El indulto sólo podrá ser solicitado después de diez años de impuesta la sanción. Si el indulto es denegado por el Poder Ejecutivo, no podrá ser interpuesto hasta cumplido el plazo de cinco años de la denegatoria.

Cerrada la exposición de lo atinente a la jurisdicción de honor existente en nuestro país, no queremos terminar este capítulo sin ofrecer una breve reflexión. En este sentido, pensamos que dada la importancia de la jurisdicción militar y su relevancia histórica, en el curso de las futuras reformas constitucionales que se emprendan debería incorporarse expresamente al texto de nuestra carta magna la regulación de la jurisdicción, bien como atribución del ejecutivo, bien como fuero federal especial, de modo tal que resulten inadmisibles las discusiones en torno de los motivos de su legitimidad. Ello así en tanto que la jurisdicción militar es esencial para apuntalar la disciplina castrense. Asimismo, entendemos que las futuras reformas constitucionales o con oportunidad del dictado de leyes de carácter infraconstitucional el constituyente o el legislador deberían actualizar el procedimiento y la parte sustancial de la justicia militar, adecuándola a los conceptos modernos del debido proceso, de la defensa técnica y de los nuevos delitos militares que van apareciendo.

Capítulo 5

La contribución ciudadana a la defensa militar

5.1. El derecho-deber de defensa: conceptos generales y modalidades

1. Atento a que la defensa nacional es una necesidad primaria y primordial de la comunidad política, ninguno de sus integrantes puede negarse a contribuir a ella en la medida de sus posibilidades. En los regímenes democráticos y republicanos, este deber, que algunos textos constitucionales refuerzan merced a la utilización de adjetivos tales como “sagrado” (artículo 52 de la de Italia) o “fundamental” (artículo 276 de la de Portugal), implica también un derecho. Ello así, en tanto que dado que el pueblo es el titular de la soberanía, al cumplir con su deber participa en la preservación de algo propio. Así, por ejemplo, lo ha entendido el constituyente español, al punto que entre los derechos y los deberes fundamentales recoge y proclama en el apartado 1 del artículo 30 que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”, norma que cabe comprensiva de todas las personas que deben lealtad a su nación –vale decir que comprende a los menores de edad, en tanto que no se requiere gozar de los derechos políticos- y de la prestación de toda actividad que contribuya al esfuerzo de la defensa, más allá de la prestación o no de un servicio con armas.

Análoga amplitud, tanto en lo relativo a los partícipes en las actividades de defensa como en lo atinente a los medios a emplear, ha sido reflejada en la definición que de defensa nacional nos da el artículo 2 de la ley orgánica española de criterios básicos de la defensa nacional y organización militar¹⁴⁷, y que dice que es “la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin”.

Ahora bien, sobre la base de estos planteamientos podemos abordar una doble distinción: en primer lugar, que la defensa nacional es un concepto que tiene un alcance genérico, más amplio, por tanto, que el específico de la defensa con las armas o defensa militar; y en segundo término, que la contribución ciudadana a la defensa puede revestir una muy variada gama de posibilidades, que va desde la plena y absoluta disponibilidad de las personas y de los bienes para satisfacer esa necesidad primaria y vital de la comunidad, hasta la realización de prestaciones o servicios concretos o la limitación o restricción del ejercicio de determinadas facultades o derechos en aras de esa misma finalidad. Digamos, eso sí, que tal como lo advirtiera magistralmente Rafael Bielsa, es conveniente que en un estado republicano como el nuestro ese derecho-deber de defensa concilie el principio democrático –comprensivo del de igualdad, civismos y libertad– con el de eficacia castrense –que debe atender a criterios técnicos y de organización-¹⁴⁸.

5.2. La movilización nacional

1. Puede que las exigencias de la defensa nacional impongan que todos los recursos del país se destinen a este tipo de tareas, medida que se conoce con el nombre de movilización. Al respecto, un antiguo repertorio técnico la definía como el “pasar del pie de paz al pie de guerra”¹⁴⁹. Así, en España la ya referida ley orgánica de criterios básicos de la defensa nacional y organización militar prevé, en su artículo 14, que “todos los recursos humanos y materiales y todas las actividades, cualquiera que sea su naturaleza, podrán ser movilizados por el Gobierno para satisfacer las necesidades de la defensa nacional... en los términos que establezca la Ley de Movilización Nacional”.

Dicho lo anterior, y atento a que el ejemplo que nos brinda el derecho militar español en la materia, describiremos con cierto detalle el régimen jurídico de la movilización previsto en la madre patria en tanto que lo consideramos como una estructura normativa modélica. Así las cosas, cabe referir que en España este tipo de

¹⁴⁷ El texto de esta Ley es tomada para todo el trabajo de la pagina de Internet <http://noticias.juridicas.com/base-datos/admin>

¹⁴⁸ Rafael Bielsa, *Caracteres jurídicos y políticos del ejército. Su misión esencial*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1937, pág 7 y siguientes.

¹⁴⁹ Nicolás Estevanez, *Diccionario Militar*, París, Garnier, 1897, pág. 152.

asuntos se halla regulado por la ley básica de movilización nacional 50/1969, en cuanto ésta no se oponga a lo dispuesto en la ley 17/1999 relativa al régimen del personal de las Fuerzas Armadas. En concreto, esta normativa considera que toda movilización comprende dos fases: la de preparación y la de ejecución. La primera se desenvuelve en tiempo de paz y tiene por objeto prever las necesidades, conocer e inventariar los posibles recursos, y establecer los correspondientes planes y su coordinación, mientras que la de ejecución implica, llegado el caso, la puesta en práctica de tales planes, asignando, aplicando y controlando dichos recursos. Además, contempla que la movilización sea total o parcial; esta última, limitada a ciertas personas, bienes o territorio.

Dicha normativa también supone que a los efectos de la movilización, las personas se clasifiquen en los grupos siguientes: a) Personal militar, integrado por miembros de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea su situación, y la tropa y marinería en su situación de actividad; b) Personal movilizado, que son los civiles que quedan encuadrados en las Fuerzas Armadas como consecuencia de la movilización; y c) Personal militarizado, que es el perteneciente a organismos y empresas movilizadas o militarizadas total o parcialmente, y el personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa o en dependencias militares. A estos mismos efectos, las empresas y establecimientos industriales o de servicios de todas clases se clasifican en a) Militares, cuyo personal, sin distinción de sexo, estará militarizado; b) Movilizadas o intervenidas por el Estado, sujetas a dirección o administración militares, para la producción de bienes de cualquier clase con destino a las fuerzas armadas y cuyo personal, igualmente, tendrá la condición de movilizado; y c) Militarizadas, las cuales, conservando su propia dirección y administración, se utilizan, total o parcialmente para la producción de bienes considerados útiles para estas situaciones quedando su personal militarizado. Al margen de los mencionados, las personas y empresas o establecimientos no comprendidos en los grupos anteriores, seguirán con su consideración de civiles, sin perjuicio de las limitaciones o restricciones a que puedan quedar sujetos.

Finalmente, debemos resaltar que la ley orgánica española de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar determina que la coordinación de los recursos de la Nación necesarios para su defensa compete a los propios órganos superiores de la Defensa Nacional, y que tal coordinación afectará muy especialmente a

los recursos energéticos, a las materias primas y alimenticias, a los recursos industriales y sanitarios, a las vías de comunicación y transporte, a las telecomunicaciones y a los servicios de inteligencia y contrainteligencia.

2. En la Argentina la atribución originaria en materia de movilización corresponde al Presidente de la Nación; caracterizándose las medidas que para la instrumentación de la movilización se adopten por su carácter obligatorio. Al respecto, se entiende que las facultades del Ejecutivo surgen de su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, cabe destacar que el Congreso de la Nación también cuenta con atribuciones en estas cuestiones, las que resultan de que nuestra carta magna lo faculta para fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y de guerra, y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos. Asimismo, como contrapartida de las facultades presidenciales y legislativas a las que se hizo referencia precedentemente, al artículo 21 de la constitución nacional establece la obligación de todo ciudadano argentino de armarse en defensa de la patria y de la propia constitución, conforma las leyes que dicte el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo Nacional. En efecto, la obligación de armarse en defensa de la patria y de la constitución alcanza a todas las circunstancias que la hagan necesaria. Viene a resultar así, precisamente, que en previsión de la eventual ocurrencia de alguna de esas circunstancias se elaboran los planes de movilización que coadyuvan al más rápido y efectivo logro de los objetivos de la defensa nacional, y encuentran su fundamento en las normas constitucionales arriba mencionadas.

De este modo y para alcanzar los fines de defensa nacional que justifican su existencia, los planes de movilización pueden prever que, llegado el caso, se imponga obligatoriamente la realización de ciertas actividades, la facilitación de bienes, la prestación de servicios o el suministro de información, con carácter de carga pública, no solo respecto de los nacionales, sino de todos los habitantes de la nación. Ello así, siempre que tales medidas se instrumenten de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias que rigen la materia. Así las cosas, en el terreno legislativo, encontramos que la ley de ministerios, t.o. 1983, establece como competencia del Ministerio de Defensa el asistir al Presidente de la Nación en todo lo inherente a la Defensa Nacional y a las relaciones con las Fuerzas Armadas dentro del marco institucional vigente (artículo 19), y entre otros asuntos se lo habilita para

entender (inciso 7) “en la formulación de la política de Movilización y Plan de Movilización Nacional para el caso de guerra y su ejecución”. Al respecto, esta potestad concuerda con lo que, sobre esa misma materia, dispone la Ley de Defensa Nacional n° 23.554. En efecto, dice el artículo 32 de la ley citada que “los planes de movilización necesarios para adecuar los recursos de la Nación a las necesidades de la defensa nacional serán elaborados por el Ministerio de Defensa y aprobados por el Presidente de la Nación”.

3. Dado que el artículo 34 de la ley 23.554 prevé la posibilidad de que, en caso de guerra o ante su inminencia, el Poder Ejecutivo disponga requisiciones de servicios o de bienes, y convocatorias, debe tenerse en cuenta las disposiciones que sobre esas cuestiones tienen distintos textos legales. Así, la ley 17.531 de servicio militar explica en su artículo 1 que dicho servicio lo cumplen quienes voluntariamente se encuentren incorporados a las Fuerzas Armadas (inciso a); los convocados para cumplir el servicio de conscripción (inciso b) y las reservas incorporadas (inciso c). Y en el artículo 7 establece que las disposiciones por las cuales se efectuará la convocatoria para cumplir el servicio militar serán dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional. Además, también en la ley para el personal militar se encuentran alusiones a la convocatoria. De este modo, en su artículo 3, inciso 1, al referirse a la reserva incorporada se explica que ésta es la constituida por el personal no perteneciente al cuadro permanente que se encuentre incorporado en su respectiva Fuerza Armada debido a una convocatoria o al cumplimiento del servicio militar obligatorio. Asimismo, el artículo 61 del mismo instrumento legal completa la alusión a la convocatoria, cuando al referirse al personal retirado dice que el retirado solo podrá volver a la actividad en caso de convocatoria. De modo que si se diera un supuesto de movilización que hiciera necesario recurrir a la convocatoria de la reserva fuera de servicio (la definida en el artículo 3, inciso 2, de la ley n° 19.101), tal convocatoria debería ser dispuesta por el Presidente de la Nación (artículos 7 de la ley n° 17.531 y 34 de la 23.554).

Asimismo, la ley 20.318 de Servicio Civil de Defensa también tiene vinculación con el tema que nos ocupa, desde el momento en que en ella se prevén convocatorias y requisiciones de servicios personales (artículo 4) que alcanzan a los habitantes del país que no estén incorporados al servicio militar, a los fines de satisfacer necesidades de la defensa nacional en caso de guerra, conmoción interior y alteración o suspensión de

actividades o servicios públicos esenciales. Ahora bien, como en los casos contemplados en las leyes anteriormente citadas, las convocatorias que en los supuestos previstos en la ley Nro 20.318 se realicen, deberán disponerse por decreto (artículo 15), lo que implica que la autoridad facultada para efectuarla es el Presidente de la Nación. Ciertamente que la aplicación de la ley 20.318 en los casos en ella previstos puede darse sin necesidad de que se haya dictado un decreto de movilización. Empero, atento a los supuestos para los que está prevista la aplicación de esta ley –guerra, conmoción interior y alteración o suspensión de actividades y servicios públicos– es muy probable que la convocatoria a prestar servicios civiles de defensa coincida con el dictado de un decreto de movilización.

También en la ley n° 24.059 de seguridad interior existen disposiciones vinculadas con la cuestión en análisis. Este es el caso de los artículos 27, 31 y 32, en los cuales se prevé la intervención de las Fuerzas Armadas para apoyar las operaciones de seguridad (artículo 27), o para el reestablecimiento de la seguridad interior (artículos 31 y 32) dentro del territorio nacional, en aquellos casos excepcionales en que el sistema de seguridad interior resulte insuficiente a criterio del presidente de la Nación. Al respecto, téngase presente que en estos supuestos deberá mediar la previa declaración del estado de sitio. Se observa entonces que si los hechos que se contemplan en los artículos 31 y 32 deben ser de una entidad tal que de lugar a la declaración del estado de sitio, no sería extraño que en dichos supuestos se dictase también un decreto de movilización, declarándose que el nivel de las fuerzas de seguridad ha sido superado.

Cabe señalar, también, que en los planes de movilización que se proyecten, no deben dejar de tenerse en cuenta todas las normas vigentes, legales o reglamentarias, como por ejemplo el código de justicia militar o el decreto 15.385/44 de zonas de seguridad de frontera, que por referirse a cuestiones atinentes a la defensa nacional, debe armonizar con las medidas que tales planes instrumenten.

Antiguamente, la ley n° 17.649 de defensa y seguridad, defensa civil y movilización, dictada el 1° de marzo de 1968, establecía las bases jurídicas, orgánicas y funcionales fundamentales para el planeamiento y la ejecución de la movilización, calificándosela como el conjunto de medidas y de procedimientos mediante los cuales se adecua el potencial de la nación con el objeto de satisfacer las exigencias de la seguridad nacional para caso de guerra. Dicha norma consignaba que las tareas de movilización se cumplirían a través de dos modalidades distintas: a) en situación de paz;

y b) en situación de guerra públicamente declarada, existente de hecho o inminente. Dos décadas más tarde la ley citada fue derogada por el artículo 38 de la 23.554. Al respecto, esta misma norma estableció como función transitoria del Consejo de Defensa Nacional, y con plazo perentorio, en sus artículos 45 y 46, la elaboración del anteproyecto de ley de movilización, tarea que a la fecha no se ha cumplido.

En síntesis, como puede verse, de la situación española a la nuestra, queda por nuestra parte mucho camino por recorrer, constituyéndose en otra asignatura pendiente que tenemos, en algo que hace al derecho constitucional militar.

5.3. El servicio militar

1. *Introducción.* A lo largo de la historia el reclutamiento forzoso de soldados ha sido una constante que ha revestido múltiples formas o variedades de acuerdo con las realidades sociales, las concepciones políticas y las exigencias técnicas de las distintas épocas. Al respecto, podemos encontrar numerosos ejemplos de ejércitos integrados en todo o en parte por esclavos, por siervos, por súbditos reclutados por sorteo entre determinadas clases o condenados. Sin embargo, en sentido estricto solo puede hablarse de servicio militar obligatorio desde finales del siglo XVIII. En este orden de cosas, se considera como el punto de arranque de este servicio los reclutamientos masivos que tuvieron lugar en 1793, en la Francia revolucionaria, para afrontar los posibles ataques de la coalición de los países de la vieja Europa. En virtud de una serie de disposiciones, se convocaba a formar parte del Ejército a todos los varones solteros o viudos comprendidos en determinadas edades. No se trataba ya de entrar al servicio de un señor o de un soberano, sino de prestar un servicio personal a la Nación en defensa de su recién ganada soberanía, lo que constituía, a la vez que un deber, un derecho y un honor que, como tal, se iría plasmando en la generalidad de los textos constitucionales. Luego, y a lo largo del siglo XIX, se fue extendiendo este concepto por los países continentales europeos para responder a la gran demanda de efectivos personales que exigían las condiciones en que se desarrollaban las muy numerosas guerras.

En nuestro país, la ley 17.531 derogó a la primitiva ley orgánica del Ejército n° 4707, que había regido entre 1905 y 1967, y había sido parcialmente derogada en 1944

por la ley 12.913 en lo relativo al personal militar, aunque no en lo atinente al servicio de conscripción y sus excepciones. Bien es verdad que el capítulo sobre las excepciones al servicio también había sido agilizado, en su faz reglamentaria, durante 1963 y merced al decreto 8844/63, cuyas normas y principios fueron conservados por ley 17.531.

Atento a que en el párrafo precedente recordamos a la Ley 4707, creemos oportuno ahora memorar que la primera manifestación normativa en materia de conscripción estuvo vinculada con la creación de la Guardia Nacional. Posteriormente la ley 542, de 1872, legisló sobre el reclutamiento del ejército nacional; la 3318 se ocupó de la organización del Ejército y de la Guardia Nacional, cosa que reiteró la ley 3686. Luego, en 1901, se sancionó y promulgó la ley 4031, de organización del Ejército, la cual fue superada por la ya recordada Ley 4707. Ahora bien, antes de estas leyes el “Ejército de Línea” se formaba por los “enganchados”, llamados en la jerga militar “ganchos”, y los “destinados”. Los “enganchados” servían tres años en infantería y cuatro en caballería y artillería; la prima total del “enganche” era de tres o cuatro mil pesos, según el arma y el tiempo de servicio. Como el enganche no resultaba suficiente para cubrir las necesidades del ejército, se suscribieron contratos con particulares para que reclutasen tropa y personal de oficiales en Europa; he ahí el origen de muchos apellidos extranjeros en nuestro ejército. Por su parte, los destinados eran obligados a servir en el ejército por una ley del 30 de octubre de 1858, que decía que “los vagos y mal entretenidos, los que en día de labor se encuentran habitualmente en casas de juego o en tabernas, los que usen cuchillo o arma blanca en la capital y pueblos de campaña, los que cometan hurtos simples o los que infieran heridas leves, serán destinados al servicio de las armas por un término que no baje de dos años ni exceda de cuatro”.

2. *El servicio militar obligatorio; su actual régimen normativo.* Yendo a la lectura de la constitución española, surge que el texto constitucional aprobado en 1978 se refiere indirectamente al servicio militar obligatorio cuando, tras aludir a las obligaciones militares españoles, establece que la ley regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de excepción del servicio militar obligatorio¹⁵⁰. Es que el servicio militar reviste una importancia que le confieren una entidad y fisonomía especial dentro del marco genérico de las

¹⁵⁰ Constitución española, artículo 30, apartado 2.

obligaciones militares. Al respecto, y como ilustración del tema en estudio se puede mencionar que en España su relevancia ha llevado al legislador a sostener, con motivo del dictado de la ley orgánica de criterios básicos de la defensa nacional, que la “base fundamental de la defensa nacional son los propios ciudadanos” (artículo 14.2) y que “el servicio militar tendrá para los españoles carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro servicio que se establezca” (artículo 36). Además, también las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas reconocen que “servir a la Patria con las armas es un acto de honor que constituye un mérito por los sacrificios que implica” y que “el soldado o marinero constituye el elemento básico de los ejércitos que representan la aportación esencial de los ciudadanos a la defensa de la Patria” (artículos 23 y 49)¹⁵¹.

Finalmente, en España la materia ha sido regulada específicamente por obra de la ley 13/1991, en la que se define al servicio militar como “una operación personal fundamental de los españoles a la defensa nacional” (artículo 2, apartado 1)¹⁵². Asimismo, esta ley contempla la posibilidad que esta prestación obligatoria se cumpla a través de las modalidades del voluntariado normal y especial y del servicio para la formación de cuadros para mandos y especialistas tanto para las Escalas de Complemento como para la Reserva naval (cfr. artículo 2.).

En nuestro país, la ley 17.531 de servicio militar es la que regula el tema que nos ocupa. Con relación al servicio en cuestión se puede expresar que el servicio militar es obligatorio para todos los argentinos, varones y mujeres, incorporados a las Fuerzas Armadas por el Poder Ejecutivo, conforme el contenido del artículo 21 de la Constitución nacional. Así las cosas, están comprendidos en esta obligación los voluntarios que lo hagan conforme a las leyes vigentes; los varones convocados para cumplir con el servicio de conscripción; y la reserva incorporada. El servicio militar masculino comprende: la incorporación a las Fuerzas Armadas según las prescripciones de esta ley y de la ley para el personal militar.

Existen dos tipos de convocatoria: la primera, la que incorpora a la reserva fuera de servicio en caso de guerra, guerra inminente o grave conmoción interior, y, la segunda, la convocatoria anual, que convoca e incorpora a los argentinos varones que

¹⁵¹ El texto de estas Reales Ordenanzas ha sido tomado para todo el trabajo de la página de Internet <http://www.juridica.com/base-datos/admin/185-1978.1283.html>

¹⁵² El texto de esta Ley es tomado para todo el trabajo de la página. En Internet <http://noticias.juridicas.com/base-datos/admin/lo13199.html>

cumplen diecinueve años durante el año de la incorporación. Todo este personal tiene estado militar “desde el momento que sean convocados”, según dispone el código de justicia militar, pero esto es procedente aclararlo. La reserva que se convoca por el artículo 6 de la Ley 17.531, tiene “estado militar y queda sometido a la jurisdicción militar desde el momento que lo determine la convocatoria o lo fije la cédula de llamada”. En cambio, en la convocatoria para el servicio de conscripción, el personal de soldados conscriptos queda sujeto a la jurisdicción militar desde el momento en que efectúe su presentación, voluntaria o no, ante una autoridad militar, a los efectos de la asignación de destino.

En el servicio de conscripción de la ley antes mencionada –la cual en este momento encuentra su vigencia suspendida, como consecuencia del dictado de la ley de servicio militar voluntario-, la incorporación se efectúa por sorteo anual, correspondiendo los números mas altos a la Armada, los que siguen a la Fuerza Aérea, y el resto al Ejército, contemplándose el sistema de excepción por haber resultado sorteado con un número de los llamados bajos. Comprendido en estas circunstancias, el ciudadano argentino podrá solicitar, por las razones que la reglamentación determina, su incorporación hasta dos años después que el resto de su clase; y, por razones de estudio universitario, una prórroga hasta que finalicen sus estudios o hasta que cumplan veintiséis años de edad. Terminados sus estudios serán incorporados a un curso A.O.R. (Aspirante a Oficial de Reserva), y luego podrán cumplir con el servicio de conscripción como tales o como subtenientes, según el resultado del curso. Quienes no terminaron sus estudios, serán incorporados como soldados conscriptos.

La reserva esta formada por el personal retirado proveniente del cuadro permanente, y se rige por la Ley 19.101, y por el personal que ha prestado su servicio militar, cuando se disponga que sean incorporados para completar los efectivos de las Fuerzas Armadas. Esta reserva puede estar incorporada o fuera de servicio, y a partir de los treinta y seis años de edad sólo es convocable en caso de guerra, previa intervención del congreso nacional, es decir, por ley.

3. ***El servicio militar voluntario.*** Actualmente, la ley 24.429 del servicio militar voluntario –publicada en el *Boletín Oficial* el 10 de enero de 1995-, conceptualiza al servicio militar voluntario como la prestación que efectúan, por propia decisión, los

argentinos varones y mujeres, nativos, por opción o ciudadanos naturalizados, con la finalidad de contribuir a la defensa nacional, brindando su esfuerzo y dedicación personales. La misma norma establece que la cantidad de soldados voluntarios que se requiera incorporar y el cupo para cada una de las Fuerzas Armadas, será fijada anualmente por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministerio de Defensa. Además, dispone que el soldado deba respetar el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas y se abstendrá de realizar actividades políticas o sindicales.

Como puede advertirse, la ley 24.429 que establece el régimen del servicio militar voluntario, en rigor no deroga totalmente el anterior régimen del servicio militar obligatorio, establecido por la Ley 17.531. Ello así, por cuanto prevé en su artículo 19 que en el supuesto de que la cantidad de interesados para incorporarse al régimen del voluntariado no fuere suficiente, podrá volverse al régimen establecido por la ley anterior.

En otro orden de cosas, téngase ahora presente que el planeamiento, dirección y coordinación del proceso para la prestación, registro y verificación del servicio militar voluntario será responsabilidad del Ministerio de Defensa. Agrega la norma citada que es responsabilidad de las fuerzas armadas, la instrucción militar de los ciudadanos que se incorporen a este servicio militar, capacitándolos en las actividades tácticas, técnicas y logísticas así como también los administrativos y todas aquellas necesarias para el mantenimiento y funcionamiento de las unidades, asignándoles un rol según los cuadros de organización de cada fuerza. En su artículo 32 esta ley deroga aquellas disposiciones contenidas en las leyes 17.531, 18.488, 18.673, 19.902, 20.428, 21.903, 22.944 y cualquier otra norma en todo aquello que se le oponga.

4. Causas de exclusión y exención del servicio militar obligatorio con especial referencia a la objeción de conciencia. Así como de la obligación de contribuir a la Defensa Nacional ningún ciudadano puede eximirse, ello no quiere decir, sin embargo, que todos hayan de hacerlo con las armas. Existen numerosas y poderosas razones para fundamentar esta afirmación y, entre ellas, no es la de menor entidad la de que, en la actualidad, las exigencias de la guerra no requieren que toda la población sea directamente combatiente.

Generalmente las leyes de reclutamiento se dirigen a aquellos que reúnen, en principio, condiciones de idoneidad para prestar servicio de armas y que, temporal o

definitivamente, no se hallen, al menos en tiempo de paz, en circunstancias tales que dicha prestación les resulte exageradamente onerosa o en las que su permanencia sea más interesante, incluso desde el punto de vista de aquella defensa. Al respecto, cabe acudir, una vez más, al ejemplo español, cuya constitución alude en su artículo 30 y con carácter genérico, a las causas de exención del Servicio Militar Obligatorio, entre las que figura la objeción de conciencia. Ahora bien, como causa de exclusión total, se considera el padecimiento de alguna enfermedad o defecto físico o psíquico de los incluidos como tales en el cuadro médico de exclusiones, y como causas de exclusión temporal del contingente anual figuran: estar ya encuadrado en las Fuerzas Armadas; padecer determinadas enfermedades o defectos; estar cumpliendo condena de privación de libertad o sujeto a determinadas medidas de seguridad o haber obtenido prórroga de incorporación al servicio en filas por necesidades familiares, estudios, tener otro hermano en filas, residir en el extranjero, acuerdo del Gobierno por razones de interés nacional o por desempeñar un cargo público por elección popular (conforme artículos 31/33 de la ley española de servicio militar). Por otra parte, entre las exenciones propiamente dichas figuran: la confirmación durante determinados años de algunas de aquellas prórrogas, haber prestado servicio militar en determinados países extranjeros, las derivadas de convenios internacionales y, finalmente, “es ser reconocido y declarado como objetor de conciencia, de acuerdo con la legislación específica” (artículos 34 y 35 de la misma ley).

Al respecto, cabe considerar que toda objeción de conciencia implica la negativa al cumplimiento de una disposición general mediante la invocación de una exigencia superior de conciencia. La objeción de conciencia deriva, pues, directamente del reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa, que lleva consigo el derecho de adecuar el comportamiento personal y las propias convicciones, en tanto no se lesione con ello ningún bien social. De este modo, la objeción de conciencia al cumplimiento del servicio militar obligatorio supone el rechazo o repulsa por razones de conciencia a prestar tal servicio, ya lo sea considerado en su totalidad, ya lo sea en relación, únicamente con el manejo o uso de las armas. En rigor de verdad, tal objeción solo es jurídicamente admisible en tanto que no se lesione el bien jurídico de la defensa nacional. Así, si por ejemplo en determinadas circunstancias se requiriese el encuadramiento militar de todos para lograr una defensa eficaz o creciese tanto el número de los que alegasen una objeción de conciencia para eximirse el servicio militar

al punto que se pusiese en peligro la capacidad defensiva del país, sería difícil justificar la concesión de este trato excepcional.

En cuanto al derecho comparado, no son muchas las constituciones que, de modo expreso, se refieren a la objeción de conciencia al Servicio Militar. Entre las que sí lo hacen figuran la de Holanda¹⁵³, de 1983, que prevé la exención del servicio militar “por serias objeciones de conciencia” (artículo 99); la de Alemania, de 1949, que proclama que “nadie podrá ser obligado contra su conciencia, a servir con las armas en la guerra” (artículo 4, apartado 3), proclamación que sería complementada, en la reforma constitucional de 1956, con la regulación básica de un servicio civil sustitutorio previsto para los objetores (conforme artículo 12, a)); la austríaca de 1975, que establece también un servicio sustitutorio para quienes “rehusen el servicio militar armado por causa de objeción de conciencia” (artículo 9, apartado 3), y la de Portugal, de 1976, donde “se reconoce el derecho de objeción de conciencia” y se establece que “los objetores estarán obligados a prestar servicio no armado con duración idéntica a la del Servicio Militar Obligatorio” (artículo 41, apartado 5). En cuanto a la legislación derivada, puede afirmarse que durante las últimas décadas todos los países democráticos occidentales han reconocido la figura de la objeción de conciencia en materia militar, quizá con la única excepción de Suiza, donde no se halla admitida la objeción como tal si bien los reclutas con problemas de conciencia frente a la prestación del servicio de armas son destinados a servicios sanitarios.

También los organismos internacionales especialmente dedicados a la tutela de los derechos fundamentales del hombre se han ocupado del tema. Aunque el fruto de esta labor no se encuentra planteado en ningún convenio o tratado, es de destacar la resolución n° 337 de la Asamblea del Consejo de Europa, de 1967, que, con el carácter de recomendación, determina una serie de criterios básicos sobre la materia. En este sentido, allí se reconoce que “las personas obligadas al servicio militar que por motivos de conciencia por razón de una convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de otro tipo de la misma naturaleza, rehusen realizar el servicio armado, deben tener un derecho personal a ser dispensados de tal servicio”, y se considera que este derecho deriva lógicamente de los derechos fundamentales a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión garantizados por el artículo 9 del

¹⁵³ El texto de esta Constitución es tomado para todo el trabajo de la Constitución de Holanda, página en Internet <http://www.olf.unibe.ch/law>

Convenio Europeo. En cuanto al procedimiento a seguir, se debe facilitar a los llamados a filas información suficiente sobre este derecho y las decisiones relativas a la cuestión no deben ser encomendadas a autoridades militares y deben ser susceptibles de recurso judicial con las debidas garantías de defensa para los objetores. En lo que respecta, finalmente, al servicio sustitutorio, se establece que deberá tener, al menos, la misma duración que el servicio militar normal, y que, tanto en el terreno económico como en el laboral se debe garantizar al objetor, durante la prestación de este servicio, el mismo trato que a los soldados que cumplen el servicio militar obligatorio.

5. *El servicio social sustitutorio.* En nuestro país la ley 24.429 establece, en su artículo 20, que los ciudadanos que en la oportunidad de la convocatoria se consideren impedidos para cumplir con la capacitación militar, en razón de profesar profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales, opuestas en toda circunstancia al uso personal de armas o a la integración de cuerpos militares, deberán cumplir un servicio social sustitutorio, por el término que la reglamentación determine, que no podrá ser mayor a un año. En este sentido, se aclara que el aludido servicio social sustitutorio consistirá en la realización de actividades de utilidad pública vinculadas con la protección y la defensa civil, los servicios sanitarios, sociales o educativos, o actividades relacionadas con la conservación del medio ambiente, la mejora del medio rural y la protección de la naturaleza.

Así las cosas, esta ley contempla expresamente la solución de un problema que en forma recurrente se daba bajo el mandato de la anterior norma, vale decir el caso de los objetores de conciencia, quienes mientras estuvo vigente el anterior régimen resultaban pasibles de sanciones y penas previstas en la legislación militar como la de desobediencia y aun la de insubordinación. Además, anticipando la posibilidad del renacimiento de la problemática antes citada, el régimen de la nueva ley de servicio militar voluntario prevé, para el caso de resultar necesaria la convocatoria forzosa de ciudadanos para el cumplimiento de servicio militar, qué tipo de servicio deberá brindar aquel que se manifieste como objetor de conciencia, por razones de profesar profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales opuestas en toda circunstancia al uso personal de armas o a la integración de cuerpos militares, creando en consecuencia el servicio social sustitutorio.

Ahora bien, cabe tener presente aquí que, con anterioridad a la vigencia de la ley de servicio militar voluntario, y con motivo de los reiterados episodios en los que

participaban objetores de conciencia, se formó reiterada y sustancial jurisprudencia que desembocó en un conocido fallo de nuestro máximo tribunal, en el cual se expusieron los alcances de la cuestión planteada, permitiendo avizorar el nacimiento de un servicio sustitutorio como el que aparecería con el dictado de la ley del servicio militar voluntario. Atento a lo dicho, consideramos ilustrativo, recordar que en el fallo “Portillo”, decidido el 18 de abril de 1989, nuestra Corte Suprema sostuvo que cabía “reconocer, como principio, el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción” –previsto en función de lo dispuesto en el artículo 21 de la constitución-, pudiese “ser cumplido sin el empleo de armas, con fundamento en la libertad de cultos y conciencia -artículo 14- derecho cuya extensión deberá ser determinada según las circunstancias de cada caso”¹⁵⁴. Puntualmente, respecto de este fallo, creemos oportuno recordar aquí lo que hace tiempo manifestamos: que la Corte, con su activismo, asumió entonces indebidamente el poder de mando del Presidente de la Nación, ello así en tanto que su decisorio estableció el rol que en el servicio militar le cabía al ciudadano. En síntesis, al determinar que el soldado Portillo no debía vestir armas y sí cumplir otras funciones del servicio público militar, la Corte se inmiscuyó en la potestad de distribuir las Fuerzas Armadas que es propia del Presidente y ajena a las atribuciones del Poder Judicial.

5.4. La Defensa y las limitaciones al ejercicio de los derechos individuales

1. Introducción. Sabido es que el ejercicio de los derechos no tiene carácter absoluto o ilimitado. Incluso los derechos más fundamentales llevan implícito el deber de respetar, cuando menos, los derechos de los demás. De este modo, derechos y libertades han de ejercitarse de modo tal que no dañen la armonía de la convivencia, y que no perturben el bien común, el orden público o la paz social. En rigor de verdad, todos estos valores sociales no han de verse contrapuestos a los intereses individuales, sino que precisamente su logro o realización es lo que permite que se den las condiciones aptas para que puedan desarrollarse, de modo convergente y armonioso,

¹⁵⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia dictada el 18 de abril de 1989 *in re* «Alfredo Portillo Alfredo»; *La Ley*, t. 1989-C, pág. 405.

esos mismos derechos de los individuos. En este orden de cosas, la defensa nacional en tanto que garantía de la supervivencia de la comunidad política, es un componente básico del bien común, por lo que en su nombre pueden ponerse restricciones o cortapisas al ejercicio de los derechos y libertades individuales.

En este sentido, dichas limitaciones pueden afectar especialmente a los componentes de las Fuerzas Armadas, dando lugar a que pueda hablarse de un estatuto específico de los mismos –asunto del que nos ocupamos particularmente en el próximo capítulo-, pero también pueden incidir en la esfera jurídica de cualquier persona, cuestión a cuyo examen nos dedicaremos a continuación. Al respecto, no es ocioso indicar que en los convenios y pactos internacionales sobre derechos fundamentales del hombre se refleja este planteamiento, y que, habitualmente, junto a la proclamación y reconocimientos de los derechos y libertades básicas, se establece la posibilidad de imponer limitaciones a su ejercicio fundadas en exigencias de la seguridad nacional, la integridad territorial, o la defensa del orden.

Así las cosas, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prevén expresamente la posibilidad de limitar o suspender el ejercicio de los derechos allí reconocidos "en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación", aunque también es cierto que exceptúan un núcleo esencial de tales derechos que, ni siquiera en esas circunstancias excepcionales, admiten restricción; entre estos últimos figuran: el de la vida, salvo imposición legítima de pena de muerte o como consecuencia de actos lícitos de guerra; los de no ser sometido a tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes o a experimentos médicos o científicos sin su libre voluntad o a la esclavitud, y el de no ser condenado por una acción u omisión que en el momento de su acaecimiento no este considerada como delito por el derecho nacional o internacional. Puede decirse, por tanto, que, salvo estas contadas excepciones, la generalidad de los derechos y libertades pueden coartarse por necesidades militares. Nos vamos a ocupar, sin embargo, de aquellas limitaciones que se dan con mayor frecuencia por tal motivo, y que han sido objeto de tratamiento legal específico. Son ellas las que recaen o afectan, principalmente, el derecho de propiedad y la libertad de expresión.

2. Restricciones al derecho de propiedad: expropiación y requisas. Reconocido constitucionalmente el derecho a la propiedad privada, también se prevé la delimitación de su contenido en razón de su función social y de la posibilidad de que por causa

justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente ley, previa indemnización, se pueda ser privado de bienes (cfr. el artículo 17 de la constitución nacional). De este modo, cuando las necesidades de la defensa nacional requieran la disposición o utilización de los bienes y derechos de los particulares, ya lo sea con carácter definitivo, ya lo sea con carácter temporal, el legislador ha entendido que el Poder Ejecutivo puede disponer su requisición, observando las prescripciones legales previstas¹⁵⁵. En este orden de cosas, nuestra ley de defensa nacional establece la legitimidad de las requisiciones de servicios o de bienes dispuestas en casos de guerra o ante su inminencia, con el objeto de satisfacer las necesidades de la defensa nacional, exigencia que califica de “carga pública”, cuyo incumplimiento hará a sus infractores pasibles de sanciones que pueden ir desde la prisión en el caso de las personas físicas, a la intervención en el de las jurídicas.

Ahora bien, junto a las expropiaciones y a las requisas, que son hipótesis que cubren, por decirlo de algún modo, los casos límite de exigencia y que implican la privación definitiva o temporal de los bienes o de los derechos, también existen muchas otras limitaciones que implican el sometimiento de determinados bienes a un régimen jurídico especial en aras a la defensa militar. Históricamente estos institutos han revestido múltiples formas y denominaciones. Así, por ejemplo, en las zonas próximas a las fortificaciones no se podían erigir determinadas construcciones, en tanto que en las áreas ha sido frecuente imponer ciertas servidumbres de paso a favor de las unidades castrenses.

En cuanto al tema específico de las requisiciones militares, podemos decir aquí que todavía mantiene vigencia lo dicho hace años por Oscar Ricardo Sacheri¹⁵⁶ en el sentido de definirla jurídicamente como el acto por el cual el estado se incauta, con cargo de indemnización, de los bienes materiales y de los servicios personales indispensables para atender a las necesidades de la defensa nacional.

3. Restricciones a la libertad de expresión: el secreto militar. La libertad de expresión, entendida, en sentido amplio, como el derecho a manifestar y difundir libremente, por cualquier medio, los pensamientos, ideas u opiniones y el de recibir o comunicar información, sin interferencia de autoridad pública alguna, se halla

¹⁵⁵ Véase al respecto la ley 23554, artículos 34 y siguientes.

¹⁵⁶ Oscar Ricardo Sacheri, “Requisiciones Militares (ley Nacional N° 13.234”); en *Boletín Jurídico Militar*, n° 2 (1953), pág. 13 y sgtes.

reconocida en todos los ordenamientos jurídicos democráticos y en los convenios internacionales protectores de los derechos fundamentales. Empero, no es raro que los legisladores asocien a este derecho posibles limitaciones en defensa de otros valores. En este sentido, pues, cabe aclarar que abundan las limitaciones a este derecho en aras, entre otros, del respeto a la libertad de conciencia, a la preservación del secreto profesional, o a la protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

Dentro de lo expresado en el párrafo anterior, podemos situar a la defensa nacional como fuente de posibles limitaciones. De este modo, y, en concreto, tienen especial relevancia aquellas restricciones que se originan en la protección del secreto en el que se deben desenvolver muchas de las actividades castrense, y en la salvaguardia de los pilares esenciales de la institución militar, como son la disciplina, la jerarquía y la unidad de dirección, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en la acción castrense. En particular y en lo que se refiere al secreto militar, podemos decir que éste es una de las diversas modalidades de los secretos del estado, y que abarca múltiples campos. Al respecto, y a manera de ejemplo, cabe señalar que en España, los secretos oficiales se hallan regulados por la ley 9/1968, modificada por la 48/1978, en la que se determina que podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del estado.

Asimismo, y atento a que son muchas las obligaciones que, derivadas de los deberes de discreción y secreto de la actividad castrense, incumben no sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas sino también, la trasgresión del citado deber, ya lo sea intencionalmente, ya lo sea por negligencia o imprudencia, trae aparejada la imposición de fuertes sanciones penales y disciplinarias. De este modo, en nuestro país tanto el código penal vigente como el de justicia militar recogen en diversas figuras relativas a la traición y al espionaje hipótesis de comportamiento relativas a los que revelan información a una potencia extranjera o se procuran información clasificada o de interés militar relacionada con la seguridad o la defensa nacionales, o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas, y también el caso de los que, sin autorización expresa, reproduzcan planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o material militar que sean de acceso restringido por su relación con la seguridad o la defensa nacional. Asimismo, cabría tener presente que en nuestro derecho existe la posibilidad de limitar el derecho a la posesión y utilización de medios

de comunicación social dentro de los recintos militares, sea ello por razones de seguridad nacional, por exigencias de la disciplina o por la necesidad de defender la unidad de las Fuerzas Armadas.

Capítulo 6

Los militares y los derechos fundamentales

6.1. Los militares y el ejercicio de los Derechos Fundamentales de la persona.

1. Para la comprensión de esta materia es preciso hacer algunas consideraciones previas de carácter general. Así, en primer lugar debemos tener en cuenta que los llamados derechos y libertades fundamentales proceden o dimanen de la dignidad básica o radical de la persona humana, que corresponde por el mero hecho de ser persona, con independencia de la situación en que pueda hallarse, de las cualidades que posea, o, incluso, del comportamiento que observe; característica, esta última, que da lugar a que hasta el enemigo y el delincuente conserven el goce de este tipo de derechos. En concreto, la garantía de este tipo de derechos se refleja en los ordenamientos jurídicos republicanos mediante la proclamación del principio de igualdad ante la ley o de no discriminación. Al respecto, nuestra constitución así lo hace en su artículo 16, cuando proclama que “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Asimismo, al asumir un carácter universal esta dignidad básica trasciende las fronteras de lo nacional, haciéndonos a todos “ciudadanos del mundo”. Lógico corolario de ello es que la comunidad internacional se haya ocupado vivamente de este tema en numerosas declaraciones y pactos, con el objeto de proclamar y de asegurar la efectividad de estos derechos y libertades. Por su parte, nuestra constitución también se ha hecho eco de esta dimensión internacional, al establecer en el inciso 22 del artículo 75, que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, y adherir expresamente a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; a la

Declaración Universal de Derechos Humanos; a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo; a la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y a la Convención sobre Derechos del Niño”, de todos los cuales se dice que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

En segundo lugar, conviene recordar aquí una vez mas, que el ejercicio de los derechos, aunque se trate de los de índole fundamental, no reviste carácter absoluto e ilimitado, y que, cuando menos, en aras a la protección del bien común y de la paz social su invocación debe ser respetuosa de las fronteras que le marcan el respeto a la ley y a los derechos de los demás. De este modo, si bien nadie puede ser privado de la titularidad de sus derechos y libertades fundamentales, su ejercicio puede ser restringido temporalmente, o condicionado por razón de imperativos superiores de la comunidad. Al respecto, las normas nacionales e internacionales suelen prever, sea con carácter genérico o específico, numerosas limitaciones. Ahora bien, debido a su carácter excepcional estas cortapisas deben reunir una serie de características para que, a su vez, puedan ser consideradas válidas. De este modo han de ser necesarias, vale decir, venir impuestas ineludiblemente para salvaguardar un bien superior; han de ser proporcionadas, en el sentido de que debe existir una adecuada correlación entre la finalidad perseguida y el medio utilizado; y han de ser legales, en el doble sentido de estar o hallarse previstas en una norma jurídica de igual rango que la que regula el ejercicio del derecho restringido, y de tener carácter general, lo que quiere decir que en igualdad de circunstancias la aludida restricción debe afectar a todos. En este orden de cosas, no está de más recordar lo preceptuado por el artículo 53, apartado 1º, de la constitución española, dispositivo que aplica el criterio al que nos hemos referido arriba al establecer que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales sólo podrá ser regulado por una norma con rango de ley orgánica conforme a lo dispuesto en el artículo 181 de la misma carta.

Por último, nos queda por hacer una tercera consideración previa y es la de que estas restricciones pueden afectar genéricamente a todos, o específicamente a determinados grupos, y, entre éstos, a aquellos que tienen o presentan una especial relación de sujeción con el Estado. Tal el caso de los funcionarios, y, de modo muy singular, el de aquellos cuya función esta relacionada específicamente con la vigencia del aparato normativo estatal, entre los cuales figuran jueces, policías y militares.

2. Cabe preguntarse ahora, ciñéndonos exclusivamente al caso de los militares, respecto de las razones que pueden justificar o no su sujeción a un régimen jurídico personal especial, materia respecto de la cual dejamos en claro, desde el vamos, que ello no significa que pensemos que puedan carecer en absoluto de las garantías y de los derechos contenidos en la parte dogmática de la constitución.

Digamos al respecto que ya en las antiguas democracias griega y romana se trató de apartar a los guerreros, de una u otra forma, del quehacer político, de modo tal de evitar que quienes habían recibido las armas de la comunidad, para su protección y defensa, se pudieran convertir en sus opresores. Recordemos también que, luego, como consecuencia de las hondas transformaciones políticas y sociales que se produjeron con el advenimiento de los regímenes liberales en occidente, pronto se empezó plantear si los militares debían o no disfrutar de los mismos derechos y libertades públicas que el resto de los ciudadanos.

En particular, los argumentos esgrimidos en favor de sujetar a los militares –a los que ya Aristóteles caracterizó como expresión de un sector social muy particular¹⁵⁷– a un *status* jurídico especial derivan de una doble fuente, a saber de los nuevos principios dirigidos a regir la relación entre el llamado poder civil y los ejércitos, y de las propias características estructurales de estos. Así, entre los aludidos principios se destacan los de supremacía civil y neutralidad política de los militares, y entre las características estructurales referidas, aquellas que emanan de la necesidad de disciplina y unidad de conducción. Como derivación de estas circunstancias cobraron vida los cuatro tópicos principales en virtud de los cuales se considera posible restringir los derechos fundamentales del personal militar:

a) Conforme al *principio de supremacía civil*, los militares deben acatamiento y lealtad al poder político emanado de la voluntad popular. Lógicamente, la plena

vigencia de este principio resulta incompatible con la existencia de una voluntad política autónoma de las Fuerzas Armadas o de parte de sus miembros, en la medida en que ésta podrá llegar a colisionar con la voluntad política de aquélla. De este modo, al ejército, que en algunas cartas constitucionales del primer liberalismo llegó a ser considerado como esencialmente obediente, se lo priva de la capacidad de deliberar sobre asuntos políticos.

b) De acuerdo con el principio de *neutralidad política*, debe evitarse también que los militares ejerzan cualquier tipo de presión a favor o en contra de un grupo o partido político, o que los superiores militares se aprovechen de su situación jerárquica para influir sobre las opiniones o las opciones de sus subordinados, todo lo cual podría ir en detrimento de la igualdad de oportunidades que debe darse a cualquier grupo o partido político en un sistema pluralista. Ello lleva a consagrar el carácter imparcial de los ejércitos en las legítimas pugnas partidarias, y a alejar estas últimas de los cuarteles, materia a la que alude el artículo 22 de la constitución.

c) El principio de *supremacía de la disciplina*, esencial para el logro de la mayor capacidad operativa en los ejércitos, también se aviene mal con muchos de los métodos de la actividad política democrática, en la que son habituales la discusión y la adopción de decisiones colectivas, el continuo control y crítica de los actos dispuestos por las autoridades, la recurrente elección de éstas, por no citar sino algunas situaciones conflictivas.

d) En cuanto al principio de *unidad de conducción*, éste implica la preservación de la cohesión y la camaradería, frente a los posibles enfrentamientos y tensiones que derivan de los antagonismos entre las diferentes posiciones ideológicas, políticas y técnicas.

6.2. La condición jurídica del militar en el derecho internacional tuitivo de los Derechos Fundamentales.

1. Al margen de las diversas limitaciones que pudieran afectar especialmente a los militares, en virtud de situaciones de guerra o de emergencia, o derivadas de la

¹⁵⁷ Mario E. Sacchi, *Aristóteles, Santo Tomas de Aquino y el Orden Militar*, Buenos Aires, Colección de Ensayos Doctrinarios, 1982, pág. 39.

protección de la seguridad y defensa nacionales, las declaraciones y convenios internacionales que tutelan los derechos fundamentales suelen referirse expresamente a la posibilidad de restringir el ejercicio de algunos de tales derechos a determinados grupos o conjuntos de personas, y entre ellos, a los componentes de las Fuerzas Armadas. De este modo, entre los casos más significativos podemos mencionar las convenciones de la Oficina Internacional del Trabajo sobre libertad sindical y protección del derecho sindical, de 1948, y sobre derecho de organización y negociación colectiva, de 1949, que expresamente se remiten a lo que disponga la respectiva legislación nacional, para determinar el alcance de las garantías extendidas a los trabajadores al personal militar y policial. Por otra parte, el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23.054 de 1984, también determina en su artículo 16 que si bien todas las personas cuentan con derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole, ello no constituye óbice de que el ejercicio de estos derechos se restrinja o incluso se suprima entre los miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos -incorporado a nuestro derecho antes de la reforma constitucional de 1994 por obra de la ley 23.313- prevé que los Estados Partes, que deben asegurar en general el derecho de sindicación y afiliación, y la posibilidad de recurrir a la huelga, puedan restringir sus garantías cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la administración del Estado. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por Ley 24.658 de 1996 acepta la posibilidad de imponer restricciones legales al ejercicio de los derechos de afiliación, asociación, sindicación y huelga por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de otros servicios públicos esenciales.

2. Indudablemente, respecto de esta materia resultan de gran interés las doctrinas que sobre el particular han sentado la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos del Hombre, órganos creados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos con el objeto de garantizar la efectividad de los derechos allí reconocidos, en la medida en que los criterios sustentados difieren radicalmente de los que aceptamos pacíficamente en nuestro país. Al respecto, debido a su trascendencia y al carácter

general de los criterios debatidos, depositaremos nuestra atención en las resoluciones que pusieron término al denominado caso de “los cinco soldados contra Holanda”, asunto motivado en 1971, por unos militares holandeses que habían sido sancionados por la autoridad castrense con motivo de actos vinculados con la libertad de expresión y con el derecho de asociación, casos que, en virtud de su semejanza fueron agrupados en un solo expediente por la Comisión Europea.

En esta oportunidad, el problema a resolver pasaba por determinar si el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos podía o no ser aplicado a la situación particular de los militares y a las reclamaciones o quejas relativas a la disciplina castrense. En este sentido, la Comisión, a quien competía pronunciarse sobre la previa admisibilidad del recurso, se manifestó en sentido positivo en su informe de 19 de junio de 1974, y declaró aplicable a tales casos el Convenio, si bien consideró que al definirse o determinarse en cada caso concreto el alcance del derecho o de la libertad cuestionada debía tomarse en consideración la situación particular en la que se encontraba el personal militar. Posteriormente, el Tribunal –que considerando el asunto sometido a debate de capital importancia, se constituyó en sesión plenaria- dictó sentencia definitiva sobre el fondo de la cuestión el 8 de junio de 1976. De este modo, en esa ocasión ratificó la posición de la Comisión, al sostener la validez del Convenio “en principio, para los militares y no únicamente para los civiles, si bien, al interpretarlo y aplicarlo, es necesario tener en cuenta las particularidades de la vida militar, cuyos condicionamientos e imperativos difieren esencialmente de los de la vida civil, sin que sea concebible el funcionamiento eficaz de un ejército que carezca de normas jurídicas destinadas a impedir que se mine la disciplina”.

En definitiva, se consagraba de este modo el principio de que las restricciones de los derechos fundamentales inherentes al ámbito militar –toleradas, en cierta medida- no podían desembocar, empero, en la total exclusión de la acción tutelar del Derecho internacional.

6.3. Los militares y el goce de los derechos fundamentales en algunos países

1. Atento al título que corona el epígrafe, comenzaremos aquí viendo qué es lo que sucede en España. Al respecto, cabe tener presente que el real decreto–Ley 10/1977, dictado el 8 de febrero del año mencionado y destinado a regular el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas, estableció que si bien las mismas no podían permanecer al margen de la “política en su más fundamental acepción”, vale decir, en lo atinente a “aquellas actividades orientadas a defender un orden que asegure el interés general de la Nación” también contaban con la obligación de mantener “el debido respeto a cualquier opción política de las que tienen cabida en el orden institucional, sin que les sea lícito, en consecuencia, participar ni mostrar públicamente su preferencia por cualquiera de ellas”. En consecuencia, el articulado de este real decreto–ley se orientó en el sentido de restringir notoriamente el ejercicio de actividades políticas partidarias por parte de los militares profesionales – limitada en el caso de los retirados y de los ubicados en “situación especial”-, suspendiéndolas, incluso, respecto del personal no profesional de las clases de tropa y marinería. Posteriormente, en 28 de diciembre de 1978, las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas, con rango de ley ordinaria 85/1978 vinieron a definir con mayor precisión las obligaciones y los derechos de los militares, dedicándole un apartado de su tratado tercero a considerar el tema de los derechos civiles y políticos de los militares en el que se proclama que “el militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas”. En este orden de cosas, cabe señalar que la constitución española sienta genéricamente las bases de los medios y procedimientos necesarios para garantizar estos derechos, como ser la institución del Defensor del Pueblo, el procedimiento de habeas corpus, los recursos ante los tribunales ordinarios y el de amparo ante el Tribunal Constitucional. Tiempo después, con la sanción del Código Penal Militar y de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se reguló el aspecto negativo de esta materia, en cuanto se impusieron sanciones en el caso de cometerse infracciones a las disposiciones antes aludidas, a las cuales se vinieron a agregar luego los textos de las correspondientes leyes orgánicas de cada una de las Fuerzas Armadas. En efecto, en estas últimas se incluyeron normas específicas relativas a los militares, como ser relativas al derecho de reunión, al procedimiento aplicable en materia de habeas corpus, al régimen electoral general, o a la libertad de sindicación. Asimismo, no quedaría completa esta relación si no recordáramos que en el derecho español se han receptado los textos de tratados

internacionales ya mencionados que inciden en la materia, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los Pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, respecto de otros países hispanoamericanos, podemos decir ahora que si en Chile el artículo 19 de la constitución asegura a todas las personas el derecho a la negociación colectiva también se prevé que ni los funcionarios del estado ni los trabajadores de corporaciones de cualquier tipo podrán acogerse a este beneficio. Evidentemente, este caso es análogo al del artículo 39 de la constitución colombiana, en el que se reconoce a todos los trabajadores el derecho de constituir sindicatos o asociaciones al tiempo que prohíbe expresamente a los miembros de la Fuerza Publica el goce de este derecho. Asimismo, en idéntico texto constitucional se garantiza el derecho a huelga, salvo respecto de aquellos servicios públicos esenciales que hayan sido definidos y reglamentados por el legislador. Situaciones parecidas se observan en la carta magna de Costa Rica, cuyo artículo 61 determina el reconocimiento del derecho de patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos; en la de Paraguay, cuyo artículo 96 establece que todos los trabajadores públicos y privados tendrán derecho a organizarse en sindicatos sin necesidad de autorización previa, quedando exceptuados de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Policiales, en tanto que el 98 dispone que el derecho de huelga y de paro no se extiende a los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación, ni a las Fuerzas Policiales.

6.4. Los militares y algunos derechos fundamentales en particular

Abordado el tema de los derechos fundamentales en particular, de aquí en adelante nos vamos a ocupar en particular de aquellos derechos y libertades cuyo ejercicio por los militares presenta mayores peculiaridades, y que no pocas veces son de los que conllevan una más notoria incidencia en la vida pública y en el quehacer político.

1. Derecho a la libertad física: la detención y el arresto de militares. Dado que la disciplina militar cuenta con un carácter instrumental en función de la eficacia con que las Fuerzas Armadas deben contar en atención a la defensa nacional todo lo referente a la subordinación de los militares siempre ha sido objeto de particular preocupación¹⁵⁸. Sin embargo, ello no puede obstar a que las normas que instrumenten particularmente los supuestos del ejercicio de los deberes de mando y de obediencia deban superar los tests de legalidad y de razonabilidad exigidos por el orden constitucional, a los efectos de considerarlas conformes a derecho.

De este modo, si bien puede considerarse a todo el sistema de derecho represivo militar, penal y disciplinario como un subsistema especialísimo del orden jurídico, dotado de reglas propias, ello no implica que por ello que las mismas puedan quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 31 de la constitución nacional, en cuanto este dispositivo exige de la normativa infraconstitucional el respeto de la supremacía de la carta magna. En particular, pues, el reconocimiento de la legalidad del sistema disciplinario militar importa someter las facultades discrecionales de la autoridad militar a un ejercicio razonable. De este modo, si en principio dicho ejercicio resulta in susceptible de revisión judicial, ésta última procede en los casos de irrazonabilidad o arbitrariedad, en la medida en que “es precisamente la razonabilidad de los actos de aplicación lo que les confiere validez, permitiendo a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”¹⁵⁹.

Ahora bien, la razonabilidad implica que las normas disciplinarias aplicadas mantengan su coherencia con las de raigambre constitucional, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con ellas. En consecuencia, un dispositivo que conduzca a la aplicación de sanciones disciplinarias sin forma de juicio y por la sola autoridad del superior que impone la sanción, y que como resultado termine en sanción de arresto, terminará ineludiblemente siendo calificada de “irrazonable” por la magistratura¹⁶⁰. Asimismo, la razonabilidad también implica indagar acerca de la proporcionalidad entre los fines planteados por la norma y los medios seguidos en orden

¹⁵⁸ Idelfonso M. Martínez Muñoz, *Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar*, Buenos Aires, Depalma, 1977, pág. 203.

¹⁵⁹ Cfr. Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala III, sentencia dictada el 15 de septiembre de 1998 *in re* “Vercellotti, O.H. c. Estado Mayor General del Ejército”; en *La Ley*, t. 1998-E, pág. 512.

¹⁶⁰ Cfr. Segundo Linares Quintana, *Tratado de Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953/1963, t. II, pág. 335.

a la consecución de aquéllos. En definitiva, pues, el fin del mantenimiento de la disciplina militar, por rigurosa que ésta sea nunca puede apoyarse en medios que no se compadezcan, aunque más no sea mínimamente, con la ley fundamental.

Así las cosas, la aplicación de los principios esbozados ha planteado en el ámbito militar dos importantes problemas. El primero de ellos en relación con la detención de los militares, derivado de la exigencia de que éstos permanezcan, plena y continuamente, a disposición de sus mandos naturales, mientras que el segundo deriva de la necesidad de mantener y fortalecer la disciplina mediante un eficaz y adecuado sistema de sanciones, entre las que figuran las de privación de libertad.

En lo que concierne a la privación de libertad de los militares, motivada por la imposición de una sanción disciplinaria, hemos de decir que se trata de una práctica generalizada en todos los ejércitos y, pese a sus inconvenientes teóricos y prácticos, de muy difícil sustitución, en la medida en que ha sido una práctica universal la de que los militares sólo pudiesen ser detenidos por sus jefes y que su privación de libertad se llevase a efecto en recintos o establecimientos de carácter castrense. Ahora bien, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional no se han considerado los arrestos de carácter militar como privaciones indebidas de libertad, siempre que en su imposición y cumplimiento se hayan observado las respectivas prescripciones de los ordenamientos nacionales. Así, por ejemplo, en la constitución española se sientan las bases de esta posible privación de libertad al legitimarse la imposición de este tipo de sanciones por la administración militar, tal como se desprende, a contrario sensu, del artículo 25, apartado 3, que establece que la administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Asimismo, es de destacar que, conforme a las previsiones del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, España se ha reservado la facultad de ratificarlo en cuanto a la aplicación de los artículos 5 y 6, referentes a los derechos relacionados con la libertad física y el enjuiciamiento de causas, pudieran resultar incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en los títulos del código de justicia militar español a faltas y correcciones y a los procedimientos para las faltas, hoy sustituidos por los correspondientes preceptos de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

2. *Derechos al sufragio activo y pasivo.* Aunque en determinadas circunstancias históricas se llegó a privar del derecho de voto a los militares, hoy, ciertamente, es

difícil encontrar justificaciones para restringirles el ejercicio de este derecho siempre que se garantice que la pugna electoral quede al margen de la vida castrense. De este modo, generalmente se admite que los militares, cualquiera que sea su procedencia y grado, pueden ejercer el derecho de voto en iguales condiciones que el resto de sus conciudadanos. Incluso más, las legislaciones electorales tratan de superar las iniciales dificultades que pudieran derivarse del hecho, tan frecuente, de que el militar, por razones de servicio, resida en lugares distintos a la circunscripción territorial electoral que le correspondería por su domicilio habitual o familiar. A título de ejemplo, podríamos señalar que en Suiza los militares pueden servirse del propio Correo Militar para emitir su voto; que en Bélgica está prevista la instalación en los establecimientos militares de un colegio electoral por cada mil electores que allí presten servicio; que en Italia y Alemania los militares pueden votar en los colegios electorales donde se encuentren por razón del servicio; y que en Francia y en Gran Bretaña los militares, al igual que el resto de los ciudadanos, deben inscribirse anualmente en la correspondiente lista para poder tomar parte en las elecciones de aquel año.

En cuanto al sufragio pasivo y en lo que hace a nuestro país, la ley 19101 para el Personal Militar prescribe en su artículo 7, inciso 5, que dentro de los deberes esenciales devenidos del estado militar se encuentra “la no aceptación ni el desempeño de cargos, funciones o empleos, ajenos a las actividades, militares sin autorización previa de autoridad militar competente”, criterio que es reforzado respecto de las actividades específicamente políticas por lo preceptuado en el inciso 6 del mismo artículo, en la medida en que se prohíbe a los militares en actividad la aceptación y/o desempeño de funciones públicas electivas.

Frente a la amplísima extensión del derecho de sufragio activo que últimamente se viene concediendo a los militares en la mayor parte de los países del mundo, frente a la imposibilidad de que éstos puedan ser elegidos para cargos o puestos políticos representativos suelen invocarse una serie de causas de incapacidad o inelegibilidad y de incompatibilidad. Las primeras suponen impedimentos jurídicos para el acceso al mandato, provocando la nulidad de la elección; las segundas, por el contrario, suponen prohibición de ejercer simultáneamente el mandato y un determinado cargo o profesión, siendo válida la elección, pero debiendo el candidato electo optar por el ejercicio de una u otra función. En particular, algunos de los argumentos esgrimidos para justificar estas limitaciones son de este tenor: garantizar la pureza del sufragio y la efectiva separación

de poderes; asegurar la propia independencia del representante, que se debe al mandato de sus electores, sin que deba verse mediatizado por la influencia que pudieran ejercer sobre él sus superiores jerárquicos administrativos; evitar que el representante se prevalga o abuse del mandato; y la dificultad o imposibilidad, de hecho, de desempeñar a un mismo tiempo ambas actividades.

En rigor de verdad, tratándose de militares y, muy especialmente, de militares profesionales, no es difícil apreciar la concurrencia de muchos de estos posibles riesgos, agravados, en ocasiones, por las peculiares características y exigencias de la vida castrense. Ahora bien, una visión panorámica de la legislación extranjera nos lleva a adelantar que la condición de militar en activo da lugar a algunas de estas limitaciones. En general se ha tratado de evitar un doble escollo: por un lado, el de que la posibilidad de ostentar una candidatura por un militar sea meramente teórica y por otro lado, el de que la lucha y las tensiones propias de las campañas electorales penetren en los cuarteles. De este modo, podemos decir que en Francia los militares pueden presentarse como candidatos y durante el periodo electoral no quedan sujetos a las restricciones que habitualmente les incumben en cuanto a libertad de expresión o a la adhesión a partidos políticos. Luego, en el caso de ser elegidos y de aceptar el mandato, pasan a una situación de excedencia, pudiendo volver después al servicio activo. En Italia los candidatos militares pasan a la situación de licencia temporal durante la campaña electoral, que, en todo caso, deberán realizar fuera del ámbito militar y nunca de uniforme; si son elegidos, pasan a la situación de expectativa y si se trata de militares del reemplazo o movilizados deberán ser destinados a un centro o unidad que les permita el cumplimiento de su mandato. En Alemania los militares deben comunicar a sus superiores su intención de ostentar una candidatura y en el caso de ser elegidos y aceptar la elección, pasan a la situación de retirados; en cuanto a los que cumplen servicio militar obligatorio, los que ostenten una candidatura disfrutan de prórroga para su incorporación a filas o de suspensión en la permanencia en ellas durante el periodo electoral y, en su caso, durante el mandato. En Suiza, los oficiales y suboficiales profesionales, por considerarse funcionarios federales, no pueden formar parte de las Cámaras, debiendo previamente pasar a una situación de excedencia. En cambio, en España el real decreto-ley sobre actividades políticas y sociales ha prohibido a las militares aceptar candidaturas para cargos públicos cuando sean electivos y tengan

carácter político y sindical (artículo 2, apartado 4), criterio que se reitera en la ley orgánica del régimen disciplinario de las fuerzas armadas (artículo 9.28).

3. *Derecho de petición.* Por derecho de petición se entiende la facultad de presentar o dirigir todo tipo de solicitudes o reclamaciones, cualquiera que sea su denominación, a las autoridades o a los órganos de representación popular. No se consideran incluidas dentro del ámbito del derecho de petición las solicitudes de información, las meras comunicaciones o la interposición de recursos en vía administrativa o judicial que, aunque puedan presentar aspectos semejantes, tienen cauces propios reglados para su curso y resolución. Este derecho es unánimemente reconocido por los ordenamientos jurídicos democráticos, aunque su ejercicio pueda estar sometido a ciertas formalidades o haya de efectuarse a través de determinados intermediarios.

En cuanto a los motivos que suelen invocarse para condicionar el ejercicio de este derecho por los militares son el efecto intimidatorio que, sobre una autoridad civil, pudiera provocar cualquier petición colectiva efectuada por miembros de las Fuerzas Armadas, o el detrimento que podría sufrir la disciplina si a la hora de presentar solicitudes y quejas, no se respetase la rígida estructura jerárquica castrense. Ahora bien, la legislación extranjera reconoce, comúnmente, el ejercicio de este derecho a los militares, incluso en asuntos referentes al servicio, siempre que se haga individualmente y siguiendo los respectivos conductos jerárquicos que, en unos casos, culminan en la cúspide de la cadena de mando y en otras en órganos de dirección política. En determinados estados, los militares disponen de posibilidades de reclamación suplementarias, al margen: del cauce jerárquico, como pudieran ser las que se efectúan a través o por medio de inspecciones generales ordinarias o extraordinarias (U.S.A, y Gran Bretaña) o de comisionados parlamentarios para asuntos de defensa (Alemania, Dinamarca, Israel, Austria). Por su parte, en España las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas establecen que “el militar sólo podrá ejercer el derecho de petición individualmente en los casos y formalidades que prevenga la ley” (artículo 199) y que “no se podrá solicitar ni conceder autorización para presentar reclamaciones o peticiones colectivas” (artículo 23, último punto), al tiempo que sí se le reconoce la posibilidad de interponer recursos, recabar consejos y dirigir propuestas, recogándose, también, el tradicional recurso de agravio ante el Rey (cfr. artículos 200 a 203).

En nuestro país, los militares tienen el derecho, consagrado por las reglamentaciones militares, de petitionar ante sus superiores, respecto de determinados procederes o sanciones que los perjudican. Así, en la Reglamentación de Justicia Militar (texto reglamentario específico para cada Fuerza, pero con identidad de espíritu), se dispone el régimen y procedimiento que debe seguir todo militar que impugne un castigo o sanción disciplinaria que se le hubiera discernido, ya sea por estar en desacuerdo con su causal –por considerarla injusta-, ya sea por la cuantificación de la sanción o su modalidad. Los principios que rigen en esta materia preservan en todo momento la disciplina y la autoridad del superior que hubiese impuesto el castigo, de modo tal que cualquier reclamo que se intentara en orden a una sanción impuesta, debe ser efectuado en términos respetuosos y moderados, de modo de no resentir la disciplina. El superior llamado a resolver el reclamo o recurso (en rigor en ámbito militar se los denomina “recurso”), debe inspirar su decisión en fines superiores –por encima del caso particular-, tales como la justicia y la equidad. Por otra parte, y respecto de cualquier otra materia distinta a la disciplinaria, el militar también puede –con respeto y moderación dirigir reclamos al superior, tendientes a que se modifique un proceder que lo perjudique en la inteligencia de que el mismo resulta injusto o no adecuado a derecho. Así, por ejemplo, existen en las reglamentaciones (decretos PEN para cada fuerza) de la ley para el personal militar (Ley 19.101) específicos procedimientos tendientes a establecer el régimen que tales reclamos deben seguir, ya sea por cuestiones atinentes a calificaciones, ascensos, etc. Sin perjuicio de ello, también reglamentariamente se encuentra previsto el régimen general de las presentaciones de los militares respecto de peticiones a la superioridad. A modo de ejemplo y sin perjuicio de existir similares previsiones en las otras Fuerzas, respecto del Ejército se ha establecido en el Reglamento de Servicio Interno, las modalidades que debe guardar cualquier presentación efectuada al superior.

4. ***Derecho a la libertad de expresión.*** La libertad de expresión comprende, fundamentalmente, la facultad de manifestar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, así como la de recibir o comunicar información sin injerencia de autoridad pública alguna. Ahora bien, el derecho a la libertad de expresión se halla sujeto, por su propia naturaleza, a múltiples limitaciones, muchas de ellas impuestas por

las necesidades de la defensa nacional, que afectan a la generalidad de los ciudadanos y de modo muy especial a los componentes de las Fuerzas Armadas.

De acuerdo con nuestros planteamientos iniciales, no nos resultará difícil comprender que el ejercicio de esta libertad por los militares debe restringirse en aras de la adecuada protección de aquellos principios básicos de la institución armada y de su posición y postura en los regímenes democráticos. Efectivamente, el militar se halla sujeto a rigurosa disciplina y debe evitar toda expresión que pueda socavarla; ha de ser obediente respecto a sus superiores y fiel a sus camaradas, eludiendo toda manifestación irrespetuosa o descortés; por la naturaleza de su misión, ha de observar secreto y discreción en múltiples materias y ocasiones; ha de ser leal al sistema político al que sirven y al poder ejecutivo en el que se hallan integrados y del que forman parte; y, finalmente, ha de mostrarse estrictamente neutral en la pugna entre las distintas opciones partidistas. Todo ello, en conjunto, ha motivado que en los medios castrenses occidentales se halle muy difundida la idea práctica de que los militares deben abstenerse de manifestar públicamente todo aquello que pueda desagradar al gobierno, al mando o a sus camaradas y que, de no hacerlo así, se corre el riesgo de ser fulminantemente destituido, si se goza de un cargo de confianza, o de ser inexorablemente sancionado. La legislación extranjera, en esta materia, responde sustancialmente a estos mismos criterios.

De este modo, en Italia los militares precisan autorización previa para tratar públicamente asuntos de carácter reservado de interés militar o del servicio, debiendo, en todo caso, mantenerse al margen de luchas y competiciones políticas. En Alemania, la propia constitución prevé la posibilidad de restringir la libertad de expresión a los militares, quienes públicamente deben apoyar siempre el orden liberal y democrático, y sin que, a su vez, puedan mostrarse a favor o en contra de una determinada postura partidista. Además, los superiores deben abstenerse de ejercer cualquier tipo de influencia sobre sus inferiores; en este sentido todos deben respetar los principios de lealtad y camaradería. Por su parte, en Gran Bretaña está prohibida a los militares toda expresión oral o escrita que atente al orden o a la disciplina, que provoque situaciones embarazosas para el gobierno o que ponga en duda la imparcialidad de las Fuerzas Armadas. Respecto de los Estados Unidos, allí están prohibidas las críticas a las altas autoridades federales, así como a las de los estados donde el militar preste servicio o se halle presente. Además, se exige autorización previa para la difusión de publicaciones

en el interior de los recintos militares y la previa presentación de los originales de toda publicación de la que sea autor un militar, al objeto de comprobar que se ha realizado en nombre propio y con carácter particular y no representando a las Fuerzas Armadas, o a algún sector de ellas. Finalmente, en Francia, donde esta cuestión ha suscitado tradicionalmente fuertes polémicas, es preciso obtener autorización previa para tratar públicamente cuestiones políticas o que afecten a una potencia u organización internacional, así como para las publicaciones destinadas al extranjero o a extranjeros. En cualquier caso, tratándose de cuestiones militares, no debe hacerse de ello un medio de acción o propaganda ni dar lugar a que se ponga en duda la neutralidad o el mínimo de lealtad que los militares deben a las instituciones del Estado. Incluso más, con ánimo de evitar problemas en 1975 se creó un denominado “comité de lectura”, integrado por personalidades civiles y militares, al que, voluntariamente puede dirigirse cualquiera en solicitud de un dictamen sobre la procedencia o improcedencia de una futura publicación, teniendo tales dictámenes un valor meramente consultivo, sin vincular ni a los solicitantes ni a la Administración o al Mando. En lo atinente a España, se admite el principio según el cual “el militar tiene derecho a la libertad de expresión” (artículo 178 de las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas), aunque simultáneamente se establece un doble régimen de limitaciones consistente, en unos casos, en la exigencia de autorización previa y, en otros, en la prohibición de expresarse sobre algunos temas o en determinadas circunstancias (ejemplo, verter expresiones contrarias a la figura del rey).

Por su parte, si nuestra constitución nacional consagra la libertad de expresión en su artículo 14, sin discriminación alguna de militares o civiles, y dispone que todos los habitantes de la nación gozan del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, la libertad de expresión del militar ha sido tradicionalmente regulada por el riguroso régimen disciplinario en el que éste se encuentra inmerso, y en el que debe primar la subordinación. Al respecto, y con ánimo de contribuir a arrojar algo de luz respecto del tema, quisiéramos ahora ofrecer dar algunos criterios interpretativos que, a nuestro juicio, pudieran ser de gran utilidad: 1º) en primer lugar, toda norma jurídica limitativa del ejercicio de un derecho debe ser interpretada restrictivamente. 2º) siempre que las cuestiones sean tratadas con rigor científico, doctrinal o profesional, deben reputarse lícitas las discrepancias, que, por sí solas, no deben entenderse como irrespetuosas, desleales o disolventes. 3º) no se vulnera el deber de discreción por

ocuparse de hechos o de datos que ya han sido ya previamente difundidos o cuando se utilizan los mismos con carácter hipotético, al exponer una idea o un pensamiento o al sustentar una tesis. 4º) no se viola la neutralidad o imparcialidad política por abordarse temas que formen parte de los, cada vez más extensos y exhaustivos, programas o proyectos de las distintas opciones, en tanto que ello no suponga una clara adhesión o repulsa, en bloque, de un determinado partido o grupo. 5) salvo evidente prueba en contrario, las manifestaciones públicas de un militar, aún haciendo uso de su condición de tal -al igual que, en su caso, lo hacen otros profesionales o sectores sociales-, nunca deben ser consideradas como hechas en representación de todo o parte de la colectividad castrense.

5. *Derechos de reunión y manifestación.* Entre el catálogo de los derechos fundamentales figura el de organizar o tomar parte en todo tipo de reuniones o manifestaciones públicas y de carácter pacífico, con la finalidad, por lo general, de difundir ideas o de promover intereses colectivos o de grupo. Al igual que lo que sucede con el derecho de asociación, se trata del ejercicio de una libertad que se ejerce en forma conjunta, aunque de modo transitorio, esporádico o momentáneo. Lógicamente, quedan fuera del ámbito de este derecho las reuniones que tengan por objeto la preparación o la comisión de un delito y que, en su versión militar, podrían constituir figuras como las de sedición, rebelión, motín, conspiración, todas las cuales suponen graves atentados contra la disciplina y la subordinación. De este modo, las reuniones o manifestaciones públicas de carácter cultural, religioso, artístico, deportivo, etc., que nada tienen que ver con la prestación del servicio, con la promoción de intereses profesionales o con la actividad política o sindical, no plantean problema alguno, y, en principio, quedan abiertas a los militares. Por el contrario, la ostensible presencia de miembros de las Fuerzas Armadas en las de carácter político o profesional, en sentido amplio, podrían poner en entredicho la debida sumisión, imparcialidad o neutralidad políticas o servir de ocasión a hechos que pudieran menoscabar la cohesión y buena armonía entre sus filas. Es por ello que el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos prevé expresamente la posibilidad de restringir el ejercicio de este derecho a los militares, y en el mismo sentido se pronuncian las constituciones de Alemania y de Dinamarca. Sin embargo, y siempre que no se vista uniforme, ni se exteriorice la condición de militar, la asistencia a reuniones y manifestaciones, incluso de carácter político o sindical, se admite en Francia, Italia, Alemania, Austria, Australia

e Israel. En Gran Bretaña y Dinamarca, incluso, la conducta que únicamente se halla sancionada es la de la asistencia de uniforme a reuniones o manifestaciones hostiles a la defensa nacional. En el caso de Bélgica y de Holanda, no hay prohibiciones genéricas, sino que el mando puede prohibir, en determinadas circunstancias, la asistencia de uniforme a ciertas manifestaciones si consideran que ello es inconveniente; en cuanto a las reuniones en recintos militares, se requiere la autorización del respectivo jefe. En España, la constitución de 1978, en la que se proclama el derecho de reunión pacífica y sin armas (artículo 21, apartado 1), no se prevé limitación alguna que afecte a los militares, cosa que sí hace la legislación derivada. En este sentido se ha establecido un régimen dual según el militar tome parte en reuniones y manifestaciones públicas de paisano y sin hacer uso de su condición de militar, o que lo que haga de uniforme o mostrando tal condición. En el primer caso, el régimen a aplicar es el común, por lo que el militar puede asistir a todo tipo de reuniones o manifestaciones legales, aunque tengan carácter político o sindical y quienquiera que sea su promotor; por el contrario, en el segundo caso se impone un régimen altamente restrictivo.

En nuestro país, existen previsiones reglamentarias que contemplan el tema. Así en el Ejército, la Reglamentación de Justicia Militar prevé como falta a la ética profesional –susceptible de ser sancionada- el “*Asistir de uniforme a manifestaciones o reuniones políticas, o tomar participación en política estando en actividad de servicio*”. (Nro 332, inciso 5) de la Reglamentación de Justicia Militar).

6. Derechos de asociación y de sindicación. Englobamos en este apartado los derechos de asociación y de sindicación, considerando a este último como una variante del primero, caracterizada por su finalidad reivindicativa de tipo laboral, profesional o de clase. Asociarse, al igual que reunirse, implica ejercitar una de las libertades colectivas en virtud de la cual cobra vida una entidad con personalidad jurídica y vocación de permanencia, con un mínimo de organización y con el fin de promover y defender, por la fuerza de la unión, intereses comunes de la más variada especie. Es que el hombre como ser social no puede aislarse del contexto en el que vive. Dice Juan Pablo II "la vida social y económico-social se presenta como un sistema de vasos comunicantes".

La mención de estas someras características del fenómeno asociativo es lo suficientemente expresiva como para comprender la suerte con que se ha contemplado el ejercicio de este derecho por los militares en la esfera política y profesional, a quienes

se les exige una fiel sumisión y una estrecha neutralidad y una plena y absoluta disponibilidad, respectivamente. De allí que no sea de extrañar, por tanto, que sea en esta materia en la que, el Derecho Internacional tuitivo de los derechos fundamentales haya considerado, unánimemente, que las legislaciones pueden imponer restricciones o limitaciones a los militares. Ello no impide, por supuesto, que se admita que los militares, en individualidad, puedan fundar o adherirse a asociaciones de carácter científico, cultural, religioso, mercantil, artístico, deportivo, ajenas a la vida política y al servicio y siempre que la participación en tales entidades no menoscabe el cumplimiento de sus deberes específicamente castrenses. En cuanto a la posible participación de los militares en asociaciones de carácter político, especialmente los partidos, las respuestas de las legislaciones nacionales han sido distintas, de acuerdo con las peculiares características y circunstancias históricas, sociales y psicológicas de cada país. De este modo, en Francia los militares en servicio activo no pueden afiliarse a grupos o partidos políticos, aunque los que prestan servicio militar obligatorio pueden mantener su afiliación anterior, absteniéndose de toda actividad política durante su permanencia en filas. Similar régimen tiene Italia, con la diferencia de que a los que prestan servicio obligatorio y poseen un cargo electivo debe facilitárseles el cumplimiento de su mandato. Por su parte, en los Estados Unidos –en donde los partidos tienen una configuración especial y no es usual la afiliación permanente- está prohibida la actividad política partidaria de los militares. Por el contrario, en Alemania, Austria, Holanda y Dinamarca, los militares pueden afiliarse a partidos y realizar actividades políticas siempre que sea fuera de los medios castrenses y esto no menoscabe el cumplimiento de las obligaciones del servicio, ni las relaciones de subordinación y camaradería. Asimismo, en Bélgica también existe un criterio permisivo, aunque los militares afiliados no pueden desempeñar cargos partidarios de responsabilidad, salvo los de consejero o experto, y en ningún caso pueden intervenir de uniforme ni expresar públicamente en actividades partidarias invocando su condición de militar.

En lo que respecta al asociacionismo de tipo sindical, digamos ahora que éste presenta, desde la óptica militar, matices muy peculiares. Es que dado que los sindicatos tienen su origen y razón de ser en la lucha por el mejoramiento de las condiciones económicas y de trabajo de sus afiliados, razón por la cual han constituido rígidas organizaciones –no pocas veces vinculadas a partidos políticos-, a cuya disciplina deben

inclinarse sus miembros, aceptando lo acordado en negociaciones colectivas y en movilizaciones masivas, todo lo cual genera múltiples dificultades a la hora de compatibilizar el quehacer militar con la actuación sindical activa. Así las cosas, la legislación argentina aplicable en el ámbito militar colisiona con la posibilidad de la existencia de una actividad gremial o sindical por parte de los integrantes de las Fuerzas Armadas. En este orden de cosas, la ley 19.101 para el personal militar dispone genéricamente, en su artículo 7, apartado 5, que entre los deberes esenciales a los que está sometido el militar en actividad se cuenta el de no aceptar ni desempeñar cargos, funciones o empleos ajenos a la función militar, sin autorización previa de la autoridad competente. Además, el apartado 5 del artículo 9 contempla el caso de los retirados –a lo que sí se les permite tener actuación política y sindical fuera de las Fuerzas Armadas–, a quienes se les prohíbe que recurran a la “denominación de su grado, uniforme, insignias, atributos, o distintivos, en actos o giras de carácter comercial o político, ni en manifestaciones públicas, salvo aquellas expresamente permitidas por las reglamentaciones vigentes”. Por su parte, la Reglamentación para el Ejército de la Ley 19.101, tomo I, consigna en su artículo 13 que el personal del Cuadro Permanente no podrá desempeñar, sin autorización expresa del entonces Comandante General del Ejército, funciones o tareas ajenas a las que corresponden en el Ejército, sean estas de cualquier orden profesional, comercial, industrial, administrativo; tengan forma pública o encubierta; sean lucrativas o no. Asimismo, no está de más recordar la existencia de algunas figuras represivas específicas que se vinculan con nuestro asunto. De este modo, el artículo 519 del código de justicia militar, inhibe todo tipo de actividad de corte sindical al establecer entre otras causales de agravación general de los delitos militares su comisión en presencia de público, en grupo de dos o más personas, o en unión o en presencia de subalternos. Por otra parte, del juego de los artículos 683 y 684 del código, relativos al motín, viene a resultar que el legislador considera delictiva toda petición verbal y colectiva adoptada tumultuosamente por cuatro o más militares. Asimismo, el artículo 701 del código impone con prisión menor y destitución a todo militar “que desarrollare actividades encaminadas a suscitar en otros militares descontento por el régimen o las obligaciones del servicio militar”.

A tenor de lo dicho, se desprende de la normativa antes reseñada que la existencia de una asociación de tipo sindical o gremial, como entidad gremial militar propiamente dicha, no se ajusta al régimen legal específico de las Fuerzas Armadas

argentinas, ya que podría dar a los agrupamientos o peticiones colectivas del personal militar, características de agravamiento de conductas que pudieran ser reprochables. En cuanto al tratamiento jurisprudencial de la cuestión, es importante mencionar lo resuelto por la Corte Suprema en autos «Nicolás Alberto Masi c/ Provincia de Buenos Aires (Policía)», en el curso del cual se dijo que “en función del principio *legi speciali per generalem non derogatur*, una ley general no implica forzosamente la desaparición de una ley especial más antigua, cabe considerar que el Decreto 6689/63 –en cuanto considera que el régimen disciplinario policial es incompatible con el libre ejercicio de la actividad gremial y decide que el Decreto 3669/58 (relativo a la concesión de licencias gremiales) no comprende al personal de la policía –no ha sido derogado en su carácter de *lex specialis* por los posteriores ordenamientos de carácter general que regulan el empleo público y tal tipo de licencias”. Asimismo, no está de más recordar que en varios de los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado, se limita y/o se restringe el ejercicio el derecho de los militares a asociarse y a formar sindicatos. Así, por ejemplo, se entiende que la garantía a la libertad de asociación consignada en el artículo 16 del Pacto de San José de Costa Rica no impide la imposición de restricciones legales a los integrantes de las Fuerzas Armadas y de seguridad respecto del ejercicio del derecho de asociación, restricciones que incluso pueden llevar a su entera privación. Criterio análogo impera también con respecto al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos; y con el artículo 8 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por ley 24.658.

En cuanto a lo que sucede en otros países del mundo en materia de sindicalización de militares, podemos decir aquí que en Francia e Italia también se siguen criterios prohibitivos, sin perjuicio de permitirse la continuidad en la afiliación de aquellas personas a las que les incumbe prestar servicio militar obligatorio, siempre que se abstengan de toda actividad sindical. Por su parte, en Gran Bretaña si bien no se permiten sindicatos o asociaciones profesionales de militares, se admite que estos puedan adherirse a los sindicatos ordinarios. En lo atinente a los militares norteamericanos, la sindicalización no está expresamente prohibida, pero lo cierto es que se les veda la posibilidad de llevar adelante cualquier negociación colectiva. Distinto es el caso de Bélgica, en donde los militares pueden integrarse a asociaciones de carácter personal autorizadas o a organizaciones sindicales representativas de otros

funcionarios públicos, criterio al que también adhieren Alemania y Holanda, país, este último, en el que existe una gran tradición asociacionista militar. En cuanto a España, podemos decir, por último, que sus disposiciones en la materia han sido contrarias a la sindicalización de los militares. Al respecto, cabe recordar lo preceptuado por el artículo 2, apartado 1, del real decreto-ley sobre actividades políticas y sindicales; las disposiciones contenidas en los artículos 181 y 182 de las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas –que sólo admiten que los militares pertenezcan a “asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social”; la autorización conferida por el artículo 28, apartado 1, de la constitución, que permite a la legislación restringir en el ámbito militar el derecho a la libre sindicalización, facultad que el legislador aplicó en el artículo 1, apartado 3, de la ley orgánica 11/1985, y en los apartados 31, artículo 8, y 28, artículo 9, de la ley orgánica del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

7. Derecho de huelga. Entendido como instrumento o medio para la defensa de intereses laborales o profesionales, es bien sabido que este derecho ha adquirido carta de ciudadanía como integrante del elenco de derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, su ejercicio no es absoluto, siendo susceptible de razonable reglamentación en la medida en que ésta no altere su espíritu –al respecto, confróntense los artículos 14 y 28 de la constitución nacional-. Ahora bien, aún cuando nuestra legislación no se ha ocupado de precisar una definición de huelga, a la luz de interpretaciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias, podemos decir que ésta es la suspensión o abstención colectiva y temporal de la prestación de trabajo, concertada por la asociación dotada de personería gremial a fin de presionar y convencer a los empleadores sobre la conservación, obtención, o modificación de condiciones laborales en procura de beneficios profesionales.

Digamos ahora que, sea de un modo explícito o implícito, en general los distintos ordenamientos jurídicos se manifiestan en contra de conceder este derecho a los militares, en la medida en que se considera un procedimiento reivindicativo radicalmente contrario a la disciplina castrense. Es que entendiéndola como un medio para la obtención forzada de los objetivos laborales planteados, la suspensión de la actividad laboral en las Fuerzas Armadas no resulta concebible sin poner en grave riesgo la seguridad del Estado. De allí, precisamente, que la cesación voluntaria y

concertada de la prestación de su “servicio laboral” por parte del personal militar haya supuesto desde siempre incurrir en la comisión de los más graves delitos contra la subordinación que prevén las leyes penales militares, como son las figuras de rebelión, sedición, motín, desobediencia, abandono de puesto y la deserción.

Cabe entender al respecto que la huelga es un hecho que subordina el funcionamiento de un servicio público originariamente orientado a satisfacer una necesidad general, a los intereses particulares de sus prestadores. Ahora bien, en el caso de los militares quizás más que en ningún otro, debemos subrayar que la defensa nacional se encuentra en la cumbre del interés general, resultando de ello que la actividad destinada a evitar la prestación del servicio resulta absolutamente incompatible con la misión específica de las Fuerzas Armadas. En definitiva, dado que la relación laboral a tutelar es la de un especial empleo público, que los ejecutores de las huelgas y sus promotores son “funcionarios públicos” especiales, cabe afirmar que la huelga y la prestación de servicios atinentes a la defensa nacional se ubican en posiciones antinómicas. Por lo tanto, cabe colegir que la existencia de una entidad gremial militar, es incompatible así, con la jerarquía y organización militar. De allí que el artículo 181, segundo párrafo del apartado primero de las Reales Ordenanzas españolas para las Fuerzas Armadas disponga que los militares “tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga”. Asimismo, el artículo 28, apartado 2, de la constitución española si bien no efectúa una referencia expresa a esta cuestión, cuando reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses también prevé que la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, aspecto bajo el cual cabría incluir a los hombres de las Fuerzas Armadas.

Pese a lo dicho hasta el momento no está de más recordar algunos importantes avances observados en la materia. En concreto nos referimos a lo que sucede con la evolución de la Organización Europea de Asociaciones de Militares (EUROMIL), entidad que agrupa asociaciones democráticas libres que representan los intereses del personal militar. Fundada en 1972 como consecuencia de la iniciativa de nueve asociaciones de Bélgica, Dinamarca, Alemania, los Países Bajos e Italia, abarca en la actualidad a 27 asociaciones de 19 países europeos, siendo la única organización de este

tipo en el mundo, bajo la cual se nuclea casi 500.000 miembros de las Fuerzas Armadas, de toda graduación o situación y sus familias. En concreto, EUROMIL, que se dirige a apoyar los derechos y libertades básicas de los militares –en particular el de asociación- en tanto que funcionarios públicos y bajo el imperio del ideal del “Ciudadano de Uniforme”, cuenta con una sede en Bruselas, a fin de poder representar los intereses del personal militar ante instituciones europeas como el Parlamento, la Comisión, el Consejo de Ministros y el Consejo de Europa. Así las cosas, EUROMIL contribuyó de manera decisiva al dictado de la resolución adoptada el 12 de abril de 1984, relativa a la libertad de asociación del personal militar, así como al de la resolución 903 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1988, referida al derecho de asociación de los miembros del personal profesional de las Fuerzas Armadas.

Conclusiones

1. Confirmando el planteo inicial de la introducción, he demostrado que en la constitución nacional -texto de 1853 con las reformas de 1860, 1898, 1957 y 1994- existen normas concretas relativas al poder militar, sus fines, su organización y su conducción que metodológicamente pueden considerarse como expresión de un auténtico derecho constitucional militar. Bien es verdad, empero, que en nuestro orden constitucional el tratamiento del tema castrense es inorgánico, a diferencia de lo que sucede en otras constituciones, en las que se le dedica en exclusiva una parte del texto constitucional. Así sucede, por ejemplo, con la del Perú. Sin embargo, cabe subrayar que la dispersión de las normas en la parte dogmática y orgánica de nuestra carta fundamental no implica en modo alguna ausencia de criterios en la materia por parte del legislador constituyente.

2. El fenómeno de la constitucionalización de las actividades de las Fuerzas Armadas –escasamente atendido hasta el momento por la doctrina de nuestro país-, cuenta con alcance planetario. Al respecto, basta recurrir al derecho comparado para ver que, a veces con carácter político pasivo y otro activo, la presencia de los ejércitos en las leyes fundamentales es constante, desde que así quedara plasmado en la constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

3. El elemento militar de la constitución argentina de 1853 llega a nuestro medio por obra de Alberdi, quien se inspiró para ello en la arriba recordada constitución de Filadelfia, si bien es verdad que el constituyente patrio inoculó un matiz propio, sobre todo al ocuparse de los fines de las Fuerzas Armadas. Tal filiación doctrinaria hace que la constitución norteamericana y la jurisprudencia dictada en consecuencia adquieran particular relevancia en la interpretación de los asuntos militares argentinos y que sus precedentes no puedan ser obviados por los operadores de nuestra constitución.

4. El primer eslabón del derecho constitucional militar nacional lo constituyen el preámbulo y el artículo 21 de la constitución cuando establecen como fines de las Fuerzas Armadas la defensa de la patria y la protección de la norma constitucional. Claro está que este doble cometido constitucional de los ejércitos se debe cumplimentar con Fuerzas Armadas pasivas –tal como cabe colegir del artículo 22 de la constitución-, democráticas –en la medida en que su composición es ciudadana- y organizadas respetando el orden republicano conforme a las facultades adjudicadas en la materia al Congreso y al Poder Ejecutivo.

5. La particularidad de la actividad militar ha generado una legislación especial –expresión bajo la cual englobamos los productos jurídicos emanados del Congreso y del Presidente de la Nación en tanto que Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas-, la que comúnmente se presenta como de excepción, pero que no por ello escapa al espíritu republicano y democrático de la ley fundamental, criterio rector que domina las numerosas propuestas de reforma a la legislación vigente que dejamos sentadas a lo largo de este trabajo. Ahora bien, de la variada tipología de *leyes militares* existentes podemos mencionar las relativas a la penalidad militar, a la administración castrense, a la normativa internacional y a las emergencias institucionales, además de aquellas normas que por identificarse especialmente por su carácter instrumental respecto de la constitución integran la categoría de las denominadas *leyes constitucionales*.

6. El eje del derecho constitucional militar lo constituyen los fines de las Fuerzas Armadas y la división de las competencias militares entre los distintos poderes del estado. Al respecto, cabe concluir que las ideas de Locke, Montesquieu y Blackstone, quienes intentaron distribuir equilibradamente las funciones del poder del estado entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, también son aplicables en materia militar. De este modo, la constitución nacional atribuye al poder federal ejecutivo el mando de las Fuerzas Armadas y la organización técnica de las mismas (artículo 99, incisos 12,13 y 14, y normas concordantes) y al poder federal legislativo su organización general (artículo 75, inciso 27, y normas concordantes).

7. Esta separación de poderes militares de mando y organización entre el Ejecutivo Nacional y el Congreso debe ser la directriz básica de toda normativa infraconstitucional. Aquí reside el secreto de la republicanización de las Fuerzas Armadas, característica ésta que es dinámica y que por lo tanto debe ir penetrando en forma paulatina el espíritu de las leyes, los decretos y las normas inferiores que estructuran, regulan y hacen a la conducción de los ejércitos.

8. De este modo, la justicia militar, comprensiva de lo meramente disciplinario y penal militar; la contribución ciudadana a la defensa militar de la patria y de la constitución; y los derechos individuales del militar; deben irse informando de los ingredientes propios del derecho republicano, sin desconocer por ello las particularidades que tiene toda organización militar, aquí y en el mundo entero.

9. En virtud de la importancia de todo lo señalado hasta aquí, proponemos que en el caso de celebrarse una futura reforma constitucional, la regulación de lo atinente a los poderes militares sea objeto de una atención prolija y exhaustiva. La salud de la República y de sus Fuerzas Armadas así lo demanda.

Santiago Mario Sinópoli

Abogado

Fuentes Bibliograficas Y Documentales

- Abelardo Torre, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1957.
- Agustín De Vedia, *Constitución Argentina*, Ed. Imprenta y casa editora de Coni hermanos, Buenos Aires, 1907.
- *Boletín Jurídico Militar Nro. 13 de la Auditoria General de las Fuerzas Armadas*, Buenos Aires. 1966.
- *Boletín Jurídico Militar Nro. 14 de la Auditoria General de las Fuerzas Armadas*, Buenos Aires, 1972.
- Carlos J Colombo, *El Derecho Penal Militar y la Disciplina*, Ed Librería Jurídica, Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1953.
- Carlos María Bidegain, *Curso de Derecho Constitucional – Tomo I*, Ed. Abeledo Perrot, 1998
- Código Nacional Electoral (Decreto N° 2235/83 con modificaciones introducidas por leyes N° 23247, 23476, 24012, 24444 y 24904).
- *Constitución de Alemania Federal*, pagina de Internet <http://constitucion.REDIRIS.ES/legis/legexto/constitucionalemania>
- *Constitución de Austria*, pagina de Internet <http://olfre.unibe.ch/law/icl/au0000.html>
- *Constitución de Cuba*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México 1994.
- *Constitución de Holanda*, pagina en Internet <http://www.olfre.unibe.ch/law>
- *Constitución de Irlanda*, pagina de Internet <http://www.olfre.unibe.ch/law>
- *Constitución de la Republica de El Salvador*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- *Constitución de la Republica de Venezuela*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- *Constitución de la Republica italiana*, pag. de Internet <http://es.Carrera.it/deputate/funzione>
- *Constitución de la Republica Oriental del Uruguay*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

- *Constitución Nacional del Paraguay*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- *Constitución Política de Bolivia*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- *Constitución Política de Colombia*, Ed. Universidad nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México 1984.
- *Constitución Política de la Republica de Chile*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económico, México 1984.
- *Constitución Política de la Republica de Guatemala*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- *Constitución Política de la Republica de Honduras*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- *Constitución Política de la Republica de Nicaragua*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- *Constitución Política de la Republica del Ecuador*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- *Constitución Política de la Republica Federativa de Brasil*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- *Constitución Política del Perú*, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México 1994.
- Decreto Nro 327/89 sobre Bases Orgánicas y Funcionales para la Preparación, Ejecución y Control de Medidas tendientes a Prevenir y Conjurar.
- Edward S Corwin, *El Poder Ejecutivo Función y Poderes, 1787 – 1957*, Ed. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- Fallos, T 211, pag. 193 a 227.
- Francisco Albarracin L., Código de Justicia Militar, “Proyecto presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación en 1923” (sesión del 26/9) Imprenta de la Cámara de Diputados, 1924.
- Francisco Fernández Segado, *El Marco Constitucional. La Jurisdicción Militar: Su organización y competencia. La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1992.
- Francisco Jiménez y Jiménez. *Introducción al Derecho Penal Militar*, Ed. Civitas, Madrid, 1989.

- Frédéric De Mulenen, *Manual sobre el Derecho de la Guerra para las Fuerzas Armadas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1991.
- Gayo, “Insittutas”, texto traducido, notas e introducción por Alfredo di Pietro, 3ª. Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.
- Germán Bidart Campos, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Edgar.
- Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998.
- Gral. de Brigada Carlos Risso Domínguez, “Dictámen 37357”, Ed. Tipográfica del Colegio “Luis XIII”, Buenos Aires, año 1929.
- Gral. de Brigada Carlos Risso Domínguez, “Ley de Disciplina Militar, Información sobre el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso”, por Ed. Taller Gráfico de Luis Bernard, Buenos Aires, 1927.
- Hanson W Badwin. “The price of the power” New York, 1977
- Héctor José Aguirre, *Reseña Histórica de la Casa Militar de la Presidencia de la Nación Argentina*, Buenos Aires 1953, Biblioteca del Museo de Casa de Gobierno.
- Henry Bosly y Gastón Ringoet. “Les Delits Militaires Incriminations”, Cuarto Congreso de Derecho Internacional, Madrid. 1967,1969.
- Herman C Pritchett, *La Constitución Americana*, Ed. Tipográfica, S. A, Buenos Aires, 1965.
- Jaime Guasp, “Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil”, Comentarios, t.I, Ed. Aguilar, Madrid, 1943.
- Joaquín Hernández Orozco, “Notas sobre el Derecho Penal Militar Suizo”, Revista Española de Derecho Militar. No. 18. Madrid 1964.
- Joaquin V González, *Manual de la Constitución Argentina*, 24ª ed., Ed. Estrada, Buenos Aires, 1951.
- José de Vicente y Caravantes, *Tratado Histórico Critico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Tomo I, Ed. Gaspar y Roig
- José Jiménez Villarejo. *Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional*, Ed. Coles. Madrid 1991.
- José María Rodríguez Devesa *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, Dykinson, 1991.
- José María Manresa y Navarro, “Comentarios a la Ley de enjuiciamiento Civil”, reformada conforme a las bases aprobadas por la ley del 21 de Junio de 1886, Madrid, 1929, 5º Ed.

- Juan A. González Calderón, *Curso de derecho constitucional*, Ed. Depalma, 1984.
- Juan B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Edición de Orientación Cultural Editores S.A., Bs.As., 1960.
- Juan Beverina, *Guerra del Paraguay (1865-1870)*, Editada por el Círculo Militar, Buenos Aires, 1973.
- Juan Carlos Puig, *Derecho de la Comunidad Internacional*, Volumen I Parte General, Ed Depalma, Buenos Aires, 1974.
- Juan Joaquin Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Pag 1113, Ed. Librería de la Vda. De C. Bauret, París 1920.
- Ley de Seguridad Interior N° 24059.
- Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Pag 86, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As 1970.
- Londoño, “Disciplina Militar 1568”, Museo Naval de Madrid, Colección Guillén, Ms. 3894.
- Louis Smith, *La Democracia y el Poder Militar*, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1957.
- Luis Alberto Leoni, *Regimiento Granaderos a Caballo de los Andes, Historia de una Epopeya*, Imprenta del Palacio del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1968.
- Manuel Diez, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Plus Ultra, año 1979.
- María Magdalena Huertas, *El Modelo Constitucional Norteamericano en los Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación (1863-1903)*, Ed. Instituto de Investigaciones de Historia el Derecho, Buenos Aires, 2001.
- Mario E Sacchi, *Aristóteles, Santo Tomas de Aquino y el Orden Militar*, Ed. Colección de Ensayos Doctrinarios, Buenos Aires, 1982.
- Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional – Tomo I*, Ed Astrada, Buenos Aires, 1997
- Nicolás Estevanez, *Diccionario Militar*, Ed. Garnier Hnos., Libreros Editores, París, 1897.
- Ordenanzas del Buen Gobierno de la Armada del Mar Océano de 24 de Enero de 1633, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1974.
- Oscar Ricardo Sacheri, “Boletín Jurídico Militar de la Auditoria General de las Fuerzas Armadas Nro. 4”, Buenos Aires, 1954.
- Oscar Ricardo Sacheri, “Requerimientos Militares, Boletín Jurídico Militar de la Auditoria General de las Fuerzas Armadas Nro 2”, Buenos Aires, 1953.

- Pablo Casado Burbano, *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Ed. EDERSA, Madrid, 1986.
- Pablo Casado Burbano, *Visión Histórica del Derecho Penal Militar Español*, Ed. Editoriales de Derecho reunidos, Madrid, 1986
- Pellon Rivero, *El principio de igualdad ante la Ley Penal Militar. Comentarios del Código Penal Militar*, VV.AA. Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1988.
- Pendelton Herring, “The impact of war”, New York, Farrar y Kimehart Inc; 1941.
- Portillo Alfredo CSJN, 18-4-89; LL 1989-C:405
- Quatrefages R., *Los Tercios*, Madrid: Ediciones Ejército, 1983.
- Rafael Bañon y Olmeda, José Antonio, *La Institución Militar en el Estado Contemporáneo*, Ed. Alianza S.A., Madrid, 1985.
- Rafael Bielsa, *Caracteres jurídicos y políticos del Ejército. Su Misión Esencial*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Instituto Social, 1937.
- Raúl Canosa Usera. “Configuración Constitucional de la Jurisdicción Militar”, *Revista del Poder Judicial*. 2da Época. No. 34. Madrid, Junio de 1994
- Raúl Ramayo, “Naturaleza, caracteres y alcances de la Justicia Militar dentro de nuestra legislación nacional”, Número 6 de la *Revista Argentina de Derecho Militar*, Diciembre de 1987.
- Rodolfo Venditti. *Il Diritto Penale Militare nel sistema penal Italiano*. Guiffré Editore, Milán, 1985.
- Ruperto Nuñez Barbero. “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1971.
- RV – 200 – Servicio Interno, Ed. Instituto Geográfico Militar, Buenos Aires. 1991.
- RV – 200 – Servicio Interno, Ed. Instituto Geográfico Militar, Buenos Aires. 1991.
- Samuel E Finer, “Pall Mall Press” Londres, 1962.
- Sánchez Goyanes, *Constitución Española Comentada*, Ed. Paraninfo, Madrid, 1983.
- Sansonetti., *Derecho Constitucional*, Ed La España Moderna, Madrid. 1901/1906-
- Santiago Mario Sinópoli, “Algo más sobre la jurisdicción de la Justicia Provincial en una Unidad militar, ED T° 113, N° 6246”, Buenos Aires, 1985
- Santiago Mario Sinópoli, *Justicia Militar: “Algunas consideraciones sobre el recurso ante la justicia federal (Art. 445 bis del Código de Justicia Militar)*, ED T° 107, Nro 5948,” Buenos Aires, 1984

- Santiago Mario Sinópoli, Comentario a Fallo “La Constitución Nacional y los Fines de las Fuerzas Armadas (Defensa de la Patria y de esta Constitución)” ED 138-100.
- SCARION, “Doctrina Militar: 1598, folio 106.”
- Segundo Linares Quintana, *Tratado de Ciencia del Derecho Constitucional*, ed. Alfa, 1953/1963.
- Seminario sobre “La Justicia Militar en el marco de la modernización de las Fuerzas Armadas y de Seguridad”, agosto y septiembre de 1991, Honorable Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria (Dirección Publicaciones), Buenos Aires, 1992
- Ugo Rocco, “Tratado de derecho procesal civil”, tomo I, Ed. Temis De Palma, Bogotá, Buenos Aires. 1969
- VALLECILLO A., “Ordenanzas de S.M. para el Régimen Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos, tomo 3, p, 406. Contiene el Tratado VIII (De las materias de justicia) Título VIII (Del Auditor General de un Ejército en campaña y de los de provincia) de las Ordenanzas de Carlos III de 1768”.
- Vercellotti, O H c. Estado Mayor General del Ejercito, CNFed. Contencioso administrativo, Sala III 15/9/98 LL t. 1998 - E, pag. 512
- William Whiting, *Los Poderes de Guerra Bajo la Constitución de los Estados Unidos de América*, Ed Imprenta Argentina de El Nacional Bolívar 41, Buenos Aires, 1869.
- Zaffaroni – Cavallero, *Derecho Penal Militar, Lineamientos de la Parte General*, Ed. Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980.
- Zorraquín Becú, *Historia del derecho argentino – Tomo II Segunda Edición, Sexta impresión*- Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.