

Carranza Torres, Luis R., 1971–

**Tesis doctoral
Facultad de Derecho**

Naturaleza y proyecciones del Estado militar en el ordenamiento jurídico argentino.

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:

Carranza Torres, L. R. (2005). *Naturaleza y proyecciones del Estado militar en el ordenamiento jurídico argentino*. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina. Recuperado elde <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/naturaleza-y-proyecciones-del-estado-militar-en-el-ordenamiento-juridico-argentino.pdf>.

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

Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Tesis Doctoral

**NATURALEZA Y PROYECCIONES DEL ESTADO MILITAR EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO**

Por Luis R. Carranza Torres

**Presentada para optar al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad
Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, bajo la
dirección del Dr. Alberto Bianchi.**

Buenos Aires
2005

RESUMEN

El problema a dilucidar en la presente tesis es acerca de la naturaleza jurídica que presente el *estado militar*, y cómo ella influye en la personalidad jurídica del sujeto que la inviste.

Así, pues, la presente investigación se centra primeramente en el estudio de la naturaleza del concepto de estado militar y su ubicación dentro del ámbito del derecho, para luego entrar a considerar sus implicancias con relación a los sujetos que lo invisten, tanto respecto de sus derechos cuanto de sus obligaciones, y ya sea en la relación estado-individuo como individuo-sociedad.

Se sostiene en ella que el instituto del estado militar configura un supuesto especial de ejercicio de la ciudadanía, siendo una especie dentro del estado de ciudadano, que se materializa colocando al sujeto en una especial situación jurídica, la que supone un plus especialmente de obligaciones pero también de derechos, que modaliza al sujeto de derecho de una forma y con un alcance profundo e integral, más allá de la relación jurídica de derecho público con la organización estatal, abarcando también aspectos de derecho privado de la persona humana.

Trátase de un tema no exento de complicaciones, en la medida en que en el presente, la condición del personal militar respecto de las leyes, tanto internas como internacionales, está siendo sometidas a una constante revisión, crítica, y evolución necesaria frente a nuevas actividades y compromisos que asume el Estado. Tanto en lo interno como en el marco internacional.

Asimismo, debe hacer frente tal conceptualización, a la presunta contradicción a priori de un Estado constitucional como el nuestro, que garantiza a todos los habitantes determinadas libertades, y a sus ciudadanos la facultad de manejar, opinar y participar de la vida política, al mismo tiempo que los restringe o anula respecto de quienes tienen un estado militar.

Para ello, indaga primeramente respecto de la significación jurídica del concepto de "estado", referido a las personas, y cuáles son sus distintas proyecciones en el derecho. En igual forma procede a posteriori respecto de lo que se entiende por militar, jurídicamente hablando. Para lo cual deberá puntualizarse acerca de dos ámbitos inescindibles del término: la dimensión jurídica de la institución de las fuerzas armadas y la consideración del instituto en el marco del ordenamiento jurídico del derecho militar.

Tras vincular integralmente ambos conceptos, estableciendo con amplitud la naturaleza del estado militar, para luego puntualizar cómo éste influye en el ordenamiento argentino, en relación con la personalidad jurídica de su portador. Tanto en el derecho público, como en los aspectos privados de la persona que lo inviste.

A mi esposa Florencia, por su permanente aliento.
A mis padres, que me enseñaron los valores que he buscado plasmar en esta tesis.
A mi hermano José Ignacio y a mi hijo Luis Arturo, por los momentos compartidos.
Y con especial consideración, a todos aquellos que han honrado el estado o condición
militar que aquí se estudia, incluso con su vida misma.

INDICE

	Pág.
RESUMEN	III
PRINCIPALES ABREVIATURAS Y ACRONISMOS EMPLEADOS.....	V
INTRODUCCIÓN	VI

CAPÍTULO I

El Estado de las personas en el derecho

- 1. La significación general del término**
- 2. Su significación jurídica**
 - 2.1. Aclaración preliminar
 - 2.2. La cuestión en Roma
 - 2.3. Su actual significado
- 3. Elementos del estado**
- 4. Origen y caracteres de las cualidades constitutivas de estado**
- 5. Diferentes especies de estados de las personas**
 - 5.1. Estado político
 - 5.2. Estado profesional.
 - 5.3. Estado de familia
 - 5.4. Estado de socio
 - 5.5. El estado de ciudadano
- 6. Efectos del estado. Su actual función protectora y su relación con el valor jurídico de la igualdad**
- 7. Vinculación con otros institutos jurídicos**
 - 7.1. Situación jurídica
 - 7.2. Relación jurídica
 - 7.2.1. Relaciones especiales de sujeción
 - 7.3. Estatuto
- 8. Relación entre estado y capacidad de las personas**
- 9. Concepto, naturaleza y alcance jurídico de la ciudadanía.**
 - 9.1. Aspectos generales de la ciudadanía
 - 9.2. Su regulación jurídica en roma. La vinculación con el servicio de armas
- 10. La Ciudadanía argentina**
- 11. Ciudadanía y nacionalidad en el derecho argentino**
- 12. Consecuencias jurídicas de la ciudadanía**
- 13. Pérdida de la ciudadanía**
- 14. Ciudadanía y deberes militares en el derecho latinoamericano**
- 15. La Doble nacionalidad y sus consecuencias en el aspecto militar**
- 16. Ciudadanía y estado militar en el derecho argentino**

17. Militares extranjeros y ciudadanía

- 17.1. Francia y la legión extranjera
- 17.2. España y el acceso de residentes extranjeros

CAPÍTULO II

El militar y la Organización estatal

- 1. Origen etimológico y significación jurídica del término**
- 2. Necesidad de análisis previos: los presupuestos de lo militar.**
- 3. La búsqueda humana de su organización**
- 4. La organización estatal como presupuesto necesario del militar y su status**
 - 4.1. Origen y desarrollo etimológico
 - 4.2. ¿Qué es el Estado?
 - 4.3. Funciones del Estado.
- 5. La función estatal de defensa**
 - 5.1. Fundamento y desarrollo histórico
 - 5.2. Su caracterización dentro de las funciones del Estado
 - 5.3. Definición, encuadre legal y alcance
 - 5.4. Ubicación de lo militar en la defensa
- 6. El sistema de defensa nacional y su fundamento legal**
- 7. Prestaciones de las personas en materia de defensa**
- 8. La prestación militar**
 - 8.1. Concepto
 - 8.2. Fundamento y caracterización
 - 8.3. Clasificación de los distintos modos que asume la prestación militar
 - 8.3.1. Obligatoria
 - 8.3.2. Voluntaria
 - 8.3.3. Por tiempo determinado
 - 8.3.4. Por tiempo indeterminado o permanente
 - 8.4. Excepciones objetivas
 - 8.5. Excepción subjetiva: la objeción de conciencia.
- 9. El militar en un Estado de Derecho.**
- 10. El militar desde el magisterio de la Iglesia Católica**

CAPÍTULO III

La institución militar

- 1. El aspecto organizativo militar del Estado**
- 2. Evolución histórica del concepto de Fuerzas Armadas**
- 3. Las concepciones militares en Latinoamérica**
- 4. Fundamentos de Fuerzas Armadas ciudadanas o nacionales**
- 5. Misión de las Fuerzas Armadas**

6. Caracterización de las Fuerzas Armadas en otros ordenamientos
7. Las Fuerzas Armadas argentinas desde la Constitución
 - 7.1. Aspectos generales del diseño constitucional militar
 - 7.2. Principio de la supremacía civil sobre las Fuerzas Armadas
 - 7.3. Poderes militares del Congreso
 - 7.4. El Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas
 - 7.5. Poderes militares del Poder judicial
8. Naturaleza de las Fuerzas Armadas
9. Caracteres de la institución militar

CAPÍTULO IV

El derecho militar como marco del estado militar

1. Lo jurídico militar: particularismo y necesidad
2. Ubicación de la rama jurídica militar en el derecho
3. Concepto de derecho militar
4. Su carácter frente al restante ordenamiento jurídico: ¿Sustantividad o complementariedad?
5. Contenido del derecho militar
6. Evolución histórica del derecho militar
 - 6.1. El derecho militar en la antigüedad
 - 6.2. El derecho militar romano
 - 6.3. El ordenamiento castrense en la edad media hispana y moderna española
 - 6.4. El derecho militar español borbónico
 - 6.5. El derecho militar indiano
 - 6.6. El derecho militar patrio
 - 6.7. Derecho militar posterior a la organización nacional.

CAPÍTULO V

Concepto, naturaleza y adjetivantes del estado militar

1. Concepto
2. Naturaleza
 - 2.1. Como estado profesional
 - 2.2. Como relación especial de sujeción
 - 2.3. Como estatuto
3. Antecedentes
4. El concepto alemán: la innere Führung y el instituto del staatsbürger in uniform
5. El estado militar en la legislación nacional
6. El estado militar en la jurisprudencia nacional
7. La cuestión en otros ordenamientos jurídicos
8. Ubicación del estado militar en el derecho militar argentino
9. Adquisición del estado militar

10. Requisitos del estado militar

- 10.1. Ciudadanía
- 10.2. Edad
- 10.3. Idoneidad psico-física y actitudinal
- 10.4. Nivel de estudios
- 10.5. Falta de antecedentes penales
- 10.6. Buena conducta
- 10.7. Estado civil

11. Caracteres del estado militar

12. Contenido de la situación jurídica militar

13. Elementos adjetivantes del estado militar

- 13.1. Por condición de alistamiento para prestar servicio
- 13.2. Agrupamiento por categorías de personal
 - 13.2.1. Oficiales
 - 13.2.2. Suboficiales
 - 13.2.3. Tropa
 - 13.2.4. Alumnos
- 13.3. Agrupamiento por funciones a desempeñar
- 13.4. Especialidad

14. Suspensión parcial del estado militar

15. Pérdida y readquisición del estado militar

CAPÍTULO VI

Proyección intrainstitucional de estado militar

1. La relación jurídico militar

2. Jerarquía

- 2.1. Superioridad militar
- 2.2. Precedencia

3. Disciplina

4. El mando

5. Acto de servicio y orden militar

6. La obediencia debida militar

7. Obligación de guardar secreto y sigilo

8. Evaluación permanente

9. Ascenso

10. Movilidad territorial

11. Situaciones de revista

12. Las Jurisdicciones castrenses

- 12.1. Justicia militar
- 12.2. Jurisdicción disciplinaria militar
- 12.3. Jurisdicción de honor

13. Deber de fidelidad

14. El grado militar

15. El uniforme militar
16. Desempeño de encargos del servicio
17. Principio de supremacía e incompatibilidades
18. Abstención de actividad política
19. Compromiso de servicio
20. Derecho al haber
 - 20.1. Haberes de actividad
 - 20.2. Haber de pensión. Derecho de pensión de deudos
21. Personal en situación de retiro
22. Reserva

CAPÍTULO VII

Proyección extrainstitucional de estado militar, en el campo del derecho público

1. Definición de funcionario público. Inclusión del personal militar en ella
2. Atribuciones compartidas con otras clases de funcionarios.
3. Atribuciones especiales con relación al Estado derivadas de su condición militar.
4. Alcance de normas de la administración común
5. Reglamentación de los derechos ciudadanos respecto de los militares
 - 5.1. Aspectos generales de la cuestión
 - 5.2. Su fundamento
 - 5.3. El límite del límite
6. Los derechos en particular
 - 6.1. Derecho a la vida
 - 6.2. Libertad física. Aplicación del hábeas corpus
 - 6.3. Libertades de pensamiento, de expresión y de información
 - 6.4. Derecho de petición a las autoridades
 - 6.5. Derecho de sufragio y demás derechos políticos
 - 6.6. Intimidad
 - 6.7. Libertad de matrimonio
 - 6.8. Derechos de reunión y de asociación
 - 6.9. Derecho de huelga
7. Responsabilidad internacional

CAPÍTULO VIII

Proyección extrainstitucional de estado militar, en el campo del derecho privado.

1. El estado militar y el ámbito privado del sujeto
2. Lo castrense en el Código Civil argentino.....
3. El estado militar con relación al comienzo de la existencia de las personas.....
4. El militar menor de edad.....

5. Efecto de la adquisición del estado militar respecto de las relaciones laborales preexistentes.....	
6. El domicilio militar	
6.1. Conceptualización y alcance del término	
6.2. Nacimiento y regulación del domicilio militar en el derecho romano	
6.3. La regulación del instituto en el derecho argentino	
7. El peculio castrense	
7.1. Origen	
7.2. Su regulación posterior a Roma	
7.3. De las Partidas a nuestro código civil	
8. Prohibición de ceder beneficios militares	
9. Veda al personal militar de desempeñarse como tutores o curadores.....	
10. Tenencia y portación de armas	
11. El militar y las relaciones contractuales	
12. Aplicación de la normativa del mandato a las relaciones entre militares.....	
13. Inoponibilidad de prescripciones.....	
14. El estado militar con relación al fin de la existencia de las personas.....	
15. El albacea militar.....	
16. Derecho mortuario y estado militar.....	
16.1. Honores fúnebres	
16.2. Derecho a la disposición del cuerpo	
16.3. La tumba militar	
17. El testamento militar	

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES

FUENTES DE TESIS

PRINCIPALES ABREVIATURAS Y ACRONISMOS EMPLEADOS

a.C.	Antes de Cristo.
AGFFAA	Auditoría General de las Fuerzas Armadas
A.I.	Auto Interlocutorio
C.C.	Código Civil
C y C	Civil y Comercial
Com	Comercial
C.I.D.H.	Corte Interamericana de Derechos Humanos
C.J.M.	Código de Justicia Militar
C.N.	Constitución Nacional
C.N.A.C.A.F.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal
C.N.A.C.C.F.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal
C.S.J.N.	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CSAFFAA	Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas
d.C.	Después de Cristo
E.D.	El Derecho
E.M.G.A.	Estado Mayor General de la Armada
E.M.G.E.	Estado Mayor General del Ejército
E.M.G.F.A.	Estado Mayor General de la Fuerza Aérea
E.N.	Estado Nacional
F.C.	Foro de Córdoba
FFAA	Fuerzas Armadas
J.A.	Jurisprudencia Argentina
L.L.	La Ley
OIT	Organización Internacional del Trabajo
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas
P.T.N.	Procuración del Tesoro de la Nación
T.C.	Tribunal Constitucional
T.S.	Tribunal Supremo
T.E.D.H.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCION

*"Ese ejército que ves
vago al yelo y al calor,
la república mejor
y más política es
del mundo, en que nadie espere
que ser preferido pueda
por la nobleza que hereda,
sino por la que él adquiere;
porque aquí a la sangre excede
el lugar que uno se hace
y sin mirar cómo nace
se mira cómo procede.
(...)*

*Aquí la más principal
hazaña es obedecer,
y el modo cómo ha de ser,
es ni pedir ni rehusar.
Aquí, en fin, la cortesía,
el buen trato, la verdad,
la fineza, la lealtad,
el honor, la bizarría;
el crédito, la opinión,
la constancia, la paciencia,
la humildad y la obediencia,
fama, honor y vida son,
caudal de pobres soldados;
que en buena o mala fortuna,
la milicia no es más que una
religión de hombres honrados."*

Pedro Calderón de la Barca

1. Objeto de tesis

La presente tesis trata acerca de la naturaleza jurídica que presenta el *estado militar*, y cómo éste influye en la personalidad jurídica del sujeto que la inviste. Todo ello dentro del marco de nuestro derecho nacional.

El análisis en cuestión supone primeramente, indagar acerca de las bases de dicho estado jurídico; en segundo término, sus características principales en el derecho argentino; y en tercer lugar, las diferentes situaciones jurídicas que el estado militar establece o influencia respecto de las personas. Todo ello en orden a obtener una clara visión jurídica de este instituto.

Dicho objeto nos lleva asimismo, a formularnos los siguientes interrogantes iniciales: ¿Qué es, jurídicamente hablando, el estado militar? ¿Cuál es su contenido? ¿Dentro de qué sector u gran división del derecho se enmarca? ¿Cómo se conecta con otras instituciones o sectores del derecho? ¿Por qué su regulación especial? ¿Cuáles resultan los deberes y derechos que de él se derivan y con qué alcance? ¿Cuáles son los fundamentos que justifican su existencia?

Trátase de un tema no exento de complicaciones su respuesta, en la medida en que en el presente, la condición del personal militar respecto de las leyes, tanto internas como internacionales, está siendo sometidas a una constante revisión, crítica, y evolución necesaria, frente a nuevas actividades y compromisos que asume el Estado. Tanto en lo interno como en el marco internacional.

En paralelo con lo anterior, lo concerniente a la conceptualización y proyecciones respecto al estado militar, debe también hacer frente, a la presunta contradicción a priori de un Estado constitucional como el nuestro, que garantiza a todos los habitantes determinadas libertades, y a sus ciudadanos la facultad de manejar, opinar y participar de la vida política, al mismo tiempo que los restringe o anula respecto de quienes tienen un estado militar.

Cabe destacar a este respecto, que en tanto el *estado militar* resulta un elemento jurídico central del derecho militar, su importancia en definitiva dentro del derecho nacional se halla en directa relación al lugar que ocupe dicha rama jurídica en el concierto del ordenamiento jurídico nacional. Por lo que no resulta posible su estudio sin un examen de tal sector del ordenamiento jurídico.

En este sentido, debe señalarse que el proceso de estructuración de las normas castrenses, en una rama jurídica dotada de principios propios (y con goce de autonomía) ha sido fruto de una larga evolución, en la que se conjugan factores jurídicos, políticos y sociológicos. Cuyo camino recorrido que atraviesa épocas, civilizaciones y continentes, en un constante proceso constructivo.

Hoy en día, resulta claro que “...las normas que reglan la vida militar obedecen a principios especiales y singulares, constituyendo una disciplina disímil entre el elenco de las ramas jurídicas”.¹

Tal particularidad no debe ser entendida en el sentido de segregación, ni incomunicación con el resto del derecho. Tampoco como una imposibilidad de aplicar en el mismo, los principios generales del derecho.

Pues la experiencia jurídica nos muestra acabadamente, que ese derecho militar surge por determinadas necesidades, como desarrollo particularizado del derecho general, buscando dar respuestas adecuadas para un sector de la sociedad. Así se inicia, inscribiéndose en el derecho, como una rama más, que bajo la égida del derecho constitucional, interactúa con las demás en un plano de igualdad y mutua influencia, sobretodo respecto del derecho civil, penal y administrativo.

Este es el sustrato sobre el cual asienta sus bases y debe comenzar a investigarse lo concerniente al estado militar.

Su estudio reviste una importancia que trasciende la esfera castrense, desde que si bien el derecho militar, como nos dice Romero² “tiene pues, una autonomía que no es posible silenciar”, no por ello deja de ser derecho, reconociendo su base primigenia en la norma constitucional del país a que se refiera, toda vez que dentro de la concepción del Estado de Derecho, nada puede escapar a la juridicidad o legalidad que otorga la ley fundamental, piedra angular del orden jurídico positivo.

Por dicha razón, lo relativo al estado militar se vincula y mantiene una cercana correlación con aspectos principales de nuestro orden jurídico establecidos en la norma constitucional, tales como la personalidad humana y su capacidad de actuar en el

¹ Romero, César Enrique, voz Derecho militar en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VII, Ed. Dris, Buenos Aires, 1979, pág. 795.

² Romero, César Enrique, voz Derecho militar en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VII, Ed. Dris, Buenos Aires, 1979, pág. 795.

derecho, los supuestos que justifican la imposición de cargas diferenciadas del común a una determinada categoría de personas, los límites en la reglamentación restrictiva de los derechos, por citar sólo algunos.

Llama por ello la atención que lo relacionado al ordenamiento jurídico militar en nuestro país no ha tenido el desarrollo que en otros países, reduciéndose la aparición de contribuciones doctrinarias a trabajos esporádicos, y en general destinados a la materia penal militar.

No se ha tratado, sino muy parcialmente, lo referente al fundamento y naturaleza de la regulación jurídica castrense con relación a las personas. Que resulta uno de los puntos centrales del derecho militar, de cara al derecho todo. Pues en él encontramos una muy distinta regulación de derechos fundamentales respecto de cierta categoría de individuos, que la del ciudadano general, establecida en la Constitución Nacional.

Asimismo, dispersas a lo largo de todo el ordenamiento jurídico argentino, vemos múltiples normas que regulan hasta los menores aspectos del militar, tanto en su faz de funcionario del Estado, como en cuanto a su capacidad civil como persona.

Dentro de tal terreno jurídico, poco explorado y muchas veces incomprendido, se alza como una de sus instituciones más propias y caracterizadas: el *estado militar*. El cual proyecta sus efectos más allá del ámbito castrense, como de la persona del militar. Guardando relación con conceptos e institutos jurídicos tan disímiles como el domicilio, la tutela, la ciudadanía y los derechos fundamentales de la persona humana.

Pero tal importancia, no le ha producido mayores estudios o puntualizaciones, desde la legislación, la jurisprudencia o doctrina. No obstante lo cual, se lo enuncia como punto de partida o situación justificante en prácticamente toda cuestión relacionada a la persona de los militares. La más de las veces, sin advertir el vacío en el tratamiento de la figura.

Tal situación es la que pretendemos superar con la presente tesis. Estableciendo su naturaleza, contenido y vinculación con otros institutos y sectores del derecho nacional vigente.

Resultan por tanto, objetivos de la presente tesis:

- a) Establecer la naturaleza jurídica del estado militar.
- b) Enmarcar tal institución dentro de un género o sector jurídico.
- c) Determinar su contenido respecto de obligaciones y derechos.
- d) Establecer su relación con otras áreas o instituciones jurídicas.
- e) Comprender el porqué de su regulación especial.
- f) Conocer los fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios en que se asienta la existencia del estado militar como institución jurídica.
- g) Contribuir a desarrollar una disciplina jurídica como el derecho militar que su naturaleza especial, contiene instituciones sumamente particulares dentro del universo jurídico, y que requiere un estudio especial para poder analizar sus normas.
- h) Contribuir a la comprensión del fenómeno jurídico castrense respecto de la organización constitucional y el reconocimiento y vigencia de derechos en nuestro derecho nacional.

2. Enunciación o Formulación de Tesis

Con el presente perseguimos justificar la tesis consistente en que el instituto del estado militar configura un supuesto especial de ejercicio de la ciudadanía, siendo una especie dentro del estado de ciudadano, que se materializa colocando al sujeto en una especial situación jurídica, la que supone un plus especialmente de obligaciones pero también de derechos, que modaliza al sujeto de derecho de una forma y con un alcance profundo e integral, más allá de la relación jurídica de derecho público con la organización estatal, abarcando también aspectos de derecho privado de la persona humana.

Es por ello que el estado militar, o la situación jurídica del militar, más que reflejar las funciones que el militar esta llamado a cumplir en el seno de las fuerzas armadas, es la traducción jurídica de una forma particular de servicio cívico en su comunidad, de una identidad militar que se halla determinada no sólo por su función y facultades, sino también por el forma en que se ubica en tal sociedad de ciudadanos.

Esta formulación supone como tesis subordinadas que:

- a) El estado militar es una especie dentro del estado del ciudadano.
- b) Con relación a su papel en la comunidad política, los ciudadanos se dividen en civiles y militares. Participando los primeros del manejo de la res publica y resguardando los segundos tal organización política.
- c) Constituye una situación jurídica de carácter especial, la cual se encuentra reglada por normas especiales, principalmente pero no de modo exclusivo en la ley del personal militar N° 19.101.
- d) El estado militar tiene semejantes efectos respecto de la persona con relación a su ciudadanía, que el estado civil en el universo de la familia.
- e) La existencia de esta especial posición jurídica del militar se justifica en la necesidad de la supervivencia por la defensa de una comunidad política.
- f) Que ha diferencia del ciudadano-electo que genera el primer paso en la formación de sus manifestaciones de voluntad, la actividad del militar es a posteriori de la formación de la comunidad política, siendo asimismo fundamentalmente hacia al exterior de ella (y no en el interior como la del elector), como una suerte de coraza que la resguarda de ingerencias de fuera que amenacen su continuidad o la plenitud de su funcionamiento.
- g) Que la situación jurídica del militar (estado militar) se proyecta tanto en el plano del derecho público cuanto del derecho privado.
- h) El estado militar se diferencia netamente, por naturaleza, estructura y proyección jurídica, de la obligación militar que acompaña (potencial o vigente) a la condición de ciudadano; así como de la relación

jurídica de derecho administrativo (militar) que vincula a la persona con el estado.

- i) En el aspecto público del derecho, el estado militar se manifiesta en una distinta reglamentación de los derechos fundamentales de las personas que integran las FFAA.
- j) En cuanto al aspecto privado del derecho, el estado militar supone para el individuo la aplicación de normas especiales y propias para regular algunos aspectos centrales de su vida civil, en atención al particularismo de la vida castrense.
- k) En tanto en el derecho público el estado militar supone una apreciación restrictiva de determinados derechos (libertad de expresión, de asociación, etc) en el derecho privado la condición militar le otorga por lo general, mayores facultades que respecto de los civiles (domicilio, testamento, etc).

3. Encuadre de la tesis: Alcances, límites y conceptos de base de la investigación

El objeto de la presente tesis se halla constituido pues, por la indagación acerca de una instituto jurídico, en el marco del derecho nacional vigente.

Ello supone la investigación principalmente sobre la base de la remisión a las cuatro fuentes clásicas del derecho (legislación, jurisprudencia, doctrina y costumbre³), pero sin que allí se agote, pues conlleva también incorporar consideraciones acerca de la aplicación y observancia de la normativa, provenientes de otras disciplinas, a fin de establecer la existencia real de ellas.

El adoptar este criterio de vigencia no supone renunciar al estudio de la dimensión histórica de la figura, tarea esencial para su cabal entendimiento, sino apreciarla desde una perspectiva evolucionista, a fin de establecer el proceso de formación de los conceptos que rigen al presente.

Se ha circunscrito al derecho argentino la indagación, en razón de la nota peculiar de particularismo nacional que resulta propia del derecho militar, y que lleva a que las diferencias entre países, aún dentro de un mismo sistema jurídico puedan llegar a ser notables.

Pues la organización militar de un país es el reflejo y la función de las condiciones y circunstancias políticas internas y exteriores, en que aquél se desenvuelve, debiendo, por tal causa, ser inseparable el examen de entre ambos asuntos, como único medio de apreciar las razones del origen de las fuerzas armadas y los móviles que hayan obligado a la vez a introducir cambios en su constitución y método⁴.

Por supuesto que ello no conduce a abandonar toda consideración respecto de la regulación del asunto en derechos de otros países, desde que también en el derecho militar se aprecia la influencia de determinados sistemas jurídicos foráneos en la

³ Es de destacar a ésta última, desde que una nota distintiva del derecho militar es la influencia mayor de ésta en la formulación y especialmente, en la interpretación de las normas castrenses, de un modo análogo al papel que cumple en el derecho comercial.

⁴ Beverina, Juan: El Virreinato de las Provincias del Río de la Plata. Su organización militar, Círculo Militar, Buenos Aires, 1992, pag. 14/5.

estructuración de instituciones nacionales, pero sólo habrán de considerarse en el presente aquellas cuestiones del derecho comparado y extranjero que guarden estricta vinculación en la naturaleza, contenido o proyección del instituto objeto de la presente tesis.

Por ello nuestra investigación se centrará en la consideración (normativa, doctrinaria y jurisprudencial) de la figura en el derecho argentino. Para lo cual se partirá de conceptos primarios establecidos no sólo apelando a la etimología, al uso general, sino en especial a las establecidas en la legislación positiva, jurisprudencia y doctrina nacional. No obstante ello por tanto a que en el curso de la tesis las contrastemos con los resultados de otras facetas del derecho (costumbre, jurisprudencia, doctrina, derecho extranjero o comparado, etc) a los efectos de arribar a una postulación definitiva.

4. Método a emplear.

En la presente investigación corresponderá entonces, indagar acerca de la esencia o naturaleza del estado militar, y las consecuencias en materia de personalidad jurídica de ostentar la misma, todo ello dentro del actual ordenamiento jurídico argentino.

Para ello, primeramente hemos de indagar acerca de lo que jurídicamente significa la palabra "estado". Es decir si se halla empleada en sentido estricto, o resulta una rémora de encuadres jurídicos ya fenecidos, siendo su realidad jurídica distinta del significado que a primera vista pareciera tener.

Para ello, debemos comenzar con indagar en la experiencia jurídica acerca de cuáles son los elementos que caracterizan al mismo. A este respecto, desde que resulta un concepto jurídico complejo, deberemos en primer término iniciarnos con el estudio de los conceptos primarios que lo informan (estado, situación jurídica, militar, etc) no sólo para establecerlos con precisión, sino principalmente para tener cabal comprensión de cómo se conectan entre sí, de cara a su integración conceptual en la institución en estudio, como así también para visualizar los aportes que realiza cada uno a ella.

Establecido ello, y entendida por tanto cuál es la naturaleza del estado militar, deberemos abocarnos a observar cómo el mismo influye en el ordenamiento argentino, en relación con la personalidad jurídica de su portador.

Determinados los elementos que le son propios, podremos así establecer su naturaleza. Para avanzar en la comparación del mismo respecto de los rasgos comunes a otras categorías jurídicas a los fines de establecer si participa, aun en parte, de ellas.

Para lo primero, se empleará el método inductivo. Esto se debe a la escasez de formulaciones generales en el tema en estudio, ya que sólo recientemente el mismo a cobrado importancia en el mundo jurídico. Por lo que ni la doctrina ni la legislación han realizado aún una formulación a nivel de principios generales que le resulte aplicable.

También se hará uso de un método histórico-evolucionista, en razón de la capital importancia que asume en la formulación de las normas de derecho militar, la tradición y los sucesos de corte histórico.

Con igual fundamento, se acudirá a la experiencia tanto del derecho extranjero como comparado, respecto de cuestiones puntuales, a los efectos de por vía de la presentación y explicación de todas las opciones posibles de normar un determinado tópico, sopesar sus ventajas e inconvenientes, para poder luego entender cabalmente la postura adoptada por nuestro derecho al respecto.

En tal indagación se atenderá a lo que resulta ser jurídicamente el estado militar, a establecer las cualidades propias del mismo, y sus consecuencias jurídicas respecto de la personalidad del portante, dentro del derecho argentino.

Detectados los elementos que determinan la esencia de esta figura, se empleará el método del silogismo para establecer la concordancia de los rasgos típicos de esta figura con los que son comunes a una determinado género o especie jurídica, a fin de establecer su pertenencia o no a tal categoría.

Ello nos llevará a ubicarla dentro del universo jurídico argentino, para lo cual necesariamente deberemos explorar su articulación más allá del derecho militar, con otras ramas del derecho público.

Somos conscientes que la singularidad militar, que se proyecta en las más variadas direcciones, exige el manejo de muchas categorías jurídico-públicas; por lo que abordar un instituto castrense exige un conocimiento más intenso de diversas categorías jurídicas, que el que se pueda requerir en otros ámbitos de estudio.

Asimismo, en pocos ámbitos del conocimiento como en lo militar se puede percibir la verdadera interconexión que se da entre el Derecho, la Teoría del Estado, la Política, la Sociología y la Historia. El jurista se expone a caer en un grave reduccionismo, en una insalvable superficialidad, si al investigar sobre la materia castrense desconociese el importante peso de las otras disciplinas. De ahí se explica tanto las fuentes utilizadas en la presente Tesis Doctoral –no sólo estrictamente jurídicas-, como la misma estructura y desarrollo de la misma, tal como más adelante se expone.⁵

Es también una investigación cualitativa, entendida como aquella que se halla orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos, y nuevos campos de investigación, jurídica con el fin de constituir un cuerpo de conocimiento teórico para realizar un aporte a la resolución de problemas amplios y de validez general.

Reúne asimismo las características de una investigación exploratoria, de carácter provisional en cuanto se realiza para obtener un primer conocimiento de la situación donde podría realizarse una investigación posterior, siendo, de este modo, descriptiva, pues tiene como objetivo central la descripción del fenómeno objeto de estudio, y explicativa/confirmatoria, pues conlleva el estudio de la estructura del fenómeno y los aspectos que intervienen en la dinámica del mismo.

Si bien en el presente se adopta una perspectiva jurídico-descriptiva, al descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de la institución jurídica que es su objeto, resulta asimismo histórico-jurídica desde que hace un seguimiento de un instituto jurídico desde sus orígenes hasta el presente, lo cual implica su rastreo en las legislaciones históricas contribuyentes a la nuestra. Por la naturaleza de la materia, se impone partir del Derecho Romano, por ser allí donde se estructura por vez primera un derecho militar propiamente dicho. Y por la naturaleza misma de lo que resulta una tesis, es jurídico-propositiva, desde que se trata de demostrar una posición determinada respecto del instituto en análisis.

⁵ Cotino Hueso, Lorenzo, El modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Tesis Doctoral, INAP-CEPC, Madrid, 2002.

5. Esquema de la obra

La presente tesis consta de una introducción, ocho capítulos y una recapitulación y conclusiones finales.

La introducción se halla destinada, como es de rigor, a presentar el tema elegido, el planteo del problema y de la tesis, el marco teórico utilizado y el estado de la cuestión.

Hemos querido dedicar un capítulo a cada uno de los conceptos de base, a fin de poder efectuar su indagación en profundidad y con criterio de especialidad. Por lo que los tres primeros capítulos estarán dedicados al estado, el individuo militar y la organización castrense, respectivamente.

Realizado esto, pasaremos en el capítulo siguiente, a considerar los caracteres y dimensión histórica del derecho militar, ámbito jurídico en el que se inscriben todos los conceptos anteriormente investigados. Ya que la experiencia histórica resulta un recurso indispensable para comprender acabadamente los conceptos.

Indagados los conceptos de base en el marco multidimensional del derecho e inscriptos y enriquecidos en su dimensión histórica, estaremos en condiciones de construir a partir de todo ello, el concepto complejo del *estado militar*, en cuanto a su existencia, desaparición y elementos estructurantes, cuestión en que ocuparemos el capítulo quinto.

De esta forma, alcanzado el núcleo teórico esencial respecto del cual se realiza la presente tesis, dedicaremos los tres últimos capítulos de ella a la consideración de sus proyecciones. Como aplicación de nuestro planteo de tesis, investigaremos sus consecuencias jurídicas tanto en la esfera interna cuanto en la externa. En esta última, tanto en el ámbito del derecho público cuanto del derecho privado (a diferencia de las consecuencias internas, las que se desarrollan en forma exclusiva en el ámbito del derecho público, en virtud de la relación militar-organización castrense, que no es sino una especialísima forma de relación de individuo-estado). En atención a tal bifurcación de efectos en la esfera externa, y en especial por lo disímil de las consecuencias en uno y otro ámbito, hemos preferido tratar lo atinente a dicha proyección extrainstitucional en dos capítulos separados.

Por último, en el cierre de la tesis se realizará una breve recapitulación en orden a exponer en el mejor modo las conclusiones finales.

6. Estado de la cuestión

El objeto de la presente no ha sido tratado en forma previa, conforme surge de la indagación realizada de nuestra parte.

Se han tratado sí, aspectos parciales relacionados con determinados derechos puntuales, con relación al personal militar. Tales como la libertad de expresión, derecho a contraer nupcias, etc.

De por sí, la doctrina jurídica Argentina en general, no se ha dedicado, salvo por excepciones individuales o reducidos círculos especializados, al estudio del derecho militar. Y si lo ha hecho, se ha centrado en sus aspectos penales o disciplinarios, de modo preponderante.

Este es, históricamente, el aspecto que más ha sido tratado con relación a la presente tesis, es lo atinente a la jurisdicción castrense, que no pocas veces se ha

terminado por asimilar o considerar la parte penal del derecho militar como el objeto mismo, y hasta único de tal rama.

La orfandad de texto de doctrina nacionales, impulsó a manejarse en la materia con textos extranjeros, a fines del siglo XIX, que resultaban obras clásicas de la materia en Europa, de España⁶, pero especialmente del derecho francés.⁷ Debiendo destacarse a este respecto, que si bien en la organización técnica del ejército se adoptaba el modelo alemán, el derecho militar francés (quizás ayudado por su influencia en general en el área del derecho público, principalmente administrativo, por esa época) tuvo un papel determinante en la configuración del instituto objeto de la presente tesis.

Con la sanción de la legislación militar nacional, y en especial la codificación de su parte penal y disciplinaria, aparecen las primeras obras comentando ésta última.⁸

Ya a principios del siglo XX, el Dr. Estanislao Cevallos desde su cátedra universitaria, llamaba la atención sobre este problema⁹, entendiendo que debía incluirse el estudio del derecho militar en la currícula universitaria.

Igual postura expuso el Dr. César Enrique Romero, en razón que la materia “Tiene pues, una autonomía que no es posible silenciar”, al tratar la voz “Derecho militar” en la enciclopedia jurídica Omeba.¹⁰

Es ya clásica la obra de Guillermo Cabanellas de Torres¹¹, Diccionario Militar, redactada con el asesoramiento y consulta técnica de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. El cual brinda una muy buena explicación respecto de los conceptos propios de la órbita castrense, con inclusión de los de derecho militar.

En cuanto a la producción doctrina relativa a los antecedentes del instituto, podemos citar el trabajo del Dr. Abelardo Levaggi “Los fueros especiales. Contribución al estudio de justicia en el Río de la Plata”¹². Si bien, como surge de su mismo título no resulta una obra específica y adicionalmente, el enfoque de ella está centrado en la jurisdicción y no en el concepto extenso de fuero que nos daba De Bacardi.

Es ya un clásico de la doctrina en la materia, la obra de Idelfonso M. Martínez Muñoz, sobre “Derecho militar y derecho disciplinario militar”¹³, que fuera su tesis doctoral y en la que si bien el propio autor destaca en su introducción que procura “... ser un ensayo de fundamentación jurídica del ejército, tomado el término en su sentido genérico, comprensivo de todas las fuerzas o instituciones armadas de la Nación. Asimismo, procurará analizar su régimen jurídico particular y, dentro de él, en especial manera, el capítulo comúnmente denominado “Justicia militar”. Tal el propósito concreto”¹⁴ Nos hemos permitido reproducir el extracto pues tales palabras reflejan, a

⁶ De la Peña y Cuellar, Nicolás: Introducción al estudio del derecho militar y organización y atribuciones de los tribunales de guerra, Tipográfica Manuel G. Hernández, Madrid, 1886.

⁷ Por caso, el de BROUTTA, A. F. E.: Curso de derecho militar, trad. del francés por Federico Mitre, C. Casavalle editor, Buenos Aires, 1878.

⁸ Del Valle, Aristóbulo, Los consejos de guerra y los delitos políticos. Informe ante la Corte Suprema de la Nación, en la causa del coronel Espina, Imprenta y casa editora Argos, Buenos Aires, 1893; Bustillo, José, Código de Justicia Militar para el Ejército y la Armada, Información, Cía. Sud Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1898; Risso Domínguez, Carlos, Historia de la legislación militar argentina, en “Revista Jurídica de Ciencias Sociales”, dirigida por C. O. Bunge, t. I, Buenos Aires, 1898.

⁹ Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 1918, t. 18, Pág. 483.

¹⁰ Tomo VII, Ed. Dris, Buenos Aires, 1979, Pág. 795.

¹¹ Diccionario Militar. Aeronáutico, naval y terrestre, Tomos I (1961) y II (1962), Bibliográfica Omeba, Buenos Aires.

¹² Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”, N° 22, 1971, Págs. 44/91.

¹³ Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

¹⁴ Pág. IX, op. cit.

más del objeto de la obra en cuestión, el ánimo general reduccionista con que la doctrina ha abordado la consideración de la materia jurídica militar.

En una tesis de esta casa, referida a la parte orgánica constitucional del derecho militar, del Dr. Santiago Mario Sinópoli titulada “El Derecho constitucional militar”¹⁵, se ha dedicado su capítulo 6 a la problemática de los derechos fundamentales de los militares, enfocando el particular desde el nivel constitucional, pero sin vincularlo a la problemática del estado militar.

Los aspectos históricos del derecho penal militar, han sido tratados en otra tesis de esta casa, del Dr. Ezequiel Abásolo, titulada “El derecho penal militar en la historia argentina”, y que recibiera el premio Dalmacio Vélez Sarfield Tesis sobresalientes, por parte de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba del año 2001.

Otros trabajos del autor antes citado, y que guardan relación con el objeto de la presente tesis, son “El testamento militar en España y en Indias”¹⁶ y “El universo militar de un jurista: Dalmacio Vélez Sarfield, el ejército y la guerra”¹⁷.

Como dato de la escasez doctrinaria en la materia, resulta el hecho que muchas veces se ha hecho empleo de los discursos o debates parlamentarios, sucedidos en especial a la hora de modificar principalmente el Código de Justicia Militar.¹⁸

De modo abrumador, la temática de las piezas de doctrina en la materia militar se han referido a la consideración de aspectos respecto de los tribunales militares y a la parte penal militar.¹⁹

¹⁵ Existente en la Biblioteca Central UCA bajo la nomenclatura de registro T SIN 30110001350223.

¹⁶ Separata de la Revista Historia del Derecho N° 19, Buenos Aires, 1991.

¹⁷ Separata de la Revista Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994.

¹⁸ Bustillo, El código de justicia militar ante la Cámara de diputados, Buenos Aires, 1914; Gonnet, Manuel; Palacios, Alfredo L.; Gallo, Vicente C., Justicia militar argentina, proyecto redactado por los diputados... Informe, Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía., Buenos Aires, 1914; Albarracín, Francisco, Código de Justicia Militar. Proyecto presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación, por el diputado Francisco Albarracín, en sesión del 26/09/1923, Imprenta de la Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1924; Risso Domínguez, Carlos, Ley de disciplina militar, información sobre el proyecto presentado por el Poder ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación, Talleres gráficos Uis Bernard, Buenos Aires, 1927; ANTILLO, Armando C.: Informe que acompañó el proyecto de Código de Justicia Militar, Diario de Sesiones del Senado de la Nación, 1950, T° I; Sacheri, Oscar Ricardo, Exposición de motivos del redactor del proyecto de Código de Justicia Militar, en Diario de Sesiones del Senado, 1950, Buenos Aires, 1950.

¹⁹ Abásolo, Ezequiel, *¿Integración jurídica o autonomía del derecho militar?*, publicado en Revista Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, N° 43, pag. 97 y ss. Amorortu, Rodrigo, Cuestiones relativas a la justicia militar, aparecido en "Revista Militar" N° 443, diciembre de 1937 y N° 445, febrero 1938, Buenos Aires; Auditoría General de Guerra y Marina, Justicia Militar. El presidente de la Nación y los tribunales militares, Escuela Tipográfica del Colegio León XIII, Buenos Aires, 1927; BIDART Campos, Germán J.: Condenas de tribunales militares después de concluida la situación de emergencia, La Ley, t° 156, p. 226; Calderón Serrano, Ricardo, Tribunales militares argentinos, La Ley, t.° 42, p. 1012; Caballero, Ricardo Juan, Nota sobre el delito militar, La Ley, t. 1975-D; Colombo Carlos, El derecho penal militar y la disciplina, Librería Jurídica Valerio Abeledo editor, Buenos Aires, 1953; Sustantividad del derecho penal militar, en "Boletín Jurídico Militar" N° 12, Buenos Aires, 1964; Coquibus, Juan Emilio: Código de justicia militar, 1° ed., Editorial Bibliográfica Argentina, 1957; De Bernardi, Humberto, Sustantividad del derecho penal militar, La Ley, t°. 39, p. 1033; Dobranich, Horacio H, Justicia militar argentina, Edit. Libr. J. Bonmati (h.), Buenos Aires, 1913; Gonzalez Fernandez, Carlos, La independencia de los tribunales militares, La Ley, t° 51, p. 1160; Morón, Domingo: Reformas al Código de Justicia Militar, Folleto, Tall. Gráf. Rodríguez Giles, Buenos Aires, 1917; Palacios, Alfredo L., La justicia en el Ejército. La reforma del Código, Anexo de la "Revista Militar" N° 7, septiembre 1918, Buenos Aires, y del mismo autor, La justicia militar, Talleres Gráficos de Rosso y Cía., Buenos Aires,

En menor medida, la cuestión orgánica del derecho militar ha suscitado también la producción doctrinaria.²⁰

Vinculadas más directamente al tema a tratar en la presente tesis, podemos citar algunos trabajos que han tratado aspectos puntuales de nuestro tema, como ser: Bidart Campos, Germán, El derecho de los militares a contraer matrimonio, *El Derecho* Tº 156-6; Toyos, Sergio, *El origen de las graduaciones militares*, publicado en MUPIN Revista, N° 519, diciembre de 2002, Órgano informativo y cultural de la mutualidad del personal de intendencias militares, págs. 33 y sgtes; Teobaldi, Guillermo, *Condición política del militar*, Tesis, Impr. y casa edit. de Adolfo Grau, Buenos Aires, 1908; González Ramírez, Jorge A. y Fernández, Luis, *Manual de legislación militar*, Depalma, Buenos Aires, 1986; Ricardo Sarceda, *Derecho previsional militar y de seguridad, Tomo I Retiros*, Depalma, Buenos Aires, 1988; Torres, Ismael, y Furia, Lilian, *La autorización para contraer matrimonio*, Revista de la Escuela Superior de Guerra Aérea N° 214, 1º cuatrimestre de 2002.

Asimismo, respecto de publicaciones especializadas, resulta un hecho a destacar la reaparición de la Revista Argentina de Derecho Militar e Internacional Humanitario, cuyo primer número de la nueva serie apareció durante Abril de 2003, dedicándolo a la publicación de los documentos producidos en ocasión de las deliberaciones del Simposio Internacional sobre “El uso de la fuerza por razones humanitarias, en el marco de las nuevas amenazas a la seguridad internacional”, celebrado en la Universidad Católica Argentina entre el 08 y 10 de octubre de 2002.

Como puede apreciarse, los temas de seguridad internacional y del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, son el aspecto al que pareciera prestarse en el presente una mayor y particular atención, dentro del universo jurídico militar.

1914; Quiquisola, Luis R.: El Código de Justicia Militar en compendio, Talleres Gráficos Cersósimo, Buenos Aires, 1940; Ramayo, Raúl Alberto: La jurisdicción o justicia militar y el principio de la división de los poderes, La Ley tº 122, p.1183; Risso Domínguez, Carlos, Historia de la legislación militar argentina, en "Revista Jurídica de Ciencias Sociales", dirigida por C. O. Bunge, t. I, Buenos Aires, 1898; - La justicia militar. Conceptos fundamentales, Librería La Facultad, Buenos Aires, 1939; - Ley de disciplina militar. Información sobre el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo al H. Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1927; Rivarola, Rodolfo, La justicia militar, en "Revista Argentina de Ciencias Políticas, Tº V, Buenos Aires, 1912; Rivera, Román R., La defensa en los juicios militares, La Ley t. 126; Smith, Carlos, Alegatos de defensa del mayor B., Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1928; Teobaldi, Guillermo, Código de Justicia Militar, Córdoba, 1914.

²⁰ Amorortu, Rodrigo, El Ejército como institución, Folleto del Centro de Instrucción de Oficiales de Reserva, Buenos Aires, 1938; Bidart Campos, Germán, Diagrama histórico-constitucional de las fuerzas armadas en la Argentina, *El Derecho*, 1973, tº 4; Bielsa, Rafael, Caracteres jurídicos y políticos del Ejército. Su misión esencial, 3º ed., Universidad del Litoral, 1959, Instituto Social, Publicaciones de Extensión Universitaria, N° 33; Cáceres, Julián: Poderes militares de la Constitución, Tesis manuscrita sin foliación, 15 de septiembre de 1915, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; Delfino, Carlos, Creación y evolución de la Auditoría general de Guerra y Marina, *Revista Militar*, Buenos Aires, 1972; González Ramírez, Jorge Arturo, Auditor de Guerra, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997; Sacheri, Oscar Ricardo, Misión e importancia del servicio de Justicia de las Fuerzas Armadas. Reseña histórica, conferencia en el Círculo Militar el 15 de septiembre de 1971; Sinópoli, Santiago, Las atribuciones militares del Presidente de la Constitución Argentina, Suplemento de Derecho Constitucional de *El Derecho*, Serie Especial, Número Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en su 150º aniversario, N° 10.746, Año XLI, del 5 de mayo de 2003, Pág. 11; Stafforini, Bartolomé: El servicio militar, el derecho administrativo y daño por "faute de service", La Ley, t. 52, p. 349.

7. En otros derechos nacionales

Desde la perspectiva administrativa y proveniente de España, se ha desarrollado el estudio de los aspectos inherentes a la relación del militar respecto de la organización estatal²¹.

²¹ Por citar algunos de ellos: AA. VV, Constitución, Policía y Fuerzas Armadas, Marcial Pons, Madrid, 1997; AA. VV El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos, Fernández Segado, Francisco (editor), Dykinson-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994; AA. VV. Libertades públicas y Fuerzas Armadas, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1985; AA. VV. La profesionalización en los ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996; AA. VV. Lo militar: ¿más que una profesión?, (Moskos Jr., Charles y Wood, Frank R., dirs.), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991; AA. VV. Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y España, Tecnos, Madrid, 1992; AA. VV. Los guardias civiles. Esos ciudadanos uniformados. 25 años de lucha por la democratización y el asociacionismo en la Guardia Civil (1976-2001), (Del Álamo, Manuel y Carrillo, Fernando, coords.), Germanía, Valencia, 2001; AA. VV. La defensa de España ante el siglo XXI, coordinado por Hermann Oehling, Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997; AA.VV. La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por López Ramón, Fernando y coordinada por Fernández López, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995; AA.VV., Constitución y jurisdicción militar, (Cuadernos "Lucas Mallada", n° 2), Pórtico, Zaragoza, 1997; AA.VV. La jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica, (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde), José F. Palomino y Germán J. Bidart. (coords.), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Grijley, Lima, 1997; Abramsson, Bengt, "La socialización profesional: teoría, ética y espíritu de cuerpo", en AA.VV, La institución militar en el Estado Contemporáneo, compilado por Bañón, Rafael y Olmeda, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 208- 234; Agüero, Felipe, Militares, Civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada, Alianza Editorial, Madrid, 1995. Águila, Rafael del, La senda del mal. Política y razón de Estado, Taurus, Madrid, 2000; Alonso Baquer, Miguel: - "Grado de profesionalidad y reducción de efectivos. El caso del ejército de tierra.", en AA.VV El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos, Fernández Segado, Francisco (editor), Dykinson- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 247-273. - "Las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional española", en AA. VV, Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2415-2433. - El Ejército en la sociedad española, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971. "Los problemas de la profesionalidad militar", en Cuenta y Razón del pensamiento actual, n° 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 16-21. "El nuevo rol de las fuerzas armadas en la resolución de conflictos", en la obra colectiva El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos., AA.VV., Centro de Estudios Constitucionales, (A. Colomer Viadel, coord.), Madrid, 2000, págs. 87-96; Álvarez Roldán, Luis B.: "La igualdad, la mujer y los Ejércitos", en Revista Española de Derecho Militar n° 54 julio- diciembre de 1989, págs. 259-268. - (con Fortún Esquifino, Ricardo), La ley disciplinaria militar, Aranzadi, Pamplona, 1986; Aramendía Rodríguez de Austria, Begoña, "Cuerpos y escalas militares. Categorías y empleos militares", en La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por López Ramón, Fernando y coordinada por Fernandez López, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 235-256; Ayuso, Miguel, "Las funciones de las Fuerzas Armadas en el ordenamiento constitucional español", en Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya, (dos vols., Vol. I), Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000, págs. 107-128; Bautista Samaniego, José M., "Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas", en Revista Española de Derecho Militar n° 54, tomo I, julio-diciembre, 1989, págs. 281-303; Bermejo García, Ramón, El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites, Civitas-Universidad de Navarra, Madrid, 1993; Blanco Valdés, Roberto L., - La ordenación constitucional de la defensa, Tecnos, Madrid, 1988; Blanquer Criado, David, - Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar, Civitas, Madrid, 1996; Blecua Fraga, Ramón, y Rodríguez-

Villasante, José Luis, (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid. 1988; Bravo Morata, F., *La República y el Ejército*, Fenicia, Madrid, 1984; Buiza Cortes, Tomás, "Los militares y el derecho a la participación política", en *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, nº 63, noviembre de 1984, págs. 133-154; Busquets, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1984. -(con Fernández Vargas, V. -coords.-), *La enseñanza militar en España*, Madrid, CSIC (CIFAS), 1986; De Mateo Lage, Fernando, "Los tribunales de honor en el ámbito castrense", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2746- 2765; De Moxó, Salvador, "El Derecho militar en la España cristiana medieval", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 12, julio-diciembre de 1961, págs. 9-60; Díaz Fernández, Antonio M., (con Martínez, Rafael y Díaz Fernández, Antonio), "El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad", texto de la ponencia presentada al "I Coloquio sobre política de defensa y seguridad", 14 diciembre de 1998, (Universitat de Barcelona), mecanuscrito, reformulado en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 15 (1999), págs. 391-403; Domenech Omedas, José L., "Las operaciones de paz en las Fuerzas Armadas españolas", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, enero-junio 1995, págs. 431-456; Duque Villanueva, Juan C. "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica., 1988 Tomo IV, págs. 2530-2543; Escribano Testaut, Pedro, "La libre designación en la provisión de destinos del personal militar profesional", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 63, enero-junio de 1994, págs. 113-141; Fernandez Flores, José L., "Los fundamentos del orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho", en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 263-274; Fernández Segado, Francisco, "La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio", *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 11 (1981), págs. 83-116; "Nuevo perfil orgánico y competencial de la jurisdicción militar", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2855- 2903; "Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional", en *Revista de Estudios Políticos* nº 64, abril-junio de 1989, págs. 93-130; "El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 44-50, enero de 1985- diciembre de 1987, págs. 89-133; "La Justicia Militar en el Derecho comparado", en *Revista General de Derecho*, números, 568-569, enero-febrero 1992, págs. 335-361; - "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Militar*, año 1993, enero-junio, págs. 13-71; Fortún Esquifino, Ricardo, en colaboración con Álvarez Roldán, Luis B. *La ley disciplinaria militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986; García Ballester, Pascual, "Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado", *Revista Española de Derecho Militar* nº 37, (1979), págs. 93-177; Deleito y Domingo, Nicolás, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 38 julio-diciembre 1979, págs. 9-66; Hernández Olivencia, Antonio R., *Introducción al Derecho Administrativo Militar*, (vol I) Fuentes, Orgánica y actuación administrativa, Academia General del Aire, San Javier, 1995; Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 43, 1998, págs. 11-27; Jiménez Villarejo, José, "Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación, intimidad y habeas corpus", comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239, en concreto en las págs. 219-220; Martí Coll, Antonio, "Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las FAS y del comportamiento de estas respecto a aquéllas", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2653- 2698; Martín Pérez, Ángel, "La mujer y las Fuerzas Armadas", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por López Ramón, Fernando y coordinada por Fernández López, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 585-603; Maside Miranda, Luis, "Los mercenarios a la luz del Derecho humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, enero-junio de 1991, págs. 67-82; Menéndez Menéndez, Adolfo, "Administración militar, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad en la Constitución española de 1978", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto

Nacional de Administración Pública, 1999, págs. 609-626; Millán Garrido, Antonio, Régimen disciplinario de la Guardia Civil, Trotta, Madrid, 1992. - "Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del CJM", en Revista de Derecho Público, nº 87, 1982; La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria, Tecnos, Madrid, 1990; "Servicio militar y objeción de conciencia", en AA.VV El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos, Fernández Segado, Francisco (editor), Dykinson-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 91- 106; Notas al Código Penal Militar y legislación complementaria, Tecnos, Madrid, 1992. Miralles, Jaime, "El derecho del militar a la intimidad", en la obra colectiva Libertades públicas y Fuerzas Armadas, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 745-748; Oraa Rodríguez, Luis, "Derecho de petición en las Fuerzas e Institutos armados", Revista Española de Derecho Militar, nº19, enero-junio, 1965, págs. 39-70; Otto Pardo, Ignacio de, "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", Revista Española de Derecho Constitucional nº 23 (1988), págs. 11-43; Parada Vázquez, Ramón, "Modelos de función pública y función pública militar", en La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por López Ramón, Fernando y coordinada por Fernández López, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 19-68; Pellón Rivero, Ricardo, Actividades políticas y Fuerzas Armadas", en AA.VV, Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2811- 2839; "La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas", en Revista Española de Derecho Militar nº 37, enero-junio de 1979, págs. 15-91; Peñarrubia Iza, Joaquín María, Ombudsman militar y defensor del pueblo estudio de derecho comparado y español, Dilex, Madrid, 2001; Querol y Durán, Fernando de, Principios de Derecho militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Tomo I: Preliminares y Derecho orgánico judicial militar. Tomo II: Derecho Penal Militar, Editorial Naval, Madrid, 1948; Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, "El Derecho Militar del Siglo XXI: Un Proyecto de Código Penal Militar complementario", en Revista Española de Derecho Militar, nº 77, enero-junio de 2001, págs. 95-135; (con Blecu Fraga, Ramón) (coords.), Comentarios al Código Penal Militar, Civitas, Madrid. 1988; "Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", en AA.VV El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos, Fernández Segado, Francisco (editor), Dykinson- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 185-224; Rodríguez Ramos, Luis; "Fundamentos del ordenamiento jurídico militar", en la obra colectiva Libertades públicas y Fuerzas Armadas, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 257 y ss; Rojas Caro, José, Derecho disciplinario militar, Tecnos, Madrid, 1990; Derecho procesal penal militar, Tecnos, Madrid, 1990; Ruiz Manteca, Rafael, "Órganos superiores de la función militar", en La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por López Ramón, Fernando y coordinada por Fernández López, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 543- 557; Alcedo y Ruíz, Ángel, Sustantividad y fundamento del derecho militar, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de Ugarte Y Pagés, Javier, RACMP, Madrid, 1913; Sánchez Fernández, Manuel, La libertad de expresión del militar profesional, (Tesis doctoral) Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 1992; Seco Serrano, Carlos, "Relaciones entre la Corona y el Ejército", en Revista de Estudios Políticos, nº 55 (1987), págs. 27-54 ; Suárez Pertierra, Gustavo, "Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas", Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2360-2414, Tiburcio Gomes Carneiro, Mário, "Los elementos fundamentales del Derecho militar (Concepto, contenido, codificación, enseñanza)", en Revista Española de Derecho Militar nº 12, julio-diciembre de 1961, págs. 181-206; Ugarte y Pagés, Javier, contestación a Salcedo Y Ruíz, Ángel, Sustantividad y fundamento del derecho militar, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de Ugarte y Pagés, Javier, RACMP, Madrid, 1913.

La obra “La profesión militar” de Juan Cruz Alli Turrillas²², han tratado con detalle lo atinente a la relación jurídica militar, en tal ordenamiento nacional. Pero la falta de un instituto equivalente a nuestro estado militar, ha dado como necesaria consecuencia, una óptica distinta de indagación acerca de la regulación jurídica del personal militar, encuadrándolo dentro de dicha relación, que se enmarca en la órbita de las llamadas relaciones especiales de sujeción administrativa. Tal carácter determina de por sí, una parcialización de los estudios en el polo administración (militar en este caso) administrado-militar, despojándola de los efectos que la condición militar reviste más allá del Estado, de cara a la sociedad civil.

Las obras referidas al derecho militar español, y de las que damos cuenta en las notas del presente, constituyen un aporte de valía a los efectos de la realización de la presente tesis, desde que han abarcado prácticamente todos los enfoques de su derecho militar, la mayoría de ellos compatibles con nuestro ordenamiento, si bien en lo relativo al *estado militar*, siguen otra postura jurídica distinta, poniendo énfasis en las vinculaciones administrativas de las que hemos dado cuenta en el breve comentario a la obra de Juan Cruz Alli Turrillas.

En cuanto al derecho militar francés²³, fuente del instituto respecto de nuestro derecho, se aprecia una serie de obras relacionadas con aspectos parciales de la cuestión.

Cabe destacar que el Estatuto General de los militares de 1972, es el último eslabón de una evolución llevada a cabo desde la institución del estatuto general para los oficiales de 1834, y el estatuto para los suboficiales de carrera de 1928. Pero, al igual que ocurre en otras partes, el hincapié de la doctrina es puesto en las cuestiones disciplinarias.

Al igual que lo que sucede en el derecho español, hay una tendencia a englobar la cuestión dentro de una perspectiva administrativista. Se destaca a los efectos de la presente tesis, que la evolución legislativa respecto del instituto recorrida por el derecho militar galo²⁴ hasta la ley de unificación de estatutos militares de 1972, ya referida, será objeto de análisis a los fines de dimensionar el carácter de la recepción acaecida en nuestro sistema jurídico militar al adoptar la figura.

En el derecho italiano²⁵, encontramos como detalle a destacar, un interés mayoritario por las cuestiones constitucionales y derecho internacional. El

²² INAP, Madrid 2000.

²³ Augier, Le commandant, y Le Poittevin, Gustave, *Traité théorique et pratique de droit pénal militaire*, Librairie de la société du recueil general des lois et des arrêts, Paris, 1905; Beauma, Luis: *La formation de l'armée coloniale*, Thèse pour le Doctorat, Université de Paris, Faculté de Droit, Imprimerie Librairie Militaire Universelle, L. Fournier et Cie., Paris, 1939; Duval, Eugène-Jean, "Etapas de la citoyenneté des militaires, 1789-1999", Ed. des Ecrivains, Paris, 2000; Gran, J., *Fonctionnement de la justice militaire*, Christiania, 1884; Harriou, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, (reimpresión en 1965 de la 10ª ed.) Recueil Sirey, Paris, 1929, págs. 152-157. Maury, Jean-Pierre, "L'UEO: quel rôle pour demain?", en *Notes et études documentaires* números 5064-5065, diciembre de 1997 (1998), monográfico dedicado a La défense en Europe. Les adaptations de l'après - guerre froide, (dirigido por Patrice Buffotot), págs. 243-250; Pradier-Fédéré et Le Faure, *Commentaire sur le Code de Justice Militaire*, Librairie Militaire de J. Dumaine, Paris, 1873; Sillières, *Le droit disciplinaire dans l'armée*, Université de Poitiers, Faculté de Droit, Thèse, Charles Lowanzelle et Cie. Imprimeurs-Éditeurs, Paris-Limoges-Nancy, 1-35; Senechal, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964; Tanoüarn, Henri Marie Joseph Xavier de, *Étude de la compétence des tribunaux militaires en temps de paix*, Thèse, 3 mai 1937, Imprimerie A. Cros, Oran.

²⁴ Ver al respecto su detalle en las fuentes de tesis.

²⁵ AA.VV. "Elementi di diritto amministrativo militare", *Quaderni della Rassegna Arma Carabinieri*, n. 3/2001, Pág. 350; Bachelet, Vittorio, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, publicado en la

particularismo de desempeñar ciertos cuerpos militares funciones de seguridad interna, como por caso los carabinieri, ha tenido su proyección en el tratamiento por la doctrina militar, de cuestiones de seguridad interna que resultan extrañas en otros ordenamientos.

Respecto de los Estados Unidos, la actividad doctrinaria en materia de derecho militar es una de las más intensas a nivel mundial.²⁶ En lo fundamental, tales trabajos tienen un enfoque decididamente práctico, buscando dar respuesta a las necesidades jurídicas en ámbito militar de una época determinada. Si bien con lo antes dicho no queremos significar que se trate de obras carentes de fundamentación, o superficiales, sino tan solo que lo práctico es la finalidad que las guía. A diferencia de los derechos

recopilación de su obra *Scritti giuridici*. Volumen 2: "Le garanzie nell'ordinamento democratico", Giuffrè, Milán, 1981; Bassetta F.: "Analisi e prospettive del diritto militare", en *Diritto Militare*, n. 4/2001, Pág. 7; Bassetta F.: "Lineamenti di diritto militare", ed. Laurus, Pág. 232; Bassetta F., Boursier Niutta E, *Cantoni U., Frattarolo F.*, Elementi di Diritto Militare. Aspetti Costituzionali, "Rassegna dell'Arma dei Carabinieri" N°1, 1999. Quaderni; Boursier Niutta E.: "Brevissime note sugli ordini militari", en *Diritto Militare*, n. 4/2001, pag. 27; Bricito, Z, *Istituzioni di diritto militare*, Fratelli Bocea editori, Torino, 1904 ; Cimini S. "La gerarchia come relazione organizzativa tipica dell'amministrazione militare", in *Diritto Militare*, n. 1/2002, pag. 7; Guiscardo, Rodolfo, *Forze armate e democrazia*, Da Clausewitz all'esersito di popolo, De Donato, Bari, 1974; Libertini, D. : "Note a margine dell'Ordinamento Militare e del concetto di difesa", in *Riv. Polizia*, n.2, 1995; "Una riflessione sui servizi di informazione e polizia militare", in *Riv. Polizia*, n.12, 1998; "Militari stranieri e giurisdizione italiana", in *Riv. Polizia*, n.8-9, 1999; Poli Vito, "Il servizio di leva nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (anni 1994 - 1998)", 1999, n. 1 , p.V-1, *Il Foro italiano*, Zanichelli Editore SpA (Nota a Cons. Stato, sez. IV, ord. 29 settembre 1998, n. 1537); Ratto Vaquer F.: "Osservazioni sul servizio militare femminile in forma volontaria nell'ordinamento italiano", en *Diritto Militare* n. 2/3 del 2001, Pág. 63; Russo S.: "Accesso agli atti del procedimento amministrativo: definizione e limiti", in *Diritto Militare*, n°. 2/3 del 2001, Pág. 49; Tenore V.: "La motivazione degli atti amministrativi dell'amministrazione militare alla luce della legge 7 agosto 1990 n. 241" in *Diritto Militare*, n. 2/3 del 2001, Pág. 35; Vico, Pietro, *Diritto penale militare*, 2° ed., Società editrice libraria, Milano, 1911.

²⁶ Por citar algunos: Bland, Douglas L., "A Unified Theory Of Civil-Military Relations", en *Armed Forces & Society*, Vol. 26, No. 1, Fall 1999, págs. 7-26; Boyce, Ronald, *Freedom of Speech and the Military*, *Utah Law Review*, mayo 1968; Brown, Michael, *Must the Soldier Be a Silent Member of Our Society?*, *Military Law Review* 43, 1969; Davies, George B., *The elements of law.- introduction to the study of the constitutional and military law of the United States*, first edition, John Wiley and Sons, New York, 1904; Di Censo, David J."IW Cyberlaw: The Legal Issues of Information Warfare," *Air & Space Journal* Vol. XIII, No. 2, Summer 1999, 85-102; Donnelly Chris, "Defence transformation in the new democracies: A framework for tackling the problem", en *OTAN Review* Webedition, n° 1 enero de 1997, vol. 45, págs. 15-19; Fields, Rick, *The Code of the Warrior: In History, Myth, and Everyday Life*, HarperCollins Publisher, Nueva York, 1991; Fields, William S. y Hardy David T., "The Militia and the Constitution: a Legal History", en *Military Law Review*, n° 136, vol. 1, spring1992; Ives, Rollin A., *A treatise on military law and the jurisdiction, constitution, and procedure of Military Courts*, forth edition, New York, 1886; Lepper, Steven J., "On (The law of) War: What Clausewitz Meant to Say," *Air & space Journal* Vol. XIII, No. 2 Summer 1999, 103-108. ; Moore, John N., "Development of the International Law of Conflict Mangement", en Moore, John N., Tipson, Frederick S. y Turner Robert F., *National Security Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1990; Moran, Felix, *Free Speech, the Military, and the National Interest*, *Air University Review*, mayo-junio 1980; Matthews, Loyd, *La Libertad de Expresión de los Profesionales de la Fuerza Aérea*, *Air & Space Power Journal* - Español, Tercer Trimestre, 2000; Packer, Cathy, *Freedom of Expression in the American Military*, Praeger, New York, 1989; Teitler, Gerke, "Theoretical Aspects", en *The Genesis of the Professional Officers Corps*, Sage, Beverly Hills, 1977, The Judge Advocate General School, *Operational Law Handbook*, International and Operational Law Department, Charlottesville, Virginia, United States Army, 2000; Vagts, Detlev, *Free speech in the Armed Forces*, *Columbia Law Review* 57, 1957; Walker, Daniel, *Military law*, Prentice-Hall, Inc., New York, 1954; Walltein, Leonar M., Jr., *Army's Court Martial sistem review*, *Columbia Law Review*, New York, vol. 48, N° 2; march 1948; Winthrop, William, *Military law and precedents*, 2° edición, Government printing office, Washington, 1920; Zillman, Donald, *Free Speech and Military Command*, *Utah Law Review*, No. 3, 1977, págs. 423-56.

hasta ahora detallados, que si bien con variantes, conceden un mayor espacio a la teorización que las obras estadounidenses.

8. Importancia del tema. Aporte de la presente tesis

En primer lugar, debemos destacar que la valía del aporte debe ser considerada en relación con el carácter de novedoso del tema que trata. Que no ha sido tratado en cuanto materia, a no ser por la puntual consideración de algunos efectos específicos, sobre todo los de carácter penal, que se desprenden de este concepto jurídico complejo que resulta el estado militar.

Es también del caso destacar, a los fines de establecer su importancia, que una cabal comprensión de la naturaleza y alcances del estado militar, por una parte, supera esa aparente contradicción de las sociedades abiertas y en especial de la democracia constitucional, en el sentido de sostener como postulado esencial de su existencia el reconocimiento y garantía para todos los habitantes de determinadas libertades, al mismo tiempo que los reglamenta supeditándolos a exigencias adicionales del común, o de modo directo los restringe, respecto de quienes poseen la profesión militar. Y en otro sentido, posibilita, a contrario sensu, una mayor comprensión del funcionamiento y alcance de los derechos, con relación a personas que se hallan en una situación especial con relación a su comunidad.

Es por ello que se ha expresado²⁷ que la organización básica de las Fuerzas Armadas (lo que es aplicable al estado militar, en razón de resultar el concepto central alrededor del cual se inserta tal organización), “involucra problemas que son cruciales para el proceso democrático”. Lo que sirve para apreciar la importancia que revisten los estudios sobre el particular, como resulta el presente.

Adicionalmente, el tratamiento de la cuestión reviste interés en razón de resultar en el presente la situación en que, tras el proceso de reforma del Estado y privatizaciones de empresas públicas, se halla mayoritariamente las personas que integran el Estado federal argentino.

Así las cosas, y en razón tanto de la inexistencia de estudios análogos al que se propone, como de las ulteriores apreciaciones formuladas en el presente apartado, es del entender del doctorando que la elaboración de la tesis postulada significará un aporte novedoso al campo de los estudios jurídicos en general, por resultar la materia una confluencia de conceptos, situaciones e instituciones tanto de derecho público como privado (desde la concepción de estado, pasando por la reglamentación de derechos fundamentales y las relaciones de sujeción especial, hasta cuestiones como el domicilio, la tutela y el testamento), y al del derecho militar en particular.

²⁷ Friedman, Leon, Conscription and Constitution en U.S., Michigan Law Review vol. 67 N° 8, Ann Arbor, Michigan, junio de 1969, pag. 1493.

CAPÍTULO I

El Estado de las personas en el derecho

1. La significación general del término

La historia de la terminología de una ciencia está estrechamente unida a la de la ciencia misma, porque existe siempre una correlación entre la palabra y el sentido que la misma encierra. La palabra ha sido frecuentemente la que ha trazado el camino de la ciencia en un pueblo o en una época.¹ Es por ello que comenzaremos con una breve referencia etimológica de la cuestión a tratar en este capítulo.

En este sentido, podemos decir que la palabra estado resulta ser un vocablo que presenta en su haber varias acepciones, y de no poca importancia en lo que a la persona se refiere.

Su origen etimológico se halla en las palabras “status” (latín), “Sthitis” (sánscrito) y “statos” (griego).²

En su uso en el lenguaje general, y en lo que nos ocupa, según el diccionario de la lengua española de la Real Academia³ se refiere a la situación en que está una persona o cosa, y en especial a cada uno de los sucesivos modos de ser de una persona o cosa que influyen en su decisión (acepción primera). El vocablo igualmente designa a la clase o condición a la cual está sujeta la vida de cada uno (acepción tercera).

Como nos dice Prelot⁴, el término status de que deriva, no sólo se hace alusión a una posición, una actitud, el estar de pie, sino que lleva implícita la idea de una cierta estabilidad.

Es la ubicación o emplazamiento que ha un individuo le corresponde dentro de un grupo social, lo que le atribuye a éste un status.⁵

Así con el nombre de estado, viene a significarse el conjunto de las condiciones generales bajo las cuales se presenta una cosa, o una cantidad de cosas, una persona o una cantidad de personas. Y en lo que respecta a las personas, se refiere a las condiciones físicas o morales de ellas.⁶

Situación proviene de situar y de dicho vocablo aquí rescatamos las acepciones de la Academia,⁷ que lo conceptúan como la disposición de una cosa respecto del lugar que ocupa (acepción segunda); el estado o constitución de las cosas o personas (acepción

¹ Jellinek, Georg, Teoría general del Estado. Tomo primero. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo de Fernando de los ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1914, pag. 156.

² Louzán de Solimano, Nelly y Trincavelli, Nélida E.: Derecho civil. Parte general I. Depalma, Buenos Aires, 1991, pag. 115.

³ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, vigésima primera edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, pag. 639.

⁴ Prelot, Marcel, La Ciencia Política, Colección cuadernos N° 103, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989, pag. 7.

⁵ Bossert, Gustavo A. y Zanoni, Eduardo A., Manual de derecho de familia, 5° ed. Actualizada y ampliada, 2° reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, pag. 25.

⁶ Il Digesto Italiano. Enciclopedia metódica e alfabética de legislazione, docttrina e giurisprudenza, volumen XII, parte segunda, Torino Unione Tip.-Editrice Torinese, Milán-Napoli-Palermo-Roma, 1895, pag. 1.

⁷ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, vigésima primera edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, pag. 1339.

cuarta); o como el “ *conjunto de realidades cósmicas, sociales e históricas en cuyo seno ha de ejecutar un hombre los actos de su existencia personal*” (acepción quinta). En la 23ª edición⁸ esta última acepción ha sido reformulada en el siguiente sentido: “*Conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento*”.

En cuanto a condición⁹, que proviene igualmente del latín (*conditio*), denominándose así a la índole, naturaleza o propiedad de las cosas (acepción primera). A lo natural, carácter o genio de los hombres (acepción segunda). Es asimismo un estado, una situación especial en que se halla una persona (acepción tercera). O una calidad del nacimiento o estado que se reconoce en los hombres (acepción cuarta).

Tanto en su denominación en idioma castellano, como en inglés (*state*), francés (*état*), alemán (*zustand*), e italiana (*stato*) mantienen una similaridad conceptual, identificando a una condición, modo de ser o situación.¹⁰

2. Su significación jurídica

2.1. Aclaración preliminar

En cuanto al derecho, por antonomasia en el derecho público la palabra estado se aplica para englobar las condiciones generales de organización de un pueblo, utilizándose el término en sentido estricto para referenciar a la organización resultante de alcanzar el grado más perfecto de asociación política que un pueblo puede tener en un momento histórico, y en sentido amplio se lo entiende como el grado de progreso del pueblo en el ámbito de la civilidad.¹¹

A más de su acepción como sociedad jurídicamente organizada, también se emplea para referirse al estado de hecho en que se hallan las cosas; a la posición jurídica de la persona en la comunidad; a las cualidades relativas a la personalidad jurídica; y a las posiciones de cada una de las personas dentro del ordenamiento jurídico.¹²

Dentro de ese abanico de significados, cuando la empleamos para referirnos a ese conjunto de las condiciones generales bajo las cuales se presenta una persona, se lo precisa para abarcar sólo aquellas que guardan relación con su posición social, de familia o política¹³, entramos en la consideración jurídica de lo que se ha dado en denominar estado de las personas y que nos ocupa en el presente.

2.2. La cuestión en Roma

⁸ Madrid, 2001.

⁹ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, vigésima primera edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, pag. 377.

¹⁰ Abbagnano, Nicola, Diccionario de filosofía, trad. De Alfredo N. Galletti, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1963, pag. 451.

¹¹ Il Digesto Italiano. Enciclopedia matódica e alfabética di legislazione, dottrina e giurisprudenza, volumen XII, parte segunda, Torino Unione Tip.-Editrice Torinese, Milán-Napoli-Palermo-Roma, 1895, pag. 2.

¹² Louzán de Solimano, Nelly y Trincavelli, Nélida E.: Derecho civil. Parte general I. Depalma, Buenos Aires, 1991, pag. 115.

¹³ Il Digesto Italiano. Enciclopedia matódica e alfabética di legislazione, dottrina e giurisprudenza, volumen XII, parte segunda, Torino Unione Tip.-Editrice Torinese, Milán-Napoli-Palermo-Roma, 1895, pag. 2.

En Roma, el *caput* (cabeza) de un ser humano estaba compuesto por el resultado de su clasificación en los estados jurídicamente establecidos². El estado (*status*) era una situación o cualidad en virtud de la cual un hombre tenía algunos derechos.¹⁴

Ya las fuentes romanas expresaban que sólo el hombre resulta la causa de la constitución del derecho.¹⁵

Las cuestiones relativas al estado, se confunden para algunos autores con la noción misma de derecho.¹⁶ Así, autores como Alvaro d'Ors, Albanese, Gioffredi, Aru y Orestano, García-Gallo, Domingo, Guzmán, Vallet de Goytisolo, entre otros, la palabra *ius* no se asimilaba en las fuentes romanas a la actual noción de derecho subjetivo, que desconocían como categoría jurídica, sino que indicaba una *posición* justa, o un *status*, puesto que no conllevaba sólo potestades o facultades, sino también obligaciones.

En los textos clásicos, El primero de ellos no es otro que la ya citada definición que Ulpiano nos ofrecía de justicia, entendida como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Para Alvaro d'Ors, el que la distribución tuviera por objeto el *ius* no quería decir que se diera a cada uno su derecho subjetivo, sino más bien que se le reconocía a cada cual su posición justa. Así, el juez -que debía decidir en el conflicto jurídico que se le presentaba- se limitaría a "poner" o colocar a cada uno en su posición conveniente.

Villey entendía que tampoco se podía interpretar este *ius suum* como una atribución de derechos subjetivos, pues *ius* no significaba exactamente poder jurídicamente protegido, facultad o ventaja tal como lo concibieron los modernos, sino que esta expresión de Ulpiano significaba más bien que la Justicia determinaba el estatuto de cada cosa de acuerdo con la equidad, por lo que el jurista debía atribuir a cada uno y a cada cosa la condición jurídica que le correspondiera, ya fuera algo ventajoso o desventajoso. No se trataba, por tanto, de establecer o dilucidar únicamente los poderes que correspondían a cada individuo, sino descubrir el *status* en el que se encontraba la situación jurídica, de la que derivarían tanto poderes o facultades como cargas o castigos por alguna acción realizada.

En una postura contraria, Olís Robleda no encontraba vínculos entre la posición jurídica o el *status* y las acciones que podían corresponder a algún sujeto, afirmando en cambio, que la existencia de derechos subjetivos en relación con las acciones, le son conferidas a los individuos sin necesidad de atender a un derecho objetivo anterior. En este sentido, mantenía que al mismo tiempo que los jurisprudentes forman el *ius civile*, también se comienza a formar el *ius praetorium* a base de la *aequitas*. Esta *aequitas* es norma objetiva, pero no positiva, por lo que cuando el pretor concede por primera vez una *actio praetoria*, una *restitutio in integrum*, una *missio in possessionem* u otro remedio con fundamento en la *aequitas*, no se está apoyando en alguna norma positiva preexistente, sino que la concede exclusivamente atendiendo a la dignidad y valor personal del *cives*. Lo que entonces aparece, y se ve, es únicamente la exigencia del *cives*, su petición, la que el pretor considera, y es igual a la realidad, a la substancia de un derecho subjetivo. Sólo después que el pretor ha concedido sus específicos remedios por primera vez, y los ha

¹⁴ Méndez Chang, Elvira, La noción de extranjero en el derecho romano, en Pandectas, en Revista de Derecho N° 1, Diciembre 1999. [On line]. Disponible en: <http://Www.Pandectasperu.Org/> [Consultado: 29 de agosto de 2004].

¹⁵ *Hominum causa omne ius constitutum est*. Dig. 1, 5, 2.

¹⁶ Megias, José Justo: El derecho subjetivo en el derecho romano (un estado de la cuestión), en Revista de estudios histórico-jurídicos. N° 25, Valparaíso, 2003, pag. 35 a 54. A quien seguimos en cuanto a la exposición de las posiciones de los distintos romanistas en la cuestión.

fijado luego en su Edicto anual, se podrá hablar de un *ius* también positivo (pretorio), que preceda al subjetivo. Pero en su razonamiento, Robleda ha prescindido del "status" del *cives*, que es lo que le permite acudir al pretor y solicitar su protección. Este "status" en el que se encuentra un individuo y su relación con el objeto del litigio es lo que sirve al pretor para conceder o no una acción determinada, de modo que si prescindimos de ellos, el individuo ni siquiera podría acudir al pretor en solicitud de protección.

2.3. Su actual significado

El desarrollo del principio revolucionario liberal de la igualdad ante la ley, consagrado en la Revolución francesa, significó la desaparición de los sistemas jurídicos del ancien régime, cuyas pautas de desarrollo radicaban precisamente en la discriminación entre los seres humanos y en la diversificación de los conjuntos normativos que, por clases o sectores, les resultaban aplicables a cada grupo de personas.¹⁷

Hoy el concepto de estado se ve revitalizado por vía de la denominada teoría de los estados civiles, y la necesidad de proteger a determinadas categorías de personas dentro de la sociedad.

Por lo que hablar respecto del estado de las personas, supone situarnos en la esfera subjetiva del derecho, es decir la visión del derecho no como un conjunto de normas jurídicas, sino desde tanto las facultades y deberes que tiene el sujeto, ya que resulta un reduccionismo reñido con la realidad, el reducirla tan sólo al estudio de la noción de los derechos subjetivos.¹⁸

Por vía de tales derechos y deberes subjetivos puestos en cabeza del sujeto, el derecho lo emplaza en una posición jurídica determinada, con diversas finalidades, principalmente la de permitirle el resguardo y desarrollo de su dignidad humana inherente.

En este sentido, utilizamos la palabra emplazar, no en su acepción de comparecer o citar a determinada persona o personas, sino en su segunda acepción de colocar o poner, en este caso a alguien, en un lugar (jurídico) determinado.¹⁹

El objeto de precisar el estado de las personas, resulta la individualización del sujeto para determinar su capacidad individual y propia, con sus derechos y obligaciones.²⁰

En el presente, la situación de cada individuo, según su posición, dentro del sistema jurídico está determinada en primer lugar, por el reconocimiento que éste hace de su personalidad.²¹ Sujeto humano y sujeto de derecho, a esta altura de nuestra cultura jurídica, resultan conceptos equivalentes. No por concesión jurídica, sino por la dignidad inmanente que nace de la persona humana.

¹⁷ Lasarte Alvarez, Carlos, Principios de derecho civil. Tomo primero. Parte general y derecho de la persona, cuarta edición, Ed. Trivium, Madrid, 1995, pag. 198.

¹⁸ Rivera, Julio César: Instituciones de derecho civil. Parte General I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 269.

¹⁹ Yungano, Arturo R, Derecho civil. Parte general. Ediciones jurídicas, Buenos Aires, 1990, pag. 239.

²⁰ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pags. 3/5. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004], pag. 5.

²¹ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pag. 1. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

Las normas escritas que reconocen o declaran los derechos (en este caso, a la personalidad jurídica), se llaman “declaración de derechos”: los derechos aparecen “formulados y declarados” por tal vía en el orden normativo positivo, generalmente al más alto nivel. Esta declaración de derechos es vista como derecho positivo, si bien los derechos contenidos en ella naturales, desde que se está aceptando la existencia de una situación preexistente a tal acto legislativo. Por eso se suele hablar de naturalidad de los derechos subjetivos, y positividad de su formulación.²²

No se funda dicha acreditación de personalidad, en un acto de tipo positivista-voluntarista, sino de raíz iusnaturalista, desde que no existe por una decisión estatal, ni en la medida que éste lo defina sino preexiste y resulta superior a la resolución estatal de reconocerlos.²³

Este reconocimiento de la persona humana como sujeto de derecho trae aparejada la posibilidad de ésta de ser titular de derechos y obligaciones, como aptitud general²⁴. Por lo que el complemento necesario de la personalidad jurídica, para lograr una individualización en particular de ella, es el estatuto personal, el cual tiene efectos sobre la capacidad de ejercicio, además que concreta para el individuo derechos y obligaciones, atendiendo a su especial situación.²⁵

Pufendorf, en su doctrina de los *entia moralia*, entendía que dichos conceptos se hallaban en directa relación con la dinámica del sujeto, conceptualizándolos desde una perspectiva filosófica como: "ciertos modos superagregados a las cosas y a los movimientos físicos por entes inteligentes, para dirigir mejor y temperar la libertad de los actos voluntarios del hombre y conciliar cierto orden y decoro de la vida humana".²⁶

Como nos expresa Guzmán Brito, Pufendorf comprendía en estos entes, a los derechos, las obligaciones, pero también al *status* y, las calidades jurídicas de las cosas. Con relación a esto último, destaca lo referente al término *modus*, que en la definición transcrita aparece como el género próximo de la definición de los *entia moralia*. Para Pufendorf, en sentido lato, el ser (*ens*) se divide más apropiadamente en *substantia* y *modus* que en *substantia* y *accidentia*. La diferencia entre *modi* y *accidentia* es ésta: mientras aquellos se hallan inseparablemente unidos en las *substantiae* sin poder nunca existir *per se*, los *accidentia* son *per se* verdaderas sustancias y pueden existir independientemente del sujeto al cual se conciben adjuntados.²⁷

Los *entia moralia*, pues, son *modi*, más no *accidentia*, precisamente porque "*non per se subsistere, sed in substantiis*". No obstante ello Pufendorf configura los *entia moralia* a manera de sustancias, o por analogía con ellas, desde que inhieren cantidades y

²² Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1: El Derecho Constitucional de la Libertad, Ediar, Buenos Aires, 1992, pag. 211.

²³ Sagüés, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, Tomo 2, 2º edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pag. 233.

²⁴ Art. 30, Código Civil.

²⁵ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pag. 1. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

²⁶ Pufendorf, Samuel, *De iure naturae et gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1759, lib. I, cap. 1, párr. 2: "*modi quidam rebus ut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem hominis voluntariorum et ad ordinem aliquem ad decorem vitae humanae*".

²⁷ Pufendorf, Samuel, *De iure naturae et gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1759, lib. I, cap. 1, párr. 3 nota 1: "*Modi enim substantiae inseparabiliter cohaerent, ita, ut numquam per se exsistere possint. Accidentia contra per se verae substantiae sunt, et exsistere possunt independentem a Subiecto, cui adiecta esse concipiuntur*".

cualidades (también morales, no físicas) de la misma manera como cantidades y cualidades (físicas) inhieren en las substancias físicas. En este sentido, Guzmán Brito entiende que los *entia moralia* pueden ser considerados, con la tradición escolástica, como *subiecta*.²⁸

Nettelbladt entiende que: "*En sentido general, 'persona' es lo mismo que hombre. Pero en sentido especial, bajo el nombre de 'persona' viene el hombre considerado con un cierto estatus. 'Estatus', en efecto, es, en este lugar, una cualidad, según la cual los hombres usan diversos derechos y obligaciones*".²⁹

Ello lleva a decir a Guzmán Brito, que si la *persona* en sentido especial era equivalente a un "*homo cum certu statu*", esto es a un "*homo cum qualitate secundum quam diversis iuribus et obligationibus utuntur*", en definitiva la *persona* en sentido especial resultaba el hombre que, en cada estado, usa derechos y obligaciones. Nettelbladt, parte del concepto wolffiano de *persona* u *homo moralis* (que aquél denomina "en sentido especial"), contentándose con hacer ver que este *homo* actúa en la vida jurídica dotado con algunos *status*, según los cuales usa los derechos y obligaciones que le son inherentes.³⁰

Cuando en la parte de su obra dedicada al sistema civil en relación a las personas, Savigny se pregunta por el concepto jurídico de *persona*, lo hace asociándolo estrechamente a la cuestión del *status*: "*¿Cuál es, ante todo, el contenido de la primera parte de personis? Hay muchos que han concebido esta parte como si contuviese la doctrina del status, esto es (como entienden esta expresión), de los más importantes estados o propiedades de las personas en cuanto sujetos de derecho, es decir, sobre todo de la doctrina del sujeto de derecho*".³¹

Quién puede ser el sujeto de una relación de derecho, equivale a determinar cómo se conecta la relación de derecho con los sujetos capaces; el sujeto de derecho en Savigny, como expresa Guzmán Brito³², es antes todo un sujeto de relaciones jurídicas: ¿quién puede ser sujeto o portador de una relación de derecho?. Lo responde en los siguientes términos: "*Con esto debe coincidir la idea original de la persona o sujeto de derecho con la idea del hombre, y esta identidad original de ambas nociones se expresa en la siguiente fórmula: todo hombre individual y solo el hombre individual es jurídicamente capaz*".³³ Si bien a la par de la capacidad jurídica como coincidente con la idea del hombre individual,

²⁸ Guzmán Brito, Alejandro. Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Rev. estud. hist.-juríd.*, 2002, no.24, p.151-247. De quien hemos extraído las citas de Pufendorf, Nettelbladt, Savigny, Arndts y Windscheid respecto de la cuestión del sujeto de derecho.

²⁹ Nettelbladt, Daniel, *Systema elementare universae iurisprudentia naturalis*, Hallae Magdeburgicae 3, 1767, párr. 43, pag. 31: "*'Persona' in sensu generali idem est ac homo. In sensu speciali vero sub 'personae' nomine venit homo consideratus cum certu statu. 'Status' autem hoc loco est qualitas, secundum quam homines diversis iuribus et obligationibus utuntur*".

³⁰ Guzmán Brito, Alejandro. Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Rev. estud. hist.-juríd.*, 2002, no.24, p.151-247.

³¹ Savigny, Frederic, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, 1840, reimp. Scientia, Aalen, 1981), *Ibíd.*, I, párr. 59, pag. 397: "*Was ist zuvorderst der Inhalt des ersten Theils de personis? Viele haben diesen Theil von jeher so aufgefasst, als enthalte er die Lehre vom status, d(as). h(eisst) (wie sie diesen Ausdruck verstanden) von den wichtigsten Zuständen oder Eigenschaften der Personen als Rechtssubjecte, also überhaupt die Lehre von der Rechtssubjecte*".

³² Guzmán Brito, Alejandro. Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Rev. estud. hist.-juríd.*, 2002, no.24, p.151-247.

³³ Savigny, Frederic, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, 1840, reimp. Scientia, Aalen, 1981), II, párr. 60, p. 2: "*Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder der Rechtssubject zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriff lässt sich in folgender Formel ausdrücken: jeder einzelnen Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig*".

está como extensión artificial al sujeto dado, merced a una pura ficción. Es la persona jurídica, una persona que es establecida solo para fines jurídicos, y que resulta un portador de relaciones de derecho junto al hombre individual.³⁴

Al decir de Arndts, en un sentido jurídico, persona es un individuo que es o puede ser sujeto de derechos. Lo que consiste en el reconocimiento por el derecho de su personalidad, de su capacidad jurídica. La que por naturaleza ésta pertenece a todos los hombres.³⁵

Windscheid, en su primera edición de *Lehrbuch des Pandektenrechts* escribió al respecto: *"La relación natural y la observación que se ofrecen en primer lugar es que el derecho y la obligación están unidos a uno (o varios) hombres, de modo que son derechos y obligaciones de uno (o de varios) hombres. El natural y más cercano subyacente sujeto de derecho es el hombre"*.³⁶

El estado personal es entonces, el instituto jurídico a través del cual se sirve el derecho para fijar y concretar la personalidad jurídica, respecto de un sujeto particular.

Refiere, consecuentemente, a la posición de la persona en el sistema normativo, siendo determinado en virtud de ciertas cualidades jurídicas que el derecho toma en consideración para estos efectos; de manera que éste deriva implícitamente del reconocimiento de la personalidad jurídica. Es el modo en que el derecho que califica a las personas, las ubica en categorías y les da un tratamiento diverso atendiendo a las particularidades de su situación.³⁷ A fin de procurarles un trato equitativo.

En tal concepto se comprende todos los aspectos jurídicos referidos al individuo humano considerado en sí mismo, y en sus relaciones con la familia y con el Estado. Por lo que resulta la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad, entendida ésta en sentido amplio.

Se origina en que el derecho reconoce u otorga un conjunto complejo de cualidades jurídicas a los seres humanos, determinando en tal forma las circunstancias idóneas para constituir el estado y capacidad de las personas. El cual resulta de una reunión de clasificaciones varias, atendiendo a diversos factores. Así cada persona es considerada ciudadano o extranjero, casado o soltero, mayor o menor de edad, capaz, incapaz, inhabilitado, emancipado, por mencionar sólo algunas.

En vistas de ello, estado entendido como estatus expresa el conjunto de las aptitudes de los individuos para tomar parte de los actos de la vida civil, o en otros

³⁴ Savigny, Frederic, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, 1840, reimp. Scientia, Aalen, 1981), , II, párr. 85, p. 236: *"Die Rechtsfähigkeit wurde oben dargestellt als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen. Wir betrachten sie jetzt als ausgedehnt auf künstliche, durch blosse Fiction angenommen Subject. Ein solches Subject nennen wir eine juristische Person, d.(ass) h.(eisst) eine person welche blos zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben del einzelnen Menschen"*.

³⁵ Arndts, Karl Ludwig, *Lehrbuch der Pandecten* (München, 1852), párr. 24 (p. 22): *"Person ist im juristischen Sinn ein Individuum, das Subject von Rechten ist oder sein kann. Darin, dass Jemand als solcher anerkannt ist, besteht die Personlichkeit, Rechtsfähigkeit. Von Natur kommt diese allen Menschen zu"*.

³⁶ Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1862, párr. 49, pag. 105: *"Das natürliche und der Betrachtung sich zunächst darbietende Verhältniss ist, das die Recht und Verbindlichkeiten angeknüpft sind an einen (oder mehrere) Menschen, dass die Rechte und Verbindlichkeiten eines (oder mehrerer) Menschen sind. Das natürlichliche und und nächstliegende Rechtssubject is der Mensch"*

³⁷ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pag. 1. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

términos, la capacidad que gozan en la “ciudad”. Resultando la fuente originaria del estado civil es nacionalidad.³⁸

Las fuentes romanas nos hablan a este respecto, que cada ciudad tiene un *ius civile* para los que pertenecen a ella, y comprende la constitución misma de la ciudad, la organización de la *civitas* y las relaciones entre los individuos que la integran.³⁹

Denominamos por tanto estado civil a la cualidad de la cualidad de la persona por su especial situación, y consiguiente condición de miembro en la organización civil de la comunidad, que determina su independencia o dependencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar (general, especial), es decir, al ámbito propio de poder y responsabilidad.

Vemos así como el concepto de estado se halla en íntima relación con el de capacidad. Siendo su finalidad, la de producir seguridad en las relaciones jurídicas.⁴⁰

Puede decirse entonces que en cuanto al derecho y desde el punto de vista de las personas, el estado es la posición jurídica que ellas ocupan por alguna causa en el concierto de la sociedad, posición que les es dada por el conjunto de calidades que configuran su capacidad y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos.⁴¹

Por status, debe entenderse entonces desde el derecho, a una situación jurídica determinada por la naturaleza del vínculo, que crea un complejo de deberes, derechos, atribuciones y poderes.

3. Elementos del estado

El concepto de estado personal moderno tiene como antecedente el de *status* del derecho romano. El hombre como típico sujeto de derecho, fue rodeado en Roma, de una situación jurídica especial o status que tenía decisiva influencia en lo que respecta a su personalidad jurídica, la que se componía de tres especies: *el status libertatis*, relativo al estado de hombre libre, emancipado o esclavo; el *status civitatis*, que calificaba a los individuos en ciudadanos romanos, latinos, peregrinos; y el *status familiae* que se refería a la situación del *paterfamilias*, del *sui iuris* y del *alieni iuris*. Quien resultaba un hombre libre, ciudadano y *sui iuris*, era la persona que tenía plena capacidad jurídica (*caput*). Escalonándose en una serie de situaciones restrictivas de su capacidad quienes no encuadraran totalmente en estas calidades.⁴²

Estas categorías se transmitieron a diferentes sistemas jurídicos y evolucionaron con aquellos, algunas de éstas desaparecieron (*libertatis*) o dieron lugar a nuevas figuras (*familiae*), así como otras se han conservado en lo sustancial, hasta la actualidad (*civitatis*).⁴³

³⁸ Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence, Tomo 23, Bureau de la jurisprudence générale de Royaume, Paris, 1852.

³⁹ D.1.1.6.pr.; D.1.1.9; I.1.2.1; I.1.2.2.

⁴⁰ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pag. 6. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

⁴¹ Garrone, José, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 82.

⁴² Arguello, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, 3º edición corregida, Astrea, Buenos Aires, 1990, apg. 140 y sgtes.

⁴³ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pag. 2. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

Actualmente, el estado de las personas puede apreciarse desde tres puntos de vista distintos: a) con referencia a las personas consideradas en sí mismas (se puede ser mayor o menor de edad, hombre o mujer, sano o demente, etcétera); b) con referencia a la familia (soltero o casado, padre o hijo, etcétera); e) con referencia a la sociedad (nacional o extranjero). La edad, el sexo, la salud mental, la calidad de esposo, padre, hijo, pariente, nacional, extranjero, etcétera, configuran en su conjunto el estado de una persona.

Esta idea romana de contemplar el concepto de estado de las personas desde diferentes puntos de vista resulta posible de ser apreciada actualmente y en general, para Trigueros Gaisman⁴⁴, con la siguiente división tripartita: el personal o físico, el familiar y el político.

En la primera categoría se comprenden las circunstancias físicas que caracterizan a la persona, como son el nacimiento mismo, el sexo, la edad, la salud mental, etcétera. El estado familiar está integrado por las relaciones de la persona en este ámbito: el parentesco, la afinidad, el matrimonio y el divorcio. El aspecto político del estado lo integra la nacionalidad, la ciudadanía y la vecindad. A cada una de las calificaciones resultantes se opone una contraria; así, al estado de casado se opone el de soltero; al de nacional, el de extranjero, y así sucesivamente.⁴⁵

Pero con esta clasificación, expresa la autora, surge una dificultad, pues deja fuera de ella un cúmulo de relaciones con el grupo social, que afecta no sólo la caracterización de la persona, sino también su interacción con los demás. Ser comerciante, trabajador, profesionista, ministro de un culto o quebrado significa adquirir un estatus; es decir, estar sujeto a un régimen especial en cuanto a la capacidad de obrar, ser sujeto de derechos y obligaciones específicas en virtud de la situación personal.

Un segundo problema que surge de una clasificación tan rígida, es la complejidad de las relaciones que constituyen su objeto; ésta destruye la aparente nitidez de las distinciones planteadas. Las características que se toman como base para establecer cada especie de estado, no tienen una proyección unidimensional. Los efectos que producen no se circunscriben a actuar dentro de la categoría de la que proceden, sino que afectan también a las demás. Así, la nacionalidad y su contrapartida, la extranjería, tienen consecuencias civiles propiamente dichas, no se limitan a proyectarse sobre los aspectos políticos de la vida de las personas.

De nuestra parte, acotamos que esta integralidad es particularmente notable respecto del estado militar, como ya hemos enunciado en nuestra tesis, y que esta opinión viene a apoyar respecto de lo sostenido de nuestra parte en cuanto a proyección del estado militar no sólo en el campo del derecho público sino también en el del derecho privado.

Concluye la autora del presente análisis, que cuando se habla de que el estado de las personas no puede considerarse como único, lo es debido a que su integración no es simple; por lo que se confunde una cosa con otra, siendo que en realidad el estado de las personas es uno, con diversas proyecciones, no existiendo a su entender compartimientos o estancos en la vida jurídica de las personas; por lo que la situación personal en el sistema jurídico debe integrarse de manera total.

⁴⁴ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pag. 2/3. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

⁴⁵ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pag. 2/3. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

4. Origen y caracteres de las cualidades constitutivas de estado

Las cualidades de las personas susceptibles de ser tomadas como causa de atribución de determinado estado, siguiendo a Salvat⁴⁶, resultan verdaderas calificaciones de la persona, las cuales contribuyen a individualizarla y distinguirla de otras personas.

Pueden ser, en cuanto a su naturaleza, simples hechos producidos sin intervención de la persona a la que se refieren (nacimiento, estado mental), mientras que otras se derivan de actos realizados voluntariamente por ella (matrimonio, legitimación). De nuestra parte, y en lo que interesa a la presente tesis, agregaremos que puede provenir asimismo de un acto público (movilización nacional, convocatoria de reservas, etc) emitido desde el Estado en uso de sus poderes soberanos.

Lasarte Alvarez⁴⁷, entiende que el origen de los estados son situaciones permanentes (o relativamente estables), o cualidades de la persona que predeterminan la capacidad de obrar de ésta, debiéndose en consecuencia señalarse los siguientes:

1) El matrimonio y la filiación, en cuanto determinantes de un cierto *status familiae* en las relaciones interconyugales y de los cónyuges con sus hijos.

2) La edad desde una doble perspectiva: la mayor edad porque otorga plena capacidad de obrar a quien la alcanza; la menor edad, en cuanto la conclusión debe ser la contraria.

3) La incapacitación judicialmente declarada, pues priva de capacidad a quien la sufre.

4) La nacionalidad y el domicilio, como determinantes de derechos y de deberes de las personas.

Las restantes situaciones, cualidades o condiciones de las personas no deberían ser consideradas como origen de estados personales, dada su transitoriedad o accidentalidad en relación con la capacidad de obrar de la persona. Tales como, la ausencia declarada, las restricciones de capacidad impuestas al concursado y al quebrado, y el desempeño de cargos y funciones, aun en el caso de compartir un determinado régimen de derechos y obligaciones, como ocurriría en el desempeño de la patria potestad o en el ejercicio de la representación legal.

Tales cualidades (las que originan un determinado estado) suponen en todos los casos que la persona podría pertenecer a una cualidad contraria (domiciliado-no domiciliado; nacional-extranjero; soltero-casado). Lo que resulta por demás lógico desde que si la calidad de estado distingue, de ello se sigue que necesariamente debe poder ser opuesta a otra.

En nuestro caso, a la calidad de militar se le opone la de civil, resultando ambas comprendidas dentro del género de la ciudadanía, en el derecho argentino.

⁴⁶ Salvat, Raymundo M.: Tratado de derecho civil argentino (Parte general), quinta edición aumentado y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, pag. 312/3.

⁴⁷ Lasarte Alvarez, Carlos, Principios de derecho civil. Tomo primero. Parte general y derecho de la persona, cuarta edición, Ed. Trivium, Madrid, 1995, pag. 199.

5. Diferentes especies de estados de las personas

Hasta ahora nos hemos ocupado de la noción de estado en general. Pero el derecho, desde el nacimiento mismo del concepto en Roma, ha conocido diversos estados personales, que remiten a la situación jurídica de las personas en sus diversas relaciones fundamentales. Pasaremos ahora brevemente a reseñar las distintas especies de estado en relación a las personas.⁴⁸

5.1. Estado político

Es el que define la posición del individuo frente a la sociedad política discriminando a los habitantes en ciudadanos y extranjeros.

Se distingue del estado civil, desde que trata a la persona bajo el aspecto del derecho público.⁴⁹ Pero no se trata de dos conceptos estancos, sino que se relacionan el uno con el otro.

Jellinek⁵⁰, por su parte, denomina status la posición de la persona humana respecto del poder. Por lo que el status político resulta la situación del individuo en el Estado, en relación con el Poder y el derecho, y se manifiesta en el reconocimiento político y jurídico de su condición de titular de un conjunto de derechos individuales, que el poder no puede arbitrariamente limitar.

Lo valioso de esta concepción radica en el reconocimiento de una esfera de vida humana, libre de la ingerencia del poder estatal. A la vez que considera la cuestión desde un punto de vista más integral, común a ciudadanos y extranjeros.

Esta concepción, además, deja perimida en lo que hace a la cuestión del estado de la persona, viejas categorías jurídicas como el *status libertatis* del derecho romano, el que resultaba el primer requisito para que el hombre fuera sujeto de derecho, que tuviese la condición de libre. Consecuentemente, si bien el esclavo, que carecía de esa libertad, era persona (*servile caput*), no se admitía que fuera sujeto sino objeto de derechos; solo el hombre libre (*liberum caput*) podía ser sujeto de derecho.

Tan importante resulta esta postura que se adopta en nuestro derecho acerca de la libertad no sólo como derecho subjetivo, sino como derecho fundamental, y básico de la persona humana, que ha llevado a denominar a la parte pertinente (primera parte o parte dogmática) de nuestra Constitución donde se establece, como derecho constitucional de la libertad, entendiéndose asimismo que nuestra forma de estado democrática, consiste, fundamentalmente en el reconocimiento de esa libertad.⁵¹

Nuestro derecho se halla por tanto, determinado de base por este principio elemental del humanismo personalista, que exige por un imperativo básico de dignidad y

⁴⁸ Al respecto, pueden consultarse, en las correspondientes voces: Garrone, José, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986; Osorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y sociales*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994; Berger, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1955; Almirante, José, *Diccionario militar. Etimológico, histórico y tecnológico*, Imprenta y litografía del depósito de guerra, Madrid, 1869.

⁴⁹ Salvat, Raymundo M.: *Tratado de derecho civil argentino (Parte general)*, quinta edición aumentada y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, pag. 309.

⁵⁰ Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1954.

⁵¹ Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 1: *El Derecho Constitucional de la Libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1992, pag. 251.

justicia natural, reconocer al hombre un espacio de libertad jurídicamente relevante, una esfera de libertad tan amplia como sea necesaria para desarrollar su personalidad. No tratándose de una mera libertad de hecho, sino de una reconocida por el derecho y que por tanto, dentro del mundo jurídico, queda protegida y reconocida como para poder surtir efectos jurídicos, pertinentes y apropiados a los valores que le dan origen.⁵²

Por su parte, el estado político de ciudadano acuerda el derecho activo y pasivo de sufragio, da lugar a la protección diplomática, y es causa de idoneidad para el desempeño de ciertas magistraturas como la presidencia de la república. En cuanto a los derechos fundamentales del hombre como en el derecho civil, para nuestro derecho, el estado político no tiene influencia alguna.

5.2. Estado profesional.

El conjunto derechos y deberes que corresponden a una persona en razón de su profesión, ha sido denominado por la doctrina como estado profesional.

Su incidencia se realiza casi exclusivamente en el derecho laboral, teniendo poco o ninguna para el derecho civil.

Desde antiguo, y particularmente en la edad media, los estados profesionales tuvieron mucha importancia en la organización de la sociedad: las corporaciones o asociaciones profesionales tenían sus propias autoridades y reglas, con jurisdicción sobre los individuos integrantes del gremio. Esto hasta la Revolución Francesa, cuando la ley Le Chapelier derogó este régimen corporativo, por entenderlo limitador de la libertad del individuo, conforme la ideología liberal imperante en la época.

Contemporáneamente, ha sido revitalizado en su importancia jurídica, principalmente por vía de asignar funciones de organización gremial y disciplina, respecto de los individuos integrantes de una determinada actividad o profesión, a los sindicatos, colegios y consejos profesionales. A este orden de ideas no ha sido extraña la prédica pontificia a través del papel asignado a la organizaciones intermedias en la doctrina social de la Iglesia.

Salvat⁵³ lo niega, entendiendo que las cualidades que la ley toma como constitutivas del estado, son sólo las inherentes a la persona en sí, por lo que la profesión no puede serlo desde que los derechos y las obligaciones que se derivan de ella son sólo en virtud de una circunstancia accidental, como es la ocupación que tiene.

Esto puede resultar cierto respecto de empleos comunes, pero no respecto de determinadas ocupaciones (como la militar) que modifican sensiblemente la estructura de derechos y obligaciones del sujeto, por un período que abarca en no pocos casos, casi la totalidad de la vida de la persona, pues así lo ha estructurado la propia ley. Y que se concreta en tales modificaciones, teniendo en vistas otros fines, muy distintos, de regular una determinada actividad laboral o profesional, aún pública.

De todas formas, entendemos que en lo que respecta al estado militar argentino, las consideraciones del maestro Salvat no resultan aplicable en virtud de resultar una derivación directa del estado de ciudadano. Con lo cual surge de una cualidad apta para

⁵² Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1: El Derecho Constitucional de la Libertad, Ediar, Buenos Aires, 1992, pag. 251.

⁵³ Tratado de derecho civil argentino (Parte general), quinta edición aumentado y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, pag. 312.

formar estado, a juicio del propio autor⁵⁴, que por lo demás, desde que reconoce al deber militar como derivado de la cualidad de argentino⁵⁵, implícitamente está dejando fuera de su posición a lo atinente a la cuestión del estado militar. Debe repararse asimismo que para la época en que fue redactado el tratado (1916) esa denominación de “deber militar” resultaba la forma de hablar de lo que hoy conocemos, y en la época se iba imponiendo, como Estado militar, tal como lo veremos en el capítulo V del presente.

Se han dado como ejemplos de estado profesional, al estado de comerciante que sujeta al individuo a las leyes mercantiles, en lo concerniente al ejercicio del comercio; y otros estados profesionales de menor significación jurídica, como el de juez, abogado, etc.

No incluimos aquí al estado sacerdotal, que compete a quien ha recibido las órdenes mayores del presbiterado o episcopado, consagrándose al servicio de Dios. En virtud que el elemento sagrado, y su regulación dentro del derecho canónico, en íntima vinculación con el reconocimiento de la Iglesia Católica como persona de derecho público, sitúan a dicho estado sacerdotal en una especial posición no compatible con el concepto clásico de profesión ni que puede ser reducida en modo alguno a una especie dentro de un instituto de naturaleza laboral, aún cuando se entienda a ésta en sentido amplio.

Es por ello que se ha expresado⁵⁶, respecto de dicho estatus jurídico, que resulta la traducción jurídica de la identidad sacramental de los clérigos. La que determina no sólo su misión, sino sus funciones y cómo se presentan ellos dentro de la comunidad cristiana y la sociedad civil.⁵⁷

Si bien la fundamentación de lo antes dicho requeriría mayor extensión, atento no hallarse vinculado al tema de tesis, nos limitamos a enunciar nuestra posición y dar una muy breve explicación de ella.

Garrone entiende al estado militar, dentro de los estados profesionales.⁵⁸ Borda⁵⁹, por su parte, en similar posición lo incluye, en los que se pueden apreciar en relación a las personas vistas en sí mismas, a causa de su profesión. Contestaremos a esto en el capítulo V del presente, en donde trataremos al tema de la naturaleza del estado militar.

5.3. Estado de familia

Quizás el más conocido y tratado desde el derecho privado, dentro del género que analizamos sea el estado de familia. Que incorrectamente, muchas veces se denomina como estado civil.

⁵⁴ Tratado de derecho civil argentino (Parte general), quinta edición aumentado y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, pag. 309 a 312.

⁵⁵ Tratado de derecho civil argentino (Parte general), quinta edición aumentado y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, pag. 313, parágrafo 686.

⁵⁶ Navarro, Luis, *The juridical status of the clergy*, Canon Law Society of Philippines, pag. 1/2 [On line]. Disponible en: <http://www.clsp.org.ph/docs/2001-juridical-status.pdf> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

⁵⁷ “*The juridical status of clerics, more than reflecting the functions that the cleric is called to perform in the Church, is the juridical translation of the sacramental identity of clerics. This identity determines not only the mission, and therefore the functions proper to clerics, but also the way of presenting themselves in the Christian community and in civil society*”.

⁵⁸ Garrone, José, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 90.

⁵⁹ Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Parte general. Tomo I*, 7º edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, pag. 385.

Puede entenderse como el conjunto de derechos y obligaciones que dimanar de un vínculo familiar, y que atribuyen a la persona una determinada posición dentro de la familia.

Media en todo lo relativo a él, un interés público muy directo, puesto que se trata nada menos que del régimen jurídico de la familia.

Su antecedente más remoto que guarde solución de continuidad con el presente, puede remotarse al *status familiae* del derecho romano.

En Roma, se entiende por tal la distinta posición en que un hombre libre y ciudadano puede encontrarse con relación a determinada familia. En ese sentido, tanto el *alieni iuris*, es decir, el que esta sujeto a potestad como el *sui iuris*, o sea, el que no lo ésta, tienen un *status familiae*; pero solo el último goza de plena capacidad jurídica y puede ser titular de toda clase de derechos.

Para que un sujeto pueda disfrutar de plena capacidad jurídica era, pues, condición, entre otras, que goce de independencia familiar, es decir, que no este sujeto a potestad ajena. En otros términos, que no sea *alieni iuris*, sino *sui iuris* o *pater familias*, expresión esta última que nada tiene que ver con la circunstancia de que tenga hijos, ya que puede no tenerlos, ni con la de que haya cumplido determinada edad, puesto que puede ser impúber, ya que la edad puede influir en la capacidad de hecho, pero no en la de derecho.

Pater familias era, en definitiva, el varón que no esta sujeto a la potestad familiar de otro, siendo o pudiendo ser jefe de una familia.

Expresa Garrone⁶⁰, que tanto por su trascendencia en la vida de los hombres, como por la complejidad de los problemas jurídicos se plantean respecto de él, han llevado a algunos autores ha sostener que la noción de estado debe limitarse al de familia.

La interpretación limitada del concepto de estado civil, que deriva de lo anterior, produce consecuencias graves, dejando fuera supuestos que son determinantes de la situación del individuo ante la sociedad y ante el estado, como la nacionalidad, o situaciones que, como la quiebra, afectan la capacidad del individuo.⁶¹

Coincidimos con Borda en el sentido que carece de todo fundamento legal y doctrinario, este reduccionismo de la noción de estado al estado de familia. Pues así,

*“... resulta trunco y confuso un concepto perfectamente claro; por estado debe entenderse el conjunto de calidades que fijan los derechos y obligaciones de una persona. ¿Por qué limitarlo al estado de familia, si también las calidades propias de la persona y las relativas a la sociedad influyen en sus derechos y obligaciones? Aceptar esa opinión implica introducir confusión en una idea que era clara ya en el derecho romano”.*⁶²

⁶⁰ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 82.

⁶¹ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pags. 3/5. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004], pag. 5.

⁶² Borda, Guillermo, Tratado de derecho civil. Parte general. Tomo I, 7ª edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, nota 555 en pag. 385.

En dicho ordenamiento, lo relativo a la familia era tan sólo una parte del estado civil⁶³

Por ello, resulta más propio sería hablar de estado de familia, desde que La palabra civil surge de “civitas” voz latina que significa de la ciudad o relativa a la ciudad, más de contenido política que familiar. Más aún, el *ius civile* romano, al que Justiniano caracterizó como el derecho de la ciudad, era el derecho propio de los ciudadanos romanos, contraponiéndose con el *ius gentium*, éste último que correspondía al derecho común de todos los pueblos no romanos, ex decir, extranjeros, en relación a Roma.

En la Edad Media, el término *ius civile* pasa a ser un sinónimo del Derecho Romano.

A fines de la Edad Media y principios de la Moderna sigue el Derecho civil comprendiendo tanto el Derecho público como el privado; pero, merced a un proceso de costumbres ya apuntado en la Escuela de Bolonia, continuado por lo Glosadores y definitivamente confirmado después de la Recepción del Derecho Romano, queda el término *ius civile* circunscrito exclusivamente al campo del derecho privado.

Es en la Revolución francesa y en el movimiento científico inmediatamente posterior a ella, que se consagra de una manera definitiva la total “privatización” del Derecho civil que para a hacerse sinónimo del derecho privado de cada pueblo en particular.

Siguiendo a Trigueros Gaisman⁶⁴, entendemos por ello que la denominación y alcance de la actual expresión “estado civil”, es de raíz histórica y se halla vinculado con la secularización del control sobre la situación jurídica de los individuos por medio de registros y archivos.

Durante la edad media, en Europa, el único control que existió sobre la situación del individuo tanto en el aspecto personal, como en el familiar, lo habían establecido las autoridades religiosas, sobre todo la iglesia católica. Eran los libros parroquiales en particular, donde se llevaba noticia de los acontecimientos que afectaban a la persona como tal: nacimientos, matrimonios y defunciones. No se contaba con otra fuente de información al respecto, de manera que los ordenamientos jurídicos de las diferentes provincias o regiones los tomaron en cuenta para regular cuestiones que no estaban vinculadas con los aspectos religiosos.

Pero tal sistema de registro, no alcanzaba a las personas que no tenían la religión católica. Por lo que comenzó a gestarse un movimiento para que el Estado los administrara, con carácter general a la población.

Ya en el año 1625, se registra en Francia una solicitud del tercer estado, destinada a obligar a los párrocos a incorporar sus registros en los archivos del reino. En 1787, cuando Luis XVI encargó a los oficiales de la justicia real de cada ciudad, la constatación de los nacimientos, matrimonios y defunciones de los católicos. Pero la generalización de esta situación tuvo lugar a partir de la revolución francesa: no sólo se votó en la asamblea la

⁶³ “Status civilis principalis, triplex est, prout determinatur per qualitatem hominis liberi, civis Romani, et membri familiae .” Cfr. Böhmer, G.L. Systematis iuris civilis fragmenta, cit., Pars Generalis, Cap. III, N° 53. Cappellini, Paolo. "acceptitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del Diritto Romano Attuale'." En: Annali dell'Università di Ferrara(Scienze Giuridiche), Nuova Serie, Sezione V, vol. 1 (1987), p. 78 Cit por Méndez Chang, Elvira, La noción de extranjero en el derecho romano, en Pandectas. Revista De Derecho N° 1, Diciembre 1999. [On line]. Disponible en: <http://Www.Pandectasperu.Org/> [Consultado: 29 de agosto de 2004].

⁶⁴ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pags. 1/2. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004], pag. 3/5.

secularización, sino que se nombraron funcionarios especiales, conocidos como jueces del registro civil, con el fin de que fueran exclusivamente ellos los que levantarán las actas relativas a la situación de las personas, además se estableció el registro como un servicio público que debía ser prestado por el estado. Es así como aparece el término y su alcance en cuanto a estado.

Es general a todo individuo, estándole determinado por los vínculos familiares que lo unen con otras personas, o aun por la ausencia total de tales vínculos, como en el caso de los solteros. Implicando su posesión, un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos relativos a la posición que ocupa en sus relaciones de familia⁶⁵.

5.4. Estado de socio

No nos convence el incluir al estado de socio dentro de los estados profesionales, desde que muchas veces tal calidad, como en el caso de las sociedades de capital, no entraña requisito de práctica laboral alguna; siendo en el caso de las sociedades anónimas, más asimilable a la figura de un inversionista que pone fondos a disposición de la sociedad, que una persona que participa de su vida comercial diaria.

Indudablemente es un estado dentro de la órbita de la organización social, y revestirá en la mayoría de casos una naturaleza comercial, pero también puede ocurrir que tal calidad sea en virtud de la pertenencia a una sociedad o asociación civil, por citar algún supuesto.

Ya Ferrara sostuvo que el status de socio "constituye una situación jurídica, una posición del sujeto, productora de derechos y obligaciones", en este sentido, algunos autores manifiestan que es un problema idéntico y común para todas las sociedades y que debe ser encarado de un modo también idéntico. En cambio, Halperín sostiene que ese status no es uniforme, ya que depende: a) del tipo de sociedad; b) de la extensión de los derechos y obligaciones en cada contrato de sociedad.

Nos dice Garrone⁶⁶, que en materia de sociedad, la pertenencia del socio a la sociedad se expresa con el concepto de participación, o de interés, al que corresponde el derecho del socio (derecho de participación): mejor según alguno, un status.

Hablar de "estado de socio" significa atribuir a una persona la asunción de una calidad determinada por el hecho de formar parte de una sociedad. Esto tiene que ver con la propia naturaleza del negocio jurídico, puesto que la sociedad implica la existencia de un grupo de personas que ha de llevar a cabo una actividad y cada una de estas personas asume dentro del grupo la posición característica de ser socio. Dicho lugar que ocupa cada persona dentro de la sociedad, le confiere un conjunto de obligaciones y derechos de carácter corporativo, que presentan características que permiten calificar la situación de socio como la de un estado.⁶⁷

Resulta un conjunto de facultades y deberes, que no resulta factible reconducir a las conocidas categorías tradicionales porque es, primer lugar, una cualidad o situación, en lugar de un derecho subjetivo; pero sobre todo no se trata de un derecho de crédito, ni

⁶⁵ Bossert, Gustavo A. y Zanoni, Eduardo A., Manual de derecho de familia, 5º ed. Actualizada y ampliada, 2º reimpression, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, pag. 25.

⁶⁶ Garrone, José Alberto, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 444.

⁶⁷ Vanasco Carlos Augusto, Manual de sociedad comerciales, Astrea, Buenos Aires, 2001, pag. 187.

mucho menos de un derecho real; el denominado derecho de participación es más bien, una situación por sí misma de contenido complejo, que incluye derechos personales (de naturaleza no directamente patrimonial), derechos de crédito (pero por lo general de naturaleza accesoria) y otros derechos patrimoniales, pero de naturaleza no creditoria.⁶⁸

Ascarelli⁶⁹, encuadra la posición del socio en la sociedad, en razón de resultar un presupuesto de ulteriores derechos y obligaciones, más bien como un status, antes que una relación jurídica en sentido estricto.

Halperin⁷⁰ entiende que no es técnicamente aceptable la extensión del concepto de estado al de socio, y sólo cabe emplearse por comodidad verbal, atento que se diferencia de otros estados en que en este caso son los derechos y obligaciones los que crean ese estado, y no que se le derivan, como en el estado de ciudadano.

Por su parte, Vanasco⁷¹ relativiza esa calidad de "estado de socio" a lo estrictamente vinculado con su participación en una sociedad, ya que dicho estado no trasciende a ella, como ocurre con otras situaciones que también han sido calificadas con ese término y que sí tienen influencia en otras relaciones de una persona (p.ej., los estados de casado, soltero, viudo, etcétera).

Fariña⁷² por su parte, prefiere hablar de condición de socio o posición jurídica del socio en la sociedad, atento que no presenta los caracteres principales de un status jurídico (prescindencia de la voluntad en la creación de los derechos y deberes, inseparabilidad de la persona, intransferible, irrenunciable, imprescriptible).

Cabe por último destacar que la condición de socio, le crea al titular diversos derechos, esenciales unos para esa calidad en todos los tipos de sociedad, y otros sólo característicos de determinados tipos. Estos derechos pueden ser clasificadas en razón de su contenido y función, en derechos patrimoniales y derechos parapolíticos, referentes a la administración y gobierno de la sociedad.⁷³

5.5. El estado de ciudadano

Constituye una especie dentro del estado político de los individuos, que distingue a los mismos entre extranjeros y nacionales. Por su especial importancia en lo que respecta al planeo de tesis, su tratamiento será desarrollado en forma particular en el apartado 9 del presente capítulo. Sin embargo, no podíamos dejar de mencionarlo a los efectos de una debida puntualización de los distintos estados de las personas que pueden presentarse en nuestro derecho.

⁶⁸ Garrone, José Alberto, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 444.

⁶⁹ Ascarelli, Tullio, Sociedades y asociaciones comerciales, trad. de Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1947, pag. 127.

⁷⁰ Halperín, Isaac, Curso de derecho comercial. Parte General. Sociedades en general, Volumen 1, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, pag. 351.

⁷¹ Vanasco Carlos Augusto, Manual de sociedad comerciales, Astrea, Buenos Aires, 2001, pag. 187.

⁷² Farina, Juan M., Compendio de sociedades comerciales, Zeus Editora, Rosario, 1989, pag. 111.

⁷³ Halperín, Isaac, Curso de derecho comercial. Parte General. Sociedades en general, Volumen 1, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, pag. 361.

6. Efectos del estado. Su actual función protectiva y su relación con el valor jurídico de la igualdad

Hemos expresado ya en el punto 2.3. del presente capítulo que el reconocimiento de la persona humana como sujeto de derecho, trae aparejada la posibilidad de ésta de ser titular de derechos y obligaciones, como aptitud general⁷⁴. Por lo que el complemento necesario de la personalidad jurídica, para lograr una individualización en particular de ella, es el estatuto personal, el cual tiene efectos sobre la capacidad de ejercicio, además de que concreta para el individuo derechos y obligaciones atendiendo a su especial situación.⁷⁵

Desde que el estado sirve para determinar el número y naturaleza de los derechos y obligaciones que le incumben a las personas, la ley con base en las cualidades constitutivas de estado, reconoce o no ciertos derechos y la somete o no a ciertas obligaciones. Este es su primer efecto: Derechos y obligaciones que varían con la cualidad correspondiente a la persona, con su estado. En segundo lugar produce efectos en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones⁷⁶

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad y naturaleza de la persona, debe ser destacado que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, desde que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana, siendo sólo discriminatoria una distinción cuando *"carece de justificación objetiva y razonable"*⁷⁷.

Esta distinción en el trato, no supone un quiebre del principio de la igualdad, que en su concepto básico trátase de eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas, sino de su procura en concreto; ya que tal principio exige que se trate en igual forma a quienes se encuentran en igualdad de situaciones, lo que trae aparejado la necesidad del legislador de crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen un trato diferente a los habitantes, con el solo límite que el criterio de distinción empleado sea razonable, que guarde la proporción entre medios para con los fines⁷⁸. Pues no hay nada más discriminatorio y arbitrario, que igualar en el trato a personas que se hallan en una situación disímil frente a un hecho terminado (v.g. mismo tributo para personas de capacidad contributiva notoriamente desigual).

No resulta contrario a la dignidad humana y el valor constitucional de la igualdad entre las personas, que ciertas desigualdades de hecho, pueden legítimamente traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles.

Ha expresado la Corte interamericana en este sentido que: *"Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en*

⁷⁴ Art. 30, Código Civil.

⁷⁵ Trigueros Gaisman, Laura: El estatuto personal (marco constitucional). Ponencia Universidad Autónoma de México, pag. 1. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004].

⁷⁶ Salvat, Raymundo M: Tratado de derecho civil argentino (Parte general), quinta edición aumentado y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, pag. 313.

⁷⁷ CEDH, caso "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" [merits], judgement of 23-VII- 1968, pág. 34.

⁷⁸ Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1: El Derecho Constitucional de la Libertad , Ediar, Buenos Aires, 1992, pag. 258/9.

*que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores de edad o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”.*⁷⁹

Que el derecho regule a medida diversas situaciones, por vía del concepto de estado, no implica una vuelta a los estados del medioevo, ni tampoco una negación del principio humano básico de igualdad. Pues lejos de volver al entendimiento medieval del status, como «condición o manera en que los hombres viven o están»⁸⁰, legitimando un régimen jurídico distinto atendiendo a consideraciones claramente discriminantes como la raza, religión, o nacimiento, la noción de estado actual atiende a resguardar en el goce de sus derechos humanos más básicos a grupos de personas que de otra forma, corren el riesgo de ver negados en la práctica lo que en la teoría jurídica se les reconoce de forma general.

Hay sistemas estatutarios (administrativo) más desarrollados que otros (consumidor), pero deben siempre ser entendidos dentro de la concepción estatutaria actual, enmarcada en el Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos básicos: el sistema particular de normas es siempre con finalidad protectora de determinados valores jurídicos y además, nunca autosuficiente o aislante como en sus predecesores medievales, sino enmarcado en los principios y garantías generales del derecho.

7. Vinculación con otros institutos jurídicos

Como nos dice Rivera⁸¹, siguiendo a Castán Tobeñas, todos los conceptos relativos a la consideración subjetiva del derecho han sido muy discutidos, y hasta hay quien ha propiciado su desprendimiento por el derecho, por resultar concepto de contenido ideológico como Bagolini.

Aun cuando ésta es una discusión que no se enmarca dentro de la presente tesis, no podemos obviarla, al solo efecto de entender el porqué de las dificultades y posiciones diversas, a la hora de deslindar los conceptos que seguidamente serán materia de análisis.

Nos quedamos con la reflexión de Rivera⁸², acerca de cómo nociones que aparecen simples, y que pueden ser comprendidas por el común de la gente, revelan dificultades sensibles cuando se trata de descubrir su esencia.

7.1. Situación jurídica

Seguimos a Garrone⁸³ en el sentido de entender que el nexo lógico que, de ordinario, existe entre relación jurídica de un lado, y derecho subjetivo y deber, de otro, puede tener también, por términos, una relación jurídica y una situación jurídica, de la cual

⁷⁹ Opinión Consultiva 4/84; 19 de enero de 1984.

⁸⁰ Partida 4, 23, l.

⁸¹ Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 270.

⁸² Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 279.

⁸³ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 413.

pueden nacer meditadamente derechos subjetivos y deberes. Estas situaciones, a veces, asumen el perfil del *status*.

El concepto de situación jurídica asume, según algunos, un significado diverso, para definir tanto el conjunto de efectos que derivan de una relación entre personas; en tal sentido incluiría en sí la noción de relación jurídica y, en cierto modo, coincidiría con ella.

Mayo⁸⁴ no duda en calificarlo como un concepto “tormentoso”, en las distintas exposiciones de los juristas, en las que puede observarse “... *a través de la incertidumbre que expresan las opiniones acercadas*”; decidiéndose dicho autor, con apoyo en la opinión de Falzea⁸⁵, en asimilarla a posición jurídica, entendiendo por tal a toda situación que fuera atribuida a determinados sujetos mediante un efecto jurídico.

Para Rivera⁸⁶, que sigue a Díez Picaso y Gullón, es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, regulado por el derecho. Pudiendo ser unisubjetivas (referidas a la persona en sí misma) como plurisubjetivas, en las que actúa más de una persona y dan lugar a lo que se denomina relación jurídica.

Trátase para el citado autor, de una idea marco, cuya utilidad es que permite deslindar las situaciones en que se establece una suerte de nexo o vínculo entre la persona y la cosa, de aquellas en las que la situación se compone de dos términos personales, y que es la relación jurídica, evitando así caer en el error de postular relaciones en personas y cosas.

La situación jurídica revela al mundo exterior “cualidades de la persona” que la ley toma en cuenta para atribuirle determinados efectos jurídicos. Por lo que su idea se integra con los conceptos “derecho subjetivo” y “deber jurídico”, como polos personales inseparables de la relación.⁸⁷

Tiene semejanza con la denominada posición jurídica. Esta expresión designa en algunos, la situación del sujeto en una relación, por cuya virtud él es llamado a obrar en una esfera jurídica de otro (tutor, curador, administrador). Se diferencia en que en tanto lo atinente al estado o calidad se funda en condiciones naturales o jurídicas que califican al sujeto, la posición es algo accidental, exterior y temporario.⁸⁸

Rivera⁸⁹, citando a Larenz expresa lo desacertado de los intentos, en orden a que el derecho subjetivo fuera absorbido por la situación jurídica del individuo, dentro de una comunidad jurídicamente concebida, desde que resulta un concepto originario, no abstracto e indispensable para el derecho.

⁸⁴ Mayo, Jorge A., La relación jurídica obligacional, en Revista de Responsabilidad civil y seguros, año VI, N° 11, La Ley, Buenos Aires, marzo de 2004, nota 5 en pag. 1.

⁸⁵ *Voci de teoria generale del diritto*, voz efficacia giuridica, 3° ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1985, pag. 354.

⁸⁶ Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 270.

⁸⁷ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 4° edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pags. 429/30.

⁸⁸ Fontanarrosa, Rodolfo, Derecho comercial argentino 1: Parte general, Zabalí editor, 4° edición, Buenos Aires, 1991, pags. 245/6.

⁸⁹ Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 282.

7.2. Relación jurídica

El concepto de relación jurídica resulta uno de los primeros y fundamentales, de la ciencia jurídica. Mayo⁹⁰ entiende que resulta asimismo el mayor mérito de Savigny, el haberlo puesto de manifiesto. Desde tal perspectiva, por caso, a la obligación, resulta un tipo particular de relación jurídica.

Para algunos, la relación jurídica no es otra cosa que el derecho en sentido subjetivo, es decir, la realidad de las consecuencias jurídicas (derechos y deberes) para los sujetos activo y pasivo, consecuencias que surgen una vez realizado el supuesto normativo.⁹¹ En este sentido puede apreciarse como la consideración de lo que se entiende por relación jurídica, guarda una clara similitud, una cuasi identidad, con el concepto de estado, si se lo observa desde la perspectiva de cada polo en particular.

Otros han postulado la relación como el vínculo jurídico entre al menos dos personas, tutelado por el derecho⁹² o más sujetos, en virtud del cual, uno de ellos tiene la facultad de exigir algo que el otro debe cumplir.⁹³ Se establece siempre entre los sujetos del derecho (activo y pasivo), desde que entre el sujeto y la cosa, existen relaciones de hecho, pero no vínculos jurídicos.

En las propias palabras de Savigny: *"Toda relación de derecho consiste en la conexión de una persona con otra persona"*.⁹⁴

Una relación jurídica supone la presencia de unos sujetos (dos, como mínimo), un interés lícito y tutelado y una regla, en sentido genérico, de derecho que la organice. Pero López y López⁹⁵ a ello añade algo más: si la regla de derecho que gobierna una relación jurídica existe, es precisamente porque los sujetos tienen intereses que conseguir y conservar de otros, por lo que tal regla atribuye a unos el poder o poderes de conseguirlos o conservarlos y como necesaria consecuencia a otros el deber o deberes de contribuir a su consecución o de respetar su conservación; de donde se deriva que toda relación jurídica tiene un contenido de poderes y deberes, que se exigen de manera recíproca.

La relación jurídica, como idea, viene a significar entonces, la vinculación entre dos sujetos, que se encuentran investidos en dos posiciones o situaciones jurídicas antagónicas, abarcando el complejo formado, como mínimo por una situación jurídica activa y una situación jurídica pasiva.⁹⁶

Poderes y deberes resultan el contenido de tales situaciones. Debe aclararse aquí, que poder y deber son denominaciones genéricas, dentro de las cuales hay que hacer distinciones. En esta forma, dentro de los denominados poderes o Posiciones activas del

⁹⁰ Mayo, Jorge A., La relación jurídica obligacional, en Revista de Responsabilidad civil y seguros, año VI, N° 11, La Ley, Buenos Aires, marzo de 2004, pag. 1.

⁹¹ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 282.

⁹² Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 271.

⁹³ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 282/3.

⁹⁴ Savigny, Frederic, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, reimp. Scientia, Aalen, 1981, II, párr. 60, pag. 1: *"Jedes Rechtsverhältniss besteht in der Beziehung einer Person zu einer andern Person"*.

⁹⁵ Voz Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5762.

⁹⁶ Mayo, Jorge A., La relación jurídica obligacional, en Revista de Responsabilidad civil y seguros, año VI, N° 11, La Ley, Buenos Aires, marzo de 2004, pag. 1.

sujeto de una relación jurídica, se deben enumerar como principales básicas la potestad y el derecho subjetivo; junto a ellas, López y López⁹⁷ ubica toda una serie de posiciones jurídicas que califica de secundarias: intereses legítimos, intereses difusos, situaciones jurídicas interinas. Como relacionada al derecho subjetivo, incluye aquí al concepto de acción. En cuanto a las situaciones o posiciones jurídicas pasivas, distingue entre sujeción, obligación y carga.

Cuando hablamos de derecho subjetivo, se está aludiendo a una atribución o prerrogativa que tiene el sujeto de exigir de otro o otros determinada conducta.⁹⁸ Resulta un poder atribuido a una persona en situación de exclusividad, destinado a satisfacer y resguardar un interés propio, digno de tutela jurídica. Lo que supone una titularidad diferenciada, que habilita a exigir una prestación también diferenciada en cuanto a su causa.

Los derechos subjetivos se dividen en políticos y civiles.⁹⁹ Políticos son los que cuadran al titular en razón de su calidad de ciudadano o miembro de una cierta comunidad política.

Reciben la denominación de civiles, aquellos derechos que pertenecen al titular en razón de ser simplemente habitante, v.g., el derecho de entrar, permanecer y transitar libremente en el país, de usar y disponer de la propiedad, de asociarse con fines útiles, etcétera.

Suele dividirse esta última categoría en tres subcategorías diferentes:

a) Los derechos de la personalidad son los que se refieren a la persona en sí misma, tales como el derecho al nombre, las acciones de estado, etc.

b) Los derechos de familia son los que se confieren al titular en razón de su carácter de miembro de la familia. Tales son los derechos conyugales, los referentes a la patria potestad, los derechos alimentarios entre parientes, etcétera.

c) Los derechos patrimoniales son los que tienen un valor pecuniario y, como tales, integran el patrimonio de las personas. Pueden todavía subdividirse en tres subcategorías:

1º) los derechos reales, como el dominio, el usufructo o la hipoteca;

2º) los derechos personales, también denominados derechos de crédito u obligaciones, como la obligación de pagar una suma de dinero: la persona a quien se debe la suma de dinero se llama acreedor y la persona constreñida a satisfacer el pago de dicha suma se denomina deudor;

3º) los derechos intelectuales.

La potestad, en cambio, resulta de los poderes que las reglas de derecho atribuyen a los sujetos van encaminados a la satisfacción de interés lícitos y merecedores de tutela. Pero no necesariamente son instrumentos para la realización de intereses propios: también pueden ser concedidos para la de intereses ajenos al del titular del poder. Ajenos en un sentido relativo, pues si bien con ellos no se satisface una necesidad propia, se conceden para el cumplimiento de funciones propias; funciones que u han de desempeñar de manera necesaria, o dicho de otra manera, que hay deber de desenvolver. Lo específico del concepto de potestad es esta conexión del poder con el deber de desempeñar una cierta

⁹⁷ Voz Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5762.

⁹⁸ Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 278.

⁹⁹ Seguimos para la división, lo expuesto en Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 282/3

función, por lo que las potestades están habitualmente conectadas con el ejercicio de poderes de instituciones organizadas, el Estado o las FFAA en nuestro caso. Por lo general, el poder se atribuye para el cumplimiento de la función, suele acarrear una sujeción o subordinación de la persona en cuyo favor se desempeña dicha función.¹⁰⁰

El interés legítimo por su parte, consiste en un poder singular donde la posición activa viene concedida, no tanto por la tutela de un interés propio o incluso ajeno, sino por la necesidad de defender la eficacia de normas del derecho objetivo encaminadas a otra finalidad. Se distingue del simple interés de todos al cumplimiento del derecho objetivo, en que el titular de aquél debe estar, en una posición específica, de singular afección para él de las consecuencias de la inobservancia de las disposiciones del caso. Se lo encuentra casi por completo en el campo del derecho público.¹⁰¹

Tal tipo de interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos, de modo personal y directo. A su vez pueden ser de carácter común (conductas que son debidas en razón de una norma jurídica, a un conjunto de individuos en concurrencia) o especial (la conducta no es debida en forma específica, sino por acatamiento del bloque de legalidad, ya sea respecto a uno o a varios particulares).¹⁰²

En cuanto a los intereses difusos, su peculiaridad viene dada porque el interés tutelado no es susceptible de disfrute individual, sino común a todos los miembros de la colectividad. Se distingue de los de naturaleza colectiva propiamente dicha en no se refieren de manera específica a un grupo individualizado o determinado, que dispone de unos órganos que puedan defender aquellos intereses; si no que por el contrario, el interés dijuso carece de titular exclusivo, tanto persona física, como persona jurídica. No obstante esta indeterminación en concreto de titular, el perjuicio de su vulneración se traduce en un daño concreto a un conjunto más o menos extenso de personas, por lo que ante estos perjuicios el ordenamiento provee a dichas personas de medios de reacción que no configuran auténticos derechos subjetivos; desde que se procura con ellos, que una colectividad no sufra como tal colectividad. Y se trata, asimismo, de que personas o grupos de personas de esa colectividad, puedan reaccionar frente a tales lesiones, aunque no les agraven exclusivamente o de forma diferenciada a ellos, y aun cuanto los efectos de su acción, comprenderán a terceros en igual situación.¹⁰³

Como puede observarse, estamos aquí frente a una suerte de “condominio de derechos”, pero sin posibilidad de practicar división; por lo que la denominación de difuso no hace alusión al contenido del derecho ni a la titularidad del mismo, que corresponde a toda la comunidad, como conjunto, sino que alude a las vicisitudes de su ejercicio, que se relacionan y afectan entre sí de forma clara e inescindible a una categoría determinanda de personas, ya que comparten el mismo marco de actuación común.¹⁰⁴

¹⁰⁰ López y López, M., Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5762/3.

¹⁰¹ López y López, M., Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5763/4.

¹⁰² Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 4ª edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pags. 435/6.

¹⁰³ López y López, M., Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5764/5.

¹⁰⁴ Carranza Torres, Luis, Práctica del amparo, 2ª edición ampliada y actualizada, Alveroni ediciones, Córdoba, 2004, pag. 122.

Bajo la denominación de situaciones jurídicas interinas, se referencia a aquellos supuestos en que el titular de un derecho subjetivo puede que se encuentre indeterminado, si bien resulta en potencia individualizable. Y mientras tanto, haya que arbitrar la presencia al frente de un poder, que no puede quedar sustentado en el vacío, de un titular interino; titular interino al que se confía el ejercicio y defensa del derecho subjetivo, aunque limitado a lo necesario para la conservación más íntegra posible del poder, a favor de los que serán titulares definitivos.

Esta situación, desde que nace con tal limitación, posee una intensidad menor a la del derecho subjetivo propiamente dicho, por lo que habrá que pensar en ella como un poder distinto a él. La doctrina española encuadra aquí las situaciones del ausente, las personas jurídicas en formación, el gestor de negocios, etc.¹⁰⁵

El deber jurídico es, en general, todo comportamiento que satisface la posición activa de la relación jurídica, toda conducta del sujeto (que en este caso llamamos pasivo) que vaya encaminada a la satisfacción del interés que porta un derecho subjetivo, una potestad o cualquier otro tipo de poder distinto de los que hemos analizado.¹⁰⁶

A veces el deber resulta genérico, de toda la comunidad, en tanto en otros supuestos, aparece individualizado en determinada o determinadas personas.¹⁰⁷

Dentro de tal categoría, se destacan algunos tipos de deberes que poseen notas comunes entre sí e indican fenómenos con una cierta peculiaridad de régimen. Entre ellos, la sujeción, la obligación y la carga.

La figura de la sujeción como deber jurídico se halla vinculada, principalmente, a las posiciones activas dentro de la relación jurídica que conocemos como potestad y derecho potestativo. Indica una situación del sujeto pasivo en la cual éste ni puede impedir jurídicamente, ni se le exige cooperar para que el contenido de la potestad o el derecho potestativo puedan ser realizados; para ello basta un mero acto de la voluntad del titular activo de los mencionados poderes, un acto de supremacía, a la que está sometido el sujeto pasivo; frente a esta supremacía, al sujeto pasivo sólo le queda aceptar las consecuencias del ejercicio de la potestad o del derecho potestativo, sin que pueda evitarlos, y sin que, ni siquiera, se le exija un comportamiento positivo para dar vida a aquellas consecuencias.¹⁰⁸

Por su parte, la obligación se da en los casos en que el comportamiento del sujeto pasivo (que no necesariamente ha de tener contenido positivo, puede que lo que se le exija sea tan sólo una abstención, un comportamiento negativo consistente en un no hacer) es necesario y correlativo a la posición activa de la relación jurídica. Tal situación pasiva es conocida con el nombre de obligación.¹⁰⁹ Sobre el obligado *strictu sensu*, pesa un actuar específico encaminado a cumplir con la prestación prometida al polo activo. La prestación

¹⁰⁵ López y López, M., Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5765/6.

¹⁰⁶ López y López, M., Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5766.

¹⁰⁷ Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 282.

¹⁰⁸ López y López, M., Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5766.

¹⁰⁹ López y López, M., Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5766.

importa siempre un comportamiento del deudor, de contenido concreto y respecto a otra u otras personas.¹¹⁰ Supone el sacrificio de un interés propio, respecto de otro ajeno.¹¹¹

El deber que constituye el contenido de la carga, es un comportamiento al cual el sujeto está constreñido para realizar un interés propio; es una necesidad para realizar un derecho suyo. No está obligado, se es libre de cumplirla, pero se necesita hacerlo para dar efectividad al derecho; de ello se deduce que el incumplimiento de la carga no es fuente de responsabilidad para el incumplidor, ni daña posición jurídica ajena de ningún tipo; la única consecuencia de dicho incumplimiento, es la imposibilidad de satisfacer el interés propio de un derecho asimismo propio.¹¹²

Es decir, se exige el sacrificio de un interés propio para satisfacer otro interés propio.¹¹³

Hay que distinguir de las relaciones jurídicas, las calidades jurídicas o estado, que son condiciones, por lo general más o menos permanentes, de las personas (edad, sexo, posición en la familia, ciudadanía, etc).¹¹⁴

La relación jurídica resulta distinta de la situación jurídica, desde que ésta última se refiere a la *ubicación* o disposición jurídica de un sujeto de derecho, mientras que la relación jurídica es la referencia que impone la situación a otro u otros sujetos, terceros obligados a dar, hacer o no hacer. Toda relación jurídica implica situaciones jurídicas.¹¹⁵

7.2.1. Relaciones especiales de sujeción

La denominación, si bien no su origen, nos llega del derecho español, ordenamiento en donde las «relaciones especiales de sujeción» o «relaciones de supremacía especial» resulta un concepto tomado de la doctrina alemana en el siglo pasado, como categoría jurídica que permite hablar de potestades administrativas ejercidas con una mayor intensidad dentro de un ámbito personal específico, que supone la existencia de unos colectivos muy concretos y determinados, si bien diversos entre sí: funcionarios, militares, concesionarios, escolares y estudiantes y presos. Asimismo ha sido aplicada esta calificación en el derecho alemán a las situaciones de libertad vigilada Y a las relaciones con establecimientos de beneficencia y sanatorios de tipo obligatorio, y, en general, con los establecimientos públicos.¹¹⁶

¹¹⁰ Mayo, Jorge A., La relación jurídica obligacional, en Revista de Responsabilidad civil y seguros, año VI, N° 11, La Ley, Buenos Aires, marzo de 2004, pag. 2.

¹¹¹ Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 282/3.

¹¹² López y López, M., Relación jurídica, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5767.

¹¹³ Rivera, Julio Cesar: Instituciones de derecho civil. Parte general I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 283.

¹¹⁴ Fontanarrosa, Rodolfo, Derecho comercial argentino 1: Parte general, Zabalí editor, 4° edición, Buenos Aires, 1991, pags. 245/6.

¹¹⁵ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 4° edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pags. 429.

¹¹⁶ Chinchilla Marin, C.: Relación especial de sujeción, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5755.

Tiene su origen en el Derecho prusiano de mediados del siglo XIX, siendo desarrollada por Otto Mayer, aunque puede remontar su paternidad a Paul Laband.¹¹⁷ Su aplicación en el derecho alemán a estado restringida a determinados colectivos, a diferencia de España, ordenamiento en donde se ha ampliado el número de grupos a los que, se les ha aplicado el concepto en cuestión, en ocasiones de manera discutible. En este último ordenamiento en la introducción de tal categoría jurídica tuvo una especial influencia la obra de Alfredo Gallego Anabitarte.¹¹⁸

Se las ha definido como aquellas:

*“...relaciones jurídico administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”.*¹¹⁹

Resultan notas características de tales encuadres, una acentuada situación de dependencia, un estado general de libertad limitada, la existencia de una relación personal, imposibilidad de establecer de antemano la extensión y el contenido de las prestaciones debidas por los sujetos pasivos, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados, la necesidad de obedecer órdenes que no emanan directamente de la ley, la justificación de la situación en razón de un determinado fin administrativo y de la eficacia y productividad de la acción administrativa.¹²⁰

No coincidimos con el rasgo de la voluntariedad que postula Gallego Anabitarte, al menos si se lo aprecia desde la esfera individual de las personas, pues en no pocos supuestos la voluntad de ellas puede resultar indistinta para su encuadre en una situación de este tipo, puede (servicio militar obligatorio, condena penal).

Tampoco coincidimos que se la justifique en función de fines administrativos, desde que en el derecho argentino, existe el principio de igualdad ante la ley y este rige asimismo para las relaciones entre la administración y el administrado en todos sus órdenes. Estando caracterizadas las mismas por el principio de colaboración y no de supremacía, como tendría que ser para que fuera posible la sujeción de las personas a fines administrativos.

El poder de imperio corresponde al Estado en un sistema democrático y de derecho, no a la administración que es sólo una gerenciadora del bien común en el marco del bloque de legalidad que se le fije. Y aún en el caso del Estado, ese poder de imperio se encuentra limitado por los valores superiores receptados explícita e implícitamente por la Constitución Nacional en resguardo de los derechos personales.

¹¹⁷ Coviello, José Jorge, La responsabilidad del funcionario militar, Revista argentino de derecho militar y derecho internacional humanitario N° 2 – 2004 Nueva Serie, pag. 81.

¹¹⁸ Gallego Anabitarte, Alfredo, Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho, Revista de la Administración Pública N° 34, Año XII enero-abril 1961, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

¹¹⁹ López Benítez, Mariano, Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Cívitas, Madrid, 1994, pags. 161/2.

¹²⁰ Chinchilla Marin, C.: Relación especial de sujeción, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5755.

Una vez que la norma jurídica ha sido sancionada como ley, tanto el Estado cuanto los particulares se encuentran en igualdad de condiciones y sometidos a un mismo régimen jurídico. No obsta a esta igualdad las distintas potestades que se tenga por el interés jurídico de asegurar a determinadas funciones de interés público, o por la posición que se ocupe en la relación del caso (acreedor, deudor).

La única justificación para tales situaciones de las personas se encuentra por tanto en función de intereses superiores y esenciales de la sociedad. Que la misma sociedad decide, a través de sus mecanismos constitucionales. Único tipo de valores que pueden justificar una reglamentación o cargas especiales respecto de los sujetos.

Repárese que con este encuadre, las relaciones resultantes serían voluntarias apreciadas desde la voluntad colectiva de la sociedad, pues en definitiva es el pueblo el que se restringe a sí mismo, por ser la ley una propia auto imposición de los ciudadanos, en favor de la comunidad política organizada de la cual son miembros, realizada a través de los representantes que los mismos han elegido a tales fines.

De parte de la doctrina nacional¹²¹, la ha entendido de aplicación a la relación jurídica entre al personal militar respecto del Estado y sus órganos.

Si bien continúa su vigencia, en Alemania se cuestiona su misma compatibilidad con el Estado de Derecho, y en España parte de la doctrina postula su superación, entendiendo que las situaciones que se pretende englobar (penados, militares, etc.), pueden explicarse satisfactoriamente a través de otros institutos y formulaciones jurídicas, mejor definidas en la Teoría General de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, como son los deberes constitucionales o los límites especiales al ejercicio de cualquier derecho fundamental, a fin de armonizarlos con la protección de valores de igual o superior jerarquía constitucional.

También se ha alertado respecto de las precauciones con que ha de emplearse, a fin de no legalizar situaciones incompatibles con un Estado de Derecho.¹²²

En esta postura, Cotino Hueso¹²³, entendiendo que por la multiplicada de relaciones que pretende englobar, de diferente tratamiento, no es “descriptor” adecuado, siquiera a los efectos pedagógicos, que puede llevar a la confusión, concluye al respecto:

“La noción de especial sujeción resulta pues, inútil y confusa y por tanto, descartable. Pero además hay que tener en cuenta que es ya imborrable la propia historia y evolución que ha tenido esta categoría. Al nombrar una relación de sujeción especial no puede evitarse pensar en la voluntad estatal de distinguirse del Derecho; tras este concepto subyacen antiguas limitaciones de derechos y libertades no justificadas constitucionalmente. En consecuencia, los efectos jurídicos del empleo de esta categoría difícilmente podrían distanciarse de forma radical del peso del pasado. Por ello, cabe ya pasar esta página de la historia”.

¹²¹ Coviello, José Jorge, La responsabilidad del funcionario militar, Revista argentino de derecho militar y derecho internacional humanitario N° 2 – 2004 Nueva Serie, pag. 81 y sgtes.

¹²² Chinchilla Marin, C.: Relación especial de sujeción, en Montoya Melgar, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5755.

¹²³ Cotino Hueso, Lorenzo, Relaciones especiales de sujeción: su diversa evolución en Alemania y España (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso administrativa y militar de la presente década), Revista Poder Judicial N° 55, pag. 343.

Entendemos de nuestra parte que, en lo que respecta a los militares, y a más de las observaciones generales que hemos realiza a la figura ut supra, resulta un concepto incompleto, que no logra abarcar la totalidad de su realidad jurídica (en especial, las relaciones del militar en la sociedad civil) y por otra parte tampoco lo hace con el grado de particularidad que el sector castrense requiere en su regulación jurídica.

Pues la cuestión jurídica del militar debe ser vista desde sus inicios, y no solamente desde su dinámica. Y menos puede ser apreciada sólo en la parte que respecta a la organización estatal.

Por otra parte, las relaciones jurídicas, suponen la previa existencia de personas en determinada situación jurídica. En el caso del militar, entendemos que su situación se configura como una de especial deber, la de cual nacen asimismo, tanto por la alteridad propia del derecho, cuanto por ser igualmente una forma de asegurar el cumplimiento de dichos deberes impuestos por la colectividad nacional, determinados derechos a su favor.

Sí, el estado militar hace surgir determinadas relaciones jurídicas, entre ella, la relación jurídica militar, que lo vincula con la Fuerza Armada y a través de ella con la organización estatal. Pero por lo antes expuesto, incluso en este aspecto parcial, la categoría de las relaciones específicas de sujeción presenta dificultades de aplicación. Volveremos sobre esto en el capítulo II.

7.3. Estatuto

El vocablo viene del latín *statutum*, que es una forma simétrica de *statutus* (resuelto, establecido)¹²⁴

Un estatuto es una regulación acotada, limitada en cuanto a las personas a las cuales va dirigida. El sujeto del estatuto es una persona situada en determinado rol. Es decir, que no se la considerado en abstracto, sino de forma muy concreta y particularizada en cuanto a su quehacer o actividad.¹²⁵

Los estatutos no se reducen a la regulación jurídica de una determinada relación, sino que implementan un sistema normativo que abarca a todos los sujetos pertenecientes a la categoría respectiva, desde la mayoría posible de enfoques. Sus normas tienen principalmente carácter de orden público, y suponen por lo general un detrimento de la voluntad autónoma de a quienes están dirigidas.

Las *relaciones de contenido estatutario* se traducen normalmente en actos unilaterales generales, de forma reglamentaria, que prevén casos comunes de relaciones jurídicas varias con indeterminación subjetiva concreta. Por ejemplo, los reglamentos en materia de servicios públicos, cargas públicas y usos públicos, o la "desregulación" por reglamentos generales que intenta dejar sin efecto restricciones y limitaciones, para restablecer una *relación* de "autoridad-libertad" exenta de regulación o con una

¹²⁴ Bernard, Tomás Diego (h), Estatutos de la sociedades anónimas, en Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo XII, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1977, pag. 137.

¹²⁵ Brizzio, Claudia R., Regulación del contrato en la economía globalizada. Con especial referencia al proyecto de Código Civil de 1998. Revista de doctrina N° 3, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, 2001, pag. 58.

reglamentación disminuida o atenuada. La forma jurídica concreta puede ser: Constitución, ley, reglamento u otras disposiciones por el estilo.¹²⁶

Estatuto, en el sentido que aquí nos interesa, resulta el conjunto orgánico de normas que establecen los derechos y obligaciones de esta especial categoría de servidores que resulta el personal militar.

Un estatuto, entonces, debe comprender todo aquello que se relacione con los derechos y obligaciones de la categoría que rija, resultando sus ventajas el dotar de certeza y seguridad, las relaciones entre ese personal y el Estado. Garrone entiende al conjunto de normas que regulan al personal militar como un estatuto especial dentro de la órbita del Estado¹²⁷

Han existido tres clases de estatutos en la historia jurídica.¹²⁸ Al inicio de la edad media se encuentra el sistema mediante el cual la ley de la nación a la que pertenece una persona, y le sigue a donde quiera que vaya, como un atributo personal. Tales son los estatutos personales, que se debieron en mucho al principio individualista de las tribus germánicas, poco arraigadas a un determinado territorio.

En la transición del medioevo a la edad moderna, fenómenos como el feudalismo, el fortalecimiento del poder real y el centralismo, da como consecuencia la pretensión de la autoridad local de aplicar la ley vigente a todos los que se hallaran en su territorio, sean nacionales o extranjeros. Aquí tenemos un estatuto de tipo real o territorial.

En una etapa posterior la doctrina elaboró la noción del estatuto mixto, interpolado entre el real y el personal. Su aplicación es en cuanto a las formas extrínsecas de los actos.

Aquí, en lo que respecta a los militares, estamos hablando de estatutos de tipo personal, es decir aquellos que tienen por objeto principal la persona, y sólo trata de los bienes incidentalmente. Tal estatuto sigue a la persona dondequiera que vaya, y tiene, por lo tanto, eficacia extraterritorial, a diferencia del de naturaleza real.¹²⁹ Es quizá, el estatuto de tipo personal que con más fuerza a llegado hasta el presente.

¿Puede entenderse al conjunto de normas aplicables al personal militar como un estatuto de tipo profesional?

Tal tipo de estatuto rige una actividad profesional determinada, en virtud de la naturaleza particular de las relaciones jurídicas emergentes entre las personas a las cuales el mismo se refiere, y entre éstas y el Estado.

Es un conjunto de normas que regla la concreta modalidad del obrar humano, en consideración a su aspecto profesional; no un fuero especial, al modo de los estamentos y gremios del medioevo, que nace a consecuencia de la incesante división del trabajo en el orden técnico. Los estatutos de esta especie tienen por objeto dar formalidad legal a determinadas relaciones de trabajo, habida cuenta de las particularidades que las caracterizan, y delimita, consiguientemente, respecto a ellas, el alcance y modo de aplicarse la legislación laboral.¹³⁰

¹²⁶ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 4º edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pags. 430/1.

¹²⁷ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 92.. Responderemos a ello en el Capítulo V al tratar la naturaleza del estado militar.

¹²⁸ Ennis, Huberto, Estatutos (doctrina de los), en Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo XII, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1977, pag. 136.

¹²⁹ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 93/4.

¹³⁰ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 93.

Basta con lo antes dicho, para descartar la inclusión de las normas militares en este tipo regulatorio. Pues la normativa aplicable a los militares se origina y aspira a otros fines que el regular una relación laboral o incluso administrativa. Es aquí de aplicación lo dicho en el apartado del presente capítulo en donde tratamos el estado profesional, al que remitimos.

Como puede verse de lo antes desarrollado, estatuto y estado guardan una íntima relación, al punto de converger a un mismo ámbito, pero desde visiones distintas. Así como un mismo derecho puede ser apreciado desde su perspectiva objetiva (normas) como subjetiva (facultades y cargas que impone a las personas), sucede aquí lo mismo: el estado es el sujeto del estatuto y estatuto es el contenido normativo objetivo que entraña un determinado estado.

8. Relación entre estado y capacidad de las personas

Personalidad es la aptitud que la ley confiere a una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, que también opera como una condición (*sine qua non*) que el Derecho exige y confiere para entrar al mundo jurídico.

El estado es la situación jurídica concreta que la persona ocupa o guarda en relación con la familia, a la sociedad y ante la nación, que influye en sus facultades, capacidad y obligaciones.

Borda es quien, en su definición de estado, marca expresamente la conexión de éste con la capacidad, al definirlo como el conjunto de cualidad que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos.¹³¹

Salvat¹³², por su parte, distingue estado de capacidad en los siguientes términos:

“1º El estado consiste en la posición jurídica de la persona y se determina por diversas cualidades inherentes a ella, de las cuales derivan derechos más o menos extensos; la capacidad es la aptitud de la persona para el goce o el ejercicio de esos derechos; 2º el estado es la causa u origen de los derechos que de él se derivan; la capacidad es el efecto de algunos elementos de estado; 3º el estado es el género; la capacidad, considerada como efecto de algunos elementos del estado, sería especie”.

Como nos dice Rivera¹³³, la indudable relación entre capacidad y estado, toda vez que éste influye en aquel decisivamente, se pone de manifiesto en la calidad de mayor o menor de edad, sano o demente, comerciante, militar o sacerdote profeso, que influye en la capacidad de hecho o de derecho del sujeto, o en la imposición legal de ciertas obligaciones.

¹³¹ Borda, Guillermo, Tratado de derecho civil. Parte general. Tomo I, 7º edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, pag. 385.

¹³² Tratado de derecho civil argentino (Parte general), quinta edición aumentado y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931, pag. 312.

¹³³ Rivera, Julio César: Instituciones de derecho civil. Parte General I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pag. 549/50.

9. Concepto, naturaleza y alcance jurídico de la ciudadanía.

9.1. Aspectos generales de la ciudadanía

Se ha conceptualizado a la ciudadanía como *“una cualidad jurídica (o condición jurídica) del hombre, consistente en un “status” derivado del derecho positivo, cuyo contenido está dado por el ejercicio de los derechos políticos”*¹³⁴

La ciudadanía es un *status*, es decir, un reconocimiento social y jurídico por el cual una persona tiene derechos y deberes por su pertenencia a una comunidad en general, de base territorial y cultural. Los "ciudadanos" son iguales entre ellos, en la teoría no se puede distinguir entre ciudadanos de primera, de segunda, etc. En el mismo territorio, sometidos a las mismas leyes, todos deben de ser iguales. La ciudadanía acepta la diferencia, pero no la desigualdad.¹³⁵

Coincidimos con tal entendimiento de la ciudadanía como un *status* jurídico, principalmente de derecho político, mediante el cual el ciudadano adquiere unos derechos como individuo (civiles, políticos, sociales) y unos deberes (impuestos, tradicionalmente el servicio militar, fidelidad) respecto a una colectividad política, además de la facultad de actuar en la vida colectiva de un Estado.

Esta facultad surge del principio democrático de soberanía popular. Desde que el ciudadano se ve obligado a cumplir con esas obligaciones, no hace más que cerrar un círculo de sus propias acciones como miembro del cuerpo electoral, pues ellas han sido establecidas por los representantes que él ha elegido utilizando uno de sus principales derechos políticos como ciudadano, el de sufragio.

Tales obligaciones son propias del estado de ciudadano y por tanto no se extienden a las personas que si bien habitan un determinado territorio, no son ciudadanos del mismo, los que están por tanto excluidos tanto de los derechos como de los deberes que comporta dicha condición de ciudadano. Cada Estado tiene unas normas que regulan la manera por la cual un individuo adquiere la nacionalidad de ese Estado, es decir, la condición de ciudadano.

El concepto de ciudadanía, desde la antigüedad clásica (Grecia, Roma) hasta nuestros días, ha ido evolucionando. La presente concepción de ciudadanía es la propia del período histórico iniciado con las grandes revoluciones liberales de fines del siglo XVIII, y caracterizado por la primacía del Estado-nación como colectividad política que agrupa a los individuos. Si bien en la antigua Grecia se desarrolló asociado a la pertenencia a una ciudad estado, el concepto actual de ciudadano está ligado a la constitución del Estado moderno.

Este Nación-Estado, surgido a partir de la Revolución Francesa, en lo que respecta a su elemento población, reemplaza a los estatutos personales medievales, que dividen en clases estamentales a la sociedad, por una única clase de ciudadanos, nueva categoría que supone una vinculación entre el individuo y su estado nacional.

El ciudadano es el sujeto político. Poseedor de un estatuto que le confiere, además de derechos civiles y sociales, los derechos de participación política. Se es ciudadano de un

¹³⁴ Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1: El Derecho Constitucional de la Libertad, Ediar, Buenos Aires, 1992, pag. 129.

¹³⁵ Borja, Jordi, La ciudad y la nueva ciudadanía. Conferencia pronunciada en el en el Fórum Europa. Los espacios públicos de diálogo social en la era de la información. Barcelona, 23 de junio de 2001.

país, no de una ciudad. Se es ciudadano porque se posee una nacionalidad, regulada por un Estado y solamente vale tal estatuto en el ámbito de ese Estado.

Este lazo Estado-ciudadano, se prolonga incluso más allá del propio territorio, en la protección que en el extranjero le otorga el propio Estado, y en el deber de lealtad de éste aún fuera de sus fronteras.

En el siglo XXI, los procesos de integración supranacionales están provocando una mutación del concepto. Por caso, con la ciudadanía europea, de segundo orden, complementaria a las ciudadanía nacionales clásicas, y que obliga en determinadas circunstancias a los estados a comportarse respecto de personas que no son ciudadanos suyos, pero sí de la unión europea, como si fueran propios.

El concepto de ciudadanía encierra dos dimensiones principales: una racional, según el cuál una sociedad debe ser justa para que sus miembros perciban su legitimidad, y otra de sentimiento, en tanto que la ciudadanía refuerza los lazos de pertenencia, de identidad. Siendo un concepto mediador que integra exigencias de justicia (derechos y deberes) a la vez que hace referencia a los que son miembros de la comunidad. Como concepto complejo, abarca a más de estas dos dimensiones principales, diversos aspectos.¹³⁶

En primer lugar, delimita una "relación política" entre un individuo y una comunidad política, en virtud de la cual es miembro de pleno derecho de esa comunidad y le debe lealtad mientras disfruta de ella. Actualmente la ciudadanía supone un estatuto jurídico que atribuye un conjunto de derechos políticos, civiles y sociales a los sujetos que la disfrutan, ya sea por nacimiento o por la adquisición posterior de esta ciudadanía. Así, la ciudadanía permite ejecutar, al menos teóricamente, el conjunto de roles sociales que permiten a los "ciudadanos" intervenir en los asuntos públicos (votar o ser elegido, participar en organizaciones políticas y sociales, ejercer plenamente las libertades y los derechos reconocidos por la ley).

Y si bien es un atributo que reconoce o concede el Estado, no deja por ello de partirse del supuesto que los ciudadanos compartan unos valores y una pautas de comportamiento que permiten la convivencia entre ellos y les dota de una identidad colectiva específica.

Tal concepto resulta de un proceso acumulativo que abarca del siglo XVIII al XX. En su primera etapa, los ciudadanos son aquellos a los que se les reconoce un conjunto de derechos y libertades individuales, de naturaleza civil (especialmente de carácter económico). En el siglo XIX adquiere un carácter predominantemente político, siendo ciudadanos aquellos que gozaban de la plenitud de derechos políticos. La universalización del derecho de voto, como la consolidación del denominado Estado-nación no han sido factores extraños a tal diseño. Tampoco, la consolidación de la democracia representativa. Pero la ciudadanía moderna es también un resultado del desarrollo económico y social del siglo XX que ha configurado el Estado del Bienestar. Que impone al organismo estatal, actividades positivas encaminadas al resguardo de determinados derechos de las personas (seguridad social, inclusión social, etc).

Hasta el presente, era el Estado (Estado-nación) quien poseía el monopolio de la definición de la ciudadanía. Sin embargo, hoy tal exclusividad sufre un cuestionamiento, tanto por vía de las integraciones supranacionales políticas o económicas, que asumen una

¹³⁶ Borja, Jordi, La ciudad y la nueva ciudadanía. Conferencia pronunciada en el en el Fórum Europa. Los espacios públicos de diálogo social en la era de la información. Barcelona, 23 de junio de 2001. A quien seguimos en la exposición de los distintos aspectos del concepto.

parte de las competencias estatales, como por los procesos de diferenciación y fractura que se producen dentro de los mismos Estados, que afectan no sólo a la sociedad civil sino también a las instituciones. El desarrollo de los "localismos", "regionalismos" o fenómenos de multiculturalismo, ha devenido en la aparición de sub-ciudadanías, en ocasiones.¹³⁷

La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico Político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática. Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados ha establecido la posibilidad de que personas que no tenían originariamente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad manifestada, y previo cumplimiento de ciertas condiciones. La nacionalidad, en estos casos, no depende ya del hecho fortuito de haber nacido en un territorio determinado o de nacer de unos progenitores que la tenían, sino de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores.¹³⁸

En el ámbito regional interamericano de los derechos humanos, se habla de nacionalidad. Considerada ésta como un estado natural del ser humano, el cual resulta no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el Derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos.¹³⁹

La Convención Americana de Derechos Humanos, la que expresa sobre la cuestión:

Artículo 20. Derecho a la nacionalidad:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Esto marca la evolución en la doctrina clásica que antes concebía a la nacionalidad como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, para hoy en día hacia mutar a un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana. Como se reconoce en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948 estableció:

Artículo 19: Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponde y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

¹³⁷ Borja, Jordi, La ciudad y la nueva ciudadanía. Conferencia pronunciada en el en el Fórum Europa. Los espacios públicos de diálogo social en la era de la información. Barcelona, 23 de junio de 2001.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 4/84; 19 de enero de 1984.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 4/84; 19 de enero de 1984.

O en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la que entiende que:

Artículo 15:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Ello no obsta a que siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sea una materia que dependa predominantemente del Derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen, y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad, esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias. De ahí que no sea sorprendente que, en un momento dado, se exijan nuevas condiciones, enderezadas a evitar que el cambio de nacionalidad sea utilizado como medio para solucionar problemas transitorios sin que se establezcan vínculos efectivos reales y perdurables que justifiquen el acto grave y trascendente del cambio de nacionalidad.¹⁴⁰

9.2. Su regulación jurídica en roma. La vinculación con el servicio de armas

El antecedente más remoto del estado de ciudadano, que guarda solución de continuidad con nuestro sistema jurídico actual, podemos encontrarla en el *status civitatis* del derecho romano, el que se constituía en dicho tiempo en requisito para que el hombre libre fuera sujeto de derecho.

También se justifica su inclusión por el hecho de ser la primera conceptualización jurídica de la ciudadanía como status, tal como lo postulamos en el presente.

Si bien en esta parte nos centraremos en el *status civitatis*¹⁴¹, ello no supone dejar de apreciar su vinculación con los otros dos estados (*libertatis* y *familiae*), pues la pérdida de la libertad conlleva necesariamente a la pérdida de la ciudadanía; y la familia, concebida en íntima relación con ella, también se ve afectada por los cambios producidos en la ciudadanía.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 4/84; 19 de enero de 1984.

¹⁴¹ Méndez Chang lo traduce al castellano como “estado de ciudad”; de nuestra parte preferimos hacerlo como “estado cívico”, por entender tal denominación más representativa de su contenido, y reservar el estado de ciudadano para la regulación actual, a fin de aventar probables confusiones.

Las fuentes no lo definen, si bien se puede conceptualizarlo como el conjunto de condiciones o cualidades, jurídicamente relevantes que se refieren a la posición que ocupa un hombre libre dentro de la civitas.¹⁴²

El concepto de *Civitas* identifica a la reunión de hombres libres enlazados por un interés común cuya característica principal es la libertad y la concordia.¹⁴³

Tal *status civitatis* dividía a las personas en ciudadanos (*cives*) romanos y no ciudadanos (extranjeros), en una división es netamente jurídica⁷, sin obedecer a criterios de discriminación racial ni cultural¹⁴⁴. Si bien autores, como Fustel de Coulanges, insisten en el carácter religioso que distinguía al ciudadano -amparado por los dioses tutelares romanos- de los extranjeros quien "... no tiene acceso al culto y no goza de la protección de los dioses de la ciudad ni tiene derecho a invocarlos ..."¹⁴⁵

En Roma el *status civitatis* distinguía entre ciudadano (*civis*) romano y no ciudadano; la comparación se hacía frente al *civis*, quien podía tener acceso el *ius civile* y, por consiguiente, todos los derechos y prerrogativas acordados al romano *civis optimo iure*. Los principales derechos que se otorgaban a los *cives* en Roma eran: en la esfera política, el *ius suffragii* (derecho a voto), *ius honorum* (derecho a ser propuesto y elegido para las magistraturas), *ius militiae* (derecho y privilegio de servir en las legiones: servicio *propatria*), *provocatio ad populum*, *munera*. Los derechos políticos eran reservados exclusivamente a los ciudadanos romanos. En la esfera religiosa, *ius sacrorum* (asociación al culto de la ciudad), *ius auspiorum* (derecho a consultar auspicios), *ius sacerdotii* (desempeñar sacerdocios). En la esfera privada, el *dominium*, *connubium*, *commercium*, *legis actiones*, entre otros.¹⁴⁶

Pero no sólo para el goce de los derechos públicos se necesitaba pertenecer a la civitas, ser ciudadano, sino que también lo era para el goce de los derechos privados, tanto para el *ius connubii* o sea, el derecho de contraer matrimonio legítimo, como para el *ius commercii*, o sea, el derecho de otorgar actos por los cuales se transmitía la propiedad romana; el *ius testamento factio*, o sea, el derecho de otorgar testamento; el *ius nomine*, o sea, el derecho al nombre, o el *ius legis actionis*, es decir, el derecho de actuar en juicio civil, etcétera.

¹⁴² Conf. Di Pietro, Alfredo y Lapieza Eli, Angel Enrique. Manual de Derecho Romano. 3ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1982. p. 116

¹⁴³ Ramos, César José. "Civitas Romana. Estudio Histórico sobre el Estado de Ciudadanía". En: Libro Homenaje a José Melich Orsini. Caracas: Instituto de Derecho Privado - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1983. vol. 2, p. 878.

¹⁴⁴ Méndez Chang, Elvira, La noción de extranjero en el derecho romano, en Pandectas. Revista De Derecho N° 1, Diciembre 1999. [On line]. Disponible en: <http://Www.Pandectasperu.Org/> [Consultado: 29 de agosto de 2004].

¹⁴⁵ Coulanges, Fustel de. La ciudad antigua. Traducción de Alberto Fano. Madrid, Edaf, 1968. p. 171. Cit por Méndez Chang, Elvira, La noción de extranjero en el derecho romano, en Pandectas. Revista De Derecho N° 1, Diciembre 1999. [On line]. Disponible en: <http://Www.Pandectasperu.Org/> [Consultado: 29 de agosto de 2004].

¹⁴⁶ Méndez Chang, Elvira, La noción de extranjero en el derecho romano, en Pandectas. Revista De Derecho N° 1, Diciembre 1999. [On line]. Disponible en: <http://Www.Pandectasperu.Org/> [Consultado: 29 de agosto de 2004].

No hubo hostilidad natural contra los *peregrini* en Roma; por el contrario, se les incorporó en el *ius* y se les brindaron mecanismos procesales para su tutela. Sin embargo, ello no llevó a que el peregrinus tuviera los mismos derechos que el ciudadano romano.¹⁴⁷

Siendo la condición de *civis* una consecuencia directa e inmediata de ser miembro de una ciudad, la adquisición de ciudadanía¹⁴⁸ y su pérdida estaban determinadas por causas establecidas expresamente en la legislación.

Es importante destacar que, al igual que en muchas ciudades-estado de la antigüedad, el servicio militar era considerado no como una obligación sino más bien como un privilegio y una señal de prestigio. Derivada tal línea de pensamiento, de la concepción que los derechos políticos del ciudadano se medían por su contribución al Estado. Por lo que el proletariado, sin tierras ni riquezas, estaba relevado de sus obligaciones militares y sin participación efectiva en la vida política. Este sistema conocido como timocracia en la antigüedad, se basaba en que a mayor calificación en el censo, mayores obligaciones militares y mayores derechos políticos.¹⁴⁹

Ciudadano y militar es una situación personal coincidente, en los orígenes del derecho romano, ya durante de monarquía. Por ello, inicialmente el censo de ciudadanos y las listas del ejército resultan un registro idéntico como nos expresa Cañas Navarro. Otra prueba de esta identidad, es la voz *quirite*, que significa lancero.

En la estructura militar, se refleja asimismo la composición de las distintas clases patrimoniales de ciudadanos romanos según el censo, con sus tres centurias de caballeros mandadas por sus tres jefes (reflejo de las tribus originarias y donde se agrupaban los ciudadanos ricos; el agregado de nuevas tribus incrementaría en una nueva unidad de este tipo al ejército), los *tribuni celerum*; al menos tres divisiones de infantería, de diez centurias cada una, mandadas por los *tribuni militum*; y algunos hombres con armamento ligero, principalmente arqueros.¹⁵⁰

La reforma de Servio Tulio, realizó una gran transformación de la estructura militar, obligando al servicio militar a todos los hombres de dieciséis a sesenta años, incluidos los domiciliados no ciudadanos y los emancipados, siempre y cuando tengan una propiedad que produzca renta.

Los distribuye en una clase de caballería y cinco de infantería, de acuerdo a su patrimonio. Dentro de cada clase se dividían en centurias. Las clases de mayor poder patrimonial, tenían mayores obligaciones de costearse su equipo militar. Así los *classici* que tenían una propiedad en pleno dominio de al menos un *heredium*, deben acudir a la llamada completamente armados; los de las demás clases que sólo tienen una fracción del *heredium* no tienen la obligación de acudir con armadura completa.

El ingreso a las filas militares, supuso el otorgamiento de derechos políticos, de los que hasta entonces carecían, por vía de la *comitia centuriata*. Forma de participación

¹⁴⁷ Méndez Chang, Elvira, La noción de extranjero en el derecho romano, en *Pandectas*. Revista De Derecho N° 1, Diciembre 1999. [On line]. Disponible en: <http://Www.Pandectasperu.Org/> [Consultado: 29 de agosto de 2004].

¹⁴⁸ Las cuales resultaban: nacimiento, manumisión *iure civili* (I.1.5.3) y concesión de ciudadanía individual o colectiva (D.1.5.17).

¹⁴⁹ Cornell, Tim y Matthews, John, Roma. Legado de un imperio. Volumen I, Ediciones folio, Barcelona, 1996, pag. 42.

¹⁵⁰ Cañas Navarro, Aspectos jurídico-censales en el Ejército romano, *Revista de Historia Militar* N° 90 [On line]. Disponible desde <http://personal.telefonica.terra.es/web/ihycm/revista/90/>. [Consultado: 23 de marzo de 2004].

electoral que evoluciona a partir de una reunión militar para ejercitarse.

El ejército se reúne, para tales ejercitaciones en el Campo de Marte, con sus armas, cada centuria encabezada por su centurión. Un cuarto de siglo luego de la reforma de Servio Tulio,

*“... habiéndose reunido el ejército y formadas sus filas, teniendo cada centuria su centurión a la cabeza y, en medio de ella su bandera, el magistrado habló, consultó, e hizo votar. Las seis centurias patricias y las doce de caballeros plebeyos votaron primero, y luego las centurias de infantería de primera clase, y a continuación las demás. De esta manera se halló establecida al cabo de poco tiempo la asamblea centuriata, donde todo soldado tenía derecho de sufragio, y donde ya casi no se distinguía el plebeyo del patricio”.*¹⁵¹

Por eso se da el hecho que en el orden de la caballería a centurias de patricios (6) y plebeyos (12) con comunidad de intereses, que votan primero y por sobre los otros patricios y los otros plebeyos pertenecientes a la infantería.

Esta organización político-fiscal-militar se mantiene durante la primera etapa de la República, en la cual el servicio en el ejército se encontraba ligado a la pertenencia a alguna de las cinco clases existentes, siendo por tanto necesario disponer de un patrimonio censado de al menos once mil ases y ser ingenuo. Los libertos, durante esta época, se encontraban excluidos del ejército.

Las necesidades militares llevaron a bajar el patrimonio exigido a los legionarios a cuatro mil ases, y en caso de necesidad se recurrió a quienes debían servir en la Armada, a los ingenuos que tenían un patrimonio de mil quinientos ases e incluso a los que sólo tenían trescientos setenta y cinco.

De acuerdo con Apiano, la primera vez que se movilizaron libertos en el ejército de tierra, fue durante la guerra social.

El sistema tradicional de reclutamiento se modificó radicalmente a partir de la guerra contra Yugurta, en la que Mario consiguió que pudieran reclutarse como legionarios a capita censi procedentes de la última centuria del censo, fuera de las clases. La ley no se modificó, por lo que estos reclutas acudieron en calidad de voluntarios y no de obligados como los censados entre las clases. A partir de aquí el ejército fue cada vez más profesional y menos procedente del reclutamiento obligatorio.

Las necesidades políticas romanas, fueron extendiendo el concepto de ciudadanía originario, mas allá de las puertas de Roma. Principalmente la concesión de ella fue una medida de recompensa por la fidelidad o el aporte militar efectuado por diversos pueblos. Destacaremos aquí sólo las principales de ellas que marquen la conexión servicios militares-concesión de ciudadanía.¹⁵²

¹⁵¹ Fustel de Coulanges en La ciudad antigua, libro IV, cap VII, pag. 346.

¹⁵² Así, por caso, con motivo de la guerra social, desatada con la muerte de Druso, en el 90 a.C. el cónsul Lucio Julio César hizo dictar una ley Iulia concediendo la ciudadanía a todos los italianos, y el año siguiente, 89 a J.C., se dictó un plebiscito, la ley Plautia Papiria, ratificándola y fijando un plazo de 60 días para que los socii se inscribiesen a esos fines ante el pretor. Valga mencionar que, como resultado de esta guerra social, todo el ager italicus quedó equiparado al ager romanus. Entre el 90 y el 80 a.C., el pretor C. Pompeyo Strabo hizo dictar leyes Pompeiae, una de las cuales, del 88 a J.C. concedió la ciudadanía a todos los habitantes de la Galia Cisalpina al sur del río Po, y otra la otorgó a ciertos caballeros españoles, por méritos especiales en el servicio de Roma. En el 65 a.C. una ley Papia de civitate romana, en realidad un plebiscito,

El último eslabón de este proceso de extensión, no obstante, reconoce causas más económicas que militares, dándose en el año 212 d.C. cuando el emperador Antonino Caracalla dictó la constitución Antoniana concediendo la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.

10. La Ciudadanía argentina

La nacionalidad argentina de un individuo es su cualidad de miembro del Estado argentino. El concepto de nacionalidad tiene su origen en la noción de lealtad y de sujeción del súbdito hacia su rey, y vestigios de esa noción han subsistido en la concepción actual.¹⁵³

En el caso “Nottebohm”, la Corte Internacional de Justicia concibió la nacionalidad, al menos en el sentido internacional, como *“un vínculo jurídico, que tiene por base un hecho social de adhesión, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la presencia de derechos y deberes recíprocos. Puede decirse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo a quien se confiere, ya sea directamente por la ley o como el resultado de un acto de las autoridades, está de hecho más estrechamente vinculado con la población del Estado que confiere la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado”*.¹⁵⁴

En nuestro ámbito continental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entiende respecto de ella que si bien desde un enfoque tradicional *“... la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana”*¹⁵⁵, en un doble aspecto: como *derecho a tener una nacionalidad que le signifique al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad una vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo”*.¹⁵⁶

Nuestra Constitución emplea de modo equivalente e indistinto, los términos de nacionalidad y ciudadanía.

Luego de la reforma de 1994, su art. 75 inc. 12 delega en el congreso el dictado de las leyes de nacionalidad, ciudadanía y naturalización.

La ley que regula nuestra ciudadanía es la N° 346, que fuera derogada por la ley 23.795 y restablecida por la ley 23.059.

expulsó de Roma a todos los no ciudadanos y sometió a juicio a quienes hubieren usurpado fraudulentamente esa calidad. Un ejemplo del acceso a la ciudadanía por vía del servicio de armas lo tenemos en el año 24 a.C. con la ley Visellia, la que permitió que los latinos que hubieren servido durante seis años en las cohortes de vigiles accediesen a la ciudadanía romana.

¹⁵³ Oyarzábal, Mario J. A.: Régimen internacional de la nacionalidad argentina. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

¹⁵⁴ C.I.J., Recueil, 1955, p. 23.

¹⁵⁵ C.I.D.H., OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A n° 4, n° 33

¹⁵⁶ C.I.D.H., OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A n° 4, n° 34.

La ciudadanía genera efectos tanto en el ámbito interno como internacional. En cuanto a la primera categoría, los efectos se refieren al ejercicio de los derechos públicos y de alguno privados (ser propietario en áreas de frontera), al derecho de vivir en el territorio argentino, con los consiguientes derechos políticos, civiles, sociales y laborales que se deriven de ello. Pero también supone la adquisición de ciertas cargas públicas, como la obligación militar. En el ámbito internacional, genera el derecho a la protección diplomática de parte del estado al que pertenece, y la denominada obligación de lealtad, de acudir a la ayuda la persona de su estado frente a determinados supuestos.

La ley N° 346 establece en su primer artículo, tres formas de adquisición de la ciudadanía:

a) **Por nacimiento o natural**¹⁵⁷: las personas que hayan nacido en el territorio argentino, a excepción de los hijos ministros y diplomáticos extranjeros, son ciudadanos argentinos sin excepción. Es decir que la nacionalidad argentina se basa predominantemente en el hecho del nacimiento de la persona dentro del territorio nacional (principio de *nacionalidad natural*: art. 75 inc. 12, CN.; art. 1 inc. 1, ley 346). Por lo que alcanza a los nacidos en las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, que son parte integrante del territorio argentino (Clausula transitoria N° 1 de la Constitución Nacional según reforma de 1994). Al concepto de territorio debemos entenderlo como comprensivo de solo del suelo, sino también de las aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo. Ya que la concepción tradicional, pensada a nivel de la superficie terrestre, ha mutado hoy en día de tal concepción unidimensional a un concepto volumétrico de tres dimensiones, tanto por influencia del desarrollo aeronáutico como por la creciente importancia de los recursos submarinos.¹⁵⁸

La aplicación del principio del *ius soli* se extiende a los buques de guerra de la República donde quiera se encuentren (art. 1 inc. 3, ley 346)¹⁵⁹ y a los nacidos en alta mar o en zona internacional y en sus respectivos espacios aéreos bajo pabellón argentino (art. 1 inc. 5, ley 346).

La excepción al presente principio, es respecto de los hijos de agentes diplomáticos y consulares extranjeros nacidos en Argentina (art. 1 inc. 1, ley 346), artículo que recoge una norma pacífica de derecho internacional.

Serán también argentinos nativos, pero por aplicación del principio del *Jus sanguinis*, en los casos de los hijos de funcionarios argentinos nacidos estando sus padres en representaciones diplomáticas y consulares argentinas en el exterior (art. 1 inc. 3, ley 346), o empleados en organizaciones internacionales (ley 17.692) cuando nazcan en el extranjero en ocasión de la prestación de servicios de los padres.

b) **Por opción**: alcanza a la persona nacida en el extranjero cuyos progenitores sean ambos o alguno de ellos argentinos, adquieren la nacionalidad Argentina sin ningún tipo de limitaciones, efectuando una manifestación de voluntad en tal sentido.¹⁶⁰ Cuando se tratare

¹⁵⁷ artículo 1, inciso 1 de la ley 346

¹⁵⁸ Recogen esta nueva concepción de territorio, la Convención de Chicago sobre Aviación civil internacional (1944) y la Convención sobre derecho del mar de 1989.

¹⁵⁹ Entendemos que igual efecto se consigue respecto a los nacidos en aeronaves de guerra, aunque la ley no las mencione, desde que a la fecha de su sanción original, no aviación no había nacido aun.

¹⁶⁰ artículo 1, inciso 2 de la ley 346

de hijos menores de 18 años, la opción por la nacionalidad de origen podrá ser formulada por quien ejerza la patria potestad. O por el propio interesado a partir de los 18 años.¹⁶¹

Son igualmente argentinos por opción los hijos de padres argentinos que hayan residido fuera del país por motivos políticos.¹⁶²

La legislación argentina consagra la igualdad de sexos en la adquisición de la nacionalidad por opción, así como la igualdad de estatus de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y de los hijos por sangre o por adopción plena. La adopción simple no produce efecto alguno sobre la nacionalidad del hijo, aunque éste podrá solicitar la “naturalización” en el país si cumple las condiciones de que habla el artículo 2 de la ley 346. Naturalmente que la conversión de la adopción simple en el régimen de adopción plena establecido en la ley 24.779 habilitará al adoptado a obtener la nacionalidad por opción.¹⁶³

Respecto a los hijos de padres argentinos por opción, parece predominar el criterio de que en tales casos es admisible la opción.¹⁶⁴

La nacionalidad por opción resulta excepcional en nuestro derecho, aun cuando la nueva redacción del artículo 75 inciso 12, la admite expresamente, en beneficio de la argentina. Pues tal admisión es excepcional, desde la nacionalidad por opción se funda en el *ius sanguinis*, principio opuesto al *ius solis* que nos rige.

Dado su carácter excepcional, el instituto de la ciudadanía por opción debe ser aplicado en forma estricta y siempre que los peticionantes reúnan la totalidad de los requisitos establecidos por la ley vigente al momento de la sentencia, máxime cuando éstos se evidencian como razonables, pues tienden a evitar que se reconozca como argentinos nativos a personas que no guardan un vínculo efectivo con el país.¹⁶⁵

La posibilidad de opción por la nacionalidad argentina ha sido extendida, a más de los hijos de padres argentinos por opción, a los hijos de padres naturalizados¹⁶⁶

c) **Por naturalización:** es aquel extranjero que cumplimentó determinadas condiciones, voluntariamente adopta la ciudadanía argentina.

En el caso "Nottebohm" la Corte Internacional de Justicia expresó algunos conceptos que armonizan con lo expuesto en el párrafo anterior. Dice la Corte:

"La naturalización no es una cosa para tomar a la ligera. Pedirla y obtenerla no es un acto corriente en la vida de un hombre. Entraña para él ruptura de un vínculo de fidelidad y establecimiento de otro vínculo de fidelidad. Lleva consigo consecuencias lejanas y un cambio profundo en el destino del que la obtiene. Le concierne personalmente y sería

¹⁶¹ Artículo 2, Decreto 3213/84, modificado por Decreto 231/95.

¹⁶² Conf leyes 346, 23.059, 16.569 y 25.327.

¹⁶³ Oyarzábal, Mario J. A.: Régimen internacional de la nacionalidad argentina. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

¹⁶⁴ ("De la Cuesta Carlos", sentencia del 29 de abril de 1946, publicada en "La Ley", tomo 42, págs. 569/570)

¹⁶⁵ CSJN, "Benatar Macías". 01/01/1979, Fallos T° 301, pag. 839.

¹⁶⁶ Cámara Nacional de apelaciones en lo civil y comercial federal, Sala I, sentencia del 7 de agosto de 2001, en autos "Ricci Rospigliosi, Felipe Salvador s/opción de nacional".

desconocer su sentido profundo el no retener de ella más que el reflejo sobre la suerte de sus bienes"¹⁶⁷

En principio, es el Estado del caso quien fija las pautas para su obtención y es

*"...el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. No siendo contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con el estado concedente, lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar".*¹⁶⁸

La naturalización en el ordenamiento legal argentino requiere de elementos objetivos (edad, residencia *por dos años*) como subjetivos, entre estos un acto *voluntario* expreso del individuo encaminado en tal sentido.

La condición de la residencia acortarse de parte de la autoridad a favor de quien lo solicite, si este hubiere realizado servicios a la República¹⁶⁹. No importará el tiempo de residencia en el país de quien sea cónyuge o tengo un hijo argentino nativo¹⁷⁰

El acto de la naturalización, es *intuitu personae* por lo que no se propaga efecto alguno respecto de su familia. Por lo que ni el cónyuge ni el hijo del ciudadano naturalizado adquieren en virtud de tal hecho la nacionalidad argentina. Aunque podrá, si lo desea, solicitarla.

Entre las causas que impiden el otorgamiento de la ciudadanía argentina por naturalización¹⁷¹, pueden citarse el carecer de medios de subsistencia honestos¹⁷², encontrarse proceso en el país o en el extranjero por delito previsto en la legislación penal argentina¹⁷³, haber sido condenado por delito doloso, ya fuera en el país o en el extranjero, a pena privativa de libertad mayor de tres años, salvo que la misma hubiere sido cumplida

¹⁶⁷ Corte Internacional de Justicia, "Nottebohm case [second phase]", judgement of 6-W-1955, *LC.J. Reports* 1955, pág. 24.

¹⁶⁸ CIDH, Opinión Consultiva 4/84; 19 de enero de 1984).- También en el ámbito americano, el 26 de diciembre de 1933, se celebró el Convenio de Montevideo sobre la Nacionalidad de la Mujer, que en su artículo 1 estableció: "No se hará distinción alguna, basada en el sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica" (Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, 3126-XII- 1933. En *Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936*. Washington, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938, pág. 452). También el Convenio sobre nacionalidad suscrito en la misma fecha, en Montevideo igualmente, determinó en su artículo 6: "Ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos" (*Ibid.*, pág. 454).

¹⁶⁹ art. 20, Const. Nac.; art. 2, ley 346

¹⁷⁰ art. 2, inc. 2.7, ley 346; art. 3 inc. f, dec. 3213/84.

¹⁷¹ art. 3º del decreto reglamentario N° 3213/84

¹⁷² Inc. a).

¹⁷³ Inc. b).

y hubieren transcurrido cinco años desde el vencimiento del término de la pena fijada en la condena o hubiera mediado amnistía¹⁷⁴. O cuando estuviere plenamente probado que el causante realizó actos de carácter público que significaron la negación de los derechos humanos, la sustitución del sistema democrático, el empleo ilegal de la fuerza o la concentración personal del poder.¹⁷⁵

La voluntad legislativa es, que quien aspire al honor de ser argentino por naturalización, no represente, real o potencialmente, un peligro de empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional.¹⁷⁶

No debe pasarse por alto el hecho que siendo la concesión de la ciudadanía argentina a quienes la solicitan una gracia y un honor¹⁷⁷, ello implica necesariamente que tales personas deben probar su merecimiento en virtud de sus condiciones morales, dignidad de conducta, capacidad de trabajo, radicación honesta en el país, etc.”¹⁷⁸.

Es decir que la naturalización no resulta un derecho que pueda exigirse, sino que resulta un beneficio, acordado en el doble interés del Estado y del individuo, que se otorga cuando lo soliciten voluntariamente y cumplan con las condiciones del caso.

Tales condiciones no son sólo las que pudiera expresar la legislación vigente, sino también las que resultan implícitas al instituto y a sus finalidades.

Así ha sido sentado por la Corte Suprema al afirmar que:

*“El procedimiento establecido por la ley n° 346 para obtener ciudadanía, consistente en la simple manifestación en tal sentido del aspirante, le impone, implícitamente, además de acreditar la residencia de dos años y la identidad personal (Ley 10.256), ante el Juez Federal, la obligación de probar su buena conducta, exigencia que se observa y se ha observado, invariablemente, en todos los juzgados de sección. No se concebiría la concesión de semejante beneficio honorífico a extranjeros de antecedentes infamantes, dentro o fuera del país (Artículos 20 y 25 de la Constitución Nacional). El requisito de la buena conducta anterior, no está escrito en las leyes expresamente, por cuanto aquél fluye de la naturaleza y objeto de la institución de que se trata, del honor que ella comporta y de los altos principios morales que son base del orden jurídico (Doctrina Fallo Tomo 153, página 286). Así como pueden existir y existen derechos y garantías no enumerados en la Constitución pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma de gobierno, así también, nacen de las leyes, en virtud del espíritu que las anima, limitaciones no mencionadas especialmente, pero que tienen base en la lógica, en la razón y en la justicia (art. 33 de la Constitución)”*¹⁷⁹

¹⁷⁴ Inc. c).

¹⁷⁵ Inc. c) in fine.

¹⁷⁶ 301:67 (“Valek, Ludmila”).

¹⁷⁷ CSJN Fallos 12:376.

¹⁷⁸ CSJN Fallos:168:374.

¹⁷⁹ CSJN Fallos: 168:374

Por aplicación de tal jurisprudencia, se ha entendido que el conocimiento del idioma nacional constituye un recaudo insoslayable a los efectos de conceder la naturalización, desde que:

”... Naturalmente, el ejercicio de todos los derechos civiles y políticos, presupone una comunicación entre los habitantes del país, pero mientras los primeros hacen a su persona y sus intereses dentro del ámbito de las relaciones privadas, los segundos apuntan a la nación como Estado, y allí entra a jugar el interés nacional. Si ello es así, no resulta admisible que, quien gozando de los derechos civiles y garantías constitucionales - incluso las implícitas, art. 33, quiera acceder a los derechos políticos sin conocer en absoluto el idioma, es decir, la lengua de la nación. Por cierto que no es un requisito formal como los requeridos en el art. 2 de la ley 346, pero es un requisito implícito, básico, que en los derechos políticos asume el carácter de imprescindible, para poder ejercerlos. En este orden de ideas, merece ser señalado que la Corte Suprema ha resuelto en el mismo sentido que la circunstancia de que un requisito no esté expresamente incluido en la ley no es óbice para que sea exigido "si se tratara de una condición indudablemente implícita e inherente a la naturaleza del derecho cuyo otorgamiento está en tela de juicio", circunstancia que, para su adecuado discernimiento, es apropiado referir a la análoga situación del naturalizado y del nativo, en orden al ejercicio de los derechos políticos (Fallos: 211:376). De allí entonces que no resulte dudoso que el conocimiento mínimo de nuestro idioma nacional (el "saber expresarse inteligiblemente en idioma castellano", como lo recordó la Corte Suprema en otro precedente) se convierte en una condición de suyo esencial a la calidad de ciudadano argentino (ver Fallos: 295:209, consid. 4º)”¹⁸⁰

El naturalizado se halla en análoga condición que el nativo, en orden al ejercicio de los derechos políticos.¹⁸¹ Por lo que asimismo se halla en un pie de igualdad respecto de sus derechos-deberes militares. Y si bien la ley 19.101 habla de argentinos nativos o por opción, éste último término se ha entendido de forma amplia, comprensivo también de los ciudadanos por naturalización.

El art. 21, a los efectos de facilitar la adquisición de la ciudadanía argentina, establece el privilegio a favor de los naturalizados de no prestar servicios militares por diez años desde su obtención. Ello no importa una prohibición, sino un simple beneficio que puede ser renunciado por el interesado. Esto se ha reflejado en la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, al establecer que:

“... el ciudadano naturalizado que renuncia libremente en el acto de enrolarse al beneficio del art. 21 de la Constitución, queda con la obligación de prestar el servicio militar que prescriben las leyes de la materia para todos los ciudadanos argentinos, según la clase a que por

¹⁸⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 07/07/1989, en autos “Kuo Cheng Yi s/carta de ciudadanía”.

¹⁸¹ CSJN, Fallos: 211:376.

*su edad pertenezca y sometido, por consiguiente, a las exigencias y penalidades dispuestas por dichas leyes”.*¹⁸²

Al documento en que consta la nacionalización (art. 20 de la constitución federal), la ley suprema lo denomina carta de ciudadanía. Como la ciudadanía es la nacionalidad política, esta carta es la carta de nacionalidad política. En el mismo art. 20 habla de nacionalización (convertirse en nacional) y en el art. 21 de naturalización (convertirse en natural –nacido–), por la tanto tenemos otro elemento para afirmar que el natural (nacido) es considerado en igualdad de derecho que el extranjero que se convierte nacional (con nacionalidad política). Asimismo, en la ley 346 de ciudadanía, se establece en el “Título I: de los argentinos” (nacionales o nativos) y el “Título II: de los ciudadanos por naturalización” (es decir el extranjero que se naturaliza, se vuelve natural –como nacido– y adquiere la ciudadanía y la nacionalidad política, en pie de igualdad con los nativos).¹⁸³

11. Ciudadanía y nacionalidad en el derecho argentino

Como expresa Sagües, *“el texto constitucional se refiere de diferentes maneras al elemento humano del Estado argentino, y con acepciones no siempre nítidas”*¹⁸⁴

La Nacionalidad y Ciudadanía son términos extremadamente complejos, que se prestan a la confusión, pudiendo ser diferenciados en que el primero resulta un hecho fortuito que condiciona a la persona por nacer en un determinado territorio (ius soli) o por pertenecer por lazos sanguíneos a otros individuos (ius sanguinis), sin depender de la voluntad de las personas, siendo irrenunciable, salvo el derecho de opción, cuando hay un conflicto en las legislaciones positivas vigentes. La ciudadanía en cambio, puede renunciarse, perderse y recuperarse y la persona sigue poseyendo su nacionalidad de origen, desde que resulta una “creación artificial” de la ley “por la cual la persona detenta el status jurídico de ciudadano, que le permite ejercer los derechos políticos”.¹⁸⁵

Una persona con relación a cada país se puede ser:¹⁸⁶

a) Ciudadano y nacional, que es el nacional o natural que reúne los requisitos establecidos para la ciudadanía.

b) Nacional (o natural) sin ser ciudadano (el que no reúne los requisitos).

¹⁸² CSJN, Fallos 147:16.

¹⁸³ Di Pasquale, Diego C.: Definición legal de la ciudadanía y de la nacionalidad. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

¹⁸⁴ Sagües, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, Tomo 1, 2º edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pag. 312.

¹⁸⁵ Jatib, Griselda J., Nacionalidad y ciudadanía, Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

¹⁸⁶ Di Pasquale, Diego C.: Definición legal de la ciudadanía y de la nacionalidad. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

c) Ciudadano sin ser nacional o natural (El extranjero a quien se incorpora al cuerpo político del Estado, que se radica y saca su carta de ciudadanía, pero que nunca será natural porque no nació en el lugar.

Linares Quintana¹⁸⁷, llega a la conclusión que si bien resultan términos que designan conceptos estrechamente vinculados entre sí, expresan sin embargo dos nociones jurídicas perfectamente distintas. Siendo la nacionalidad es la relación de derecho civil que vincula al individuo con la nación en que nació, en tanto que la ciudadanía es el nexo jurídico-político que une al Estado con el individuo que satisface los requisitos exigidos por la ley para ser considerado ciudadano. De ello afirma que si bien es posible la pérdida de la ciudadanía, no puede concebirse que se prive a un ser humano de su nacionalidad.

Bidart Campos¹⁸⁸, distingue entre nacionalidad sociológica (la que liga a una persona con una nación determinada, surge espontáneamente y no depende del derecho de los Estados) y nacionalidad política (como calificación derivada del derecho positivo y adjudicada por él a los individuos). En relación con la ciudadanía, en la teoría política, este concepto difiere del de nacionalidad, sin embargo en nuestro derecho constitucional es idéntica a la nacionalidad política.

En la misma postura se ubica Gonzalez Calderón, quien entiende como conceptos idénticos a ciudadanía y nacionalidad, siendo la única distinción que hace nuestra constitución nacional a los habitantes entre ciudadanos y extranjeros.

Es por ello que entendemos que ciudadanía y nacionalidad argentina, en nuestro derecho constitucional, resultan idénticos, desde que el propio texto constitucional los emplea de modo indistinto.¹⁸⁹

Para Di Pasquale, el origen de tal mezcla en dichos términos puede hallarse en los revolucionarios franceses de 1789, quienes utilizaron la expresión ciudadano en un sentido nivelador con respecto a la aristocracia. En su propósito igualitario, necesitaban una palabra que, sin ser agravante, pusiera bien de manifiesto que el poder soberano residía en el pueblo, y que la preeminencia de las clases privilegiadas había sido suprimida por la revolución; un termino, que tuviera la virtud de elevar al de abajo y hacer descender al de arriba: y la palabra escogida fue la de ciudadano. Se desvirtuó entonces la exacta acepción de la palabra; ciudadano era todo componente del pueblo: los hombres y las mujeres, los adultos y los niños, el comerciante, el representante del pueblo en las asambleas. Dicho uso de la palabra excedió las fronteras y sobrevivió en el tiempo, y ha sido la causa confusión en las personas y las leyes.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Linares Quintana S. V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", T. 6, pág. 501. Cit por Di Pasquale, Diego C.: Definición legal de la ciudadanía y de la nacionalidad. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

¹⁸⁸ Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1: El Derecho Constitucional de la Libertad, Ediar, Buenos Aires, 1992, pag. 129.

¹⁸⁹ Arts. 8, 20, 21, 40, 47, 67 inc. 11, 74, 76 y 108.

¹⁹⁰ Di Pasquale, Diego C.: Definición legal de la ciudadanía y de la nacionalidad. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

12. Consecuencias jurídicas de la ciudadanía

El art. 16 de la Constitución Nacional, consagra el principio básico de que todos los habitantes de la Nación Argentina, son iguales ante la ley, y el art. 20 que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, e inclusive pueden acceder a la Nacionalización. Consecuentemente la diferencia para los extranjeros, en cuanto al ejercicio de los derechos constitucionales, consiste en que gozando ab initio de los mismos derechos civiles que los argentinos nativos- con el solo requisito de querer habitar en el suelo argentino- según así se expresa en el Preámbulo y carecen de derechos políticos, a los que sin embargo pueden acceder por vía de la naturalización. Pues en tanto los derechos civiles hacen a su persona y sus intereses dentro del ámbito de las relaciones privadas, los derechos políticos apuntan a la nación como Estado, y allí entra a jugar el interés nacional.¹⁹¹

De acuerdo al artículo 20 de nuestra Constitución, los extranjeros gozan en el territorio argentino de todos los derechos civiles del ciudadano. Por la misma disposición, no están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Las mínimas diferencias jurídicas entre argentinos y extranjeros se encuentra en el origen de nuestra cultura constitucional; de una concepción igualitaria de sus habitantes, del derecho como base de la autoridad, y de la coexistencia en la sociedad como reunión de hombres y mujeres libres.

Entre las pocas situaciones que diferencian a ciudadanos de extranjeros, dos son las instituciones que entrelazan derechos y deberes: el voto y la obligación militar.

Cabe destacar que el extranjero, no tiene “obligación” de adoptar nuestra ciudadanía, puede hacerlo mediante algunos requisitos. Pues tampoco tiene el derecho a nacionalizar, de no llenarlos.

Si ser ciudadano es una ligazón con una comunidad política, vemos entonces que el punto central que diferencia a extranjeros de los ciudadanos es el ejercicio de derechos políticos.

Entendemos por derechos políticos, a todas aquellas formas jurídicamente reconocidas de participación, sostenimiento y defensa de las decisiones caracterizantes de la organización estatal. No se hallan aquí comprendidos los derechos humanos básicos o derechos fundamentales del hombre (a la vida, la libertad, propiedad, opinión, etc), ni los derechos administrativos que cualquier persona tiene en su relación con una administración pública (peticionar, usar servicios públicos, etc).

Queda pues, en manos de los nacionales, esta calidad que les permite formar parte del pueblo políticamente activo, y que desde Grecia y Roma se considera como base de la democracia. Comprensiva de todas aquellas potestades en virtud de las cuales, se toma parte en las decisiones estatales y las viabiliza o concreta.

Es conjunto de facultades y deberes de los ciudadanos, principalmente en el orden político, no resulta factible reconducir a categorías estrictas porque es, primer lugar, una cualidad o situación, en lugar de un derecho subjetivo; pero puede englobarse dentro de un

¹⁹¹ Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 07/07/1989, en autos “Kuo Cheng Yi s/carta de ciudadanía”.

derecho de participación que resulta una situación por sí misma de contenido complejo, que incluye tanto derechos personales (de naturaleza no directamente patrimonial), como cargas personales y patrimoniales.

Esta participación debe ser apreciada tanto como derecho y como función, no tratándose meramente de un derecho individual, sino de ejercicio debido, a fin que el órgano estatal pueda formar adecuadamente su voluntad, y luego ejecutarla, para preservar, en definitiva, el interés común de la comunidad política. Esta visión que amplía un poco el marco teleológico, no está concebida exclusivamente como un derecho facultativo, como una tutela de su interés individual, sino también como deber dirigido a la preservación del bien común.

Este derecho-deber de participación genera por tanto, derecho y obligaciones; y su ejercicio coloca al ciudadano en una serie de situaciones particulares respecto del estado, que pueden o no ser exclusivas. En orden a formar la voluntad de los órganos estatales, actuará por caso como elector, formando parte del cuerpo electoral; en lo que respecta a sostener económicamente a la organización estatal, será contribuyente, responsable, u otra situación jurídico-fiscal, formando el colectivo del padrón fiscal; y en lo que respecta a la defensa de dicha comunidad política, estará incurso en la situación jurídica denominada estado militar, que es objeto de la presente tesis. La cual lo integra en un colectivo organizado especial, dentro del estado, que recibe la denominación de Fuerzas Armadas.

13. Pérdida de la ciudadanía

La naturalización puede ser dejada sin efecto cuando ha mediado información falsa, ocultación, engaño o fraude de cualquier índole, en cuanto ello haya devenido en una: “*mutación u ocultación de la verdad cuyo conocimiento hubiera impedido el otorgamiento de la ciudadanía*”.¹⁹² Siendo la acción para solicitar tal nulidad, de naturaleza imprescriptible.

La falsedad de la información sobre la base de la cual se ha otorgado la carta de ciudadanía, es causal de cancelación de ésta; doctrina que no está limitada a los casos de informaciones en que los testigos afirman dolosamente como verdaderas circunstancias cuya inexactitud les consta, sino que comprende también los testimonios de favor, prestados por quienes no conocen a la persona a quien se refiere su testimonio.¹⁹³

El *Protocolo Adicional a la Tercera Conferencia Internacional Americana*¹⁹⁴, trata respecto de la condición de los ciudadanos naturalizados que renuevan su residencia en el país de origen. Una residencia de más de dos años en el país de origen es tomada como presunción *iuris tantum* de la intención de la persona de no regresar al país en el cual se naturalizó, y que renuncia a la nacionalidad adquirida por dicha naturalización.

¹⁹² Fallos: 212:321. En idéntico sentido Fallos: 138:281; 168:374; 170:419; 181:54; 250:768; 257:105, entre otros,

¹⁹³ CSJN, Fallos 212:321 (“Block”).

¹⁹⁴ Celebrada en Río de Janeiro el 13 de agosto de 1906, aprobado por ley 8.111 y en vigor para Argentina desde el 28 de septiembre de 1911. Vincula a la Argentina con Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá.

La privación de la ciudadanía, importa la cesación de un beneficio acordado en miras al doble interés del Estado y del individuo y por esa misma razón debe considerarse condicional¹⁹⁵.

La cancelación de la carta de ciudadanía no reviste carácter penal, sólo importa la privación de un derecho.¹⁹⁶

Produce la pérdida del ejercicio de los derechos políticos, pero no afecta a los derechos civiles que comparten unos y otros en los términos del art. 20 de la Constitución Nacional.¹⁹⁷

Es claro que la ciudadanía por naturalización se pierde por renuncia expresa o tácita del interesado.¹⁹⁸ Pero no es tan pacífica es la cuestión respecto de la nacionalidad nativa o por opción.

Bidart Campos entiende que la nacionalidad argentina nativa no puede perderse, y que una ley que contuviera causales de pérdida de la nacionalidad nativa sería inconstitucional, desde que ella es adquirida por aplicación directa de una norma constitucional. En cambio la nacionalidad adquirida, por opción o por naturalización, es revocable por causales razonablemente previstas por la ley. Como en el caso de la obtenida con fraude. La anulación del acto hace recobrar al individuo la condición de extranjero.

Para Sagües, en cambio, el art. 75 inc. 12 no es expícito respecto de la cuestión, pero parece inclinarse a admitirla bajo determinados supuestos.¹⁹⁹

14. Ciudadanía y deberes militares en el derecho latinoamericano

Como puede verse, todas las constituciones de nuestra región contienen previsiones que enlazan a la figura del ciudadano con determinados derechos-deberes militares. Brevemente pasaremos a exponer respecto de tales cláusulas.

El art. 8 de la Constitución de Bolivia expresa entre los deberes fundamentales de la persona, el de prestar los servicios civiles y militares que la Nación requiera para su desarrollo, defensa y conservación (inc. 6°).

En su art. 22 la Constitución de Chile impone a los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena. Sienta además que el principio constitucional que el servicio militar y demás cargas personales que imponga la ley son obligatorios en los términos y formas que ésta determine. Además, impone a los chilenos “*en estado de cargar armas*”, el inscribirse en los Registros Militares, si no estuvieran exceptuados por ley.

La constitución de Colombia expresa (art. 95) que “*El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades*”. Entre ellas: “*Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales*”

¹⁹⁵ CSJN, Fallos: 168:391; 203:185

¹⁹⁶ CSJN, Fallos 257:105 (“Berenstein”).

¹⁹⁷ CSJN, (Voto de los Dres. Ricardo Colombres y Esteban Imaz), Fallos 257:105 (“Berenstein”).

¹⁹⁸ CSJN, Fallos 182:289 (“Fiscal c/ Dos Santos, José”).

¹⁹⁹ Sagües, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, Tomo 1, 2° ed. Actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pag. 319.

En su art. 18, la Constitución de Costa Rica expresa que los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos.

Por su parte, en el art. 97 de la constitución de Ecuador se halla previsto como deberes y responsabilidades de los ciudadanos: (...) 2. *Defender la integridad territorial del Ecuador.*

En lo que respecta a México, en el art. 31 de su carta magna, entre las obligaciones de los mexicanos, se halla la de:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas publicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

II. Asistir en los días y horas designados por el ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadanos, diestros en el manejo de las armas y conocedores de la disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la guardia nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior

En el art. 36, correspondiente a las obligaciones del ciudadano de la república, se halla en su apartado II la obligación de alistarse en la guardia nacional.

En el art. 38, la Constitución del Perú sienta el deber de todos los peruanos de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Por su parte, la constitución de República dominicana, en su art. 9 expresa que:

“Atendiendo a que las prerrogativas reconocidas y garantizadas en el artículo precedente de esta Constitución suponen la existencia de un orden correlativo de responsabilidad jurídica y moral que obliga la conducta del hombre en sociedad, se declaran como deberes fundamentales los siguientes (...) b) Todo dominicano hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación.

Los venezolanos y venezolanas, de acuerdo al artículo 130 de su Constitución, tienen el deber de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación.

Asimismo, en virtud del art. 134, toda persona, de conformidad con la ley, tiene el deber de prestar los servicios civiles o militares necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública.

15. La Doble nacionalidad y sus consecuencias en el aspecto militar

La nacionalidad doble o plural puede ocurrir por cualquiera de los modos de atribución de nacionalidad, siendo un fenómeno que muchas veces escapa a la voluntad del individuo.

En el derecho internacional, revista la cuestión la naturaleza de un conflicto positivo de leyes, engendrado por las diversas posturas que los Estados toman para determinar a sus nacionales.²⁰⁰

La doble nacionalidad es un hecho no tratado en la Constitución Nacional²⁰¹, que no entra en pugna con el principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina impuesto constitucionalmente.²⁰²

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado, que la doble nacionalidad es una figura jurídica largamente reconocida dentro de la ley, pudiendo una persona tener y ejercer sus derechos en dos países y estar sujeto a las responsabilidades de ambos por igual. El hecho de que una persona haya adquirido los derechos de una ciudadanía no significa que haya renunciado a los de la otra.²⁰³

En los convenios de doble nacionalidad con España²⁰⁴, y con Italia²⁰⁵, se releva a los binacionales de ambos países del doble cumplimiento de sus obligaciones, bastando cumplirlas en uno, para que surta igual efecto en el otro. De esta forma, las obligaciones militares se consideran como cumplidas, una vez satisfechas en el país de origen. Los convenios determinan asimismo, el domicilio como el criterio de conexión, en virtud del cual el binacional queda vinculado a uno solo de los países por vez. A tales efectos, se prevee comunicaciones entre los Estados contratantes acerca de la adquisición de su nacionalidad por parte de los nacionales del otro Estado y de su traslado del domicilio al país de origen a los efectos antes señalados.²⁰⁶

Estos convenios son facultativos. Las personas pueden acogerse a ellos o continuar disfrutando de los beneficios que les otorgan las legislaciones de sus dos nacionalidades en lo que no sean incompatibles²⁰⁷.

La Argentina también ha celebrado tratados destinados a reglar específicamente las *obligaciones militares* de los argentinos que posean otra nacionalidad²⁰⁸, en donde se

²⁰⁰ Oyarzábal, Mario J. A.: Régimen internacional de la nacionalidad argentina. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

²⁰¹ Sagües, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, Tomo 1, 2º ed. Actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pag. 320.

²⁰² Art. 75 inc. 12 CN.

²⁰³ Kawakita v. U.S. 343 US 717 (1952).

²⁰⁴ firmado en Madrid el 14 de abril de 1969, aprobado por ley 18.957 y en vigor desde el 23 de marzo de 1971

²⁰⁵ firmado en Buenos Aires el 29 de octubre de 1971, aprobado por ley 20.588 y en vigor desde el 12 de septiembre de 1974.

²⁰⁶ Seguimos en esto y en el desarrollo ulterior de la cuestión a Oyarzábal, Mario J. A.: *Régimen internacional de la nacionalidad argentina*. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

²⁰⁷ Art 6º de ambos convenidos.

²⁰⁸ Con Francia (1927), Italia (1938), España (1948), Suiza (1957), Suecia (1959), Dinamarca (1962), Finlandia (1963), Bélgica (1963), Gran Bretaña (1963), Austria (1979), Alemania (1985) y los Países Bajos (1989).

establece que los binacionales que hayan hecho el servicio militar en el Estado de su domicilio o residencia, o que hayan sido exceptuados del mismo o realizado un servicio alternativo en el ámbito civil, no serán llamados a cumplir obligaciones militares en el otro Estado contratante, en tiempo de paz. La satisfacción de las obligaciones militares se prueba mediante la presentación de un documento oficial de las autoridades competentes.

El 1 de octubre de 2001 entró en vigor el *Protocolo adicional entre la República Argentina y el Reino de España modificando el Convenio de Nacionalidad*²⁰⁹, el cual establece que las personas quedarán sometidas a la jurisdicción y legislación del país que otorga la nueva nacionalidad para todos los actos que sean susceptibles de producir efectos jurídicos directos en él, pero también a la legislación de su nacionalidad de origen en todo lo que no sea incompatible con lo anterior.²¹⁰

En cuanto al ejercicio de los derechos políticos, de la ciudadanía, se aplica la legislación de cada uno de los países. Por lo que un argentino nativo o naturalizado que reside en España, país del que también es nacional, no podrá ejercer en la República los derechos políticos²¹¹, situación idéntica a la del argentino naturalizado en país extranjero con el cual la Argentina no tiene convenio de doble nacionalidad. En el caso inverso de un binacional hispano-argentino residente en Argentina, tiene el derecho de votar en las elecciones de España por correo o en el consulado español respectivo ya que se trata de un supuesto de doble nacionalidad autorizado por la Constitución, en cuyo caso conserva el pleno ejercicio de los derechos políticos²¹².

La ley argentina, por su parte, admite que pueda renunciarse sin desmedro de la nacionalidad argentina, al ejercicio de la ciudadanía, a fin de poder conservar cuando lo desee –y *reteniendo la nacionalidad argentina*– la nueva que hubiesen adquirido en el país de residencia.²¹³

La ley argentina, en cuanto a las relaciones internas, trata de hacer prevalecer la nacionalidad efectiva, por lo que los argentinos naturalizados en país extranjero no pueden ejercer en la República los derechos políticos.²¹⁴ Si hubieran trasladado su domicilio al país, podrán ser rehabilitados ante la Justicia Nacional Electoral.²¹⁵

Respecto del efecto de la adquisición de la doble nacionalidad en cuanto al estado militar, se ha mostrado cambiante la doctrina. Remitimos al respecto a lo desarrollado en el capítulo V, apartado 10.1.

²⁰⁹ firmado en Buenos Aires el 6 de marzo de 2001, aplicado provisionalmente desde la fecha de la firma y aprobado por ley 25.625.

²¹⁰ Art. 2.

²¹¹ Art. 8, ley N° 346.

²¹² En virtud del art. 23, Constitución Española.

²¹³ Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, Sesión del 9 de febrero de 1984, p. 484.

²¹⁴ Art. 8, ley N° 346.

²¹⁵ Oyarzábal, Mario J. A.: Régimen internacional de la nacionalidad argentina. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

16. Ciudadanía y Estado militar en el derecho argentino

Decíamos en nuestra enunciación de tesis que el estado militar es una forma de actuación de la ciudadanía. Esto trae como consecuencia que sólo los ciudadanos podrían ser militares, extremo que se ve reflejado en la legislación militar argentina.

Así vemos, que en la regulación de la ley 19.101 para la admisión al agrupamiento de oficiales, ello se ve reflejado en los siguientes términos:

Artículo 28.- El ingreso a las escuelas o institutos de reclutamiento del personal superior de las fuerzas armadas se concederá, según lo determine la reglamentación de esta ley, *únicamente a los argentinos nativos o por opción*. Los cadetes que hayan cursado satisfactoriamente dichas escuelas o institutos, egresaran de los mismos con el grado de subteniente, guardiamarina o alférez, según sea la fuerza armada a que pertenezcan.

De similar tenor es la norma, en dicha ley, respecto de los oficiales del cuerpo profesional:

Artículo 29.- La incorporación a los cursos o concursos de admisión para el reclutamiento del personal superior de las fuerzas armadas se concederá, según lo determine la reglamentación de esta ley, *únicamente a los argentinos nativos o por opción (...)*.

Dicho requisito de ciudadanía se exige también respecto del personal de suboficiales, cualquiera sea su forma de ingreso a la institución militar:

Artículo 31.- El ingreso a las escuelas o institutos de reclutamiento del personal subalterno de las fuerzas armadas se concederá, según lo determine la reglamentación de esta ley, *únicamente a los argentinos nativos o por opción*. Los aspirantes que hayan cursado satisfactoriamente dichas escuelas o institutos, egresaran de los mismos con el grado que para cada caso determine la reglamentación de esta ley.

Artículo 32.- La incorporación a los cursos o concursos de admisión para el reclutamiento del personal subalterno de las fuerzas armadas se concederá, según lo determine la reglamentación de esta ley, *únicamente a los argentinos nativos o por opción. (...)*

Entre la normativa de la ley N° 19.101 relativa al personal de tropa, encontramos igualmente tal requisito de ciudadanía:

Artículo 33.- El personal de voluntarios o marineros del cuadro permanente de las fuerzas armadas se reclutara con el que, habiendo satisfecho las exigencias que determine la reglamentación de esta ley, se incorpore voluntariamente a las mismas. *Este reclutamiento se realizara únicamente con argentinos nativos o por opción.*

En idéntico sentido se ha regulado la pertenencia a las reservas de las Fuerzas Armadas, en la 19.101:

Artículo 35.- El personal superior del cuadro de la reserva de las fuerzas armadas, se reclutara con: (...) 4º) *Los argentinos* que, habiendo cumplido sus obligaciones del servicio militar, pasen a la reserva con un grado de oficial, en caso de convocatoria. 5º) *Los argentinos* que, habiendo o no cumplido sus obligaciones del servicio militar, obtengan títulos, aptitudes o especializaciones calificadas para pasar a la reserva con un grado de oficial, en caso de convocatoria.

Artículo 36.- El personal de suboficiales del cuadro de la reserva de las fuerzas armadas, se reclutara con:(...) 4º) *Los argentinos* que, habiendo cumplido sus obligaciones del servicio militar, pasen a la reserva con un grado de suboficial en caso de convocatoria. 5º) *Los argentinos* que habiendo o no cumplido sus obligaciones del servicio militar, obtengan títulos, aptitudes o especializaciones calificadas para pasar a la reserva con un grado de suboficial en caso de convocatoria.

Artículo 37.- El personal de tropa del cuadro de la reserva de las fuerzas armadas, se reclutara con (...)3º) *Los argentinos* que, habiendo cumplido sus obligaciones del servicio militar, pasen a la reserva con el grado de soldado o marinero, en caso de convocatoria. 4º) *Los argentinos* que, no habiendo cumplido sus obligaciones del servicio militar, sean destinados a la reserva de las fuerzas armadas con el grado de soldado o marinero, en caso de convocatoria.

Donde se aprecia asimismo esta necesidad de ser ciudadano para poseer estado militar, es el caso de los argentinos que hayan prestado servicios militares en otros países. La circunstancia de haber servido en otras organizaciones militares distintas de las nacionales, no es obstáculo a su incorporación, la que se produce encuadrado dicho personal, en los incisos 5º de los artículos 35 ó 36 de la 19.101, en virtud del inciso 4º del artículo 37 para el caso de personal de tropa. Como dato ilustrativo de ello, la reglamentación (RLA1) de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea, dispone que *los argentinos que hayan estado incorporado a Fuerzas Aéreas extranjeras* y obtenido conocimientos que se consideren equivalentes a los que deben poseer en los grados de personal superior²¹⁶ o subalterno²¹⁷, o la categoría de tropa²¹⁸, siempre que tengan las aptitudes morales y físicas que se determinen, podrán ser incorporados al cuadro de la Reserva, en los dos primeros casos con la especialidad y grado que establezca la autoridad militar

Debe puntualizarse además, que como consecuencia jurídica necesaria que la condición militar se halla en una relación de género a especie respecto de la ciudadanía, la pérdida del estado de ciudadano, acarrea como necesaria consecuencia, la pérdida del estado militar, como también se observa en la regulación que la ley 19.101, en lo que hace de las causales de baja:

Artículo 20.- La baja, que implica la perdida del estado militar, se produce por las siguientes causas:(...) 7º) para el personal del cuadro permanente y cuadro de reserva, por pérdida de los derechos inherentes a la ciudadanía argentina.

²¹⁶ Parrafo 34, RLA1. Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina.

²¹⁷ Parrafo 40, RLA1. Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina.

²¹⁸ Parrafo 45, RLA1. Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina.

Del cotejo de normas antes detallado, es claro que en nuestro derecho nacional, el estado militar es una especie dentro del de la ciudadanía (como se afirma en nuestra tesis), por lo que a consecuencia de ello, éste último deviene en su un requisito necesario para la posesión del primero, como así también que la pérdida de aspectos esenciales del ciudadano acarrea como necesario implicancia la pérdida del estado militar.

17. Militares extranjeros y ciudadanía

17.1. Francia y la legión extranjera

El ordenamiento jurídico argentino reserva a los ciudadanos la posibilidad de adquirir el estado militar e integrar sus fuerzas armadas en tal carácter.

No resulta así en todos los países del mundo, pero aún en aquellos donde el extranjero es admitido como militar, e incluso en determinadas cuerpos de ejércitos en que tal calidad deviene en esencial, se aprecia la íntima vinculación entre ciudadanía y prestación de servicios militares.

Tomemos por caso, la regulación al respecto de legión extranjera francesa²¹⁹, un cuerpo que forma parte del ejército francés. Estando organizada bajo las mismas estructuras, dotada del mismo material, con iguales reglamentación y cumplen las mismas misiones que las otras armas (Infantería, Arma Blindada y Caballería, Ingenieros)²²⁰, generalmente destinadas para el servicio en ultramar.

*“Extranjeros convertidos en hijos de Francia,
no por la sangre recibida
sino por la sangre vertida”.*²²¹

Su particularidad de estar compuesta de extranjeros, viene directamente de la ordenanza real del 10 de marzo de 1831, que determinó su creación. Es una formación combatiente de varias armas, compuesta de extranjeros bajo comando francés.²²²

Asimismo, no sólo el personal de tropa, sino todo el personal de suboficiales son extranjeros, o franceses sirviendo bajo una ciudadanía extranjera, provenientes de entre los

²¹⁹ Republique Francaise. Ministère de la Défense. Armée de Terre: *Comment devenir legionnaire*. Página oficial en Internet. http://www.defense.gouv.fr/terre/orga/orga_gds_serv/index.htm [Consultado: 04 de setiembre de 2004].

²²⁰ “La Légion étrangère fait partie intégrante de l’armée française. Elle est organisée selon les mêmes structures, ses hommes servent les mêmes matériels, sont régis par les mêmes règlements et accomplissent les mêmes missions que les autres régiments de l’infanterie, de l’arme blindée cavalerie et du génie de l’Armée de terre”. Republique Francaise. Ministère de la Défense. Armée de Terre: *Comment devenir legionnaire*. Página oficial en Internet. http://www.defense.gouv.fr/terre/orga/orga_gds_serv/index.htm [Consultado: 04 de setiembre de 2004].

²²¹ “Etrangers devenus fils de France, non par le sang reçu/mais par le sang versé.” Divisa al comienzo de la parte de la página del ejército de tierra dedicada a la legión extranjera.

²²² La Légion étrangère tire son originalité des spécificités du statut à titre étranger qui découlent directement de l’acte de sa création, l’ordonnance royale du 10 mars 1831. La Légion est une formation combattante interarmes composée d’étrangers sous commandement français.

legionarios. La oficialidad es francesa, proveniente del régimen general del ejército, a excepción de un 10% que son extranjeros provenientes de las propias filas de la legión.²²³

Hay un total de 138 nacionalidades en la legión, predominantemente europeas.²²⁴ Se admite el ingreso de personas entre 17 a 40 años de edad, no necesitándose siquiera hablar el francés, el cual se les enseña como parte de su entrenamiento militar.

Si el candidato es elegido, firma un contrato incondicional de cinco años. En este caso, se compromete a servir en cualquier lugar donde la Legión decida enviarlo. El candidato que no reúne las aptitudes requeridas es dado de baja de inmediato y regresa a su país de origen.²²⁵

Sobre un total de entre 8 y 9 mil postulantes, la Legión contrata a unos mil por año, con una edad de inscripción que promedia los 23 años. El contrato a firmar se extiende a cinco años y es renovable. Se compromete en él a servir en cualquier lugar donde la Legión decida enviarlo. El legionario recibe al tercer año de su servicio, el derecho de residencia de por vida en suelo francés, y, si así lo solicita, la ciudadanía al término del lustro que estipula el acuerdo, bajo reserva de aceptación.²²⁶

Como puede verse, aun en estos casos hay un vínculo entre ciudadanía y estado militar. En el caso de los legionarios, la permanencia en su “*condition militaire*”, nuestro estado militar, hace nacer un derecho a la ciudadanía.

Así en el Código Civil francés, encontramos entre los modos de adquisición de la nacionalidad por decisión administrativa, a la conferida por decreto, a proposición del ministro de defensa, de los extranjeros que hayan combatido en las fuerzas armadas francesas.²²⁷

Puede asimismo naturalizarse sin condición de un periodo de residencia en Francia, el extranjero que ha cumplido efectivamente servicios militares en una unidad del ejército francés o que en tiempos de guerra ha contraído un compromiso voluntario en las fuerzas armadas francesas o aliadas.²²⁸

²²³ Ainsi tous les personnels non-officiers sont de nationalité étrangère ou des français servant à titre étranger. Les officiers sont des français appartenant au régime général de l'armée de terre à l'exception de 10% d'entre eux qui servent à titre étranger et ont donc été successivement légionnaire puis sous-officier.

²²⁴ Communauté multiethnique à dominante européenne, elle regroupe 138 nationalités. Les francophones représentent 42% de l'effectif total. Les engagés volontaires sont jeunes (23 ans) et d'un bon niveau général (12 en moyenne). Les étrangers, dont un sur deux vient de l'est de l'Europe, représentent 65% des candidats.

²²⁵ La Légion est exclusivement composée de volontaires engagés initialement pour 5 ans. Engagé comme célibataire en qualité de militaire du rang, le légionnaire servira pendant toute sa carrière par contrats successifs partout où la France décidera de l'employer. Tous les sous-officiers sont issus du rang légionnaire.

²²⁶ Lublin, Geraldine: La Legión Extranjera. ¿Héroes románticos o simples mercenarios? Revista digital de cultura Sitio al margen. [On line]. Disponible en: <http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/actualidad/legion/index.html> [Consultado: 04 de setiembre de 2004].

²²⁷ Art. 21-14-1, Code Civil Francés. Introducido por el art. 8 de la ley N° 98-170 del 16 de marzo de 1998. Publicada en el Journal Officiel del 17 de marzo de 1998 y en vigor desde el 1° de setiembre de 1998: “La nationalité française est conférée par décret, sur proposition du ministre de la défense, à tout étranger engagé dans les armées françaises qui a été blessé en mission au cours ou à l'occasion d'un engagement opérationnel et qui en fait la demande.

En cas de décès de l'intéressé, dans les conditions prévues au premier alinéa, la même procédure est ouverte à ses enfants mineurs qui, au jour du décès, remplissaient la condition de résidence prévue à l'article 22-1”.

²²⁸ Art. 21-19, Code Civil Francés. Introducido por el art. 8 de la ley N° 98-170 del 16 de marzo de 1998. Publicada en el Journal Officiel del 17 de marzo de 1998 y en vigor desde el 1° de setiembre de 1998: “Peut être naturalisé sans condition de stage : (...)4° L'étranger qui a effectivement accompli des services militaires

17.2. España y el acceso de residentes extranjeros

En el caso de España, la ley 32/2002, de 5 de julio de 2002, modificatoria de la ley 17/1999, de 18 de mayo, concerniente al Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, permitió el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal, que se rige exclusivamente por dicha Ley.²²⁹

En la exposición de motivos del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a las Fuerzas Armadas, se destaca el ánimo integrador e igualitario, que se plasma en la aplicación generalizada del régimen previsto para los españoles con idéntica condición, salvo por lo regulado en dicha norma.

No todo extranjero puede acceder a tales plazas militares, sino sólo aquellos procedentes de determinados países que reúnen las condiciones de vinculación histórica y cultural con España. También se determina, un cupo máximo inicial para ellos, fijado en el 2 por 100 del total de efectivos previstos de tropa y marinería profesional.

El acceso lo es sólo a ciertas especialidades y unidades militares, seleccionadas teniendo en cuenta con carácter prioritario la seguridad en la defensa militar, entendida ésta tanto en su aspecto interno como en el externo derivado de la participación de España en organizaciones internacionales de defensa.

Los extranjeros que acceden a este régimen, tienen una especificidad en la enseñanza de formación militar respecto de los españoles, que tiene a proporcionarles una instrucción adecuada respecto a los principios y valores constitucionales e institucionales de España, así como con relación a conocimientos básicos históricos y culturales de dicho país.

Las plazas militares a las que se puede acceder, a diferencia del caso de la legión extranjero francesa, no son exclusivas para los que carecen de la nacionalidad española, sino que son parte proporcional de las globales existentes, de tal forma que, si bien tienen limitación en cuanto a especialidades y unidades de acceso, dichas plazas son de oferta general sin que, por tanto, quede eliminada la concurrencia con españoles que de manera igualitaria pueden concursar a dichas plazas.

La residencia legal en España, es un requisito necesario para el acceso, se concreta en la exigencia de encontrarse en las situaciones de residencia temporal o permanente en España, recogiendo así las dos situaciones que con el término de "residencia" se concretan en el artículo 29 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Se articula, también, el procedimiento para conceder prórroga o demora en la finalización de compromiso suscrito por extranjeros cuando éstos hubieran instado la concesión de la nacionalidad española.

dans une unité de l'armée française ou qui, en temps de guerre, a contracté un engagement volontaire dans les armées françaises ou alliées “.

²²⁹ Tal norma ha sido reglamentado por Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Reglamento de Acceso de Extranjeros a la Condición de Militar profesional de Tropa y Marinería. Publicado en el BOE del 30/11/2002.

Por último, se regula la circunstancia de que el extranjero que ya forma parte de las Fuerzas Armadas adquiriese la nacionalidad española y continuara prestando servicio, en cuyo caso desaparecen totalmente las limitaciones que pudiera tener en razón de la nacionalidad extranjera, reconociéndosele asimismo el tiempo de servicio prestado, ya sea respecto al extranjero que continúa en las Fuerzas Armadas tras adquirir la nacionalidad española o con relación a aquel que pretendiera acceder como español tras haber prestado en su momento servicio como extranjero.

Un último aspecto a destacar que contiene el Reglamento es refiero a la expedición de certificación acreditativa de ciertos extremos, que surtirá plenos efectos en el expediente de concesión de la nacionalidad española en caso de que ello fuera instado por el interesado.

En esta forma, el militar profesional de tropa y marinería extranjero que se proponga adquirir la nacionalidad española podrá solicitar del jefe de su unidad la expedición de una certificación acreditativa²³⁰ de cuantos extremos le constaren acerca de los hechos y circunstancias prevenidos en los expedientes de nacionalidad regulados en la normativa del Registro Civil y, en particular, los relativos a:

- a) La identidad y estado civil.
- b) El tiempo de servicio prestado en las Fuerzas Armadas, con indicación del lugar de su residencia durante dicho período y, en su caso, el tiempo de servicio que le resta de compromiso.
- c) La conducta observada durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, con especial mención a su grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles y a la Institución Militar en particular.

Si tal certificación es solicitada a la finalización o resolución de su compromiso, la cual contendrá además mención expresa al motivo de esta última.²³¹

Tales certificaciones surtirán plenos efectos acreditativos en los expedientes de nacionalidad regulados en la normativa del Registro Civil, sin perjuicio de los informes que, en todo caso, deban solicitarse conforme a lo dispuesto en dicha normativa.²³²

²³⁰ Art. 19.1 del reglamento anexo al Real decreto 1422/2002.

²³¹ Art. 19.2 del reglamento anexo al Real decreto 1422/2002.

²³² Art. 20 del reglamento anexo al Real decreto 1422/2002.

CAPÍTULO II

El militar y la Organización estatal

La guerra es una cosa horrorosa, pero no es la más horrorosa de las cosas. Un estado moralmente degenerado, carente de un sentimiento patriótico y que imagina que no hay nada tan importante que valga una guerra, es peor. La persona que no tenga nada por lo cual luchar, nada que sea más importante que su seguridad personal, es una criatura infeliz y no tiene posibilidades de ser libre, a menos que esta libertad sea conseguida por los esfuerzos de hombres mejores que él.

John Stuart Mill

1. Origen etimológico y significación jurídica del término

El término militar deriva del latín *militaris*, haciendo alusión a lo perteneciente a la milicia o la guerra, por contraposición a lo civil.¹

En cuanto a sus orígenes, Joan Corominas², lo conceptúa al vocablo como el adjetivo y sustantivo, tomado del latín *militaris* que significa “*perteneciente al soldado o a la guerra*”, derivado a su vez del *miles*, -itis “*soldado*”. Militar también admite la descendencia desde la palabra *militare*, la cual significa “*practicar el ejercicio de las armas*”.

Romero dice que los palabras *milicia*, *militar*, se hallan vinculadas al hecho que, antiguamente, de cada mil hombres, se elegía uno para defensor de la tierra o soldado.³

Nos expresa Ulpiano, en sus Comentarios al Edicto⁴ que:

“ El militar (miles) se llama así por la milicia (militia), esto es por las incomodidades que sufre por nosotros, o por la multitud, o por el mal que suelen evitarnos, o por el número de mil hombres, tomado de la palabra griega tagmate; porque los griegos llaman tagma a la multitud de mil hombres, como quien dice uno de cada mil; por lo que llamaban

¹ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, vigésima primera edición, Espasa, Madrid, 1992. Tomo II, pag. 622.

² Con la colaboración de José A. Pascual, Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, Volumen IV, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Gredos, Madrid, 1989, pag. 77.

³ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957,. pag. 3/5.

⁴ Libro XLV. Recogido en el Digesto Justineano, L. 29, tit. 1, 1, pag. 1. Lo entre paréntesis nos pertenece.

tagmate a su comandante (ducem); el ejército (exercitus) se denomina así de la palabra ejercicio”.

En las Partidas de Alfonso el sabio⁵, la segunda ellas les dedica el título XXI⁶, explicando en la primera⁷ de las veinticinco leyes que integran tal título, las razones del nombre, entroncándolo con la denominación romana, en los siguientes términos:

“Caballería fue llamada antiguamente la compañía de los nobles omes, que fueron puestos para defender las tierras. E por esso le pusieron nome en latín militia: que quiere tanto decir, como compañías de omes duros e fuertes, e escogidos, para sufrir trabajo e mal: trabajando e lazrando, por pro de todos comunalmente. E por ende ouo este nome de cuento de mill, ca antiguamente de mill omes escogian vno para fazer caballero. Mas en España llaman caualleria, non por razon que andan caualgando en caualllos: mas por que bien así, como los que andan a cauallo, van mas honrradamente que en otra bestia, son mas honrados, que todos los otros defensores. Onde así como el nome de caualleria fue tomado de compañía de omes escogidos, para defender, otrosi fue tomado el nome de cauallero de la caualleria”.

Cabe destacar que en tales tiempos, el reino en cuanto comunidad política, no resulta una suma de individuos, sino que se integra en un orden estrictamente jerárquico. Por encima de la masa de población, se alzan tres estamentos privilegiados, que se rigen por normas, leyes y hábitos que les resultan privativos. No se trata de clases sociales porque no los define su posición económica, sino la función a cumplir. Los nobles caballeros tenían a su cargo la guerra y el servicio al rey. Los clérigos el estudio y la mediación entre Dios y los hombres, y los comunes las tareas que permitieren producir bienes materiales. Son *“brazos que permiten el cuerpo mismo de la monarquía funcionar”*.⁸

El advenimiento de la época moderna, y luego la revolución francesa, marcarán una evolución del concepto. Como lo expresa Salcedo Ruiz⁹:

“Contra estos abusos del antiguo régimen reaccionó el espíritu moderno. El ejército debe ser mandado por el rey pero no es el rey, no es siquiera de la Nación o el Estado, sino la Nación o el Estado mismo, en cuanto dispone, organiza y emplea sus fuerzas para defenderse de los extraños... El soldado ... es el ciudadano que , correlativamente a sus derechos civiles y políticos, tiene deberes que cumplir, funciones unos y otros de su ciudadanía ”.

⁵ Tomada de Martínez Alcubilla, Marcelo, Códigos antiguos de España. Desde el fuero Juzgo hasta la novísima recopilación, López Camacho impresor, Madrid, 1885, pág. 331.

⁶ *“ De los cavalleros e de las cosas que les conviene fazer”*

⁷ *“Ley I.- Porque razones la caballería e los caballeros ouieron así nome”.*

⁸ Suárez Fernández, Luis, Primera forma de Estado, en Real Academia de la historia, España. Reflexiones sobre el ser de España, 3º ed., Madrid, 1998, pag. 133/4.

⁹ Salcedo Ruiz, Angel, Sustantividad y fundamento del derecho militar. Discursos de recepción ante la real Academia de Ciencias Morales y Políticas, T XX, mayo de 1912, mayo 1914, Madrid, 1916, pág. 437.

Como puede verse, el concepto de militar se halla asociado a la organización de la comunidad política, a un contexto particular asociado a la defensa de su existencia, y a un orden jurídico que enlaza y sirve de marco todo lo anterior.

Es por ello que debe verse ahora lo atinente a los presupuestos de lo castrense.

2. Necesidad de análisis previos: los presupuestos de lo militar.

Lo militar no es una ocupación que pueda surgir por la sola voluntad personal. Y más aun, no pocas veces surge con indiferencia de ella (v.g. reclutamiento forzoso).

Y si bien siempre hay otro en el actuar humano, en el caso militar, el fin protectivo de la actividad, acarrea necesariamente la existencia del protegido como una exigencia de su existencia.

Asimismo, tal protección no es de naturaleza individual, sino social, lo que lleva a que debe brindarse dentro de una organización o estructura.

Es por ello que no puede analizarse sin más la figura militar, desde lo subjetivo, sin de modo previo tratar con estas cuestiones. Lo referente al colectivo al cual sirve (comunidad política) y a la organización desde donde lo sirve (Fuerzas Armadas).

Hemos visto en el Capítulo I, la vinculación particular con que el derecho enlaza a las personas respecto de determinadas situaciones, llamadas estados, y la especial vinculación jurídica que nuestro derecho dispone entre uno de ellos, el estado de ciudadanía y la ocupación militar. Lo que determina, a diferencia de otros países, que sólo los ciudadanos pueden ser militares, y como necesaria consecuencia refleja, los militares argentinos serán todos ciudadanos.

Esto lleva aparejado, no sólo que la actividad militar es una actividad que se encuadra como especie dentro del ejercicio del estado de ciudadanía, sino que ella se constituye en parte de la relación política entre el individuo y su comunidad política, adquiriendo entonces su actividad, naturaleza de estatal.

Dado entonces que el militar sólo puede existir a partir de su inserción dentro de una organización castrense¹⁰, y que las Fuerzas Armadas resultan un elemento esencial, al decir de Martínez Muñoz¹¹, de la Nación que se concreta en Estado, de ello se sigue que no puede estudiarse integral y racionalmente lo jurídico militar sin partir, aun someramente, de un análisis de dichos elementos.

Por ello, preliminarmente, y antes de tratar al militar en sí mismo, debemos comenzar por referirnos a la institución estatal. Lo haremos primeramente de modo general, para luego entrar en los aspectos específicos que caracterizan al Estado argentino, que es el particular que nos interesa en el presente, atento los términos de nuestra tesis.

Lo atinente a la consideración en particular de las Fuerzas Armadas, por su parte, será objeto de tratamiento en el capítulo III.

¹⁰ Ello va ínsito en la misma definición legal de estado militar, dada en el art. 5° de la ley N° 19101: "... *la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos, para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de la Fuerzas Armadas*".

¹¹ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 3.

3. La búsqueda humana de organización

El ser humano en todo tiempo y lugar siempre ha buscado fórmulas para solucionar las necesidades individuales o personales, así como las necesidades colectivas o comunitarias. Las primeras, inicialmente encuentran su origen en el preservar la existencia misma de su vida, como en sus ansias de evolución y desarrollo. Las segundas, tienen su génesis en la conservación de una familia, de un núcleo espontáneo societario o una organización incipiente de índole civil, que desea proyectar de a una estructura social media¹².

Esto puede verse de dos puntos de vista: desde su consecuencia más completa (la administración estatal), bajo la óptica de las competencias y facultades; o desde su causa: la necesidad del hombre de proteger los aspectos más valiosos de su existencia.

Puede verse entonces que, desde los orígenes mismos de los agrupamientos humanos, la idea de su resguardo o protección es un elemento constante.

Pues toda organización comienza con un *deliberare*, que reclama unidad de acción; los diversos miembros (o futuros miembros) discuten la finalidad del grupo, y una vez logrado el acuerdo, se pasa al *agere* o unidad de decisión que hace realidad la creación hasta entonces puramente teórica¹³.

Desde éste último punto de referencia, o su estudio por las causas, vemos en tal proceso evolutivo, la necesidad del hombre por conformar un rudimento de administración, entendiéndola como aquél producto del genio organizativo del hombre, de su dimensión social. Esta necesidad así planteada, busca satisfacer el espíritu innato, casi genético del humano por vivir en un ambiente asociativo, en comunidad. De esta forma el ser humano encuentra en la simple asociación, el primer y arcaico modo de sobrevivir en cualquier medio¹⁴.

Desde que el ser humano posee una dimensión social que le resulta ínsita, tiende a organizarse y cooperar con sus semejantes. El hombre influirá asimismo en ese medio que a su vez lo condiciona, modificándolo con su voluntad creadora, en pos de cubrir sus necesidades, a resultas de lo surgen las manifestaciones de la cultura.¹⁵

En este sentido puede apreciarse que en la historia de la humanidad, ha existido un desarrollo de las organizaciones sociales partiendo con las tribus nómadas, donde comienza la organización para la recolección de frutas y la caza de animales, y después con el descubrimiento de la agricultura da paso a la creación de las pequeñas comunidades¹⁶.

¹² Riascos Gómez, Libardo Orlando, La administración estatal y el sistema de fuentes formales en el derecho administrativo colombiano, a partir de la constitución de 1991 [On line]. Disponible en: <http://www.libardo.50megs.com/DERECHOPUBLICO/> [Consultado: 16 de febrero de 2003].

¹³ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 60.

¹⁴ Riascos Gómez, Libardo Orlando, La administración estatal y el sistema de fuentes formales en el derecho administrativo colombiano, a partir de la constitución de 1991 [On line]. Disponible en: <http://www.libardo.50megs.com/DERECHOPUBLICO/> [Consultado: 16 de febrero de 2003].

¹⁵ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 14.

¹⁶ Ortiz, José Alberto, Historia de la Administración, El observador digital, octubre de 2002 [On line]. Disponible en: <http://www.observador.com.mx/documentos.htm> [Consultado: 19 de octubre de 2002].

Aquí es donde podemos ubicar el inicio del concepto de Nación que postula Martínez Muñoz¹⁷, como una fórmula de convivencia humana, que aparece y se perpetúa a través de la historia, como consecuencia de la naturaleza social del hombre:

*“Una Nación es ante todo, un proceso definido y enérgico de vida social, con todos sus antecedentes y consecuencias. Parte de una necesidad humana tan simple como esencial: la de vivir o, mejor dicho, la de convivir. Su finalidad última estriba, precisamente, en la satisfacción de dicha necesidad. Sus atributos necesarios, una “voluntad”, esto es, un querer realizarse y, su secuela obligada, un “poder”, esto es, una posibilidad de plena realización”.*¹⁸

En tal proceso de realización vemos desde antiguo, la función protectora, la que da lugar dentro del grupo a la asignación de tareas en tal sentido: aquellos que deben permanecer despiertos en tanto los otros duermen, para avisar de peligros o mantener encendido el fuego, que aleje a los animales hostiles o proporcione el calor vital a los demás miembros. Tales resultan los antecedentes más rudimentarios de la función militar actual.

Si todos los asociados en esta organización civil tienen igualdad de oportunidades, derechos y obligaciones, es obvio que la distribución de labores diversas les produzcan satisfacciones personales, y la búsqueda de cubrir necesidades superiores. Lo que se traduce en una complejización de la estructura social, y en la necesidad que ella confiera a determinado órgano, en representación de los demás, un poder, una jefatura, un liderazgo, una cabeza visible de una organización ya política, aun cuando fuese primitiva¹⁹.

En el ámbito sociológico, estos procesos ocurren tanto mediante procesos de objetivación, en virtud de los cuales las formas sociales se independizan de sus creadores, como de reedificación, fenómeno que a más de la objetivación, le imprime a la forma una suerte de sacralización destinada a asegurar su permanencia en el tiempo.²⁰

Es entonces cuando la organización política nacida de un núcleo social-civil, comienza a imponer parámetros antes no vistos²¹. En efecto, el poder de dirección de un conglomerado humano no sólo satisface sus necesidades individuales y colectivas, mediante la cooperación o interrelación directa, sino que se expande a grandes núcleos humanos, sin relación de vecindad próxima. El gobierno se torna indirecto, a través de individuos con especial dedicación al tema.

¹⁷ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especiales págs. 3/8.

¹⁸ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 4.

¹⁹ Riascos Gómez, Libardo Orlando, La administración estatal y el sistema de fuentes formales en el derecho administrativo colombiano, a partir de la constitución de 1991 [On line]. Disponible en: <http://www.libardo.50megs.com/DERECHOPUBLICO/> [Consultado: 16 de febrero de 2003].

²⁰ Berger, Peter, y Luckmann, Thomas, La construcción social de la realidad, trad. De Silvia Zuleta, 1º ed. Amorrortu editores, Buenos Aires, 1968, cap. 2.

²¹ Riascos Gómez, Libardo Orlando, La administración estatal y el sistema de fuentes formales en el derecho administrativo colombiano, a partir de la constitución de 1991 [On line]. Disponible en: <http://www.libardo.50megs.com/DERECHOPUBLICO/> [Consultado: 16 de febrero de 2003].

Lo anteriormente expuesto ocurre, con matices, cualquiera sea la doctrina que se adopte respecto del origen del Estado (familiar, patrimonial, contractual).²²

Vemos aquí pues, como la Nación, comienza a concretarse en Estado, a fin de lograr una mejor satisfacción de sus necesidades vitales.²³

La necesidad de dirección, y de cubrir las necesidades básicas de un conglomerado cada vez mayor, diverso, y complejo, genera todo un universo de pedidos, demandas, reclamos, acciones y conflictos, que curiosamente fortifican la organización cuando aquella produce mecanismos, procedimientos y reglas de solución, a través de organismos que cubren con un criterio de justicia, las necesidades de quienes solicitan y son destinatarios de su actuar.

Pues el Estado es fruto de la acción humana, resultando una sociedad, y en esto se distingue de la Nación, que no asume tal característica. Nación y Estado son dos nociones distintas, y complementariamente la Nación es una comunidad frente a la sociedad que es el Estado. Ambas comparten el rasgo de ser agrupamientos humanos, pero en la sociedad los hombres que lo constituyen han decidido en común buscar objetivos comunes.²⁴

Uno de tales objetivos, como lo veremos en el presente capítulo, será el dar una respuesta organizada a la necesidad de protección innata en el ser humano.

4. El Estado como presupuesto necesario del militar y su status

4.1. Origen y desarrollo etimológico

Los griegos llamaron al Estado Πόλις, que era idéntico a ciudad, desde que entre los griegos la noción de Estado era la de el Estado ciudad o sobre la ciudad Estado, sin llegar nunca a entender al Estado como dotado de una gran extensión territorial. Por ello, cuando se habla de tales Estados, se los describe como un conjunto de habitantes. No hubo palabra que denotara la relación en que se encuentra el territorio respecto a los habitantes, entre los griegos, si bien se ha expresado que el término χώρα, que describe el territorio del Estado en oposición a ciudad, resulta sinónimo de Πόλις.²⁵

Se habla a menudo, en el mismo sentido también de la Πόλις, identificando a los atenienses, tebanos, corintios, con sus comunidades respectivas. Cuando se considera al Estado como la totalidad de la comunidad de un pueblo, es decir de forma objetiva, se le llama τό κοινόν. Es de destacar que en todos estas significaciones, el elemento real queda sumamente desplazado por el personal.

Es por ello que la comunidad de ciudadanos es lo que se identifica con el Estado; y de allí que la situación del individuo dentro del derecho público, no se halla condicionada

²² Para un mayor detalle respecto de las posturas sobre el origen de la organización estatal, que escapa al presente, véase Martínez Paz, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988, pág. 247/254.

²³ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especiales págs. 4/5.

²⁴ Martínez Paz, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988, pág. 210/1.

²⁵ Jellinek, Georg, Teoría general del Estado. Tomo primero. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo de Fernando de los ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1914, pág. 156/65. A quien seguimos, salvo cita en contrario, en cuanto al desarrollo de la etimología del concepto.

por la pertenencia a un territorio, sino por el hecho de formar parte de una comunidad de ciudadanos. O por una relación de protección respecto a éstos.

En idéntico sentido, se manifestó la terminología política entre los romanos. El Estado es la *civitas*, la comunidad de los ciudadanos. O la *res publica*, la cosa común al pueblo todo, palabra que se corresponde a la expresión griega *τὸ κοινόν*.

Italia y las provincias son, primero y principalmente, países aliados y dependientes de la gran ciudad. La capacidad plena del derecho de ciudadanía, como ha podido verse en el capítulo I, en un primer momento y durante bastante tiempo, sólo se le concede á aquellos que han sido admitidos a formar parte de la comunidad de la ciudad.

El *civis romanus*, es, y permanece siendo durante bastante tiempo, únicamente el ciudadano de la ciudad de Roma; pero sobre la ciudad de Roma y a lo largo de varios siglos, se edificó por la conquista, el más poderoso Estado territorial de la antigüedad. Ésta transformación, sin embargo, únicamente llega a expresarse de un modo imperfecto en la terminología romana. Pues se identifica el poder de mando, propio del gobierno, con el Estado romano, colocando en tal forma como equivalentes a la *respublica* y el *imperium*, con lo que el elemento más esencial del Estado pasa a ser el poder del mismo y no los ciudadanos.

Así, la *res populi* se convierte en *res imperantis*. En igual sentido que en Grecia, además de estas denominaciones, se utiliza la de pueblo para expresar el Estado, significando en modo abstracto, tanto *populus* como *gens*, Estado.

En el bajo latín empléase en vez de *res publica* la expresión más abstracta *status reipublicae*.²⁶ O también la expresión *status romanus*, en la acepción de Estado Romano²⁷.

En el mundo germano, la palabra alemana *reich* corresponde a la latina *regnum*, de la cual proceden *rigne*, *regno*, *reign*, y significa primariamente dominación, y dominación de un príncipe. Al igual de lo que ocurre con las expresiones que proceden del vocablo latino *imperium*, ya fueren imperio o empire. No existiendo por este tiempo, expresiones generales para designar ni las monarquías ni las repúblicas.

En la Edad Media, se afirma la concepción que privilegia en su denominación, el elemento territorial. Así los nombres de *land*, *terra*, *terrae*. En un todo de acuerdo con las ideas que hacían derivar el poder político, de la propiedad del suelo.

Términos como *ciudad*, *burg* o *wik* resultan modos territoriales por este tiempo, y en oposición a su consideración en el mundo antiguo. La voz latina *civitas* es un concepto local, y de ella se deriva en primer término, *civis*, y después *citoyen*, *citadin*, *cittadino* y *citizen*.

La existencia de una palabra general, que comprendiese la formación total del Estado, fué atendida en Italia, para atender a la necesidad de comprender de modo integrador a las muy disímiles formas de comunidad política organizada que allí existían.

Es entonces cuando comienza á usarse la voz *stato*, que va unida al nombre de una ciudad, creando de tal modo, un término “*incolore*” aplicable a todos, tanto monarquías como repúblicas, grandes o pequeños, Estados ciudades o Estados territoriales. Probablemente, el sentido de esta palabra corresponde al de la antigua *status*, es decir, la constitución, el orden. Ya al comienzo del siglo XV se usaba en este sentido, y á principios del XVI se emplea *stato* como la expresión corriente para designar a todo Estado. Con la

²⁶ Ulpiano, lib. I, § 2, b. de just et jure, I, I.

²⁷ Aurelio Víctor, De Caesaribus (escrito en el año 360), cap. XXIV, § 9.

aparición de la idea moderna del Estado, nace igualmente la voz que le corresponde. Así, por caso la utiliza Maquiavello en el inicio de *El Príncipe*.

Es por ello que se expresa que la palabra Estado, en el sentido que la usamos en el presente, es una creación moderna, no pudiendo ser llevada más allá del siglo XV.²⁸

Durante los siglos XVI y XVII penetra también esta palabra en el lenguaje francés y alemán. En el curso del siglo XVIII se consolida esta expresión, sin duda bajo el influjo de la literatura de la ciencia del Estado, y se designa con esta voz á la totalidad de la comunidad política.

Al final del citado siglo se termina este proceso correspondiente a la transformación operada en la conciencia general que llevó a convertir los territorios en Estados. Sin embargo, la voz Estado conserva un doble sentido cuyo rastro se deja sentir hasta en nuestros días. Así, por ejemplo, se llama Estado á las provincias o territorios que tienen una constitución particular.

A más de la voz Estado se usan hoy otras varias para expresar la idea de comunidad política. *Volk*, *nation*, *nazione*, *nación* son reminiscencias de los antiguos modos de expresión, transmitidos mediante *jus gentium* principalmente, usándose como equivalentes a Estado, en determinados supuestos.

4.2. ¿Qué es el Estado?

El primer problema que el concepto de Estado como organización política nos plantea, es el de indagar acerca de su naturaleza. En líneas generales, podemos decir que las respuestas se dividen en dos grandes grupos: aquellos que lo entienden como una esencia, es decir que es algo en sí mismo, llamadas “afirmativitas” o sustancialitas y las doctrinas instrumentalistas, para las cuales no resulta otra cosa que una ordenación de hombres con un sentido determinado.²⁹

Nos inclinamos por el segundo grupo, por los motivos que seguidamente, y dentro de lo necesario al enfoque del presente, expondremos.

En términos filosóficos, el Estado es la unidad de orden y de fin. Esto significa que tiene una cierta prioridad sobre la sociedad civil, dado que en función de esa unidad de orden y de fin, despliega un aparato para intervenir en mayor o menor escala en ella. Lo hace a través del gobierno, que es el órgano de conducción, y de la administración, que está encargada de la ejecución de las decisiones. Este esquema es, en realidad, una forma estática de enfocar una realidad dinámica y, sobre todo, mucho más rica, en la cual lo político y lo administrativo están íntimamente vinculados³⁰.

Escapa a los fines de la presente obra realizar un análisis meduloso de la realidad estatal, pero resulta necesario hacer algunas consideraciones muy básicas sobre el tema, a fin de introducir de mejor forma, a la consideración de los aspectos estatales con vinculación a lo militar.

²⁸ Martínez Paz, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988, pag. 187.

²⁹ Martínez Paz, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988, pág. 197/204. A donde puede acudir para una mayor exposición de las distintas posturas.

³⁰ Dalbosco, Hugo Luis, La reforma del Estado en sus aspectos estructurales y de gestión, en diario Eldial.com Año V - N° 1062, del viernes, 14 de Junio de 2002 [On line]. Disponible en: <http://www.eldial.com.ar/nuevodial/vie7.asp>. [Consultado: 14 de junio de 2002].

Es por ello que nuestra visión del Estado será dirigida desde el campo del derecho público, y no desde la ciencia política, sin perjuicio de echar mano a sus aportes.

El maestro Rossetti³¹, define al Estado como, “... *la unidad organizada de decisión y acción, de base territorial y soberana que por medio de una ordenación normativa (el derecho) aspira la bien común*”. La influencia de Heller es evidente. Éste, por su parte³² advierte como caracteres del Estado, “*la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de decisión y acción*”. La decisión corresponde al gobierno y la acción, a la administración. Que en lo que atañe a los temas de su defensa, resultan ser las Fuerzas Armadas.

Como lo enuncia Rossetti en su definición, la razón de ser del Estado no reside en sí misma, sino que resulta ser externa al mismo y subordina toda su actuación. A su vez, dicho actuar debe encarrilarse por la vía del derecho. Para lograr su fin debe emplear tal medio.

De ello se sigue que todas las representaciones formales jurídicas de la supremacía del Estado, que tienen su razón de ser cuando se les da un valor hipotético, dejan de tener sentido al hacerlas pasar, del mundo de las posibilidades jurídicas, al de la realidad de la sociedad. Esto corresponde a las fuerzas históricas que forman y destruyen lo esencial de los Estados, lo que está más allá de toda construcción jurídica.³³

Como puede verse, nos enrolamos entre los partidarios de la tesis del Estado-Medio, “servidor del bien común”, al decir de Sagües³⁴. Por nuestra parte, preferimos la expresión “garante del bien común”.

El bien común no es otro que la satisfacción de las necesidades dignificantes del ser humano, en primer lugar, y las que hagan a su mayor comodidad de vida, seguidamente. La razón de ser del Estado es la predisposición para satisfacer la necesidad del elemento humano población que resolvió instituirlo. Surge la misma de la necesidad, no de un hombre aislado, sino de una reunión deliberada de hombres. Y por tal origen, su única justificación reside en la atención de tales necesidades, comunes en principio, pero también individuales.

Así, por ejemplo, queda patentizado en el concepto de Jellinek³⁵ sobre el Estado en el sentido de ser la “*asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva común*”.

Como puede verse, el Estado surge de una organización, realizada por los hombres en función de sus necesidades sociales. Surge de una organización de hombres y actúa en función de ella. Y procura atender esas necesidades, comunes en principio, pero también individuales cuando resultan las mismas estar asentadas en valores de importancia para el grupo social. Esa es su razón de ser. Cuanto mejor cubra las necesidades de las personas que alcanza, mayor será su nivel de legitimidad. Y a la inversa³⁶.

³¹ Introducción al estudio de la realidad estatal, pág. 89.

³² Teoría del Estado, trad. de Luis Tobbio, 2º ed., Méjico, 1947, pág. 215.

³³ Jellinek, Georg, Teoría general del Estado. Tomo primero. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo de Fernando de los ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1914, pág. 156.

³⁴ Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, pag. 237.

³⁵ Jellinek, Georg, Teoría General del Estado, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1954. pág. 197.

³⁶ Carranza Torres, Luis, Procedimiento y Proceso Administrativo en Córdoba. Volumen 1: El Procedimiento Administrativo, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999, págs. 16/7.

Entre tales necesidades, se destaca la de asegurar su propia supervivencia, en primer término, y la de preservarse de ingerencias extrañas que obstaculicen o anulen la consecución de sus objetivos esenciales.

4.3. Funciones del Estado.

La Nación concretada en Estado, procura y persigue el cumplimiento de todas las funciones y actividades necesarias a su propia y esencial finalidad. Estas funciones, múltiples y aparentemente dispersas, nos lo muestran bajo la apariencia de un organismo más complejo cada día. Este organismo aparece así integrado por una indeterminable serie de instituciones interrelacionadas y orientadas en su conjunto, con conciencia más o menos clara de ello, hacia aquel propósito último y esencial de la convivencia.³⁷

Hemos visto más arriba que si Estado es la unidad de orden y de fin, y su misión es ser garante de los derechos y promotor del bien común, para cumplirla es investido de un "imperum", el que se desarrolla las funciones de soberanía; desarrollo y adaptación y en el ejercicio de ciertas potestades clásicas o universales, y de ciertas potestades exclusivas ligadas a las peculiaridades nacionales, que se organizan en la prestación de una serie de servicios a través de organizaciones propias o encomendadas a terceros, de reglas e instituciones³⁸.

Pues toda forma política, impone al poder un mínimo de actividad en relación con el orden social deseable. Esa actividad se traduce en funciones orientadas a dar satisfacción a los requerimientos y demandas sociales, organizando la cooperación social territorial, mediante la realización del derecho³⁹.

El Estado tiene una función general de "organizar la cooperación territorial". Su función social, en los términos de Rosetti. De ella se desprenden otras más especializadas. Tales como la legislativa, la jurisdiccional, la gubernativa, la cultural, etc.

Pero no debemos caer en el error de confundir las funciones estatales, con los órganos encargados de actuarlas. Modernamente se ha afirmado que el poder del Estado es único, y los llamados "poderes" (v. g. Ejecutivo, legislativo, judicial) son funciones del mismo. Es cierto lo primero, más nos encontramos en desacuerdo con la segunda parte. Pues cada "poder" (departamentos del estado), no lleva a cabo una única y exclusiva función, sino que en mayor o menor grado, participa de todas las del Estado. Sin perjuicio de encarar de manera principal alguna de ellas. Esto es así, ya que la actividad estatal, como que emana de un mismo poder y se dirige a un mismo fin (el de la satisfacción del bien común), se encuentra interrelacionada. De allí, para prevenir excesos, la garantía de la "división de poderes". Y que en la práctica nos encontremos muchas veces frente a discusiones y pareceres sobre donde se encuentra con precisión el límite interno de actuación de los distintos departamentos estatales (poderes).

³⁷ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especiales págs. 4.

³⁸ Dalbosco, Hugo Luis, La reforma del Estado en sus aspectos estructurales y de gestión, en diario Eldial.com Año V - N° 1062, del viernes, 14 de Junio de 2002 [On line]. Disponible en: <http://www.eldial.com.ar/nuevodial/vie7.asp>. [Consultado: 14 de junio de 2002].

³⁹ Garrone, Alberto, Diccionario jurídico Abeledo Perrot, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 103.

No es raro encontrar en las posturas explicativas de los fines perseguidos desde el Estado, la consideración a la problemática de la supervivencia social como una de sus metas principales.

En esta materia, se entiende que cuando, por exigencias del crecimiento y desarrollo de la vida social de los pueblos, la defensa pasa de ser una exigencia intermitente (cuando surge su necesidad) de todos, a confiarse a determinadas personas como una función normal de la actividad de la organización estatal o en vías de serlo, hacen su aparición en la comunidad, los ejércitos como institución permanente a través de la cual el grupo persigue la garantía su integridad como comunidad política organizada. Dicha función del mantenimiento y defensa de la existencia propia y el propio prestigio, es de tan capital importancia, que bien puede decirse que resulta la primera y fundamental, puesto que su satisfacción es la condición del éxito de la actividad toda del Estado.⁴⁰

En este sentido, Hobbes en su *Leviatán*, anula toda posibilidad de trascendencia estatal por sobre las personas que lo componen, exponiendo una fundamentación absolutamente inmanente del fin del Estado, la que hace coincidir con el cumplimiento de una función específica de defensa; entendiendo que la razón para erigir semejante poder común, es la capacidad de defenderlos (a sus miembros) contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos. Lo que se lograba confiriendo “... *todo el poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad*”.⁴¹

“Hobbes, establece claramente la finalidad del Estado: la *pax et defensio comunis*, o sea la paz interna y la defensa del ataque exterior. A partir de este momento, la confusión entre fines individuales de carácter trascendente, asignados a la organización política, quedaba ya superada. Surgía el fin del Estado como inmanente a éste y coincidente con el cumplimiento de una función objetiva propia, distinta de la subjetiva de los hombres: la *paz y la defensa común*”.⁴²

Para Ihering, por su parte, la defensa surge de la función esencial en el Estado, que resulta de naturaleza jurídica: crear el derecho y asegurar su imperio.⁴³

Herman Heller, en tanto, entiende a la que denomina función social del Estado, como la esencial de tal organización. Resultando ella en una acción social objetiva, que consiste en “*organizar y poner en actividad, como poder autónomo, la cooperación social en el territorio*”. En opinión de Rossetti esto no deja de resultar una reformulación contemporánea de la *pax* exigida en Hobbes. Desde que para asegura la *pax* de la antigua

⁴⁰ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Tomo I: Preliminares y derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 17/8. Siguiendo el pensamiento de Jelinek.

⁴¹ *Leviathan*, Segunda Parte, Del Estado, capítulo XVII, De las causas, generación y definición de un Estado. Cit por Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 201.

⁴² Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 203.

⁴³ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especiales pág. 13.

fórmula, o la "cooperación social territorial" moderna, el Estado debe lograr la defensa común de sus habitantes de cualquier peligro de ataque o violencia.⁴⁴

Martínez Paz⁴⁵, entiende que el Estado no tiene una única función, de orden jurídico u objetivo ético, observando que, en especial en el Estado moderno, se cumple con distintas funciones que pueden clasificarse en dos campos de acción; el interno donde se hallan las funciones que hacen al orden jurídico, y las que satisfacen al orden social o cumplen funciones sociales; y el externo, donde identifica a la función de defensa, y a la colaboración con otros estados.

En cuanto a las funciones internas, caracteriza como principal, absoluta y directa a la jurídica, estando ella conformada por tres subfunciones, la de constituir el derecho, la de coordinarlo y la de tutelarlo. En esto no tiene el Estado sustitutos, no puede dejar de realizarlas para funcionar, y no se halla condicionado por criterios de oportunidad y circunstancia, en cuanto a su realización.

Con respecto a la social la entiende como secundaria, condicionada e indirecto, porque en principio debe ser producida o satisfecha por los propios elementos individuales que conforman el Estado, y recién aparece la intervención del Estado cuando los hombres se revelan incompetentes o por falta de posibilidades no pueden dar respuestas a ellas.

Rossetti por su parte, considera que la distinción de varias funciones estatales es ficticia. La función es del Estado, a través de sus órganos, es una sola -la función social- que, sin embargo, se integra con diversos aspectos, o partes, o facetas indispensables de un todo: la política o de gobierno, la judicial o jurisdiccional, la económica y la cultural. Los aspectos político, judicial, económico y cultural aisladamente no consiguen el cumplimiento de la función social; más reunidos, sí. La función social es entonces, una y no varias, pero está integrada por diversas actividades a las que, exclusivamente por razones prácticas y de tradición, se sigue llamando "funciones".⁴⁶

Respecto a la función política, debe puntualizarse que la palabra política deriva de *polis* y, en su acepción más exacta, significa participar en el gobierno de la ciudad y conducir a los hombres a la felicidad. Este doble significado de participación y conducción, resume lo que es la función política (o aspecto político de la función social del Estado).

Si por definición se ha entendido a la política como el arte de gobernar los intereses del Estado y la sociedad, es el sector por el cual se gobierna y señala la orientación que deberá tomarse en el ejercicio de la actividad estatal.⁴⁷

La función política no es igual o equivalente a la administrativa, sino que se integra con: a) el mando o gobierno; b) el control, y necesita de dos funciones anexas -que no son políticas-, pero sin las cuales ésta no se logra: la administrativa y la militar.⁴⁸

⁴⁴ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 203.

⁴⁵ Martínez Paz, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988, pág. 255/280.

⁴⁶ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 205.

⁴⁷ De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 131.

⁴⁸ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 207.

Debemos remarcar que aquí se está hablando de función en el sentido del conjunto de servidumbres, deberes, prerrogativas y responsabilidad que lleva consigo⁴⁹; lo que da como resultado, en la cuestión en análisis, el contenido posible del ejercicio de una actividad necesaria de parte de la organización estatal.

Con tal colaboración de las funciones administrativa y militar, la función política es conductriz y de gran importancia. Como tal, influye en las demás funciones (o aspectos) de la función social y es, por cierto, influida por ellas.⁵⁰

La función administrativa no es política, pero resulta imprescindible a ella, desde que no se concibe que el gobernante pueda cumplir eficazmente la suya, sin el concurso de un conjunto de funcionarios permanentes, jerarquizados e idóneos, o sea la burocracia. La parte de la estructura fija del Estado.

En sentido amplio, podemos definirla como “la actividad permanente y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran”⁵¹.

Es por ello que se ha afirmado que: *“El gobierno es una institución política, con facultades administrativas, que se sobrepone a la Administración pública. Esta última representa un conjunto de funciones y estructuras de carácter continuo e incesante que, sin embargo, se subordinan al gobierno por tener éste un carácter político, es decir, que es la expresión del poder en el Estado”*⁵².

Las instituciones de gobierno tienen también actividad administrativa, pero la principal resulta ser la de naturaleza política. En tanto la Administración es un órgano especializado en la actuación de la función administrativa, por lo que sus actos responden a fines inmediatos, los de gobierno tienen principalmente fines de mayores plazos, en consonancia con los deberes teleológicos que la carta constitucional les acuerda⁵³.

Etimológicamente, Administración viene del latín y significa servir a otro. Se forma del prefijo “ad”, hacia, y de “ministratio”. Esta última palabra viene a su vez de “minister”, vocablo compuesto de “minus”, comparativo de inferioridad, y del sufijo “ter”, que sirve como término de comparación. Si “magister”, indica una función de preeminencia o autoridad -el que ordena o dirige a otros en una función-, “minister” expresa precisamente lo contrario: subordinación u obediencia; el que realiza una función bajo el mando de otro; el que presta un servicio a otro⁵⁴.

Lo que hoy entendemos por administración pública es fruto reconoce antiguos orígenes que podemos remontarlos hasta Roma misma, cuando por la reforma de Diocleciano, se produce la separación de las funciones civiles del Estado y las militares a fines de siglo III d.C., estructurando para la gestión de las primeras, una organización

⁴⁹ De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 76.

⁵⁰ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 214.

⁵¹ Garrone, Alberto, Diccionario Jurídico, tomo 1, pág. 104.

⁵² De la Vega, Julio César, Diccionario Político Consultor (Rojo), Editorial Librex, Buenos Aires, 1988, pág. 10.

⁵³ Carranza Torres, Luis, Procedimiento y Proceso Administrativo en Córdoba. Volumen 1: El Procedimiento Administrativo, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999, págs. 20/1.

⁵⁴ Ortiz, José Alberto, Historia de la Administración, El observador digital, octubre de 2002 [On line]. Disponible en: <http://www.observador.com.mx/documentos.htm> [Consultado: 19 de octubre de 2002].

jerárquica enteramente civil⁵⁵. Pero no es sino hasta la edad moderna que se le reconoce por tal nombre⁵⁶.

Como expresa Rossetti, del análisis de la transformación de la antigua organización feudal en el Estado renacentista, se prueba fehacientemente la importancia de la burocracia y la fuerza armada permanente como factores de la pervivencia del Estado.⁵⁷

5. La función estatal de defensa

5.1. Fundamento y desarrollo histórico

Del mismo modo que no existe una posición única respecto de la consideración de las funciones del Estado, tampoco es pacífica la formulación, ubicación y hasta la denominación de la función militar estatal. Pero su existencia e importancia se halla fuera de toda discusión, desde que cualquiera sea la posición que se adopte, ella se halla siempre presente.

Es por ello que en la vida de toda organización estatal, cualquiera sea el nivel alcanzado, depende en virtud de una ley a la que Martínez Muñoz⁵⁸ califica de natural y universal, conformada por dos factores esenciales: el mantenimiento de una armonía interior, y de su capacidad de procurarse un respeto y seguridad exterior frente a otras organizaciones similares.

Desde que la existencia del Estado supone, como hemos podido ver antes, el encarar una actividad finalista, que se encamina a satisfacer determinadas necesidades y propósitos de su pueblo, de lo ello se sigue su deber de desplegar una actividad en tal sentido. Actividad que lo lleva a interactuar en un número plural de ámbitos, privados y públicos, internos o externos, a fin de conseguir determinados objetivos que resultan de importancia tanto para su existencia, como para la consecución de los objetivos de su elemento personal.

Dicho objetivos se articulan en un complejo encadenamiento ascendente que parte de los objetivos primeros de las personas que componen tal sociedad, para en un nivel superior cobrar color político en los instrumentos comunes y fundacionales del estado, en nuestro caso en el Preámbulo de la Constitución y las declaraciones en los pactos que llevaron a ella; de allí surge la manifestación escrita o inmanente de un “espíritu nacional”, consistente en un modo común de ver las cuestiones principales del ser humano, y la decisión de llevar a cabo un proyecto social de vida juntos. De tales extremos surgen los objetivos nacionales, los que encuentran una posible vía de satisfacción a través del logro de los objetivos políticos, destinados a ser gerenciados desde el Estado, pero con el involucramiento de la Nación toda.

⁵⁵ Mommsen, Theodor, *Disegno del diritto pubblico romano*, trad. de Pietro Bonfante, CELUC, Milán, 1973, pág. 418.

⁵⁶ Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, 4º edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 146.

⁵⁷ Rossetti, Alfredo, *Introducción al estudio de la realidad estatal*, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pág. 208.

⁵⁸ Martínez Muñoz, Idelfonso M., *Derecho militar y derecho disciplinario militar*, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especial pág. 11.

Ese esfuerzo en la conquista de estos objetivos supone la orientación y desarrollo de los recursos totales, presentes y potenciales, requiriéndose por tanto de una acción política que se continúe en el tiempo, dirigida a satisfacerlos en etapas sucesivas, como que resulte lo suficientemente flexible, para permitir su adaptación a las distintas situaciones a enfrentar.

Desde que cada país trata constantemente de satisfacer sus propios objetivos, estos pueden entrar en oposición a los de otro, existiendo la probabilidad de situaciones de conflicto entre las distintas organizaciones estatales, de una múltiple variedad y alcance.

En la procura de la mejor solución a sus propios objetivos frente a tales conflictos, los estados emplean la persuasión, disuasión, coacción, o incluso el uso efectivo de la fuerza armada, con vistas a evitar o superar tales situaciones conflictivas.

La estrategia nacional emplea⁵⁹, en conjunto, todos los poderes de la Nación, tanto en la paz como en la guerra, para alcanzar los intereses y objetivos nacionales. Dentro de ese contexto, existe una gran estrategia política que comprende los grandes temas internacionales e internos; una estrategia económica, tanto externa como interna; una estrategia militar nacional, y varias otras. Cada componente influye en forma inmediata o tangencialmente sobre la obra, y sobre el de defensa.

La defensa resulta un concepto que ha experimentado una interesante evolución estado o histórica. Si bien cronológicamente constituye un concepto relativamente nuevo, habiéndose divulgado sólo posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, su significado se ha presentado en el mundo bajo muy diversos aspectos, habiendo protagonizado una significativa evolución, profundamente emparentada con la experimentada por el arte de la guerra y por las doctrinas estratégicas en el mundo.⁶⁰

Desde que un conglomerado humano procuró organizarse, debió cuidar de la protección de las personas que lo integraban y de los bienes, tanto comunitarios como privados, que poseían, ante el ataque de otros grupos humanos.

En estas comunidades primitivas, la guerra indudablemente involucraba a toda la sociedad; de la suerte de la misma dependía la suerte de la misma, y de la de sus integrantes. Sus ejércitos se integraban con todos los hombres capaces de portar armas. Todos, en mayor o menor medida, eran combatientes. Pero si bien la guerra involucraba profundamente a tales comunidades, no por ello era confundida con la función de preservar dentro de la propia comunidad la vigencia de las normas establecidas, juzgando y castigando a quienes las violaban.

Refiere al respecto Enrique Fentanes⁶¹

(...) La función de policía tuvo origen en el primer grupo social prehistórico, que fue una comunidad familiar social, mística y defensiva. Los sociólogos designan a esa comunidad con el nombre genérico de

⁵⁹ Collins, John, La gran estrategia. Principios y tácticas, Círculo militar, Buenos Aires, 1975. Cit por Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 21.

⁶⁰ Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 17. A quien seguimos en lo que respecto al desarrollo histórico del concepto de defensa.

⁶¹ Compendio de la Ciencia de la policía. Editorial Policial, Buenos Aires, 1979. Cit por Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 17.

clan, que corresponde, en líneas generales, al genos, griego, y a la gens, latina (...)

La comunidad prehistórica se regía por un conjunto de preceptos no escritos, de origen místico, transmitidos de generación en generación, al que se lo ha denominado código de la Themis... La institución gubernamental de la comunidad se basaba en un régimen unipersonal. Gobierno, sacerdocio y justicia se hallaban confiados a un jefe vitalicio, personaje místico, sagrado, representación viviente de los antepasados (...)

En consecuencia, el gobierno del grupo social prehistórico era un sincretismo: una sola función, ejercida por un sólo órgano. La función era la paz. El órgano supremo, el jefe de la paz, encargado de aplicar el código de la Themis. Lo asesoraba un consejo de ancianos ... Configuraba, pues, por sus caracteres y fines, una función de gobierno interior. La función de paz no era una función de guerra exterior, para lo cual se elegía temporariamente un jefe de guerra. La función de guerra estuvo siempre separada de la paz interior (...)

La evolución inicial del arte militar se caracterizó por distinguir en los Estados que se dedicaban a la guerra o debían marchar normalmente a ella, y quienes, salvo suprema necesidad, debían proseguir sus labores civiles durante la contienda.

Se comienzan a delinear entonces dos sistemas de captación de los recursos humanos necesarios para la defensa: obteniéndolos dentro de la misma comunidad a resguardar, como parte de sus obligaciones para con ella, exigibles desde la autoridad. O consiguiéndolos en atención a sus conocimientos para la guerra, sin considerar si pertenecían o no a la comunidad a defender.

De la primera concepción, se deriva el concepto de los ciudadanos sometidos a entrenamiento, el servicio militar de carácter obligatorio, y al carecer de la nota típica de profesionalismo, tanto su carácter temporal, como el asimilar su exigibilidad como parte de los deberes de pertenencia a una determinada comunidad. De donde evolucionará el carácter de soldado como uno de los aspectos del ciudadano.

La segunda concepción, por su parte, dará lugar a la idea de la actividad militar como una profesión, es decir de carácter permanente y especializado. En esta línea es que se inicia el concepto de la prestación de servicios militares como algo voluntario, y la necesidad a consecuencia de los dos caracteres anteriores (permanencia y voluntariedad), de tener que dar desde la comunidad una contraprestación por tales servicios, ya fuera en tierras, moneda o el derecho a los botines de guerra.

Así, en Egipto, los guerreros integraban la segunda de las siete castas, y peleaban como soldados de infantería, ya que los caballos de que se disponía se necesitaban para arrastrar los carros. En cambio, entre los asirios, predominaba la caballería, y el ejército lo integraba la casta más elevada, es decir, la nobleza. Al igual que en Persia.⁶²

Debe destacarse que estas dos concepciones no se presentaron sólo en estado puro, a lo largo de la historia de los pueblos, sino que frecuentemente se dieron de consuno elementos propios de una y otra.

⁶² Enciclopedia Barsa. Tomo VI, voz ejército, pág. 134.

Por otra parte, los avances que en los aspectos técnico y político de tales sociedades, llevaron a una creciente tecnificación del hecho bélico, dando lugar a la aparición de grupos de hombres armados (los hoplitas, los assidui, por caso) y generándose en este forma una clase de individuos especializados en la actividad militar.

En la antigüedad convivían ambas concepciones: En Grecia, cualquiera fuera su modalidad, la cualidad de ciudadano estaba ligada indisolublemente al estado militar.⁶³ Así, Atenas había tomado parte por un servicio de armas ciudadano, temporal, obligatorio. Esparta, si bien era ciudadano, tenía carácter de profesional, y por ello permanente y rentado. Persia, si bien con cierta base autóctona, aplicaba el sistema profesional y rentado, sin importar origen. Así, en sus luchas contra los griegos o Alejandro Magno, una parte no menor de sus ejércitos se hallaba compuesta por mercenarios a sueldo de origen griego.

A partir del siglo IV, y pese a la generalización del uso de mercenarios, en las polis griegas el servicio militar obligaba a todos los ciudadanos; y en algunas ciudades era exigible aun respecto de los forasteros residentes y esclavos, en caso de guerra. Siendo cada ciudadano responsable y propietario de su armamento.⁶⁴

El sistema militar Romano fue durante la monarquía y primeros tiempos de la República, de carácter ciudadano, obligatorio, no permanente y sin remuneración. Más aún, cada hombre tenía, de acuerdo a la fortuna que poseyera, la exigencia de armarse a sí mismo con determinados equipos.

La tradición romana atribuye al rey Servio Tulio la organización de sus instituciones políticas. Dicho monarca estableció un impuesto general y decretó el servicio obligatorio de todos los hombres en edad militar. Según la misma tradición, dividió al pueblo en cinco clases y cada una de ellas en centurias, basadas en la fortuna de cada ciudadano, y en las obligaciones militares y fiscales que de ella se derivaban. Esta clasificación era válida tanto para el campo de batalla como en el foro, donde se reunía la asamblea popular. Por tanto, los conceptos de soldado y ciudadano se identificaban de tal forma, que las deliberaciones de los representantes del pueblo, estaban influidas por la disciplina militar⁶⁵.

Sin embargo, no todos los ciudadanos eran soldados, ni todos los soldados eran ciudadanos, pues Servio Tulio extendió el servicio militar a todos los hombres de dieciséis a sesenta años, incluidos los domiciliados no ciudadanos y los emancipados, siempre y cuando tengan una propiedad que produzca renta, lo cual exige la existencia de un censo de domiciliados junto con el de ciudadanos⁶⁶.

Prueba del carácter de privilegio con que se reputaba en Roma en servicio de armas, lo encontramos en la ley Quirina del 312 a.C., la que dio a los censores el poder de decidir acerca del honor de los ciudadanos (*existimatio*), con lo cual estaban facultados, mediante la aplicación de una nota censoria o tacha de infamia, para trasladar a un ciudadano, como menos honorable, de las centurias de caballeros a las de infantes y, tal

⁶³ Enciclopedia universal ilustrada Europeo-Americana, Tomo XIX, Espasa Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 416.

⁶⁴ Gran Enciclopedia Rialp Ger, Tomo VIII, voz ejército, Ediciones Rialp s.a., Madrid, 1981, pág. 423.

⁶⁵ Grimborg, Carl, Historia universal. Tomo 7: Roma poderosa y legendaria, Soc. Editora Ercilla Ltda., Santiago de Chile, 1986, pág. 11/12.

⁶⁶ Cañas Navarro, Aspectos jurídico-censales en el Ejército romano, Revista de Historia Militar Nº 90 [Online]. Disponible desde <http://personal.telefonica.terra.es/web/ihycm/revista/90/>. [Consultado: 23 de marzo de 2004].

vez, hasta para excluirlo del cumplimiento del servicio militar y aun del ejercicio del sufragio⁶⁷.

Como el servicio militar era considerado como un privilegio de los ciudadanos, por lo que ni esclavos ni libertos tenían lugar en él.⁶⁸

Tal sistema fue siendo paulatinamente dejado de lado por uno de corte profesional, rentado, permanente y por último, ya en el imperio, que no tomaba consideración alguna al origen romano o extranjero del soldado.

En dicha fase del derecho militar romano en particular, encontramos la posibilidad para el extranjero de alcanzar la ciudadanía a través del servicio de armas, que varias legislaciones actuales contemplan, como hemos visto en el capítulo I.

La península ibérica es hereda de Roma, en cuanto a la noción de la prestación militar ligada a la condición de ciudadano, donde todo ciudadano cumplía funciones de soldado y todo soldado era, a su vez, un ciudadano. La invasión visigoda no varía tal estado de cosas en la práctica, ya que según su derecho, todos los hombres libres estaban obligados a acudir al llamado del rey, quien a cambio del servicio otorgaba tierras o concedía beneficios.⁶⁹

Es que con la desaparición del Imperio Romano de Occidente a manos de los bárbaros, se produce un retorno a la lucha entre pueblos. Desaparece la idea de estado como elemento organizacional, siendo reemplazado por formas políticas de carácter personal. Ello da como consecuencia, en lo que atañe al concepto de defensa, la desaparición de su carácter de una obligación ciudadana o contractual, para con determinada comunidad política, para ser sustituida por un vínculo de protección respecto de determinadas personas. Que tenía como contraprestación, el otorgamiento de tierras, dineros o determinados privilegios.

Así encontramos en el Fuero Real de España⁷⁰, en su Título XIX, ley I los elementos y consecuencias que se hallan comprendidos en tal tipo de relación:

“ Todo rico home, ó otro infanzon qualquier que tenga tierra, ó maravedis del Rey, porque la debe facer hueste, si no le viniere guisado según debe cuando el Rey le demandare, y al lugar donde lo mandanre, pierda la tierra, é los maravedies que tuviere del Ray, é péchele doblado de lo suyo quanto él recibió, y de la tierra que dél tenia por razón de aquella hueste que habia de facer; y esta mesma pena hayan los caballeros que no tuvieren con sus señores en la hueste del Rey quando gelo ellos mandasen...”

De esta época es la asociación de la profesión de armas, en especial de la caballería, con la idea del honor. La práctica de la guerra otorgaba a quienes se dedicaban a ella, no sólo prestigio y reconocimiento social, sino especiales obligaciones de solidaridad para con

⁶⁷ Arguello, Luis Rodolfo, Manual de derecho romano. Historia e instituciones, 3º edición corregida, Astrea, Buenos Aires, 1990, pag. 53.

⁶⁸ Enciclopedia Barsa. Tomo VI, voz ejército, pag. 134.

⁶⁹ Gonzalez, Marcela, Las milicias, origen y organización durante la colonia, Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, pag. 10.

⁷⁰ Que ordenamientos anteriores ya preveían, como por caso en el Fuero Juzgo, Libro IX, Título II, ley I; Ordenamiento de Alcalá, Título XXXI, ley única, entre otros. Y en especial de la 3º, tit. XXIX, partida 7º.

las personas más desprotegidas de la sociedad medieval, como las viudas, huérfanos, doncellas, entre otros.

Esto surgía no del contrato de vasallaje, ni de las leyes del reino en los casos en que el monarca detentaba cierta facultad legisferante de corte territorial, sino de la legislación que la Iglesia promulgó al respecto, y que alcanzaban a toda la cristiandad.

Tales especiales deberes se compilaron en un Código de Caballería, conjunto de reglas que debía cumplirse a fin de mantener el honor de su oficio, cuya pérdida podía acarrear la de la propia calidad de caballero.

Es de destacar que artesanos, campesinos y otros miembros de la sociedad eran incorporados ocasionalmente como auxiliares a los ejércitos medievales⁷¹, pero sin alcanzar el prestigio y reconocimiento social de los caballeros. Ni estar sometidos a las especiales previsiones exigibles a esta última categoría.

En la edad moderna, el debilitamiento del poder de los señores feudales y el fortalecimiento de la autoridad real, conforma un proceso que termina en la formación de los estados, y tiene su correlato en lo que hace la obligación de defensa, de vaciar de carácter personal al contenido militar de la relación de vasallaje, así como la conversión de las milicias medievales, en unas fuerzas voluntarias y mercenarias; determinándose de tal forma, un regreso a la concepción profesional, permanente, rentada y no ciudadana, ya ensayada en el último tiempo del Imperio Romano.

El nacimiento de las naciones modernas, que se produce principalmente en torno a la capacidad militar de un embrionario aparato estatal, fue ensayando muchas formas para sostener el esfuerzo bélico que la situación política de cada momento requería. Así se pasó, por ejemplo en España, desde la *fonsadera* y las fuerzas nobiliarias-feudales medievales, a un ejército semi-profesional, voluntario, pequeño y gallardo. Pero los requerimientos estratégico-políticos hicieron preciso contar, también, con fuerzas profesionales *arrendadas*, tal y como era uso habitual en las guerras italianas del *Cinquecento* y lo había sido, poco antes, durante varios periodos de la Guerra de los cien años entre Inglaterra y Francia, durante el siglo XIV. Eran estos auténticos mercenarios militares, bandas organizadas por profesionales de la guerra (*condottas*) mandadas por sus capitanes propios (*condottieri*) y, frecuentemente, provenientes de algunos lugares europeos con pocos recursos y mucha población: piqueros suizos, lasquenettes tedescos (alemanes), jinetes croatas, arqueros galeses e irlandeses, ballesteros genoveses, etc.⁷²

Esta combinación de unidades, por así decirlo, nacionales junto con una gran fuerza mercenaria, será lo habitual durante siglos XVI y XVII.⁷³

Al comienzo del siglo XVII. el rey Gustavo Adolfo, de Suecia, se convirtió en el primer gobernante en exigir que los hombres sirviesen en el ejército. A esto se le llamó “reclutamiento”. Poco después, el ejército suizo estaba compuesto completamente de soldados reclutas. En el siglo XVIII, los elementos más pobres de la sociedad llenaban las

⁷¹ Así en la segunda partida, título XXI, ley XIII encontramos los deberes de los escuderos. Estando dedicado su título XXII, a los adalides, almogavares y los peones.

⁷² Hale, John Rigby, *Guerra y sociedad en la Europa del Renacimiento 1450-1620*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990. Cit por Alli Turrillas, Juan-Cruz, Ejército profesional y despublicación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista), Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.

⁷³ Alli Turrillas, Juan-Cruz, Ejército profesional y despublicación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista), Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.

filas de las Fuerzas Armadas; la requisición y la seducción eran los métodos más usuales de reclutamiento para el servicio militar.

Tal proceso no se detuvo allí, sino que continuó hasta llegar a los ejércitos de leva, formado por todos los ciudadanos del Estado. Se pasaba entonces, al modelo de obligación temporal y ciudadana. Ello ocurre a partir de la Revolución francesa, alcanzando su perfeccionamiento en el ejército nacional prusiano durante la unificación alemana.⁷⁴

Asimismo, con tal modelo de obligación militar, se vuelve a los carriles de un débito de armas sólo exigible desde la comunidad política organizada, emancipándolo por ello del poder personal de un noble o con posterioridad, del monarca absoluto, quienes podían utilizarlo para su propios y personales fines⁷⁵.

El servicio militar era visto también como un deber republicano, basados en los principios de igualdad y de fraternidad, como una necesidad de sobrevivencia nacional. En el mes de agosto del año 1793, una ley limitó el servicio a los hombres entre los 18 y 25 años. Ellos se registraban en sus localidades respectivas y eran convocados, primero los más jóvenes, siendo los otros escogidos según las necesidades del momento. En vísperas de la guerra con Austria, en el año de 1796, Francia modificó el procedimiento, con la institución del Servicio Militar por clases, para los hombres entre los 20 y 25 años de edad. La primera clase consistía en hombres de 20 a 21 años, destinados al contingente básico de reclutas. Las otras clases servían a atender las necesidades de las exigencias militares. Los soldados reclutas constituían el volumen mayor de los ejércitos franceses en las guerras napoleónicas, y más de 2.6 millones de hombres fueron incorporados entre los años 1800 y 1813.⁷⁶

Ello repercutirá en España, durante la guerra de independencia, en donde se postulará que: *«Todo individuo de una sociedad bien constituida tiene obligación de defenderla personalmente [...] Por lo mismo todo español, desde la edad de dieciséis hasta veintiséis años, pertenezca a la clase que pertenezca, se halla precisado de hacer el servicio activo de la milicia, a menos que por incapacidad física hubiera sido reconocido como inhábil de hacerlo [...]»*.⁷⁷

La Constitución de Cádiz de 1812, con la introducción del principio de generalidad en la prestación militar, convertía a los ciudadanos en soldados de la Nación, en virtud de lo normado por los artículos 9: *«Está así mismo obligado todo español a defender la Patria con las armas, cuando sea llamado por la ley»* y el 361 en que se leía: *«Ningún español podrá excusarse del servicio militar, cuando y en la forma que fuere llamado por la ley»*.⁷⁸

En la edad contemporánea, además, se produce la muerte de la guerra dinástica o como “deportes de reyes”. En su sustitución nacía el concepto de la guerra entre pueblos. Que tendió a disminuir la rígida distinción entre combatientes y no combatientes que

⁷⁴ Schulze, Hagen, Estado y nación en Europa, Crítica, Barcelona, 1997.

⁷⁵ M. S. Anderson, Guerra y sociedad en la Europa del Antiguo Régimen 1618-1789, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990. Cit por Alli Turrillas, Juan-Cruz, Ejército profesional y despublicación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista), Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.

⁷⁶ Winton, Robert, El papel del servicio militar obligatorio en las democracias de las américas, en *Air & Space Power Journal* - Español, cuarto trimestre de 2002, pag. 13/28.

⁷⁷ Art. 1º del propuesta propuesta de proyecto de ley ordenadora de la fuerza armada nacional de Alvaro Flórez Estrada a las Cortes de Cádiz,

⁷⁸ Blanco Valdés, Roberto L., Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal (1808-1823), Madrid, Siglo XXI, 1988. 166/9.

caracterizara a la Edad Moderna, a la vez que amplió el concepto y las actividades necesarias para la defensa, ciertamente, se amplió. Pues los ejércitos, eran cada vez más dependientes de los arsenales y depósitos. Vitales para posibilitar marchas rápidas, avances de largo alcance, persecuciones decisivas. Los avances técnicos de principios de la edad moderna, se continuaron y sentaron las bases de la Revolución Industrial, de donde surgiría la conciencia de la importancia de la potencia industrial y tecnológica de los Estados, como un factor fundamental para su capacidad militar.⁷⁹

La defensa de un Estado se había complejizado, resultando necesario para cumplir adecuadamente con ella, no sólo de soldados, sino de un creciente número de personas con cada vez mayores requisitos de especialización, que no tomaban parte de las operaciones militares en sí, pero sin los cuales ellas eran virtualmente imposibles.

Ideas como las de Karl von Clausewitz⁸⁰, elevando la guerra a una cuestión absolutizante de todas las áreas del Estado, y los pensamientos de Colmar von der Goltz, en el sentido que la defensa de una nación constituía la nación en armas, es decir, con todos los sectores de la sociedad involucrados en el esfuerzo bélico, se hallan en directa relación a dicha ampliación del contenido y actividades de la materia de defensa. Las que alcanzan su máximo desarrollo con Erik von Ludendorff⁸¹ y su concepto respecto de la guerra total.

En la Primera Guerra Mundial (1914 a 1918), las grandes potencias combatieron con Fuerzas Armadas formadas por reclutas. Inglaterra se valió de soldados voluntarios hasta 1916, y después hizo uso del reclutamiento obligatorio. Los Estados Unidos pusieron en vigor la Ley del Servicio Selectivo, en 1917 a la entrada de la guerra. El Canadá utilizó voluntarios hasta 1918, cuando optó por el sistema de convocatoria.

Entre las dos guerras mundiales, todas las grandes potencias, con excepción de Inglaterra y de los Estados Unidos, continuaron con el servicio militar universal. Alemania, no obstante la prohibición del Tratado de Versalles de reclutar soldados, reintrodujo el sistema en mayo de 1935. En mayo de 1939, el Parlamento Británico adoptó la Ley del Servicio Militar Obligatorio, estableciendo un sistema de entrenamiento militar en tiempo de paz. Al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, una ley aprobada el 3 de septiembre de 1939 determinó el Servicio Militar Obligatorio para todos los hombres entre los 18 y 41 años de edad. En mayo de 1940, el Parlamento aprobó la Ley de Poderes de Emergencia para la Defensa, que movilizó los recursos humanos e industriales del país.⁸² También en dicho períodos, el surgimiento de regímenes totalitarios y la posterior ideologización del período de tensiones este-oeste posterior a este última, da como resultado la adición al concepto de militar, de un componente de carácter ideológico.

A la obligación militar, que nacía de la ciudadanía, pero carecía de todo contenido político a fin de garantizar su disciplina y sujeción a las órdenes de las autoridades políticas, fruto de la organización militar de la Revolución Francesa, se le opuso esta nueva

⁷⁹ Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pag. 20/21.

⁸⁰ Von Clausewitz, Karl, De la Guerra, Ediciones Solar, Buenos Aires, 1983.

⁸¹ Von Ludendorff, Erik, La Guerra Total, Pleamar, Buenos Aires, 1964. Cit por Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pag. 22.

⁸² Winton, Robert, El papel del servicio militar obligatorio en las democracias de las américas, artículo publicado en el *Air & Space Power Journal* - Español, cuarto trimestre de 2002.

forma. Que primeramente cobró cuerpo en la organización del Ejército Rojo por Troski tras la revolución Bolchevique de 1917 en Rusia.

No sólo el militar podía estar afiliado al partido único del Estado, sino que se esperaba que su servicio de armas se cumpliera en un todo de acuerdo a sus directivas, a más de las del Estado. La institución del comisario político era la encargada, de sólo de concientizar ideológicamente al personal militar, sino de supervisar su adhesión a los postulados del partido. Y si bien la amplitud de sus facultades fue variable según las épocas, tenía su propia línea de mandos a la que reportaba y podía en determinadas situaciones, dejar sin efectos las órdenes de los jefes militares a que estuviera adscrito.

El cenit de este tipo de concepto de militar, se alcanzó con la toma del poder en Alemania por el partido nacionalsocialista. El que unificó la dirección de las FFAA en la persona del jefe de Estado, denominado *Führer*, que demandó a los militares un juramento de lealtad personal, y no orgánica como se había realizado desde mediados de la edad moderna.

A más de ello, se otorgó jerarquía y funciones estatales análogas a las Fuerzas Armadas a la milicia del partido nacionalsocialista, cuyas escuadras de protección, o S.S. por sus siglas en alemán, que llegaron a constituir un ejército paralelo, recogiendo en buena parte, la experiencia del fascismo italiano de introducir a la par de las Fuerzas Armadas tradicionales, su propia estructura paramilitar, autónoma y jerárquicamente puesta bajo la autoridad del partido como era en ese caso la Milicia voluntaria de seguridad nacional⁸³

En los movimientos revolucionarios de la posguerra, de inspiración comunista, se advierte en mayor o menor medida la adopción del modelo de soldado ideologizado del ejército rojo.

Asimismo, la guerra revolucionaria concebida fundamentalmente como una lucha entre las clases de alcance global, participaba de los caracteres absolutizantes del conflicto y de guerra total expuestos anteriormente. Por su parte, la respuesta estadounidense a dicho fenómeno, de la mano de la denominada doctrina de la seguridad nacional, suponía también una concepción fuertemente ideologizada de la cuestión, entendiéndose como un carácter virtualmente omnicompreensivo, asimilable a la política general, quedando borrada toda diferenciación entre defensa nacional y seguridad, abarcando la primera a la segunda.⁸⁴

Si bien desde la antigüedad existieron las alianzas de Estados, el concepto de defensa colectiva adquiere, en el marco del antes citado conflicto, un desarrollo concreto, pasándose de simples tratados de asistencia mutua al establecimiento de organizaciones internacionales de estructura permanente y sujeta a la defensa de los países miembros, a

⁸³ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo II: Il servizio militare volontario 1. Profili storici e sistematici riguardanti l'arruolamento Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: "...il regime politico fascista sarà costretto ad affiancare alle forze armate tradizionali proprie strutture paramilitari, autonome e gerarchicamente sottoposte ad autorità di partito, come la Milizia Volontaria Sicurezza Nazionale".

⁸⁴ Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pag. 24/6.

seguir ciertas directivas emanadas de tal organismo supraestatal. Los ejemplos más típicos de ello fueron la Otan y el Pacto de Varsovia.⁸⁵

El colapso de la Unión Soviética, y el mundo globalizado del presente, ha supuesto en materia de obligaciones personales de defensa, la tendencia a la supresión de los sistemas de reclutamiento militar obligatorio, aunque sin abjurar del modelo de ciudadano-soldado, en la mayoría de los casos. Las Fuerzas Armadas se profesionalizan, y vuelven más pequeñas pero de mejores prestaciones. En este cuadro se aprecia el creciente traspaso a particulares o empresas privadas, dentro de las propias FFAA de aspectos no esencialmente combatientes, abarcando incluso porciones de la logística en los conflictos armados.

Señala a modo de resumen de esta época, expresa Alli Turillas:

*“Los Estados están claudicando de su capacidad de movilización nacional y han privatizado su “deber militar”, aunque lo tengan controlado, por ser aún parte de la estructura estatal (por lo menos en los países fuertes; pues otros tiene descontroladas sus Fuerzas Armadas). Asistimos a una privatización de la defensa, a un progresivo descontrol del complicado military-industry complex. Con ello también a una inhibición de los Estados ante los desastres causados por guerras cuyo interés económico no se vislumbra (...) De las guerras nacionales y de intereses estatales, teñidas o no de ideologías, hemos vuelto a las guerras particulares en demasiados lugares, con claros tintes particularistas”.*⁸⁶

Es interesante destacar que en la doctrina alemana actual, se ha reinterpretado el sentido tradicional de la defensa nacional, que se sostenía, en la defensa del propio territorio ("*Landesverteidigung*"), junto con la defensa en el marco de la alianza regional ("*Bündnisverteidigung*"). Entendiéndose que la defensa exclusivamente territorial nacional ha quedado históricamente desplazada, y que la intervención en las situaciones de crisis debe ser redefinida ahora como una verdadera "defensa nacional a distancia ("*auf Distanz de Landesverteidigung*"). Así, la intervención de las fuerzas militares se aparta de la existencia de peligros vinculados con la actuación en el propio territorio.⁸⁷

5.2. Su caracterización dentro de las funciones del Estado

Al decir de Mooney, podemos caracterizarla del siguiente modo:

⁸⁵ Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pag. 29.

⁸⁶ Alli-Turillas, Juan Cruz, Ejército profesional y despublificación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista). Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.

⁸⁷ Buis, Emiliano J: La defensa nacional en Alemania y las relaciones cívico-militares: *la innere führung y la figura del staatsbürger in uniform*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004, pag. 8.

*“La Defensa Nacional es una típica función del Estado, de todo tipo de Estado, y tiene una antigüedad poco común; acaso el Estado nació cuando, en tiempos remotos, la sociedad llegó a un determinado nivel de organización y se planteó la necesidad de defender su territorio, su población o sus recursos económicos”.*⁸⁸

Martínez Paz⁸⁹ la ubica, como hemos más arriba tenido oportunidad de mencionar, dentro de las funciones externas del Estado, las cuales parten de un supuesto de importancia, el de la existencia de unidades políticas (se les dice soberanas o por lo menos autónomas) que tienen una vida interna y una personalidad política indiscutible; y por otro lado, la del reconocimiento que esas unidades políticas no son seres aislados, sino que se insertan en un mundo donde existen otros Estados, con una obligación de coexistir, de donde emane la necesidad que mantengan entre sí relaciones⁹⁰, a fin de permitirse vivir en forma pacífica, ordenada y progresista.

En tanto las funciones del Estado internas miran a su intimidad, sin considerar lo que se halla fuera de los límites territoriales del Estado, las externas parten de tal interioridad, para desplegarse fuera de dicho ámbito. Y si bien no resultaría correcto separar de modo tajante ambos ámbitos de acción, desde que hay vinculación entre ellas, es necesario a fin de efectuar una correcta apreciación del fenómeno funcional estatal, debe distinguirse la existencia de estos dos órdenes, identificables por una cierta especificidad.

Las funciones externas, a su vez, pueden desagregarse en dos especies. Una destinada a lograr la garantía y seguridad de la propia personalidad del Estado, o sea al respeto de su propia autonomía. Y la otra la de colaboración en el plano internacional con otros Estados y organismos internacionales a los efectos de lograr objetivos que se reconocen comunes al género humano (paz, civilización, bienestar, etc).

Pero no pocas veces, tal colaboración o cooperación no resulta posible, debido a una contraposición insalvable de intereses. Es allí donde comienza a cobrar importancia la primera función expuesta, o función de defensa.

Dicha función se realiza cuando el Estado vela para que su libertad de acción sea respetada, para que su territorio, su economía, sus funciones internas sean respetadas desde fuera. Está cumpliendo, entonces, no una función interna del mismo, sino una función externa, porque su actividad está relacionada con ese mundo de Estados externos que de algún modo tratan de penetrar sobre estos otros Estados.

Estas funciones externas suelen esconderse bajo el sonoro título de los derechos de la soberanía, de la libre determinación de los pueblos, etc., resultando en definitiva todas aquellas actividades que aspiran a garantizar la necesaria autonomía del Estado, el respeto de sus derechos, el respeto de sus valores económicos, sociales y políticos; el respeto de su territorio, el respeto de lo que se llama regularmente el honor de los pueblos. Pero en todos los casos, nos hallamos frente a una función defensiva del Estado, expresada en una potestad que reconocemos al Estado de ponerle freno a la acción externa de manera que no pueda afectar su autonomía, su capacidad de disponer de lo propio; su posibilidad de hacer

⁸⁸ Mooney, Alfredo E., Derecho Constitucional. Tomo II, 2º edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995, pag. 132.

⁸⁹ Martínez Paz, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988, pag. 266/9.

⁹⁰ El autor a quien seguimos en esta parte expresa que toma esta palabra en el sentido más amplio posible del término.

de su mundo interno lo que él pretende, o afectarlo incluso en su honor, o en sus bienes y valores económicos, sociales y políticos.

5.3. Definición, encuadre legal y alcance

Garrone la ha entendido, en un concepto restringido, que la defensa nacional involucra al conjunto de medidas y servicios destinados a asegurar la integridad material del territorio contra los actos de fuerza del extranjero.⁹¹

De Bordeje Morencos, desde una perspectiva más amplia, la conceptúa como el resultante de la reunión y acción de todas las fuerzas materiales y morales que una Nación puede oponer a las amenazas de un adversario, a fin de asegurar en todo tiempo y circunstancia y respecto de todas las formas posibles de agresión, la seguridad e integridad del suelo nacional, junto con los de su población, respetando alianzas, acuerdos, y tratados.⁹²

También en términos amplios, Mooney la entiende como el conjunto de medidas que con carácter preventivo y eventualmente "efectivo" se adoptan, de parte del gobierno, para mantener protegidos los llamados "intereses vitales" de la comunidad nacional. En ello participan todos los recursos de que dispone el país en caso de un conflicto grave y extendido, aunque normalmente el tema está a cargo de los organismos (militares y civiles) que están en la órbita del Ministerio de Defensa Pero, eventualmente, si la situación es muy comprometida, todos ciudadanos y todas las entidades, públicas y privadas, deben cooperar con el esfuerzo defensivo.⁹³

Riesco⁹⁴, en tanto, postula que defensa nacional es el sistema de capacidades (políticas, jurídicas, culturales, económicas, demográficas y tecnológicas) que la Nación puede organizar, movilizar y aplicar para sostener, en la paz y en la guerra, sus intereses vitales, y en especial la acción defensiva-ofensiva de sus Fuerzas Armadas en los casos en que sea necesario el uso de la fuerza, y en el marco de los objetivos del Estado nacional.

Pero no debemos dejar de considerar, que en un Estado de derecho, la defensa está inserta en el sistema institucional y sometida a los controles de la ley, prohibiéndose toda actuación de grupos irregulares que puedan tomarse dicha importante función "por manos propias". Quienes lo hacen cometen el delito de sedición. Otro tanto ocurre con quienes invocando el nombre "del pueblo" y usando armas tratan de presionar a las autoridades legalmente constituida para lograr objetivos políticos o de otra índole.⁹⁵

Es por ello que, sin restar valor a las definiciones doctrinarias, cobra fundamentales importancia el concepto legal dado en la norma jurídica respectiva.

A este respecto, la ley 23.554 de defensa nacional, resulta la norma que establece las bases jurídicas, orgánicas y funcionales fundamentales para la preparación; ejecución y control de la defensa nacional⁹⁶, la define⁹⁷ como:

⁹¹ Garrone, José, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 623.

⁹² De Bordeje Morencos, Fernando, *Diccionario militar estratégico y político*, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pag. 44.

⁹³ Mooney, Alfredo E., *Derecho Constitucional*. Tomo II, 2ª edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995, pag. 133.

⁹⁴ Riesco, José, *La defensa Nacional: estrategia y política*, Alveroni, Córdoba, 1986.

⁹⁵ Mooney, Alfredo E., *Derecho Constitucional*. Tomo II, 2ª edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995, pag. 132.

⁹⁶ Art. 1º, ley 23.554.

“La defensa nacional es la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la Nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas, en forma disuasiva o efectiva para enfrentar las agresiones de origen externo.”⁹⁸

Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; proteger la vida y la libertad de sus habitantes.”⁹⁹

Este art. 2º tiene como antecedente, en el Derecho Comparado, Ley Orgánica de España, de Defensa Nacional y Organización Militar del año 1980, que dice:

“La defensa nacional 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. Tiene por finalidad, garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el art. 97 de la Constitución”.

De la comparación entre ambas normas, surge su diferencia en al menos dos aspectos¹⁰⁰:

a) la norma nacional solamente comprende como materia de la defensa a las agresiones de origen externo, frente a la indiferenciación de su fuente¹⁰¹;

b) no se refiere, entre sus fines, al "ordenamiento constitucional, si bien el proyecto originario del Poder Ejecutivo (de 1985) sí lo contemplaba.

⁹⁷ Art. 2º, ley 23.554.

⁹⁸ *“La conceptualización de la Defensa Nacional es efectuada para acotar claramente un área específica de la conducción del Estado, evitando, así, la confusión creada durante los últimos gobiernos de facto con la seguridad, y en particular de la defensa con la seguridad interior.*

Se deja claramente establecido que es necesario resolver las cuestiones de la seguridad interior, especialmente ante la eventualidad de hechos como los correspondientes al terrorismo, la insurgencia, el narcoterrorismo y otras nuevas formas de delitos políticos que pudiesen poner en peligro el sistema republicano, mediante una ley de seguridad federal que debe ser sancionada y promulgada en el menor tiempo posible”. (Fundamentos de la ley 23554, apartado I).

⁹⁹ *“La determinación de la finalidad del sistema de defensa nacional, que se explicita en forma detallada, se fundamenta en el principio que sostiene que la efectividad de la defensa depende directamente de la eficiencia de una concepción políticamente global; porque la defensa de la Nación es una cuestión esencialmente política y secundariamente militar”.* (Fundamentos de la ley 23554, apartado II).

¹⁰⁰ Mooney, Alfredo E., Derecho Constitucional. Tomo II, 2º edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995, pag. 133/4.

¹⁰¹ Ello es una directa consecuencia del sistema separado entre los conceptos de defensa y seguridad, establecido en el art. 4º de la propia ley. Pero no supone una exclusión absoluta de las FFAA en la segunda, desde que como dice Mooney, hay que advertir que la Ley de Seguridad Interior, de 1991, ha previsto la intervención de las Fuerzas Armadas para casos en que una situación de crisis de seguridad interna haya desbordado a las denominadas Fuerzas de Seguridad y Policiales (Gendarmería, Prefectura y Policías). En este caso extremo se prevé en dicha ley un procedimiento especial que debe cumplirse para que pueda haber participación "militar".

Dicho concepto de defensa nacional se concreta u operacionaliza en un conjunto de planes y acciones tendientes a prevenir o superar los conflictos que esas agresiones generen, tanto en tiempo de paz como de guerra, conducir todos los aspectos de la vida de la Nación durante el conflicto bélico, así como consolidar la paz, concluida la contienda.¹⁰²

En cuanto a su alcance, abarca los espacios continentales, Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y demás espacios insulares, marítimos y aéreos de la República Argentina, así como el sector antártico argentino, con los alcances asignados por las normas internacionales y los tratados suscriptos o a suscribir por la Nación. Contemplándose igualmente dentro de su alcance, a los ciudadanos y bienes nacionales en terceros países, en aguas internacionales y espacio aéreo internacional.¹⁰³

En sus fundamentos, se expresa que con la estructura del sistema normativo propuesto, se ubica a las Fuerzas Armadas con una clara subordinación a la autoridad civil institucionalmente establecida. A la vez que se hace posible que el Presidente de la República asuma plenamente sus funciones y responsabilidades como único Comandante en Jefe de las mismas.¹⁰⁴

Cabe destacar que una de los caracteres fundamentales del sistema legal de la defensa argentina es lo sentado en su artículo 4º, que expresa: *"Para dilucidar las cuestiones atinentes a la defensa nacional, se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la defensa nacional de la seguridad interior. La seguridad interior será regida por una ley especial"*.

Pero tal diferente tratamiento legal de ambas cuestiones, no conlleva una separación absoluta de recursos del Estado, desde que las fuerzas de seguridad militarizadas tienen un papel a cumplimentar en la defensa, así como las Fuerzas Armadas pueden bajo ciertos, especiales y determinados supuestos, actuar en situaciones de seguridad interior en apoyo de las fuerzas públicas naturaleza a tal materia.

5.4. Ubicación de lo militar en la defensa

De Bordeje Morencos¹⁰⁵ entiende como defensa militar, a aquella que encuadrada en la defensa nacional, comprende la creación, reunión, preparación y acción de las Fuerzas Armadas, así como las medidas de seguridad necesarias para la conservación de su eficacia.

Rosetti la denomina función militar¹⁰⁶, comprendiéndola como hemos visto previamente, dentro función política, y rescata que para su estudio:

"... es indispensable ubicarse en una posición sensata. Hay que escapar por igual de los extremos, partiendo para ello de una premisa cierta e insoslayable. No es posible el Estado sin una fuerza armada estable, de carácter nacional y no mercenaria, como la única posibilidad de lograr

¹⁰² Art. 3º, ley 23.554

¹⁰³ Art. 5º, ley 23.554

¹⁰⁴ Fundamentos de la ley 23554, apartado III.

¹⁰⁵ De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pag. 44.

¹⁰⁶ A diferencia de Martínez Paz, Rossetti no habla de función de defensa, sino únicamente de función militar.

*el ejercicio pleno de la soberanía... (pues) no es posible que el Estado exista como tal si no dispone de la mayor fuerza en su territorio”.*¹⁰⁷

Esta exigencia de tener “carácter nacional”, explicitada por Rossetti, no es sino la causa política, que fundamenta la exigencia jurídica, que sólo los ciudadanos argentinos puedan ser militares, como hemos visto en el capítulo I y veremos también en el presente al tratar los deberes personales atinentes a la defensa.

La finalidad que el Estado disponga de este tipo de fuerza resulta “... *la defensa del grupo social, su conservación contra todo atentado que pueda destruir la paz, el orden, la tranquilidad y la seguridad de la comunidad*”.¹⁰⁸

Ubicarse en esta postura, implica también el rechazo de las posiciones que entienden posible una entidad estatal sin Fuerzas Armadas, no trayendo aparejado el otro extremo, la deificación del militarismo, postura ultra que también debe ser igualmente descartada. Desde que:

*“La misión de las Fuerzas Armadas es ayudar al poder político, no sustituirlo. En cierto modo, a través de su eficacia (el poder militar es la manifestación decisoria más perfecta), las Fuerzas Armadas aseguran su ejercicio y su continuidad. Frente a un vacío de poder, ellas deben impedir la anarquía: son, en fin, la "última ratio" del poder estatal”.*¹⁰⁹

Es por ello que es el orden político constitucional, sea por expresión del poder constituyente o de las autoridades civiles constituidas, el que establece las finalidades propias de las instituciones armadas, en las que “... *en última instancia radica la fuerza que permite la realización del derecho y el núcleo vital como órgano de la defensa nacional*”.¹¹⁰

Por ello debe también rechazarse del modo más vehemente, las posturas que pretenden que la función militar no debe limitarse a apuntalar al poder político, o a reemplazarlo sólo en caso de grave emergencia, sino que asimilan a ambos como sinónimos, alejando al militar de su misión de servicio y degradándolo en su razón de ser, desde que el poder militar pierde eficacia cuando se aparta de su rol de salvaguardia del poder político, para asumirlo *per se*. Los tres peligros que acechan a las Fuerzas Armadas son: deliberación en vez de decisión, desgaste por presencia constante en las actividades civiles y la derrota en el conflicto. Todas son muy peligrosas para el Estado; la última, o sea la derrota, conduce casi siempre a abismos de anarquía y resentimiento. Las Fuerzas Armadas deben ser siempre una última reserva del Estado. Una amenaza de intervención hace a veces innecesaria la intervención misma.¹¹¹

Esa necesidad de defensa requiere que el Estado tenga su disposición una fuerza capaz de ser utilizada con la máxima intensidad. Y como nos dice Martínez Muñoz, en

¹⁰⁷ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pag. 211.

¹⁰⁸ Orlando, Víctor Manuel, Personalidad del Estado (Conferencia XI), Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1925, pag. 244.

¹⁰⁹ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pag. 212.

¹¹⁰ Colombo, Carlos, El derecho penal militar y la disciplina, Abeledo editor, Buenos Aires, 1953, pag. 6.

¹¹¹ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pag. 213.

tales términos, las Fuerzas Armadas del Estado resultan la exteriorización máxima y concreta de su poder, constituyendo el instrumento más eficaz creado para garantizar la paz y defensa exterior de la comunidad nacional.¹¹²

La función militar (Rossetti) o de defensa (Martinez Paz) se enlaza con la función política a través de la política de defensa. La que es formulada por las instancias políticas del Estado, y le proporciona, no sólo al área militar sino a todas las demás del Estado, las directrices fundamentales de orden político, económico y militar. A ésta última, le aporta en especial, las directrices fundamentales a las que habrá que ceñir su actuar y le determina los objetivos que deberá alcanzar. De ella se deriva la política militar y, por tanto, la estrategia militar, la determinación de fuerzas y el desarrollo de programas militares, económicos, etc, concretos y valorados, todo ello expresado en forma global y según prioridades.¹¹³

Virginia Gamba, por su parte, entiende¹¹⁴ que la política de defensa se podría definir como una selección de prioridades, distribución de recursos y definición de los parámetros de las acciones que gobiernan, tanto la seguridad de los intereses nacionales contra una agresión, como la capacidad del poder militar, con el fin de promover los intereses nacionales definidos en la estrategia general del gobierno, es decir, el objetivo político declarado. Esta política de defensa, en su forma operacional, indica la dirección política del potencial de defensa de una nación, orientada a lograr la seguridad nacional y proteger los intereses nacionales, a la vez que busca cumplir con los objetivos internacionales del gobierno.

La función militar del Estado es llevada a cabo, entonces, por una estructura organizacional específica que se denominada Instrumento Militar, el cual nace y evoluciona con un propósito fundamental, cual es el de servir de respaldo armado para la consecución de los objetivos políticos de la Nación. Concentrando dentro de sí, por su misma naturaleza, el mayor y más estructurado poder de fuerza de que dispone el Estado.

6. El sistema de defensa nacional y su fundamento legal

Ya en el Preámbulo de nuestra ley fundamental, hallamos una referencia a "*proveer a la defensa común*". Asimismo, en ambas partes de la Constitución nacional, encontramos normas referidas a la materia de defensa.¹¹⁵

En lo sustancial, la primera norma de los argentinos impone sobre los ciudadanos el derecho-deber de la defensa armada¹¹⁶, encomienda la misma al Estado federal¹¹⁷, prohíbe

¹¹² Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, Cap. I, en especiales pag. 22.

¹¹³ De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pag. 131.

¹¹⁴ Gamba, Virginia, Estrategia: intervención y crisis, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1985, pag. 17.

¹¹⁵ Lo atinente a las normas referidas en particular a las Fuerzas Armadas serán objeto de estudio en el capítulo III, por lo que no nos explayamos aquí respecto de ellas.

¹¹⁶ Art. 21: - "Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional".

¹¹⁷ Art. 6: Intervención en las Provincias. "El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias a) para garantizar la forma republicana de gobierno, b) o repeler invasiones exteriores, c) y a requisición de sus autoridades constituidas - para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia".

la guerra o cualquier acción violenta entre las provincias¹¹⁸, sustrae a los particulares de cualquier índole la posibilidad de ejercer la defensa armada por fuera de la organización estatal.¹¹⁹

Corresponde a la ley N° 23554, estructurar de modo organizado la respuesta estatal institucional en consonancia con los principios constitucionales de la materia.

Así se enumeran allí, los componentes principales del sistema, de acuerdo con las atribuciones constitucionales asignadas a los tres poderes, y se les efectúa la distribución de funciones, de manera tal que se asegura la oportuna determinación de las hipótesis de conflicto, las de guerra y las de confluencia, como punto de partida para la determinación de la política de defensa por aplicar en el país.¹²⁰

También, brinda una definición política de las Fuerzas Armadas, otorgándoles su ubicación administrativa, de gobierno y de conducción, para vincularías armoniosamente, dentro del orden democrático, con los poderes de la Constitución, sin retacearles el rol que les corresponde como instrumento militar de la defensa nacional y como elementos asesores útiles para las decisiones políticas desde el nivel estratégico militar hacia los menores.¹²¹

Sinópoli, siguiendo a Bielsa¹²², remarca la cuestión que en un estado republicano el derecho-deber de defensa debe conciliar el principio democrático, comprensivo del de igualdad, civismo y libertad, con el de eficacia castrense, que debe atender a criterios técnicos y de organización.¹²³

En virtud de ello, el funcionamiento ordenado del Sistema de Defensa Nacional se halla orientado a determinar la política de defensa nacional que mejor se ajuste a las necesidades del país, así como su permanente actualización.¹²⁴

¹¹⁸ Art. 127: "Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra; otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema d Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos d guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federa debe sofocar y reprimir conforme a la ley".

¹¹⁹ Art. 22: ... toda reunión armada de personas que se atribuya derechos a nombre del pueblo, comete el delito de sedición.

¹²⁰ Fundamentos ley 23554, apartado III.

¹²¹ Fundamentos de la ley 23554, apartado IV.

¹²² Bielsa, Rafael, Caracteres jurídicos y políticos del ejército. Su misión esencial, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1937, pág 7 y siguientes.

¹²³ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pag. 202/3.

¹²⁴ Art. 7, ley 23554. Con la finalidad (Art. 8, ley 23554.) de: 1º) Determinar las hipótesis de conflicto y las que deberán ser retenidas como hipótesis de guerra; 2º) Elaborar las hipótesis de guerra, estableciendo para cada una de ellas los medios a emplear; 3º) Formular los planes que posibiliten una adecuada preparación de toda la Nación para el eventual conflicto bélico; 4º) Elaborar los planes para la conducción de los niveles de defensa nacional, correspondientes a la estrategia militar y a la estrategia operacional; 5º) Dirigir la guerra en todos sus aspectos, desde el nivel de la estrategia nacional; 6º) Conducir las Fuerzas Armadas y los esfuerzos de los sectores del país afectados por el conflicto bélico, en el nivel estratégico militar y estratégico operacional; 7º) Preparar y ejecutar las medidas de movilización nacional; 8º) Asegurar la ejecución de operaciones militares conjuntas de las Fuerzas Armadas y eventualmente las operaciones combinadas que pudieran concretarse; 9º) Establecer las hipótesis de confluencia que permitan preparar las alianzas necesarias y suficientes, para resolver convenientemente la posible concreción de la hipótesis de guerra. Resultando sus integrantes (Art. 9, ley 23554): a. El Presidente de la Nación; b. El Consejo de Defensa Nacional; c. El Congreso de la Nación, en ejercicio de las facultades conferidas por la Constitución Nacional para el tratamiento de cuestiones vinculadas a la defensa y permanentemente a través de las Comisiones de Defensa de ambas Cámaras; d. El Ministerio de Defensa; e. El Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas; f. El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea de la República Argentina; g. Gendarmería Nacional y Prefectura

En cuanto a las competencias, el Presidente de la Nación¹²⁵ en su carácter de jefe supremo de la misma y comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, se halla a cargo de la dirección de la defensa nacional y la conducción de las Fuerzas Armadas, en los términos establecidos por la Constitución Nacional.

7. Prestaciones de las personas en materia de defensa

El individuo no sólo tiene necesidades primarias de alimento y habitación, sino que también debe educarse, distraerse, completar su vida con la apreciación y goce de la cultura.

La Constitución, por medio de los principios que consagra, obliga al Estado a la conformación del orden social. Esa función, a la cual está obligado el Estado Social y Democrático de Derecho, se realiza a través de dos formas, principalmente. Por una parte, conformando el orden social y, por la otra, mediante la participación del Estado mismo, o de alguno de sus entes de derecho público o privado, en el orden social y económico.

Pero, frente a estos deberes del Estado, también existen deberes de los particulares, relativos a la asistencia, educación y bienestar, en general, del pueblo.

Estas obligaciones de los particulares, derivadas de la solidaridad social, se expresan en el compromiso de cooperar con la comunidad y con el Estado.

El compromiso que impone la solidaridad social no se queda en una instancia moral, sino que el Estado, por medio de las leyes, puede (y también debe) exigir la participación en la resolución de los problemas que derivan de la necesidad de la transformación del orden social.

Las obligaciones de los hombres en razón de la solidaridad social (señala la Constitución) son proporcionales a sus respectivas capacidades.

Como nos expresa Sinópoli¹²⁶:

“Desde 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), tipifica 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”.

Resulta por tanto, un concepto más amplio que el específico de la defensa con armas o defensa militar, comprendiendo a todas las personas que deben lealtad a su nación, más allá que gocen o no de derechos políticos, y engloba toda prestación de una actividad

Naval Argentina en los términos que prescribe la ley de defensa nacional; h. El pueblo de la Nación mediante su participación activa en las cuestiones esenciales de la defensa, tanto en la paz como en la guerra de acuerdo a las normas que rijan la movilización, el servicio militar, el servicio civil y la defensa civil.

¹²⁵ Art. 10, ley 23554.

¹²⁶ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pag. 202.

que contribuya al esfuerzo de la defensa, sea o no un servicio con armas. Por lo que 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.¹²⁷

Ellas se hallan establecidas en el título V de la ley 23554, denominado “Servicio de Defensa Nacional”.

En sus considerandos, dicha norma entiende lo previsto como un reordenamiento del servicio de defensa, para superar las deficiencias comprobadas en la aplicación del servicio militar, para obtener, de esta manera, una mayor flexibilidad en el cumplimiento de los deberes que los ciudadanos tienen en el marco de la defensa de la Nación.¹²⁸

Se proporciona desde ella, las bases suficientes para la organización territorial del país para la defensa y se aclaran las condiciones que deberán completarse para efectuar requisiciones, dentro del marco de los postulados constitucionales; previéndose, además, la movilización del potencial nacional en los casos necesarios.¹²⁹

Previamente, en su art. 6º, se establece que: “*la defensa nacional constituye un derecho y un deber para todos los argentinos, en la forma y términos que establecen las leyes*”.¹³⁰

En realidad, dicha norma tiene una factura técnica deficiente, por cuanto confunde defensa nacional con prestación militar, conceptos que no resultan equivalentes, ni ha nivel doctrinario, ni en la propia consideración que la ley hace de ellos. Pues se hallan, en ambos casos, en una relación de género a especie.

Sólo así puede ser entendida, desde que si se interpretara literalmente, caería en contradicción con las prestaciones que se imponen en materia de defensa a los extranjeros residentes o sometidos a las leyes de nuestro país.

Es por ello que debe puntualizarse claramente que las prestaciones exigibles en materia de defensa van más allá de la militar, y puede clasificarse en personales y materiales.

Las personales resultan del cumplimiento de obligaciones destinadas a asegurar la defensa nacional. Las que pueden ser nominadas o innominadas, siendo denominados genéricamente como servicios a la defensa nacional. Todas las personas de existencia visible o jurídica sujetas a las leyes argentinas, podrán ser requeridas a este respecto.¹³¹

Entre las prestaciones nominadas podemos citar al servicio militar y el servicio civil de defensa.

El primero, es el que cumplen los argentinos incorporados a las Fuerzas Armadas en el servicio de conscripción o en la reserva, convocados por el Poder Ejecutivo nacional, conforme a lo establecido en el art. 21 de la Constitución Nacional y los voluntariamente incorporados a la conscripción, de acuerdo con las normas que rigen en la materia y las que

¹²⁷ Sinópoli, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pag. 203.

¹²⁸ Fundamentos de la ley 23554, apartado V.

¹²⁹ Fundamentos de la ley 23554, apartado VI.

¹³⁰ Art. 6, ley 23554.

¹³¹ Art. 25, ley 23554.

oportunamente se sancionen para contribuir a una mayor continuidad y profesionalidad de este servicio.¹³²

Como puede observar, este tipo de prestación militar queda reservada únicamente a los ciudadanos, y resulta asimismo de tipo transitorio, dejando fuera de su alcance a lo relativo al empleo militar, es decir a la prestación de servicios militares por tiempo determinado o como actividad permanente.

La definición de este tipo de prestación militar de carácter transitorio, es decir carente de la nota de profesionalidad, es uno de los fundamentos de nuestra afirmación que el estado militar (del que gozan estos ciudadanos al igual que los militares de carrera o profesionales), no es una estado de tipo profesional, sino que resulta una especie dentro del de ciudadanía.

Por su parte, el servicio civil de defensa es la obligación de prestar servicios no militares, que deben cumplir los habitantes del país, a fin de satisfacer necesidades de preparación del potencial nacional para la eventualidad de una guerra, o para sostener el esfuerzo bélico ante el conflicto ya declarado.¹³³ Abarcando entonces, tanto a ciudadanos como a no ciudadanos.

8. La prestación militar

8.1. Concepto

Con la palabra “servicio militar”, se viene a significar el contenido y la forma de una particular prestación personal del ciudadano, respecto del Estado, que se traduce concretamente en una disponibilidad del sujeto a un particular régimen de vida, enmarcado por las normas de la disciplina militar, y con el cumplimiento de deberes que la diferencian sustancialmente de otras prestaciones laborales, públicas o privadas. El servicio militar representa luego, la imposición de una compleja relación subjetiva que vincula al ciudadano en particular con el Estado, pero que trasciende a la comunidad toda. Resultando como toda relación jurídica, constituida conjuntamente por derechos y deberes que conviven dialécticamente en conformidad a los valores constitucionales de fondo que protegen las Fuerzas Armadas: *el sagrado deber de defensa de la Patria y la armonización del ordenamiento militar con el sistema democrático*¹³⁴.

La ley española 13/1991, define al servicio militar como *"una operación personal fundamental de los españoles a la defensa nacional"* (artículo 2, apartado 1), que puede ser

¹³² Art. 26, ley 23554.

¹³³ Art. 27, ley 23554.

¹³⁴ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponibile en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “Con la locuzione “servizio militare” si intende il contenuto e la forma di una particolare prestazione personale del cittadino, nei confronti dello Stato, che si traduce concretamente nella disponibilità soggettiva ad un peculiare regime di vita, connotato dalle regole della disciplina militare, ed all’adempimento di compiti che si differenziano sostanzialmente da una qualsiasi prestazione di lavoro, pubblica o privata. Il servizio militare rappresenta, quindi, l’ipotesi di un complesso rapporto soggettivo che lega il singolo cittadino allo Stato e, come tutti i rapporti giuridici, è costituito da un insieme di diritti e doveri che convivono dialetticamente nella conformità ai valori costituzionali di fondo riguardanti le Forze armate: quello del sacro dovere di difesa della Patria e quello di tendenziale democraticità dell’ordinamento militare”.

cumplida a través de las modalidades del voluntariado nacional 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.¹³⁵

8.2. Fundamento y caracterización

Los ciudadanos, en materia de defensa tienen una obligación particular, cual es la militar. La que ha sido definida en el art. 21 de la Constitución Nacional.

Respecto de su alcance ha expresado la jurisprudencia: *“La defensa de la Patria y de la Constitución “conforme a las leyes que dicte el Congreso y los decretos del poder ejecutivo”, no consiste sólo en tomar las armas en caso de guerra, sino en formar parte en todo tiempo de las Fuerzas Armadas de la Nación”*.¹³⁶

Cabe destacar que en otros países del mundo se la extiende incluso a no ciudadanos, como en el caso del Estado de Israel, cuya la Ley del Servicio de Defensa Nacional de 1986, lo impone de forma obligatoria no sólo a todo ciudadano israelí, sino también a los residentes permanentes en Israel.

Por su parte en la legislación española¹³⁷, encontramos la siguiente caracterización:

*“Los españoles tienen el derecho y el deber de defender España y prestarán el servicio militar en las condiciones que señalen las leyes. El servir a la Patria con las armas es un alto honor y constituye un mérito por los sacrificios que implica.”*¹³⁸

El servicio militar viene a representar la natural y principal modalidad de la defensa de la Patria. Resultando uno de los medios principales para defender la propia soberanía política de una comunidad determinada. Como materialización de la defensa armada del Estado, ha tenido siempre un rol cuasi totalizador de la defensa nacional, al punto de confundirse con ella en épocas pasadas.¹³⁹

Resulta, al decir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, resulta una situación instrumental necesaria respecto del deber de defensa de la Patria, por lo que cuenta por ello con el apoyo del derecho y una indudable legitimidad moral. Es instrumental, por lo que no se superpone ni abarca en su totalidad el concepto de defensa de la Patria, el que en último término se funda en un acto de inderogable solidaridad política de todo ciudadano. Diferenciándose (servicio militar y defensa de la Patria) tanto conceptual como institucionalmente.¹⁴⁰

¹³⁵ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pags. 216.

¹³⁶ CSJN, Fallos 147:16.

¹³⁷ Ley española 85/1978, de 28 de diciembre. Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

¹³⁸ Art. 23

¹³⁹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁴⁰ Corte Costituzionale Italiana, Sentenza N° 164 de 1985: “... l’obbligo di prestare servizio militare armato sia un dovere di solidarietà politica inderogabile per tutti i cittadini. Inderogabile dovere di solidarietà politica per tutti i cittadini è, invece, la difesa della Patria, cui il servizio militare obbligatorio si ricollega, pur differenziandosene concettualmente ed istituzionalmente. La mancata distinzione tra il primo e il secondo

Ya en una sentencia anterior¹⁴¹, la Corte puntualmente había recordado que la defensa de la Patria es, para todos los ciudadanos y sin exclusiones, la condición primera para la conservación de la comunidad nacional, resultando un deber que se ubica por encima de todos los demás, que supera y trasciende el deber del servicio militar. Teniendo el “deber sagrado de defensa de la Patria” una autonomía propia conceptual e institucional que lo diferencia del deber patriótico del servicio de armas, suponiendo el primero un deber inderogable, en tanto el servicio militar, en atención a que se estructura “en el modo y con los límites que las leyes establecen” puede no resultar obligatorio.

Por su parte, la Convención americana de derechos humanos, en su capítulo V (Deberes de las personas), expresa en su artículo 32 (Correlación entre deberes y derechos):

1. *Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.*
2. *Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*

Dichas facultades no sólo son consecuencia del principio de autoridad del estado, es decir, de la atribución en la materia de las facultades necesarias para el cumplimiento del bien común. También se derivan del principio de colaboración Estado-ciudadano, ya en un sistema democrático y republicano como el establecido en la Constitución Nacional, es el propio pueblo (conjunto de ciudadanos) quien, a través de las vías que la ley consagra, se defiende a sí mismo por medio del uso legítimo de las armas.

Ello de acuerdo al principio de legalidad; donde la ley no es ya la discrecional imposición de un monarca, sino el resultado de una auto imposición de los ciudadanos, en favor de la comunidad política organizada de la cual son miembros, realizada a través de los representantes que los mismos han elegido a tales fines.

No sólo la obligación de cumplir con las leyes, ni el derecho insito de ser humano a defenderse de modo organizado, justifican el deber militar. También se asienta de modo principal la obligación militar del ciudadano, en el principio de la soberanía popular, que no solamente implica la delegación de la autoridad por vía del sufragio, sino la participación efectiva en la configuración de las políticas, y que en el caso de la prestación

comma dell'art. 52 Cost., invocato dall'ordinanza come un tutt'uno, è al tempo stesso la causa ed il sintomo dell'equivoco in cui incorre il ragionamento dinanzi riassunto: un equivoco che riappare ancora più chiaramente nel prosieguo dell'ordinanza, allorché, ventilando l'eventualità di un rigetto della questione, il giudice a quo sembrerebbe non saperlo spiegare altrimenti che con il 'ritenere che la difesa della Patria non è più un dovere sacro per tutti i cittadini'.

¹⁴¹ Sentenza N° 53 de 1967: “per tutti i cittadini, senza esclusioni, la difesa della Patria - che è condizione prima della conservazione della comunità nazionale - rappresenta un dovere collocato al di sopra di tutti gli altri”, cosicché ‘esso trascende e supera lo stesso dovere del servizio militare... questo servizio - ‘nel quale ... non si esaurisce, per i cittadini il dovere sacro di difesa della Patria’ - ha una sua ‘autonomia concettuale e istituzionale rispetto al dovere patriottico contemplato dal primo comma dell'art. 52 Cost.’, il che impone di tenere distinte le rispettive sfere di applicazione. In particolare, mentre il dovere di difesa è inderogabile, nel senso che nessuna legge potrebbe farlo venir meno, il servizio militare è obbligatorio ‘nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge’, purché, ovviamente, ‘non siano violati altri precetti costituzionali’.”

de servicios militares, implica una participación en la ejecución de la política de defensa del Estado.

La participación militar (actual o potencial) de los ciudadanos resulta entonces, un aspecto troncal del principio democrático y una necesaria consecuencia de la libertad que buscan asegurarse en tal sistema político. Desde que el goce de una libertad no implica sólo su ejercicio, sino también el deber asegurar su existencia frente a posibles agresiones a ella.

En tal situación, el vínculo jurídico que une a los ciudadanos con la prestación militar, es por ello de naturaleza compleja, participando tanto de los caracteres del derecho cuanto del deber jurídico.

Resulta primeramente entre nosotros, un principio expreso de naturaleza constitucional, que se entronca en un derecho humano fundamental, como lo es de la autodefensa. Encontrando asimismo su justificación dentro del sistema democrático y republicano, en la necesidad de resguardar los meta valores que el ordenamiento jurídico busca tutelar, como son la defensa de la dignidad o el principio de la libertad colectiva.

La prestación o servicio militar, como nos dice Sinópoli, reviste consecuentemente, una importancia que le confiere una entidad y fisonomía especial dentro del marco genérico de las obligaciones estatales. Mencionando el nombrado autor, 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). En 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).¹⁴²

La especial naturaleza de este vínculo, determina una situación jurídica particular en que el ciudadano se halla frente al Estado y el Estado frente al ciudadano, ocupando ambos de modo simultáneo los polos activos y pasivos de una relación jurídica; situación que le crea un complejo de diversos deberes y derechos, respecto de un mismo objeto.

Debemos agregar que es un vínculo de tipo personal o individual, si bien común dentro del género de los ciudadanos.

Carlos Pellegrini, en oportunidad de discutirse en el Senado el proyecto de ley que implantaba el servicio militar obligatorio, en sesión del 26 de noviembre de 1901 expresaba al respecto:

*"¿Cuál es la tradición argentina? La tradición argentina y, diré más, la americana, no sólo la sudamericana sino la norteamericana es la siguiente: las fuerzas militares de la Nación las constituye el pueblo mismo, obligado a armarse en defensa de la Patria"*¹⁴³

¹⁴² Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pag. 216.

¹⁴³ Rodríguez Molas, Ricardo, El servicio militar obligatorio. Biblioteca política argentina. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983, pag. 28.

Resulta además de vital importancia, distinguirlo de los deberes en materia de defensa, que atañen, como ya se ha puntualizado previamente, no sólo a los ciudadanos sino también a los habitantes de la Nación, aun cuando sean éstos extranjeros, y en cuanto a los bienes, a todos los que se hallen en el territorio de la república, sean de residentes o no en el país.

Para comprenderlo, debe primeramente tenerse en consideración que la pertenencia de una persona a una sociedad política determinada (ciudadanía)¹⁴⁴, no puede expresarse, no puede actuarse, no puede tener “vida”, sino a través del concepto de participación.

Es por ello que los aspectos centrales de la ciudadanía (y el militar es uno de ellos)¹⁴⁵, presentan de modo simultáneo un haz de derechos y deberes, que no resultan factibles reconducir a sólo una las conocidas categorías tradicionales jurídicas (derecho o deber), porque en primer lugar, estamos hablando sobre la regulación jurídica de una necesidad social, en la que los distintos integrantes (ciudadano, Estado) no tienen en definitiva intereses contrapuestos. Por lo que resulta una situación *sui generis*, susceptible de ser apreciada por el ordenamiento jurídico tanto como derecho cuanto como deber, siendo fundamentalmente el contexto el que determinará si se exige como deber o se plantea como derecho.

Es por ello que, en cuanto derecho, determina una facultad a favor del ciudadano frente a la organización estatal, que ésta no puede negar, ni omitir desplegar una actividad de su parte en orden a efectivizarlo, pero sí desde luego reglamentar¹⁴⁶.

Este derecho, a más de surgir del derecho natural a la autodefensa del ser humano, se halla reconocido en la norma constitucional. Por lo que puede no sólo ser solicitado, sino eventualmente exigido frente a una conducta estatal que pretenda desconocerlo.

Es igualmente un deber jurídico, lo que determina que, en sentido *strictu sensu* es la necesidad de observar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de Derecho, y a favor de colectividad.

Tal deber jurídico está impuesto por una norma y por la coerción del Estado y se recaba en primer término a través de la persuasión, y como última ratio por vía de la coacción. En las categoría de deberes jurídicos, lo podemos incluir tanto en los deberes generales de conducta (cuando la prestación militar es regulada como voluntaria), o en los deberes específicos de conducta (cuando es impuesta de modo obligatorio).

Legalmente se lo conceptualizado en los siguientes términos:¹⁴⁷

“El servicio militar es la obligación que cumplen los argentinos varones y mujeres nativos, por opción o naturalizados, incorporados a las Fuerzas Armadas por el Poder Ejecutivo Nacional conforme a lo establecido en el art. 21 de la Constitución Nacional y leyes contribuyentes”.

Dicha obligación comprenderá:

a) A los que voluntariamente se encuentren incorporados según la legislación correspondiente.

¹⁴⁴ Respecto de los alcances de esta formulación, ver en el Capítulo I lo expuesto en materia de ciudadanía.

¹⁴⁵ Ver al respecto la vinculación jurídica entre los conceptos de ciudadano y de militar, ya tratada en el capítulo I.

¹⁴⁶ Art. 28 de la Constitución Nacional.

¹⁴⁷ Art. 1º, ley 17531.

- b) *A los varones convocados para cumplir con el servicio de conscripción.*
- c) *A las reservas convocadas.*

Merece destacarse que el vínculo jurídico que hace cobrar existencia a la prestación militar no es idéntico en todos los casos, cambiando su contenido sensiblemente según la relación se constituya voluntariamente o de forma obligatoria, y más allá de la forma de origen, varía también en sus aspectos temporales y económicos. Por ello se ha dicho que en la prestación militar, sólo el contenido disciplinario es común a las diversas posiciones jurídicas subjetivas, y también en lo referente a las limitaciones de derechos constitucionales.¹⁴⁸

Ello no obsta a que el servicio militar, cualquier sea su modalidad, entrañe un particular “*status subiectionis*” derivada de las normas militares cuyo principal es asegurar la disciplina y que se traduce en una reglamentación restrictiva de la libertad constitucional.¹⁴⁹

8.3. Clasificación de los distintos modos que asume la prestación militar

Encontramos así que diversos tipos de prestaciones militares, que podemos clasificar: con relación a la voluntad del sujeto en su nacimiento, en voluntaria y obligatoria. Y respecto de su alcance temporal, en permanentes y por tiempo determinado.

8.3.1. Obligatoria

Como nos dice Sinópoli¹⁵⁰, 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

¹⁴⁸ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “ D'altra parte, il rapporto giuridico che in modo paradigmatico viene identificato nel servizio militare, non rappresenta un omogeneo sistema di relazioni intersoggettive, poiché il suo contenuto cambia sensibilmente a seconda che il rapporto predetto venga costituito volontariamente o a seguito di una procedura basata sulla coscrizione, cioè sull'adempimento degli obblighi di soggezione derivanti dal sistema di reclutamento fondato sulla leva. Le vicende connesse sia con il servizio volontario sia con quello obbligatorio sono sensibilmente differenti, non solo nel momento costitutivo del rapporto, ma anche nel concreto svolgimento dello stesso, soprattutto per quel che concerne il trattamento giuridico ed economico. Nel servizio militare, complessivamente inteso, solo il contenuto disciplinare è comune alle due diverse posizioni giuridiche soggettive, anche se sul versante delle limitazioni all'esercizio dei diritti costituzionali la disciplina normativa presenta significative differenze che saranno illustrate nella sede opportuna”.

¹⁴⁹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁵⁰ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pags. 213/4.

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. No pudiéndose hablarse de servicio militar obligatorio en el sentido que hoy conocemos, sino desde finales del siglo XVIII, en los reclutamientos masivos que tuvieron lugar en 1793, en la Francia revolucionaria. Revestía el mismo carácter de universal, con el alcance de todos los varones solteros o viudos comprendidos en determinadas edades. No se trataba ya de un servicio personal respecto de otra persona (noble o monarca), sino de prestar un servicio personal a la Nación, por aplicación del principio de la soberanía del pueblo.

Resulta por tanto, a un mismo tiempo, un deber, un derecho y un honor, recobrándose ese sentido de la edad antigua que veía a la prestación militar no sólo unida a la ciudadanía, sino como un privilegio que emanaba de ella.¹⁵¹

La primera norma nacional de reclutamiento obligatorio, resulta la leva dispuesta por la Primera Junta con fecha 29 de mayo, al organizar las fuerzas militares, de *"todos los vagos sin ocupación conocida, de 18 a 40 años"*¹⁵².

El antecedente más cercano del servicio militar obligatorio implantado en 1901, fue la guardia nacional, organizada a partir de 1852 como reserva de las Fuerzas Armadas, y cuyo servicio se cumplía con la asistencia periódica a ejercicios de instrucción militar, manteniendo sus propios jefes, y estando bajo la órbita de los gobernadores de provincia, pudiendo ser convocados por el gobierno nacional en caso de conflicto o necesidad.¹⁵³

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. Pero la obligatoriedad podía asimismo surgir de la imposición de una pena, denominándose esta categoría como "destinados". Ejemplo de ello, entre otras, resulta la ley de 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 termino que no baje de dos años ni exceda de cuatro"*.¹⁵⁴

En 1901, con la ley 4031, de organización del Ejército, se implantó el servicio militar obligatorio para todo argentino varón, desde los 20 a los 45 años. Se la entendió como una contraprestación de los derechos por los que se disfrutaba en virtud del status de ciudadanía, a la par que la consecuencia en la organización militar de una sociedad democrática, que pone en manos del pueblo la defensa de los intereses de la Nación.¹⁵⁵

Tal sistema se mantuvo por la Ley 4707 de 1905, 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. El capítulo sobre las excepciones al servicio había sido

¹⁵¹ Ver lo expuesto en tal sentido en el punto 9.2. del Capítulo I, y en especial en Cornell, Tim y Matthews, John, *Roma. Legado de un imperio*. Volumen I, Ediciones folio, Barcelona, 1996, pag. 42.

¹⁵² Dispuesta por el art. 3º del decreto de fecha 29 de mayo de 1810. Registro nacional, Tomo 1, pag. 28.

¹⁵³ Rodríguez Molas, Ricardo, *El servicio militar obligatorio*. Biblioteca política argentina. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983, pag. 13.

¹⁵⁴ Sinópoli, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pags. 215.

¹⁵⁵ Ver al respecto, lo expuesto en el debate de la norma, especialmente en la Cámara de Diputados en la 18ª sesión ordinaria del 15 de junio de 1915, 25ª sesión ordinaria iniciada el 5 de setiembre de 1901, 29ª sesión ordinaria del 9 de setiembre de 1901 y 1ª sesión de prórroga del 2 de octubre de 1901.

modificado en su faz reglamentaria, durante 1963 y merced al decreto 8844/63, cuyas normas y principios fueron conservados por ley 17.531 que terminó de derogar a la primitiva ley orgánica del Ejército N° 4707, que había regido entre 1905 y 1967, como nos da cuenta Sinópoli.¹⁵⁶

El servicio militar obligatorio se cumple en parte, bajo las armas, respondiendo al llamado de su clase y siendo incorporado a las Fuerzas Armadas por el tiempo fijado por ley, a fin de adquirir la necesaria instrucción militar y respondiendo a los eventuales reclutamientos, y en parte permaneciendo luego de su licenciamiento, a disposición de las autoridades por el período que fuere convocable, como parte de las reservas.¹⁵⁷

Por su parte, ordenamientos como el suizo¹⁵⁸, distinguen entre las obligaciones de registrarse y presentarse a la convocatoria, de la de cumplir el servicio militar propiamente dicho.¹⁵⁹

En nuestro país, la ley 17.531 es la que regulaba tal tipo de prestación militar, denominada servicio de conscripción, y actualmente suspendida, respecto de todos los argentinos varones¹⁶⁰, con una duración mínima de un año y no mayor a dos¹⁶¹.

Si bien el sistema de prestación obligatoria se ha utilizado, en especial entre nosotros, para la categoría de tropas, se ha aplicado en distintas partes del mundo para conseguir los efectivos necesarios respecto de todas las categorías militares.¹⁶²

Una modalidad que permite dar por cumplido con el servicio militar, en la mayoría de los ordenamientos, es el haber cursado estudios durante determinado tiempo en institutos militares, el haber prestado servicios castrenses en forma voluntaria, o cumplir con otras prestaciones de servicios personales equiparadas a la militar, en cuerpos armados pero fuera de las Fuerzas Armadas (policía, etc).¹⁶³

8.3.2. Voluntaria

¹⁵⁶ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pags. 215/6

¹⁵⁷ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]. En esa línea, la ley 4031 en su art 2º, establecía la duración del servicio militar en veinticinco años.

¹⁵⁸ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003).

¹⁵⁹ Art. 2 Principe : 1. Tout Suisse est tenu au service militaire. 2. Les obligations militaires comprennent: a. l'obligation de se présenter au recrutement (art. 7 à 9); b. l'obligation d'accomplir le service militaire (art. 12); c. l'obligation d'accomplir le service civil (art. 26); d. l'obligation de payer une taxe d'exemption (art. 26); e. l'obligation de s'annoncer (art. 27).

¹⁶⁰ Art. 11, ley 17531.

¹⁶¹ Art. 12, ley 17531.

¹⁶² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁶³ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

A lo largo de la historia, la prestación de armas voluntaria, con carácter profesional en algunos casos, ha evolucionado de ser una modalidad reservada a determinadas categorías, hasta universalizarse a lo largo del siglo XX. Siendo establecida históricamente, de modo sistemático y con particularidades propias, en primer término respecto de los oficiales y posteriormente con los suboficiales.¹⁶⁴

Respecto de nuestro derecho, y en cuanto a la categoría de tropa, en momentos previos a la guerra con el Paraguay, el decreto del 26 de enero de 1864, firmado por el Presidente Mitre, organizaba el ejército de línea nacional, disponiendo en cuanto a su reclutamiento de tropas que este se componía, a más de los destinados, por voluntarios que firmaban contratos de servicios por dos a ocho años de duración.¹⁶⁵

El sistema de voluntariado para constituir las fuerzas militares fue una constante en el sistema argentino previo a la ley 4031, sustentado en diversas leyes de 1865, 1872 y 1895.¹⁶⁶

Cabe destacar que aun en el auge de los sistemas de reclutamiento obligatorio, las Fuerzas Armadas siempre conservaron un núcleo de militares de dedicación permanente, destinados al adiestramiento y conducción de los militares que prestaban su servicio en forma voluntaria.¹⁶⁷

En 1995, la ley 24.429 del servicio militar voluntario, suspendió en su aplicación a la ley 17531, pasando a estructurarse las categorías de tropas de las Fuerzas Armadas bajo la modalidad de voluntariado.

Tal norma define dicha modalidad de servicio militar 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 con las características previstas en la presente ley”*.¹⁶⁸

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.¹⁶⁹ Además, dispone que el soldado deberá respetar el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas y se abstendrá de realizar actividades políticas o sindicales, ejerciendo su derecho al voto de conformidad con la normativa aplicable al personal militar en el código electoral.¹⁷⁰

¹⁶⁴Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁶⁵Rodriguez Molas, Ricardo, El servicio militar obligatorio. Biblioteca política argentina. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983, pag. 8.

¹⁶⁶Exposición del diputado Alberto Capdevila en la sesión del 15 de junio de 1901, en Rodriguez Molas, Ricardo, El servicio militar obligatorio. Biblioteca política argentina. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983, pag. 38.

¹⁶⁷Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁶⁸Art. 1º, ley 24.429

¹⁶⁹Art 3º, ley 24429.

¹⁷⁰Art. 5º, ley 24429.

En su artículo 19 prevé, que en el supuesto de que la cantidad de interesados para incorporarse al régimen del voluntariado no fuere suficiente, podrá convocarse bajo los términos de la ley 17531, a los ciudadanos que en el año de la prestación cumplan 18 años de edad y por un período no superior a un año de duración.

Por lo que, como se ha expresado normativamente en España frente a una similar situación¹⁷¹:

“Las obligaciones militares pasan así a cumplirse de forma distinta por los españoles, pero su naturaleza e importancia permanecen inalteradas, al amparo de lo previsto en el artículo 30.2 de la Constitución, como inalterado queda también el deber de defender a España que declara el apartado primero del mismo precepto”.

La prestación voluntaria viene en estrecha relación con la profesionalidad de los cuadros que se incorporan por tal vía, englobándose en ella tanto a los militares de carrera, que constituyen los cuadros de mando con una relación de servicios de carácter permanente, como a los militares de complemento, que completan los anteriores con una relación de servicios de carácter exclusivamente temporal, y a los militares profesionales de tropa y marinería que, con una relación de servicios de carácter temporal, que puede transformarse en permanente cumpliendo determinados requisitos.¹⁷²

La prestación voluntaria supone, no sólo un aumento cuantitativo de los efectivos profesionales en relación con los modelos de conscripción o mixtos, sino también un cambio cualitativo que afecta a la concepción de dicha categoría, y que se refleja en lo jurídico. Debiéndose instrumentar normas que establezcan un sistema de selección y promoción continuada, y regular con mucho mayor detalle aspectos como el del salario, retiro, promoción interna, régimen de destinos, entre otras cuestiones.

Es por ello que una de las consecuencias jurídicas de la adopción de modelos profesionales en la Fuerzas Armadas de fines del siglo XX e inicios del XXI, resulta la necesaria expansión y creciente complejidad de las normas militares.¹⁷³

8.3.3. Por tiempo determinado

Si bien participa esta modalidad, del concepto de militar profesional que engloba a los militares de carrera, completan a los cuadros con una relación de servicios de carácter permanente, sobre la base de una relación de servicios de carácter exclusivamente temporal, siendo denominados por algunas legislaciones como “militares de complemento”.¹⁷⁴

¹⁷¹ Ley española Nº 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999.* Exposición de motivos, apartado X.

¹⁷² Ley española Nº 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999.* Exposición de motivos, apartado III.

¹⁷³ Ver al respecto, Rubin, George R, *Observations on Change in Military Law*, conferencia pronunciada en la Kent Law School, University of Kent at Canterbury, en setiembre de 2000. Ver al respecto, lo desarrollado en el Capítulo IV, respecto del derecho militar actual.

¹⁷⁴ Ver al respecto, Ley española Nº 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999.* Exposición de motivos, apartado V.

El servicio militar voluntario con carácter temporal siempre ha estado presente en los sistemas militares y es de época anterior al de carácter permanente. Las diversas formas que asume esta modalidad se hallan ligadas a las diferentes categorías militares, y a las exigencias diversas y especiales que tienen las Fuerzas Armadas o cuerpos militarizados.¹⁷⁵

El carácter exclusivamente temporal de su relación de servicios, supone una serie de aspectos particulares que deben ser tenidos en cuenta, en atención a esta modalidad de prestación, a fin de darle el necesario respaldo en su ejercicio profesional, establecer especiales sistemas de promoción interna y facilitar la reinserción en el mundo laboral civil.¹⁷⁶

La prestación temporaria se ha desarrollado en la historia, desde estar circunscripta a determinadas especialidades, hasta casi universalizarse respecto de determinadas categorías.¹⁷⁷

La ley de servicio militar voluntario N° 24.429 ha establecido la presente modalidad respecto del personal de tropa de las Fuerzas Armadas, sin restricción de especialidad o similar.¹⁷⁸

Por su parte, la ley 24948 de reestructuración de las FFAA, lo ha universalizado respecto de la generalidad de las categorías del personal militar.¹⁷⁹

Posibilita tal modalidad a la institución castrense, el disponer de una adecuada cantidad de personal a niveles básicos, por un período de tiempo adecuado a las exigencias funcionales de las Fuerzas Armadas, ligadas en tales grados a mayores requerimientos de juventud y seleccionadas exigencias psico-físicas.¹⁸⁰

Responde asimismo, a la necesidad de cubrir vacantes en determinadas categorías o grados de la escala militar, o determinadas especialidades críticas. A fin conseguir una estructura que cubra las necesidades que requiere una organización compleja como son las Fuerzas Armadas, y que permita disponer del personal capacitado para desempeñar los cometidos de los diferentes puestos de la organización militar, sin correlato en instancias superiores.¹⁸¹ Manteniéndose de esta forma la necesaria piramidalidad de efectivos en la organización militar, cubriendo las escalas iniciales y de mayor demanda numérica.

¹⁷⁵ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo II Il Servizio Militare Volontario [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁷⁶ Ver al respecto, Ley española N° 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999.* Exposición de motivos, apartado IV.

¹⁷⁷ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo II Il Servizio Militare Volontario [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁷⁸ En su arts. 8 in fine y 10.

¹⁷⁹ Art. 11: "En tiempos de paz, los efectivos de las Fuerzas Armadas se constituirán con personal en actividad con dedicación permanente, complementado con personal en actividad incorporado por períodos determinados y con personal de las reservas..."

¹⁸⁰ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo II Il Servizio Militare Volontario [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁸¹ Ver al respecto, Ley española N° 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999.* Exposición de motivos, apartado IV.

Permite también, concentrar los esfuerzos de preparación a largo plazo, en el grupo de militares con relación permanente.

En algunos ordenamientos, se lo ha entendido también, como un período de prueba al inicio de una prestación permanente, ha fin de experimentar, tanto de parte de la persona como de la institución, la singularidad de la vida militar y poder evaluar sus aptitudes para una carrera sumamente particular y dificultosa.¹⁸²

8.3.4. Por tiempo indeterminado o permanente

El servicio militar permanente, implica la voluntariedad, desde que ni aun en tiempos excepcionales pueden ser establecidas prestaciones militares *sine die*.¹⁸³ Su introducción tiene la finalidad de asegurar que los Ejércitos dispongan de los mejores profesionales en los empleos más elevados de cada categoría con capacidad de impartir órdenes, con las aptitudes y edades adecuadas, para conseguir la máxima eficacia de las Fuerzas Armadas, dentro de un ordenamiento que tiene como característica esencial el resultar una carrera reglada. Procurar la cohesión y eficacia en la organización militar, son otras de las finalidades perseguidas en la creación de esta modalidad.¹⁸⁴

La modalidad de servicio permanente ha respondido siempre a la exigencia de formar y mantener en actividad a cuadros militares, profesionalmente preparados y con la necesaria experiencia de servicio como para constituir la columna vertebral a través de la que se estructuran las Fuerzas Armadas.¹⁸⁵

En la legislación comparada¹⁸⁶, encontramos su encuadre como “*Depositarios del modo de ser de los Ejércitos*”, resultando su misión la de “*instruir con perseverancia al ciudadano en filas, prestando especial atención a su formación militar y a inculcarle los valores patrióticos y castrenses, de forma que su espíritu cívico y militar resulten fortalecidos*”.¹⁸⁷

En nuestro derecho militar, recibe tal personal la denominación de “*cuadro permanente*”, el que está integrado por el personal que voluntariamente se encuentra

¹⁸² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo II Il Servizio Militare Volontario [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁸³ Aun las convocatorias obligatorias de tiempo de conflicto, tienen una duración temporal, si bien no es posible de ser conocida de antemano, durando en tanto persista la necesidad de recursos humanos por la existencia de tal conflagración.

¹⁸⁴ Ver al respecto, Ley española N° 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999*. Exposición de motivos, apartado V.

¹⁸⁵ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo II Il Servizio Militare Volontario [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: Il servizio volontario permanente ha da sempre risposto all'esigenza di formare e mantenere in attività quadri delle Forze armate, professionalmente preparati e con notevole esperienza di servizio, che potessero costituire l'ossatura della stessa organizzazione militare.

¹⁸⁶ Ley española 85/1978, de 28 de diciembre. Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, art. 24.

¹⁸⁷ En la práctica esto ha quedado desactualizado por la profesionalización de los cuadros de tropa operados tanto en las FFAA españolas, como por caso, en nuestro país.

incorporado en sus respectivas Fuerzas Armadas para prestar servicios militares y esta en actividad.¹⁸⁸

El personal que tiene la responsabilidad de ejercer la función directiva dentro de las Fuerzas Armadas debe estar sometido a un proceso de evaluación más exigente que los componentes del resto de las jerarquías.¹⁸⁹

Es por ello que ha sido reservada no pocas veces, a los cuadros de oficiales y suboficiales. Resultando los primeros, como categoría “directiva y dirigencial” de las Fuerzas Armadas, a quienes le ha sido otorgada históricamente en primer término, dicha modalidad de prestación de servicios militares, con cierta estabilidad y garantías de futuro y desarrollo profesional.

La creciente complejidad de lo militar, sumado a la necesidad de contar con personal que instruyera y ordenara sucesivos contingentes temporales de conscriptos, motivó el desarrollo de la categoría de suboficiales en la modalidad permanente, separándola de la categoría de tropa.

Esta modalidad, ha determinado de parte del legislador, la creación de un rol donde el factor ocupacional tiene una preponderancia, garantizándose una continuidad de carrera donde la experiencia y la preparación que va ganándose en el tiempo, preparan para grados y funciones en los cuales son más importantes que la eficiencia física de cuando se reclutaron.¹⁹⁰

8.4. Excepciones objetivas

La ley establece diversas situaciones que tienen la virtualidad de, acreditadas ellas, dispensar de la prestación militar. Las denominamos objetivas, pues se basan en circunstancias de hecho, en donde la voluntad o conciencia del sujeto no ocupa un papel preponderante.

Primeramente, encontramos en las leyes de reclutamiento, exhibiciones basadas en la falta de condiciones de idoneidad para prestar servicios militares, por causa de enfermedades crónicas o defectos físicos.

En segundo término, hallamos dispensas basadas en motivos de orden social y resguardo de la familia. Así, por caso, ser sostén del grupo familiar, tener otro hermano en la misma clase, estar cursando estudios de determinado nivel, residir en el extranjero, entre otras.

Respecto de las personas con doble nacionalidad, remitimos a lo ya expresado en el capítulo I del presente.

En otra instancia, hallamos las causales de excepción que podemos denominar políticas, atento guardar relación con las necesidades del Estado. Así se hallan exceptuados los que ya se hallasen ingresados a los cuadros de las Fuerzas Armadas, desempeñando un cargo público por elección popular, por haber adquirido ya especialización militar en

¹⁸⁸ Art. 2º, ley 19101.

¹⁸⁹ Ley española Nº 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999.* Exposición de motivos, apartado VI.

¹⁹⁰ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo II Il Servizio Militare Volontario [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

países extranjeros, o fuera de mayor interés nacional no apartarlo de la ocupación que desempeña.

8.5. Excepción subjetiva: la objeción de conciencia.

Objeción “*es la razón con que se impugna algo, y conciencia, el conocimiento íntimo del bien que debemos hacer y el mal que debemos evitar*”, así pues, el término objeción de conciencia expresa un rechazo a algo externo (por ejemplo una norma social), por una razón íntima de una persona. La palabra conciencia, asimismo, indica la aplicación de un conocimiento a un caso particular y, por lo tanto, hace referencia tanto a un acto, como a qué cosa es el bien en un determinado lugar y momento. No crea por tanto la ley moral, sino que ayuda a vivirla con rectitud en los actos concretos, da a conocer el orden moral, impulsa a seguirlo libremente y recrimina si no se hace.¹⁹¹

Navarro Valls expresa que en ella se pone de manifiesto: “*El tener que optar entre el deber de obediencia que impone la norma legal, con base en la conciencia común de la sociedad, y el deber de resistirla que sugiere la norma moral basada en la conciencia particular*”.¹⁹²

Nuestra Carta Magna en sus artículos 14 y 19, otorga: “*al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del estado, de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros*”.¹⁹³

En el caso de la prestación militar, la objeción de conciencia supone, como presupuestos, la naturaleza obligatoria de ésta, un concreto acto estatal de exigirla respecto de una persona determinada y no comprendida en las excepciones objetivas (hábil), y que ésta tenga una forma de pensamiento moral que se oponga total o parcialmente con lo demandado en la ley.

En concreto, y ya en el plano jurídico individual, la cuestión asume la forma de un choque entre el derecho a la libertad de conciencia (entendida ésta en un sentido amplio y comprensivo no sólo de enfoques morales, sino también referidos a la religión) y el deber de la persona de contribuir al resguardo de la comunidad en la que se halla inserto y de la que se beneficia. Este choque de distintos valores jurídicos debe ser real y actual, no bastando para configurarse la objeción una potencialidad de conflicto entre ellos, y la persecución de otros fines personales que no guardan relación con sus creencias esenciales.

Ello diferencia la objeción de conciencia militar, de otras (médica, bioética), en el sentido que sus efectos trascienden la esfera del sujeto y afectan a los valores de la comunidad.

¹⁹¹ Obiglio, Hugo, Objeción de conciencia. Disertación con motivo incorporarse a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1998, pag. 15/6, citando a Serra y Bernanrd, Las profesiones sanitarias ante la objeción de conciencia, en Cuadernos de Bioética, 1993, 2ª., pags. 855/63, respecto del encomillado.

¹⁹² Obiglio, Hugo, Objeción de conciencia. Disertación con motivo incorporarse a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1998, pag. 15, citando a Serra y Bernanrd, Las profesiones sanitarias ante la objeción de conciencia, en Cuadernos de Bioética, 1993, 2ª., pag. 860.

¹⁹³ CSJN, 06/04/1993; ED, Tº 153, pag. 249.

Así, vista desde el colectivo político organizado, es decir desde el Estado, se presenta como una puja entre dos deberes: el de asegurar “los beneficios de la libertad” a sus ciudadanos, versus otro deber del Estado, consiste en asegurar la protección colectiva.

Es por ello que en casos no muy lejanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró prioritario el deber de los ciudadanos argentinos de armarse en defensa de la patria y de la constitución (art. 21 C.N., correlativo del objetivo enunciado en el preámbulo de “proveer a la defensa común”), por sobre la libertad de culto y de conciencia de los habitantes (arts. 14, 20, 33 C.N.). Ese deber incluyó el del servicio militar de los jóvenes argentinos, desde que a comienzos del siglo XX la denominada ley Riccheri (ley 4.031) inició la modernización de nuestras Fuerzas Armadas sobre la base del reclutamiento obligatorio de los ciudadanos.¹⁹⁴

Así en el caso “Lagraña”¹⁹⁵, la Corte confirmó la condena impuesta a su ciudadano como autor del delito de insubordinación, por su negativa a vestir el uniforme militar luego de su incorporación a las filas, y desechó la excusa de que su negativa se justificaba por sus creencias religiosas.

Tal línea jurisprudencial fue seguida en el caso “Falcón”¹⁹⁶ y “Wilms”. Y se vuelca en el caso “Portillo”¹⁹⁷, resuelto una estrecha mayoría de 3 jueces, 2 disidencias y el dictamen del Procurador General por la reafirmación de la jurisprudencia hasta entonces vigente, y que recibió por igual alabanza y críticas de parte de la doctrina.¹⁹⁸

Se pone de resalto en dicho fallo que la libertad religiosa es particularmente valiosa (consid. 8°); tiene sustancia de derecho constitucional (arts. 14 y 20), correlativo al fin de “asegurar los beneficios de la libertad” enunciado en el preámbulo (consid. 4°); y si bien la reconoce como causal para excepcionarse a un deber que establece la ley, bajo determinados supuestos, aun cuando la ley no la reconozca (consid. 15°).

Pero se destaca asimismo que las libertades consagradas por la Constitución no son absolutas y pueden verse sujetas a exigencias razonables que establezca la ley para garantizar la igualdad de las personas (consids. 10° y 11°); no siendo razonable que la Corte contribuya a que haya ciudadanos que debiliten la eficacia de una ley (consid. 12°).

Concluye entonces que tanto el deber militar y como el derecho de objeción en juego, son relativos, y no necesariamente inconciliables. Pudiéndose superar en la alternativa mediante la concertación de sus términos, máxime cuando ambos tienen una clara raíz constitucional (consid. 15°).

Es por ello que el causante debió cumplir el servicio militar, pero en condiciones que lo eximieran del empleo de las armas (consid. 17° y parte resolutive).¹⁹⁹

¹⁹⁴ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dictamen sobre la organización religiosa “Reuniones Evangélicas” del 09/04/2001.

¹⁹⁵ Fallos 304: 1524.

¹⁹⁶ F. 305:809.

¹⁹⁷ F. 312: 496

¹⁹⁸ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dictamen sobre la organización religiosa “Reuniones Evangélicas” Del 09/04/2001. Entre otros, Germán J. Bidart Campos, ED 133: 365; Daniel E. Herrendorf, id. 133: 371; y de Alberto Dalla Via, id. 133: 387, se pronunciaron a favor del fallo; Santiago Mario Sinópoli, id. 133: 379, Osvaldo Onofre Alvarez, id. 133: 381, y Miguel M. Padilla, en “La Ley”, 1989 – C – 401, en contra.

¹⁹⁹ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dictamen sobre la organización religiosa “Reuniones Evangélicas” Del 09/04/2001.

En idéntico sentido, la Corte Constitucional italiana²⁰⁰ ha expresado que el reconocimiento a la objeción de conciencia no supone una derogación del deber de la defensa de la Patria, sino la posibilidad de un cumplimiento diverso de él.²⁰¹

Como expresa Sinópoli, si bien la contribución a la defensa nacional no puede eximirse, ello no quiere decir, sin embargo, que todos hayan de hacerlo con las armas. Existiendo 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.²⁰²

En este sentido se ha dicho respecto de la modalidad de prestación militar que:

*“El Servicio Militar Obligatorio se enmarca dentro del concepto de prevención antes mencionado y es la contribución que el Estado exige a los jóvenes por un período determinado, para la manutención en el tiempo de la seguridad nacional. Es precisamente la temporalidad del Servicio Militar Obligatorio, lo que hace que no atente contra el derecho a determinar la forma de vida o la propia existencia, no lo sitúa en la disyuntiva del bien y el mal ni violenta el ámbito más personal, propio y privado del hombre, ya que no lo obliga a hacer frente a sus creencias más íntimas, debido a que no es más que una preparación o entrenamiento militar durante un plazo previamente determinado”.*²⁰³

En la esfera internacional, sin perjuicio de que el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que reconoce el derecho a la libertad de conciencia y de religión) no reconoce de modo expreso la existencia de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar de carácter obligatorio, la interpretación dinámica del mismo a la luz de lo dispuesto por el artículo 29 de la Convención, apoyada por la jurisprudencia y la doctrina internacional, nos permiten concluir que tal derecho si se encuentra protegido por la Convención. En efecto, como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al interpretar el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a cuya luz se redactó el artículo 12 de la Convención):

“[...] si bien en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia [...] el Comité cree que este derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de

²⁰⁰ Sentenza N° 164 de 1985.

²⁰¹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

²⁰² Sinópoli, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pags. 214/5.

²⁰³ CIDH, 1999 *Caso No. 12.219 (Chile)*, Christian Daniel Sahli Vera y otros. Postura del gobierno de la República de Chile.

conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias.”²⁰⁴

Esta interpretación dinámica de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos ha sido apoyada además, por la opinión sistemática y coherente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que desde 1987 y en diversas ocasiones ha reconocido “el derecho de toda persona a tener objeciones al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión enunciado en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”²⁰⁵. Del mismo modo, se ha pronunciado la doctrina de la Asamblea General de Naciones Unidas²⁰⁶

Se ha entendido en igual modo, que el reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio no puede conducir a la desprotección de la defensa externa de la comunidad, pues importaría el excluir un derecho o garantía colectiva que resulta ser inherente al ser humano y que se deriva, de la forma democrática representativa de gobierno, contradiciendo con ello, lo dispuesto por la letra c) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁰⁷

Ello desde que en un sistema democrático respetuoso de los derechos humanos se busca compatibilizar el sistema de cargas públicas o deberes cívicos, con el respeto de los derechos básicos de sus ciudadanos, de modo tal de evitar tanto situaciones extremas de apatía social, como una desmesurada autoridad o intervencionismo estatal.

Pues como bien nos dice Sinópoli:

“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 sólo 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

²⁰⁴ Comité de Derechos Humanos ONU, *Comentario general N° 22, Artículo 18* (48° período de sesiones, 1993), HRI/GEN/ Rev 3, pág. 44, párr. 11.

²⁰⁵ Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 402/1990, Comunicación N° 446/1991 y Comunicación N° 483/1991; *Resolución 1987/46*, adoptada el 10 de marzo de 1987 y *Resolución 1989/59*, adoptada el 8 de marzo de 1989.

²⁰⁶ *Resolución N° 33/165 de 20 de diciembre de 1978*, si bien se limitaba a tratar la situación de las personas que se niegan a prestar servicios en fuerzas militares o policiales que se empleen para imponer el *apartheid*, con fundamento en la ilegalidad de esta política de discriminación.

²⁰⁷ CIDH, 1999 *Caso No. 12.219 (Chile)*, Christian Daniel Sahli Vera y otros. Postura del gobierno de la República de Chile. CIDH, art 29: “Ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de: c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

*militar al punto que se pudiese en peligro la capacidad defensiva del país, sería difícil justificar la concesión de este trato excepcional”.*²⁰⁸

Si bien son pocas las normas constitucionales que lo reconocen, nos expresa Sinópoli que en la legislación militar de 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.²⁰⁹

En el ordenamiento israelí²¹⁰, el derecho a la objeción de conciencia no está legalmente reconocido en el caso de los hombres, y sólo parcialmente reconocido en el caso de las mujeres, únicamente por motivos religiosos.²¹¹

En Italia, con la sanción de la ley N° 230 del 8 de julio de 1998, ha establecido respecto de los objetores de conciencia su admisión al servicio civil sustitutivo, configurando tal prestación personal como un derecho subjetivo de los llamados al servicio militar. El mismo guarda entonces, respecto del servicio militar, una vinculación de sustitución y situación alternativa de este último, estando ambos comprendidos dentro de las prestaciones personales de la defensa.²¹²

Esta también ha sido la solución nacional, tras el fallo Portillo. En el art. 20 de la ley 24.429 se establece, en su artículo 20, que los ciudadanos que en la oportunidad de la convocatoria se consideren impedidos para cumplir con una capacitación militar de carácter obligatorio, 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, el cual no podrá ser mayor a un año. Consistiendo tal servicio 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.²¹³

Dicho servicio es de carácter exclusivo, no pudiendo durante su duración, realizar otro tipo de tareas públicas o privadas. Tampoco se podrá realizar en los horarios y lugares

²⁰⁸ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pags. 223/4.

²⁰⁹ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pags. 224.

²¹⁰ Ley del Servicio de Defensa Nacional de 1986.

²¹¹ Art. 39: "Una mujer en edad militar que pruebe, en manera y a la autoridad que marque la ley, que razones de conciencia o razones conectadas con la forma de vida religiosa de su familia le impiden prestar servicio en el servicio de defensa, deberá ser declarada exenta del deber de este servicio". En el artículo 40 se permite la exención cuando: "(1)razones de convicciones religiosas le impiden prestar servicio en el servicio de defensa y (2) cuando ella cumple con las leyes alimentarias en su casa y fuera de ella y (3) no conduce en el Sabbath".

²¹² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

²¹³ Art. 20 y 21, ley 24.429.

de prestación, actividad política o sindical, ni afectarse en forma alguna su prestación por vía del ejercicio del derecho a la huelga²¹⁴

En caso de guerra o conflicto, se cumplirá asignándoles tareas de protección y defensa civil, prestación de servicios públicos y trabajo de utilidad general. Tareas que podrán importar aspectos riesgosos, “... *de manera tal de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante el peligro común*”.²¹⁵ En obvia referencia a compatibilizar situaciones respecto a los ciudadanos que toman parte de tareas militares en tal coyuntura. *Pues es claro que la objeción de conciencia se encuentra acotada a la renuncia personal a no ejercer actos de violencia respecto de otros, pero no ha procurarse, ni el derecho puede admitir que sea empleada como una tabla de salvación individual que ponga a su persona fuera de todo peligro o riesgo de vida que otros deben asumir.*

Sus infracciones, en tiempo de paz, serán juzgadas por la justicia federal, y en tiempo de guerra o conflicto armado, en los términos del Código de Justicia Militar.²¹⁶

Claro está que tal modo alternativo de servicio, como ha dicho la doctrina italiana²¹⁷, al tiempo que dan solución a un problema de compatibilización de valores constitucionales, obliga a una particular cautela en su administración, desde que entraña el riesgo de resultar el “cómodo pretexto” para eludir una prestación militar obligatoria, por simples consideraciones de oportunidad y conveniencia, y no por motivos verdaderos de conciencia.

9. El militar en un Estado de Derecho.

El postulado del Estado de Derecho se despliega en ciertos preceptos o conjuntos de preceptos que establecen la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que garantizan los principios configuradores del Estado de Derecho (principio de legalidad, jerarquía normativa, etc.).

Tanto en la Ley Fundamental de Bonn como en la Constitución española, la expresión «Estado de Derecho» se muestra asociada con la de “Estado democrático”.

Se establece y garantiza en tal concepción estatal, un sistema de derechos fundamentales y libertades públicas que constituyen simultáneamente a unos derechos públicos subjetivos, la línea que delimita la *Grundkompetenz* del Estado frente a la libre esfera de acción de la sociedad, de los grupos de los individuos, es decir, la línea que delimita el ámbito del poder del Estado y, con ello, determina los confines dentro de los cuales puede actuar la organización y atribución de competencias específicas en el seno del Estado, bien entendido que tanto la enumeración de los derechos fundamentales como la delimitación de la competencia básica del Estado son componentes necesarios del Estado de Derecho. Pero, sin duda, lo más importante en este respecto es la sumisión de los órganos constitucionales y en general de los poderes públicos a una jurisdicción constitucional, con lo cual el Estado no es solamente un Estado formal de Derecho, sino

²¹⁴ Art. 24, ley 24.429.

²¹⁵ Art. 26, ley 24.429.

²¹⁶ Art. 29, ley 24.429.

²¹⁷ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

también y esencialmente un Estado constitucional de Derecho, pues no se trata el presente de un principio formal, sino material y valorativo²¹⁸. Ya que sólo es Estado de Derecho "...él que lo es en sentido material e incluye el sistema de garantías y la finalidad personalista"²¹⁹.

El postulado democrático, por su parte, genera un conjunto de normas constitucionales, entre las que podemos considerar como más relevantes el principio de la soberanía nacional y el del pluralismo político; el derecho a la igualdad ante la ley, así como el de igual acceso a la representatividad y a los cargos públicos; la constitucionalización de los partidos políticos -pues sabido es que en nuestro tiempo todo Estado democrático es un Estado de partidos, en la acepción amplia de este término- así como de las organizaciones sindicales y empresariales, pues también el Estado democrático de nuestra época se caracteriza por ser un *Verbandstaat*, un Estado en cuyas decisiones toman parte las organizaciones sociales afectadas. Pues teniendo en cuenta la naturaleza del sistema político de nuestro tiempo, el postulado democrático se expresa también en la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones de ciertas instituciones y organizaciones que afecten no tanto a objetivos políticos generales cuanto a intereses sectoriales o particularizados²²⁰.

Es de destacar que en la actualidad, en lo que respecta a la democracia, se da especial énfasis a la competencia política y a la participación, definiéndola como un sistema en el que los conflictos se dirimen en el marco institucional. En particular, al detallar las garantías institucionales esenciales para el funcionamiento de la democracia mencionan: libertad de organización; libertad de expresión y de opinión; derecho a ejercer el voto activo y pasivo; competencia entre dirigentes políticos; libertad de información; responsabilidad de la política del gobierno frente a los votantes. De este modo indican que un régimen democrático se caracteriza por elecciones libres y generales, escasas barreras participativas, auténtica competencia política y amplia protección de los derechos civiles²²¹.

En el Estado de Derecho, la organización estadual encuentra, tanto su fundamento como su alcance, en sistema jurídico cuyo elemento fundamental (de base, de origen o de sustento) es la Constitución. Resultando por tanto, la sociedad civil organizada políticamente por medio del derecho y, más específicamente, en la Constitución.²²²

El término Estado de Derecho se utiliza en la doctrina alemana (*Rechtsstaat*) por von Mohl, a quien siguieron Bahr y Gneist, Stahl, y Jellinek.

²¹⁸ García-Pelayo, Manuel, Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: El Estado Social y democrático de derecho en la Constitución Española, aparecido en Obras Completas (II), Centro de Estudios Constitucionales, 1991, reproducción parcial para: Materiales de derecho constitucional, Área de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Septiembre, 2000, Valladolid.

²¹⁹ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 4^o edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pag. 79.

²²⁰ García-Pelayo Manuel, , Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: El Estado Social y democrático de derecho en la Constitución Española, aparecido en Obras Completas (II), Centro de Estudios Constitucionales, 1991, reproducción parcial para: Materiales de derecho constitucional, Área de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Septiembre, 2000, Valladolid.

²²¹ Iturburu, Mónica Silvana , Administración y ciudadanía en los municipios argentinos [On line]. Disponible en: <http://www.clad.org.ve/fulltext/0038109.html> [Consultado: 03 de agosto de 2002], citando a Przeworski, Dahl, y Bos.

²²² Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pag. 255.

Al establecer un principio de derecho e imponerlo, el Estado se ve, al mismo tiempo, obligado por éste, o sea, auto obligado, autolimitado. La expresión *Rule of law* se amplía a "gobiernos de leyes y no de hombres", para significar la supremacía de la ley que es, en definitiva, la característica esencial del Estado de Derecho.²²³

Como se ha expresado en la introducción al presente²²⁴, el estado de derecho, abierto y democrático se enfrenta una aparente contradicción, en el sentido de sostener como postulado esencial de su existencia el reconocimiento y garantía para todos los habitantes de determinadas libertades, al mismo tiempo que las reglamenta supeditándolos a exigencias adicionales del común, o de modo directo los restringe, en el caso de los militares.

La habíamos calificado entonces de “contradicción aparente”, y justificamos aquí el empleo de tales términos, la que descansa en la propia esencia de tal concepción de Estado sujeto a la ley.

Tanto en nuestro derecho interno²²⁵, como en el marco internacional²²⁶, es pacífica la postura que los derechos que se resguardan no son de carácter absoluto y pueden ser limitados bajo ciertos parámetros. Uno de los cuales resulta ser, el resguardo de valores de interés superior.

En el plano interno, a los efectos de reglamentar tales derechos, se ha exigido su “razonabilidad”, con prohibición de alterar su esencia.

Se ha entendido que para que exista razonabilidad en la actuación del Estado, tienen que concurrir: 1) fin público; 2) circunstancias justificantes; 3) adecuación del medio elegido al fin propuesto, y 4) ausencia de iniquidad manifiesta.²²⁷

De ello necesariamente se sigue que entre la medida adoptada y la necesidad que se procura cubrir o satisfacer, deben guardar una conexión lógica y una relación de causalidad inmediata y directa²²⁸.

A este respecto, recordemos que este principio resulta de los arts. 28 y 99 inc. 2 de la Constitución Nacional, e impone la proporcionalidad de medios a fines respecto de la actuación del poder público²²⁹.

Como puede verse, la razonabilidad, entendida como la proporción debida, en la circunstancia particular del caso en concreto, que debe guardar los medios empleados con el fin perseguido de los actos, se encuentra incorporada a nuestro derecho, pero no sólo respecto de los producidos por autoridades públicas (art. 7 inc. f, ley 19.549), sino que

²²³ Rossetti, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983, pag. 265.

²²⁴ En su punto 8.- Importancia del tema. Aporte de la presente tesis.

²²⁵ Art. 28 de la Constitución Nacional.

²²⁶ Por citar el caso más próximo, el art. 32 2º parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²²⁷ CSJN, "Inchauspe", 1944, *Fallos*, 199:483; "Banco Central de la República Argentina", 1963, *Fallos*, 256:241, consid. 5º; "Aarón Rabinovich", 1950, *Fallos*, 217:468. Cit por Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, pag. 574.

²²⁸ Vallenás Gaona, Jesús Rafael, El estado de emergencia en la Constitución Política de 1993. Excurso normativo desde la perspectiva de los derechos humanos, Revista internauta de práctica jurídica, Núm. 6, (septiembre-diciembre, 2000) [On line]. Disponible en: disponible desde <http://www.uv.es/~ripj/6per.htm> [Consultado: 03 de marzo de 2002].

²²⁹ Carranza Torres, Luis, Procedimiento y proceso administrativo en Córdoba, vol. 1, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999, pag. 31. También en Carranza Torres, Luis, Procedimiento administrativo en la ciudad de Buenos Aires, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2002, pag. 55/6.

también alcanza a los particulares, que deben ejercer sus derechos en forma debida, para no caer en el denominado "abuso del derecho".²³⁰

Encontrar un justo punto entre la horizontalidad democrática y la verticalidad militar, entre la noción de libertad e igualdad tal sociedad con los principios de autoridad y jerarquía, indispensables en la vida militar, ha supuesto todo un desafío. Que conlleva el riesgo cierto de quedar a mitad de camino, para situarse en un callejón sin salida, o peor aún, en el intento armonizar ambas, terminar quitándoles a todos los actores, calidad y eficacia institucional.

Así pues, según de la moderna dogmática de los derechos humanos, los militares, en tanto son ciudadanos, son también titulares de las libertades fundamentales. Otra cosa es que por razón del servicio especial que prestan a la comunidad vean limitado su ejercicio.

En la última parte del siglo XX, los cambios luego del derrumbe de la Unión Soviética, han acentuado la necesidad de fomentar la participación de la totalidad de la ciudadanía en los asuntos de la polis, como medida para afianzar las formas democráticas de gobierno. Se parte de la base de considerar el militar como un ciudadano más, igual al resto, y por consiguiente, con los mismos derechos fundamentales.

Ya en 1789, la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" establecía en su art. 12 que la garantía de estos derechos necesita de la existencia de una fuerza pública. Es lógico pensar que los ciudadanos que se integren en esa fuerza pública, cuyo fin es la defensa del bien común, no vean mermados arbitrariamente los propios derechos que deben defender. En este sentido, Bosly ha destacado que el militar, como los demás ciudadanos, tiene deberes frente al Estado y los deberes de cada ciudadano frente al Estado están determinados por la misión particular que cada uno desarrolla en el seno de la sociedad. Así, el militar tiene los deberes que implica ser miembro legítimo de una Fuerza Armada cuya misión consiste en asegurar la protección de la comunidad nacional²³¹

Precisamente el cumplimiento de esta misión justifica la imposición de ciertas limitaciones en el ejercicio de sus derechos. Por su condición de ciudadano, deben limitarse a lo estrictamente necesario para el interés público y determinadas siempre por la Ley, ya que el principio de legalidad en la limitación del ejercicio de cualquier derecho fundamental es una exigencia de las sociedades democráticas y del Estado de Derecho.

Retomaremos esta cuestión, más particularizadamente, al tratar las distintas proyecciones en deberes y derechos, propias del estado militar, en el capítulo VI. Y respecto de sus proyecciones a nivel de derechos constitucionales, nos ocuparemos de ellas en el capítulo VII.

10. El militar desde el magisterio de la Iglesia Católica

En los Evangelios, las palabras de Jesucristo *“dad al cesar lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”*, marcan tanto la diferencia entre el orden espiritual con el

²³⁰ Carranza Torres, Luis, *Práctica del amparo*, 2º ed ampliada y actualizada, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2004, pag. 47.

²³¹ Bosly, Henri., *Presentation du thème du congrès*, VV.AA., VII Congreso Internacional de la Sociedad Internacional del Derecho Militar y del Derecho de la Guerra sobre Derechos del Hombre en las Fuerzas Armadas, Bruselas: Vol. I, 1978, p.3, cit Alía Plana, Miguel, *El militar y la libertad de expresión*. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/libexpresion.htm>[Consultado: 14 de julio de 2004].

temporal, como la obligación del cristiano de cumplir con los deberes que la autoridad civil marcaba.

En Romanos 13 1:7, el apóstol Pablo profundiza en la cuestión, estableciendo con claridad, la obligación de acatar a la autoridad secular, y cumplir con los deberes que ella impone.

Referente a la cuestión militar, es importante resaltar que a los cristianos nunca se les prohibió formar parte de un ejército, ni en las Escrituras, ni por consejo de los primeros padres de la Iglesia, a pesar de que el ejército romano prestaba servicio a un gobierno que los perseguía.

Más aun, todos los centuriones a los que menciona el Nuevo Testamento, son alabados como cristianos, u hombres de buena voluntad, respetuosos de Dios²³².

De allí cabe concluir, que no existe incompatibilidad alguna entre el servicio de armas y la profesión de fe cristiana, ni que pueda en los estados modernos, argüirse tal carácter para evitar el servicio en las Fuerzas Armadas.

Pues si bien el quinto mandamiento prohíbe matar, esta “... prohibición de causar muerte no suprime el derecho de impedir que un injusto agresor cause daño. La legítima defensa es un deber grave para quien es responsable de la vida de otro o del bien común”.²³³

La preservación del bien común de la sociedad exige colocar al agresor en estado de no poder causar perjuicio, por lo que quienes poseen la autoridad tienen el derecho a rechazar por medios de las armas a los agresores de la sociedad que tienen a su cargo.²³⁴

Se entiende desde el magisterio de la Iglesia que es:

*“Deber de los ciudadanos es cooperar con la autoridad civil al bien de la sociedad en espíritu de verdad, justicia, solidaridad y libertad. El amor y el servicio de la patria forman parte del deber de gratitud y del orden de la caridad. La sumisión a las autoridades legítimas y el servicio del bien común exigen de los ciudadanos que cumplan con su responsabilidad en la vida de la comunidad política”.*²³⁵

Derivándose de tal deber: “La sumisión a la autoridad y la corresponsabilidad en el bien común exigen moralmente el pago de los impuestos, el ejercicio del derecho al voto, la defensa del país”²³⁶

Si bien todo ciudadano y todo gobernante están obligados a empeñarse en evitar las guerras, mientras exista el riesgo de ella y falte una autoridad internacional competente, una vez agotados todos los medios de acuerdo pacífico no puede negarse a los gobiernos el derecho a la legítima defensa.²³⁷

Para determinar si se está frente a dicha hipótesis, se han de considerar con rigor, las condiciones estrictas de una legítima defensa mediante la fuerza militar. La gravedad de

²³² Mateo 8:5,8,13; 27:54; Marcos 15:39,44-45; Lucas 7:2,6; 23:47; Hechos 10:1,22; 21:32; 22:25-26; 23:17,23; 24:23; 27:1,6,11,31,43; 28:16

²³³ Conferencia Episcopal Argentina, Catecismo de la Iglesia Católica (Reimpresión), EDIDEA, Madrid, 1993, pag. 575, parr. 2321.

²³⁴ Ibidem, pag. 564, parr. 2266.

²³⁵ Ibidem, pag. 559, parr. 2239.

²³⁶ Ibidem, pag. 559, parr. 2240.

²³⁷ Ibidem, pag. 574 parr. 2308. Cf. Concilio Vaticano II, Gaudium et spes 78, 5.

semejante decisión somete a ésta a condiciones rigurosas de legitimidad moral. Siendo preciso que a la vez: a) Que el daño causado por el agresor a la nación o a la comunidad de las naciones sea duradero, grave y cierto; b) Que todos los demás medios para poner fin a la agresión hayan resultado impracticables o ineficaces; c) que se reúnan las condiciones serias de éxito; d) que el empleo de las armas no entrañe males y desordenes que el mal que se pretende eliminar. El poder de los medios más modernos de destrucción obliga a una prudencia extrema en la apreciación de esta condición.

Estos son los elementos tradicionales enumerados en la doctrina denominada de la "guerra justa". La apreciación de estas condiciones de legitimidad moral, pertenece al juicio prudente de quienes están a cargo del bien común.

Los poderes públicos tienen en este caso, el derecho y el deber de imponer a los ciudadanos las obligaciones necesarias para la defensa nacional.²³⁸

Es por ello que que se dedican al servicio de la Patria en la vida militar, son servidores de la seguridad y de la libertad de los pueblos. Si realizan correctamente su tarea, colaboran verdaderamente al bien común de la nación y al mantenimiento de la paz.²³⁹ Y en este último sentido, en Mateo 5,9 se expresa “Bienaventurados los que construyen la paz, porque ellos serán llamados hijos de Dios”.

Los poderes públicos deben atender equitativamente a los casos de las personas que por motivos de conciencia, rehúsan el empleo de las armas. Pero aun en tal caso continúan obligados a servir de otra forma a la comunidad humana.²⁴⁰

²³⁸ Ibidem, pag. 575 parr. 2310.

²³⁹ Ibidem, pag. 575 parr. 2310 2º parte. Cf. Concilio Vaticano II, Gaudium et spes 79, 5.

²⁴⁰ Ibidem, pag. 575 parr. 2311. Cf. Concilio Vaticano II, Gaudium et spes 79, 3.

CAPÍTULO III

La institución militar

Exercitus dicitur, quia exercendo fit melior
Varrón

1. El aspecto organizativo militar del Estado

Decíamos en el punto 2 del capítulo anterior, de la necesidad de tratar con carácter previo los presupuestos del estado militar, desde que la actividad castrense no puede surgir de la sola voluntad de un sujeto, sino que es un resultado jurídico-organizativo, en el cual no son pocas veces se establece con indiferencia respecto del consenso o no de las personas que deben cumplirlo.

Se ha explicado en el antedicho capítulo, lo referente a la comunidad política a la que se resguarda con el cumplimiento de la actividad militar, y cómo ella estructura el Estado, a fin de cubrir determinadas necesidades esenciales a su supervivencia colectiva, que sólo pueden ser respondidas de modo organizado y permanente en el tiempo. Abarcando no sólo la generación presente, sino previendo con su actividad, las soluciones a las futuras.

Una de tales necesidades que se le encarga satisfacer a la organización estatal es la de defensa. Otorgándole a los fines de su cumplimiento, potestad de exigir determinadas prestaciones, tanto personales como respecto de bienes.

Dentro del género de las prestaciones personales de la defensa, habíamos ubicado, conceptualizado y caracterizado las distintas particularidades de la prestación militar.

Queda ahora, como objeto del presente capítulo, ir al aspecto organizativo estatal interno, a la institución en específico donde van a cumplirse, cualquiera sea la modalidad que asuma, la prestación militar.

Esto es particular importancia ya que, como contexto indispensable de dicho cumplimiento, sus características tendrán un peso decisivo en estructurar la situación jurídica personal de los sujetos que la lleven adelante.

La defensa nacional resulta, como ya hemos visto, una competencia general de todos las personas que viven en el territorio de un determinado estado, y para los ciudadanos de dicho Estado que residan fuera del mismo. Las prestaciones a que pueden estar obligados de modo personal asumen distintas modalidades.

La prestación militar, a más de estar configurada como una prestación de ciudadanos, tiene como particularidad que sólo sólo puede ser cumplida de modo organizado, dentro de una determinada y particular esfera de la organización estatal.

Dicho ámbito, que resulta netamente operativo, hallándose organizado y jerarquizado de un modo particular a su misión, y de manera distinta de las restantes áreas del Estado, recibe la denominación de Fuerza Armada, la que se halla específicamente establecida para dar cumplimiento organizado y en modo exclusivo, a lo establecido en el art. 21 de la Constitución.

Pues como ha dicho Bielsa¹: “Asegurar la defensa nacional implica organizar la Fuerza Armada en toda la República”.

A pesar que conceptualmente la fuerza armada o militar es sólo una, es de uso extendido su denominación en plural, reflejo de su división en Ejército Argentino, la Armada Argentina y la Fuerza Aérea Argentina.²

Ellas resultan ser organizaciones permanentes, de base constitucional y reconocidas por el derecho internacional como parte esencial de los atributos del Estado, que encuadran el potencial humano movilizado y los medios materiales necesarios para llevar a cabo la defensa militar de la Nación, en tierra, mar, aire y espacio exterior³, respectivamente.

Es así que en la ley 24.948⁴, se expresa, en consonancia con el modelo democrático y el desarrollo presente del derecho internacional: “La Nación Argentina ejerce su derecho a organizar fuerzas armadas aptas para el ejercicio de la legítima defensa, contemplado expresamente en el artículo 51 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas”

El concepto de fuerzas armadas, surge de un proceso de diferenciación o especialización de las funciones atribuidas a las fuerzas públicas, distinguiéndose por oposición de las de simple policía, las que conciernen a la defensa nacional, encaminadas a garantizar el libre ejercicio de la soberanía del Estado y que son encomendadas a la institución militar.⁵

El significado del art 1 de la ley de defensa, así como en la ley 19101, al circunscribir las Fuerzas Armadas al Ejército, armada y Fuerza Aérea, con exclusión de las Fuerzas de seguridad, conduce a la diferenciación de ambos órdenes. Resultando el fundamento:

“... de la existencia y actuación de las fuerzas policiales, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, individuales como sociales, en tanto el constituyente encomienda a las Fuerzas Armadas unas misiones que pueden ser reconducidas genéricamente a la finalidad común de defensa de la colectividad, criterio teleológico que otorga su razón de ser a los Ejércitos. La ciudadanía, como es obvio por lo demás, es la razón de ser de unas y otras Fuerzas, bien que mientras a unas se encomienda velar por su seguridad en orden a posibilitar el libre ejercicio de sus derechos por los ciudadanos, a otras se les encomienda la defensa de los mismos en orden a que el pueblo, titular de la soberanía, pueda ejercerla en su plenitud”.⁶

Por otra parte, y al interno de la fuerza armada, es tradicional como ya hemos referido, su división en ramas, de acuerdo a los ámbitos de actuación.

¹ Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Tomo I, 5 edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, pág. 297.

² Conf. Art. 21 C.N.; art. 1º ley 19101; art. 21, 1º parte, ley 23.554.

³ Conf. De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 74.

⁴ Art. 2º, 2º parr.

⁵ Risso Domínguez, Carlos, La justicia militar. Conceptos fundamentales. Tomo I, Librería La facultad, Buenos Aires, 1939, pág. 22.

⁶ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág 145.

Así, el Ejército es el componente de las Fuerzas Armadas que resulta responsable principal de la defensa del territorio nacional y consecuentemente la de alcanzar los objetivos de ella en tal ámbito.

Martínez Muñoz⁷, prefiere usar dicha palabra en sentido genérico, comprensivo de todas las Fuerzas Armadas, por resultar *“un vocablo simple y omnicomprendivo; su fonética y su sentido filológico son claros y precisos, sin la pretensión tecnicista, burocráticamente diferenciadora y hasta ampulosa... que encierra el concepto de fuerzas armadas”*.

De Bordeje Morencos⁸, usa el vocablo igualmente en este sentido genérico aclarando que: *“Puede tomarse como sinónimo de fuerzas armadas, aunque en algunos casos se confunda con el término ejército de tierra, especialmente en aquellos países de mentalidad continental”*. De nuestra parte entendemos que es exactamente al revés, y que tal predominio de las fuerzas militares de tierra, es el que ha llevado a usar su denominación de modo extensivo, abarcando a las otras ramas militares. En perjuicio, en definitiva, de su propia denominación específica.

Es por eso que entendemos corresponde usar la palabra ejército en su sentido estricto, y utilizar la denominación de Fuerzas Armadas para abarcar a las tres ramas o componentes del instrumento militar de la defensa nacional.

La Armada o Marina de Guerra por su parte, es la principal responsable de la defensa en los espacios acuíferos (mar, lagos, ríos), y por tanto de alcanzar sus objetivos marítimos y en otros espacios similares.

La Fuerza Aérea, en tanto, es de los tres brazos armados de la defensa nacional, el de más reciente creación, estando su desarrollo como fuerza independiente asociado no sólo al progreso tecnológico, que determinó el nacimiento y desarrollo de la aviación, sino a la revisión misma del concepto de territorio y fronteras de los Estados, tradicionalmente pensadas como categorías unidimensionales, a nivel a nivel de la superficie terrestre.

El surgimiento del hecho aeronáutico humano, agregó una tercera dimensión al elemento territorial conformante de la organización Estado, y trajo aparejado el desarrollo de una fuerza armada independiente, organizada para actuar específicamente en tan particular ámbito.

Aparecen entonces las nociones de frontera superficie y frontera volumen, reconociéndose en instrumentos internacionales⁹, la soberanía sobre el espacio aéreo de los Estados, lo que supuso agregar al territorio un volumen que abarca la zona de espacio comprendida por la proyección vertical de los límites marcados por las fronteras lineales, extendiéndose hasta el comienzo del espacio exterior, límite discutido hoy en día.¹⁰

La defensa en dicho ámbito, corresponde entonces a esta tercera rama castrense.

⁷ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 23.

⁸ De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 55.

⁹ Convenio de París sobre aviación civil de 1919, art. 1º; Convenio sobre aviación civil internacional de Chicago de 1944, art. 1º.

¹⁰ Carranza Torres, Luis, Interceptación de aeronaves civiles. El uso de los medios ofensivos contra la aviación civil. Supuestos y sus límites. Procedimiento de la operación de interceptación. Planteos jurídicos y políticos. Tesina final de la carrera de especialización en Derecho Aeronáutico y Espacial. Instituto Nacional de Derecho aeronáutico y Espacial, dependiente del Instituto Universitario Aeronáutico, Buenos Aires, 1999, pág. 20.

Estas tres ramas son componentes de un mismo y único instrumento militar, más allá de las diferencias que plantean sus distintos ámbitos de actuación principal. Como instrumento militar de la defensa nacional, poseen medios humanos y materiales orgánicamente estructurados para ser empleados tanto en forma disuasiva como efectiva. Sus miembros se encuadran en toda circunstancia bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados, y están sometidos a un régimen de disciplina interna, ajustando su proceder al derecho nacional e internacional aplicable a los conflictos armados.¹¹

Es de destacar, que si bien prima un principio de especialidad dado por la adecuación a un determinado ámbito de actuación (terrestre, naval, aéreo), en la división de las Fuerzas Armadas, ello no excluye que las mismas hagan uso o desarrollen actividades en otro medio distinto del de su actuación principal, pero siempre en apoyo de éste (aviación naval, unidades anfibas del ejército, etc).

Asimismo, cooperan entre sí, a los efectos de brindar cada una, apoyo en la defensa de los espacios de las otras. Y desarrollan de modo coordinado la estrategia conjunta de la defensa de los intereses de la Nación, en el ámbito determinado por sus medios y formas propias de acción.

Es por ello que los componentes del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea de la República Argentina, en principio se organizan en agrupamientos administrativos separados. Sin perjuicio que conforme resulte de las necesidades de la defensa, pueda disponerse la integración de estos componentes o parte de ellos, bajo la dependencia de comandos estratégicos operacionales conjuntos, específicos o combinados o comandos territoriales.¹²

Pero aun en su esfera propia, su composición, dimensión y despliegue derivarán del planeamiento militar conjunto. Inspirándose su organización y funcionamiento en criterios de estructura y eficiencia conjunta. Y unificándose las funciones, actividades y servicios cuya naturaleza no sea específica de una sola fuerza.¹³

En un sentido estricto, tanto el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea son las organizaciones de las Fuerzas Armadas que se mantienen en servicio en forma efectiva.¹⁴

Por su parte, la reserva del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea son aquellas organizaciones de las Fuerzas Armadas, que sirven al propósito de completar, cuando así se disponga, los efectivos del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, de carácter permanente.¹⁵

Cada componente de las fuerzas armadas dispone de los efectivos permanentes y de la reserva incorporada, para cubrir sus propias necesidades y las de los organismos militares conjuntos. Tales efectivos serán fijados, en forma global en la ley general de presupuesto de la Nación. Cada fuerza armada, asimismo, determina los efectivos básicos de sus cuadros, de acuerdo con sus propias necesidades.¹⁶

Está cada fuerza a cargo de un jefe de Estado Mayor General, que dependen del Ministro de Defensa, por delegación del Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y

¹¹ Art. 20, ley 23.554. Correspondiente a su título IV denominado “Organización de las Fuerzas Armadas”

¹² Art. 22, ley 23.554.

¹³ Art. 21, 2º parte, ley 23.554.

¹⁴ Art. 2º, ley 19101..

¹⁵ Art. 3º, ley 19101. Respecto de los efectos de la condición de integrante de la reserva respecto del estado militar, véase lo expuesto en el último punto del Capítulo V.

¹⁶ Art. 4º, ley 19101.

mantiene una relación funcional con el Estado Mayor Conjunto, a los fines de la acción militar conjunta. Siendo designados por el Presidente de la Nación entre los Generales, almirantes y brigadieres del cuerpo comando en actividad.¹⁷

Los jefes de Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas, ejercen el gobierno y administración de sus respectivas fuerzas. Dirigiendo la preparación para la guerra de los elementos operacionales de las respectivas fuerzas y su apoyo logístico. Asesoran también al Estado Mayor Conjunto, a los fines de la realización por parte de éste del planeamiento militar conjunto, acerca de la composición, dimensión y despliegue de las respectivas fuerzas, así como sobre los aspectos del referido planeamiento.¹⁸

Por último, no podemos dejar de tratar en esta parte, a aquellos organismos que sin formar parte de las Fuerzas Armadas, integran el sistema de defensa nacional.

Tal es el caso de ciertas fuerzas de seguridad como la Prefectura Naval Argentina y la Gendarmería Nacional, las que desarrollan en sus respectivas estructuras orgánicas, los medios humanos y materiales necesarios para el debido y permanente control y vigilancia de las fronteras, aguas jurisdiccionales de la Nación y custodia de objetivos estratégicos, así como para el cumplimiento de las demás funciones emergentes, tanto de la ley de defensa como de la de seguridad interior, así como de otras disposiciones legales que se le apliquen.¹⁹ Pudiéndose en tiempos de conflicto o guerra, asignar sus medios humanos y materiales o parte de ellos, a los respectivos comandos estratégicos operacionales y comandos territoriales de naturaleza militar, según se derive del planeamiento correspondiente.²⁰

Nos encontramos entonces, frente a organizaciones de naturaleza militar y características de fuerza intermedia, que cumplen su misión y funciones principalmente en el marco de la seguridad interior, contribuyendo sin embargo de modo complementario a la defensa nacional, siendo la primer línea de protección de fronteras y objetivos estratégicos del país..

Ubicadas a medio camino entre las Fuerzas Armadas, de quienes toman su organización, y las fuerzas policiales, a cuyas funciones más complejas buscan dar respuesta, resultan organizaciones estatales armadas de capacidades duales (para seguridad interior y defensa), que concilian capacidades de uno y otro sector. Resultando una particularidad legal propia del derecho argentino, que contribuye a la vigencia de las garantías y derechos del sistema republicano, evitando una alta concentración de facultades, tal como ocurriría con una fuerza policial única, a la vez que permite al Estado contar con una Fuerza que pueden dar respuesta a distintos tipos de agresiones de cierta entidad, sin el compromiso prematuro de su máximo poder de disuasión como son las Fuerzas Armadas, favoreciendo el equilibrio y capacidad de respuesta flexible del régimen democrático.²¹

¹⁷ Art. 23, ley 23.554. Respecto de la individualización tanto de la categoría de oficiales generales como del agrupamiento de cuerpo comando, véase los elementos adjetivantes del estado militar tratados en el Capítulo V, punto 13.2.1..

¹⁸ Art. 24, ley 23.554.

¹⁹ Art. 31, 1º parte, ley 23.554.

²⁰ Art. 31, 2º parte ley 23.554.

²¹ Extraído de la misión de la Gendarmería Nacional [On line]. Disponible en: <http://www.gendarmeria.gov.ar> [Consultado: 19 de febrero de 2005].

2. Evolución histórica del concepto de Fuerzas Armadas

El desarrollo de la institución armada guarda un paralelismo evidente con el desarrollo histórico de los pueblos.²²

Desde que la institución armada ha formado, por naturaleza y misión, parte de la sociedad a la que resguarda, su manifestación con caracteres peculiares y distintivos, no es sino una consecuencia del grado de civilización que ésta alcanza. Así en los pueblos primitivos cada individuo tiene que atender mediante su exclusiva actividad a todas sus necesidades, y ha de ser por ello, con relación al conjunto, guerrero, juzgador y legislador, en los pueblos más adelantados se tiende a obtener un mayor rendimiento de las aptitudes individuales; se advierte cada vez más claramente el valor de la especialización y se permite y fomenta en beneficio de todos²³, desarrollándose entre los primeros oficios, como hemos visto en el capítulo anterior, el del guerrero, y encuadrándose luego su actividad dentro de conjuntos organizados, primero no permanentes y luego permanentes, destinados a la guerra.

Es así que como institución militar, los ejércitos han sufrido trasformaciones de acuerdo con los cambios sociales y políticos que han tenido lugar en los países respectivos. El perfeccionamiento de las armas ha contribuido también a modificar su estructura. Por otra parte, la integración de los ejércitos también ha variado considerablemente al correr del tiempo. Ha habido ejércitos formados exclusivamente por militares de profesión; otros, por soldados mercenarios, y también los ha habido constituidos por voluntarios patriotas, legos en el arte de la guerra, pero dispuestos al sacrificio en aras de un ideal. A mediados del siglo XX se aceptaba casi universalmente el servicio militar como uno de los deberes del ciudadano.²⁴

Como nos expresa Cotino Hueso, en la presentación de su tesis doctoral²⁵:

“Podría pensarse que la fuerza de las armas en cada momento histórico no es sino un reflejo –consecuencia- del sistema político, del pensamiento imperante, así como del contexto económico y tecnológico del que se trate. En alguna medida ello es así, pero es menester advertir también cómo el estado de la fuerza armada es un factor que determina en buen grado la conformación del propio sistema de organización social, política y económica imperante en cada momento histórico. En especial, hay que poner de manifiesto cómo el mismo concepto de “Estado” no puede comprenderse sin captar que conceptual y materialmente lleva en su germen la paz y la guerra y, por ende, la fuerza de las armas; es preciso advertir cómo la génesis y consolidación de los Ejércitos han influido determinantemente para la existencia misma de las organizaciones políticas”.

²² Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 23.

²³ Sastre Otamendi, Onofre, Un ensayo sobre derecho penal militar. a, t. t. 11, P. 80

²⁴ Enciclopedia Barsa. Tomo VI, voz ejército, pág. 134.

²⁵ Cotino Hueso, Lorenzo, El modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Tesis Doctoral, INAP-CEPC, Madrid, 2002.

En sus orígenes, cuando la organización estatal asumía caracteres rudimentarios y simplistas, poca más que una tribu o reunión de ellas, sus fuerzas armadas son la tribu misma. La guerra convertía a tal sociedad en fuerza militar, y la paz conllevaba la desaparición de tal organización. Desconociéndose la institución militar de carácter permanente.²⁶

Las primeras formaciones armadas de los que existe mención escrita son los de Moises, Ciro, Darío y Jerjes, con referencias concretas a las masas militares persas en las obras de Jenofonte y a las griegas de la guerra de Troya en las de Homero.²⁷

Respecto de la época antigua, generalmente se considera que la Batalla de Maratón (490 a.C.) señaló el principio de la organización de los ejércitos, en el concepto moderno. Los griegos y los persas habían creado sus ejércitos con base en las experiencias de los egipcios y los asirios. Los cuatro pueblos citados habían hecho evolucionar el arte de la guerra, trasformando su aspecto tribal, al agrupar a los guerreros en milicias de carácter “nacional”, como en el caso por ejemplo de egipcios y asirios.²⁸

Ni las tropas ni los cuadros de mandos eran profesionales, por lo general, en Grecia. Siendo los generales (estrategas) cargos electivos. No existía tampoco diferencia entre mandos de tierra y navales. Se convocaban para una necesidad en particular y no había unidades por encima de la célula de 100 hombres llamada *locha*.²⁹

Los guerreros persas, como los asirios, procedían de la nobleza. El ejército permanente de Persia era reducido. Sin embargo, en tiempo de guerra se hacía un reclutamiento general en todo el país, aunque esto sólo permitía agrupar en derredor del pequeño núcleo de caballería e infantería del ejército regular, un conjunto heterogéneo de hombres carentes de adiestramiento. Tal ejército se encontró naturalmente en una posición muy desfavorable cuando tuvo que enfrentarse a los bien organizados griegos en Maratón.³⁰

El ejército ateniense estaba formado por individuos seleccionados entre los mejores ciudadanos, a quienes se impartía una esmerada educación. En Esparta, el destino de vida de sus ciudadanos era el servicio militar, por lo que desde muy temprana edad se preparaban para la guerra en campamentos militares donde recibían un duro adiestramiento. Y desarrollaban su vida en función de las necesidades del ejército.

Llegó a luchar en una formación definida cual era el sistema de la falange, debida al tebano Epaminondas, si bien constituida básicamente por infantes fuertemente armados, denominados hoplitas, los ejércitos de la época contaban asimismo con tropas divididas por su equipamiento y modo de lucha, como los soldados provistos armas ligeras, caballería y tropas irregulares. El ejército de Alejandro Magno, por su parte, disponía de elementos de asedio y sitio de ciudades, e incluía asimismo un cuerpo médico.

Roma durante sus primeros tiempos confió su defensa a una milicia de carácter ciudadano y no permanente, que se convocaba cuando resultaba necesario. Debían proveerse su propio equipo y no recibían paga. Ello hasta el siglo III a.C. en que el Estado tomó a su cargo el pago del equipo y la soldada.

²⁶ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 68. Con cita de Colmeiro, Manuel, Derecho administrativo español, tomo I, libro IV, cap II, pág. 626.

²⁷ Gran Enciclopedia Rialp Ger, Tomo VIII, voz ejército, Ediciones Rialp s.a., Madrid, 181, pág. 418.

²⁸ Enciclopedia Barsa. Tomo VI, voz ejército, pág. 134.

²⁹ Gran Enciclopedia Rialp Ger, Tomo VIII, voz ejército, Ediciones Rialp s.a., Madrid, 181, pág. 423.

³⁰ Enciclopedia Barsa. Tomo VI, voz ejército, pág. 134.

Cualquiera fuere la época, el mando de los ejércitos romanos correspondía a los más altos cargos del Estado, encontrándose fusionado el mando militar con las magistraturas civiles.³¹ Dándose también la particularidad que determinados cargos militares, evolucionan a convertirse en magistraturas civiles³² y aún a títulos de nobleza, en este último caso ya en la temprana edad media.

El pretor, a partir del año 367 a.C., con las *Leges Licinae-Sextiae*, evoluciona de su primitivo ámbito militar que comprendía el mando militar y el reclutamiento de tropas, para configurarse como una magistratura esencialmente jurisdiccional, anual, ordinaria y única.

A partir del 421 a.C., la asamblea popular elegía a dos cuestores militares, subordinados a los cónsules para la Administración militar.

Es interesante destacar, que la distribución de los ciudadanos por centurias, organización principalmente militar³³, *exercitus centuriatus*, que se reunían para ejercitaciones en el Campo de Marte, derivó en la *comitia centuriata*.³⁴, principal asamblea política romana que son los comicios centuriados. Estos asumirían competencias políticas desde el inicio mismo de la república, para algunos romanistas, concretamente con la promulgación de la ley "*lex valeria de provocatione*" que la tradición sitúa en el 509 a.C.

Estos comicios tenían competencias electorales, así la elección de los magistrados mayores (cónsules, pretores, etc), legislativos y competencias judiciales siendo exclusivas sus competencias en los procesos capitales.

Al término de las guerra púnicas, sobrevienen las guerras civiles. El ejército republicano nacional de cónsules es reemplazado, al decir de Montesquieu por los ejércitos de facción al servicio de los intereses de su jefe. Servían a su caudillo, no al Estado. Amela Valverde, siguiendo a Brunt³⁵ expresa que, con contadas excepciones, los legionarios del siglo I a.C. se comportaban como mercenarios de *condottieri*: su lealtad esta basada en la consecución de beneficios materiales y ganancias de todo tipo (si un caudillo no era capaz de satisfacer sus expectativas, simplemente, se pasaban a otro). Sea como fuere, los generales romanos nunca se descuidaron en señalar a sus soldados que ellos actuaban *rei publicae causa*, sobre la base de que ellos habían sido (o creían serlo) investidos legalmente con el mando, de tal forma que sus hombres estaban obligados a obedecerlos.³⁶

Al ocupar el poder Augusto, el ejército había perdido su carácter nacional, por ello decretó su reforma. Reducción de las legiones, unidades permanentes y localización en las

³¹ Marin y Peña, Manuel, Instituciones militares romanas, colección Enciclopedia clásica N° 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Patronato "Menéndez y Pelayo", Madrid, 1956, pág. 228.

³² Como se ha visto en el capítulo anterior, la reforma de Diocleciano produce la separación de las funciones civiles del Estado y las militares a fines de siglo III d.C., estructurando para la gestión de las primeras, una organización jerárquica enteramente civil, pero inspirada en la castrense. Mommsen, Theodor, Disegno del diritto pubblico romano, trad. de Pietro Bonfante, CELUC, Milán, 1973, pág. 418.

³³ Tenía también rivetes fiscales.

³⁴ Respecto de su incidencia en la ciudadanía de este proceso, ver lo expuesto en el capítulo I, en el punto 9.2 referente a la vinculación de la ciudadanía romana con el servicio de armas.

³⁵ Brunt, Peter Astbury, Clientela, en *The fall of the Roman Republic and related essays*, Oxford, 1948 pag. 348.

³⁶ Amela Valverde, Luis, Efectivos del ejército pompeyano de hispania (49-44 a.C) *Revista de Historia militar* N° 89, año XLIV, Instituto de Historia y cultura militar. [On line]. Disponible en: <http://personal.telefonica.terra.es/web/ihycm/revista/89/amela.htm>[Consultado: 23 de abril de 2005].

fronteras. Quedando convertida de esta forma, la prestación del servicio de armas, ya no como un deber de la ciudadanía, sino en el ejercicio de una profesión.³⁷

Desde el principado en adelante, se fusiona en un ser humano tangible (primero el *princeps*, luego el *imperator*), la noción de Estado y la personalidad del caudillo. El legionario al luchar por Augusto, lucha a su vez por Roma, y el *numen imperatoris* figurará en las unidades junto a las enseñas y símbolos de la Patria.³⁸ La suerte del Estado respecto de sus fuerzas militares, queda librada a la capacidad y moral de quien las comande.

Bajo los francos surgió un nuevo sistema militar que, como otras instituciones de la época, se basaba en la propiedad de la tierra. Tal organización dio por resultado el ejército feudal, que dependía principalmente de los barones y señores.

En el medioevo español, se distinguía la hueste o cabalgado y el apellido, como formaciones armadas. La primera, era el ejército expedicionario del rey o señor, debiendo ir en principio los unidos a quien lo dirigía por vínculo de vasallaje. En tanto el segundo era una milicia defensiva destinada a proteger al territorio de invasiones enemigas, de carácter general a toda la población.³⁹

La organización de los ejércitos feudales era sencilla. Hasta finales de la Edad Media no hubo regimientos, divisiones o cuerpos permanentes. Las jerarquías provenían más de cuestiones de clases que de un cargo militar como hoy conocemos. Cuando se convocaba a un ejército feudal, cada vasallo viajaba hasta el lugar de encuentro con los caballeros, arqueros e infantería que le habían solicitado. Una vez en el punto de encuentro, los contingentes eran reagrupados según su papel. Los caballeros y sus escuderos marchaban juntos, al igual que los arqueros y la infantería.

Las unidades especiales, como los ingenieros y la artillería de asedio, solían ser profesionales contratados para la campaña. Por caso, la artillería empleada por los turcos contra Constantinopla fue manejada por mercenarios cristianos.

En el ejército medieval, la jerarquía de mando era mínima. Pocas maniobras se planeaban de antemano, por lo que había escasa provisión de personal para apoyar a los mandos y transmitir órdenes.

En 1439, Carlos VII de Francia creó las Compañías Reales de Ordenanza. Estas compañías estaban formadas por caballeros o por soldados de infantería, y eran pagadas con el dinero de los impuestos. Cada compañía tenía una dotación establecida de hombres. Normalmente, era el propio rey quien escogía su armadura y las correspondientes armas. Esto fue el inicio de los modernos ejércitos permanentes de Occidente.

El fin de la Edad Moderna coincidió en el aspecto estratégico con la definitiva conclusión de la guerra y la sustitución de las luchas dinásticas, por las luchas entre naciones.

³⁷ Enciclopedia Universal Ilustrado Europeo-Americana, Tomo XIX, Espasa-Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 417/8.

³⁸ Marin y Peña, Manuel, Instituciones militares romanas, colección Enciclopedia clásica N° 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Patronato "Menéndez y Pelayo", Madrid, 1956, pág. 229.

³⁹ Enciclopedia Universal Ilustrado Europeo-Americana, Tomo XIX, Espasa-Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 418.

Como nos dice Gomes Carneiro, entre las transformaciones políticas del siglo XV, parece un nuevo concepto de Estado, dentro del que se halla comprendido la idea de un ejército permanente como parte fundamental del mismo.⁴⁰

A partir del siglo XVII comenzó un proceso de racionalización de los ejércitos. Al rey Gustavo Adolfo de Suecia se debió la organización de las nuevas tácticas, los modernos armamentos y los más perfeccionados métodos de administración, en un completo sistema militar. A base de éste se formó en Suecia un ejército nacional permanente, medida que más tarde se hizo general en Europa.

En Inglaterra, Cromwell formó un ejército a base del sistema sueco. Se trataba del denominado *New Model Army*, compuesto de soldados que se hallaban sometidos a una muy severa disciplina. Pero sus excesos hicieron caer la institución en descrédito, el punto de supeditar su existencia a una autorización del parlamento, que debía renovarse si transcurría más de un año.

En las postrimerías del siglo XVII Louvois, ministro de guerra de Luis XIV, reforma el ejército de Francia, concediendo los ascensos por mérito, en lugar de compra, si bien la oficialidad siguió en manos de la nobleza; se hicieron también, permanentes los batallones mandados por comandantes para ellos designados, y se estableció una sección de intendencia.

En el ejército absolutista hacían carrera como oficiales la alta nobleza, mientras los formaban, como soldados, los desechos sociales. De incorporación voluntaria, eran fuerzas muy profesionales, altamente capacitados y disciplinados, costosos y vistosos que, generalmente, combatieron en grandes batallas simétricas o resultaron destinados, como punta de lanza del colonialismo, en territorios de ultramar. Resultaba la evolución, con ciertas rupturas, del modelo tardo-renacentista.⁴¹

Federico II de Prusia, efectuó reformas en pos de la tecnificación militar. Estableció academias para educar a la oficialidad, creó el cuerpo de estado mayor, estableció las reservas y el actuar combinado de las diversas armas.⁴²

La conversión de las milicias medievales y de su evolución en unas fuerzas voluntarias y mercenarias, a un verdadero ejército de leva –formado por todos los ciudadanos del Estado– se produjo, en resumidas cuentas, a partir de la Revolución francesa y quedó consolidado en el ejército nacional prusiano durante la unificación alemana.⁴³

El modelo del “ejército nacional”, sobre la base de la conscripción ciudadana⁴⁴, surgió en la Francia revolucionaria, en la que como hemos visto en el capítulo anterior, la prestación militar era percibida como un deber republicano, basados en los principios de

⁴⁰ Gomes Carneiro, Mario tiburcio, O direito penal militar no quadro do direito militar moderno, separata da Revista Militar Brasileira, N° 3 y 4, 2º semestre de 1948, S.G.M.G. Imprensa Militar, Río de Janeiro, 1949, pág. 3.

⁴¹ Alli-Turillas, Juan Cruz, Ejército profesional y despublificación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista).Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.

⁴² Enciclopedia Universal Ilustrado Europeo-Americana, Tomo XIX, Espasa-Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 422.

⁴³ Alli-Turillas, Juan Cruz, Ejército profesional y despublificación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista).Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.

⁴⁴ Establecida por el Directorio por ley del 5 de septiembre de 1798, obligaba a todos los Franceses de 20 a 25 años.

igualdad y de fraternidad, y en última instancia como una necesidad de sobrevivencia nacional.

Además de algunas innovaciones tácticas, las luchas subsiguientes evidenciaron la superioridad de ejércitos formados por ciudadanos fieles a su patria, respecto de los ejércitos permanentes de las monarquías de la época, unidos únicamente por la disciplina y por la expectativa de la paga. Había muerto la guerra dinástica; nacía la guerra entre pueblos.

Rothfets describe así la era militar destruida por la Revolución Francesa:⁴⁵

(...) Las guerras de esta era no fueron más peleadas por reclamos dinásticos de limitado alcance; ellas involucraron la propia existencia de las naciones afectadas y; como en las guerras religiosas del siglo diez y seis, involucraron principios opuestos, filosofías opuestas de vida. Esas nuevas tensiones fueron entremezcladas con cambios fundamentales en la estructura económica y social de Europa y, esto a su vez, influyó tanto en la moral como en los medios materiales de guerra. Los ejércitos del ancien régime habían estado compuestos de soldados profesionales cumpliendo largos alistamientos, limitados numéricamente pero altamente adiestrados. Cada uno de ellos era una parte del capital invertido del estado y debía ser usado con precaución. Más aún, un largo porcentaje de estos soldados profesionales eran extranjeros o eran obtenidos de la resaca de la población (...)

Napoleón creó dos organismos militares de importancia: uno de ellos, el cuerpo de ejército, compuesto de elementos de todas las armas, autosuficientes para moverse por separado, y con capacidad de luchar por sí o formando parte de otra fuerza mayor. Y el restante fue la guardia imperial, que constituyó en reserva general del ejército.

Entre las víctimas fundamentales de la revolución político-militar francesa y bonapartista estuvo el ejército prusiano, destruido en Jena (1806). Prusia aprendió y perfeccionó las lecciones de la Revolución Francesa y de Napoleón. Complementó su ejército profesional, de legendaria disciplina y eficacia, con una milicia ciudadana, la *landwehr*, entre otras innovaciones producto del genio de los reformadores Scharnhorst y Gneisenau.

Todos los jóvenes servían dentro de un plazo específico para recibir un entrenamiento militar. Un ejército de reclutas a corto plazo era menos costoso, más numeroso y con menor incidencia en la hacienda pública. De la combinación de la *landwehr* con la antigua estructura del ejército prusiano, basada en el virtual monopolio de la oficialidad por parte de la nobleza -que culminaría en la segunda mitad del siglo XIX con las reformas de Guillermo I de Prusia, que virtualmente concluirían con la *landwehr* habría de surgir el sistema de cuadro-conscripto, que caracterizaría el reclutamiento de tropa en los países de Europa continental durante un siglo.⁴⁶

⁴⁵ Rothfels, en *Makers of Modern Strategy*, editado por Edward Mead Earle, Princeton University Press, New Jersey, 1943. Cit por Ugarte, José Manuel, *Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 20.

⁴⁶ Ugarte, José Manuel, *Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 23 y sgtes.

El debate sobre las fuerzas armadas en la segunda mitad del siglo XIX, giraba en torno a dos posibilidades: Una de ellas era el sistema basado en la conscripción obligatoria, con un tiempo de servicio seguido de la posibilidad de movilizarse luego que proveía reservas en gran número. La otra pretendía un modelo alternativo estructurado sobre la base de una fuerza voluntaria, con una guardia nacional o "guardia móvil" que se reclutaba por medio de la "*leva di massa*".⁴⁷

La primera guerra mundial, determinó la formación de grandes unidades de combates, la expansión de los servicios logísticos y la aparición de la aviación y el submarino como nuevas armas, agregando a los teatros de combate (línea de frente y distancia de ésta a la retaguardia) una tercera dimensión (aérea) y una cuarta en los ámbitos navales (submarina).

Los ingleses fueron los primeros en separar la fuerza aérea del ejército y de la marina.

Si bien desde la antigüedad los ejércitos emplearon espías, pero nunca fue la acción de éstos tan activa, ni tan importante como a fines de la segunda guerra mundial. Merced a la denominada "quinta columna" y la expansión de la aviación, se borró la tradicional diferencia entre área de combate y retaguardia, llevando el conflicto a la población civil y servicios de retaguardia. Debiendo organizarse fuerzas especialmente dedicadas a resguardar sitios y elementos de carácter crítico, como el caso de la "*Home Guard*" inglesa.

La aviación, definitivamente reconocida como una tercera arma, luego de la segunda guerra mundial, se unió al ejército y a la marina para llevar a cabo campañas coordinadas por aire, mar y tierra. Los ejércitos fueron dotados de mejor equipo motorizado y pudieron actuar más rápidamente y respecto de áreas más extensas. Al mismo tiempo, se atendió a la especialización de los distintos grupos. Se desarrollaron elementos orgánicos dentro de las Fuerzas Armadas para atender los aspectos social y económico del conflicto, haciendo uso de la propaganda y acciones psicológicas.

Ciertos problemas que surgieron durante la guerra, determinaron la organización de cuerpos especiales, como los *comandos* ingleses y los *rangers* estadounidenses, adiestrados especialmente para realizar ciertas misiones particularmente difíciles y que sólo podían ser realizadas por grupos muy reducidos, incluso o por una sola persona.⁴⁸

El descubrimiento y empleo por parte de los Estados Unidos de la bomba atómica y la división del mundo en esferas de influencia, que tuvo lugar en las postrimerías de la segunda guerra mundial, entre Estados Unidos, la Unión Soviética, determinaron la formación de bloques ideológicos antagónicos.

En cuanto a la organización militar, nacían las Fuerzas Armadas de carácter revolucionario. Donde había un doble sistema de mando, y a la cadena de mandos militares se le añadía el contralor político del partido. Fueran las guerrillas comunistas de Mao Tsé-Tung o cualquier otra derivada del modelo soviético. Por ejemplo, en el ejército del Vietnamita organizado por el general Giap, todas las unidades tenían un oficial político con competencia superior a la de su comandante militar.⁴⁹

⁴⁷ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

⁴⁸ Enciclopedia Barsa. Tomo VI, voz ejército, pág. 135.

⁴⁹ Rooney, David, Los zorros de la guerra, Salvat editores, s.l., 2001, pág. 323.

La guerra revolucionaria concebida fundamentalmente en función de la lucha entre las clases, involucraba al total de la población, consistiendo muchas veces en el empleo de reducidas formaciones armadas de alta flexibilidad que, eludiendo el enfrentamiento contra fuerzas superiores y empleando tácticas basadas fundamentalmente en la sorpresa y en la captación del apoyo de la población, y con fuertes elementos ideológicos y de propaganda, procuraba el desgaste progresivo del oponente, para, en el momento oportuno, enfrentarlo abiertamente con fuerzas regulares.

A tal concepción se le opuso la de guerra contrarrevolucionaria, que postulaba en lo esencial, vencer a las fuerzas irregulares adoptando sus propios métodos, merced a doctrinas como la denominada de seguridad, en la que quedaba borrada toda diferenciación entre defensa nacional y seguridad interior, abarcando la primera a la segunda.⁵⁰

Durante la guerra fría, la necesidad de aliados, y su alcance global, llevó asimismo a desarrollar el concepto de defensa colectiva. Si bien las alianzas militares se daban ya desde la antigüedad, a partir de mediados del siglo XX que se desarrolla en organizaciones internacionales de estructura permanente y sujeta a la defensa de los países miembros, a seguir ciertas directivas emanadas de tal organismo supraestatal. Los ejemplos más típicos de ello fueron la Otan y el Pacto de Varsovia.

La caída de la Unión Soviética y el fin de la guerra fría, supuso al paso de un mundo bipolar a uno multipolar, si bien sometido a la actuación de una superpotencia de alcance global (Estados Unidos) en un cuadro de situación internacional que mantiene puntos en contacto con el predominio británico en la era colonial de la segunda mitad del siglo XIX.

Concluido el Conflicto Este-Oeste a partir de 1990, comenzaron a plantearse como hipótesis de acción político-militar fuera de dicha área el narcotráfico, el terrorismo, los problemas ambientales, las migraciones clandestinas y masivas, la proliferación de armas de destrucción masiva, entre otras. Lo que tuvo como consecuencia a nivel de estructura de fuerzas armadas, desarrollar capacidades de actuar con despliegues rápidos⁵¹ en el extranjero, muchas veces a grandes distancias del territorio nacional, en el contexto de operaciones multinacionales, dentro o fuera de una organización internacional como Naciones Unidas o similar regional.

Ello ha determinado que los albores del siglo XXI, en mayor o menor medida, muchos países han vuelto, a un modelo de ejército totalmente profesional, voluntario, pagado. Nos dice al respecto Alli Turillas:

“A él acuden, principalmente, no tanto los desechos sociales, cuanto los escolarmente menos capacitados, aquellos a los que el mercado laboral no puede ofrecer sino los puestos más bajos de la escala laboral; constituyen la “carne de cañón” que necesita todo país. Esta realidad, como es evidente, empieza por tener ciertas consecuencias llamémoslas “laborales”, que una estricta regulación había logrado erradicar de los ejércitos, por las derivaciones negativas que tenía para la disciplina, la unidad, la jerarquía e, incluso, para la población civil tanto propia como ajena. El sindicalismo, la huelga –remedio civil más o menos pacífico del

⁵⁰ Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 27/8.

⁵¹ Nato Basic Text, 2002. Cit por Ugarte, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003, pág. 29.

*motín militar—, el asociacionismo, vuelve a estar latentes en este modelo voluntario”.*⁵²

3. Las concepciones militares en Latinoamérica

En las Américas, el sistema de levas era de rigor en todas las guerras de independencia contra España. Asimismo, se otorgó la libertad a esclavos.

San Martín, al formar el Ejército de los Andes, recurrió tanto a la leva de vagos como al voluntariado⁵³, y hasta a otorgar la libertad a esclavos bajo condición de servir en el ejército hasta la terminación de la guerra.

Luego del proceso de independencia, se consolida el modelo de ejército veterano, “*de línea*”, compuesto de voluntarios, enganchados y destinados. Que inició su proceso de profesionalización con la creación del Colegio Militar y la Escuela Naval, el reemplazo de las ordenanzas españolas (que fueron de aplicación hasta el año 1898) por legislación propia, y la adopción del modelo prusiano (el inglés para la armada) sobre las postrimerías del siglo XIX. Proceso que termina de consolidarse con la adopción del servicio militar obligatorio en 1901.⁵⁴

El sistema de servicio militar obligatorio representará la realización del concepto de “*Nación armada*”, imperante en la mayoría de los países europeos continentales, y contrapuesto a la solución de los países anglosajones, que se orientaron a un instrumento militar completamente voluntario, que sólo en la guerra mundial se transformará en obligatorio de modo general.

Es interesante destacar, que el desarrollo de la organización interna de las FF.AA., así como las decisiones relativas a la defensa y a la política militar, estuvo en sustancia condicionada por el desarrollo de la organización operativa de otras naciones, en una suerte de recíproca influencia geoestratégica.

Respecto al resto de Sudamérica, nos expresa Rouquie que las elecciones respecto de su organización militar, en el siglo XIX y parte del XX, se hallan directamente inspiradas por sus propias rivalidades, así como por los imperativos europeos del momento. Argentina y Chile recurrieron a misiones alemanas para reformar sus ejércitos, a principios de siglo. Numerosos oficiales hicieron cursos, e incluso estuvieron incorporados al ejército alemán. La germanización en ambos casos fue muy profunda: concernía no sólo al armamento, los uniformes o el paso militar, sino también a los reglamentos internos, la organización de las unidades y la visión de los problemas internacionales.

Perú y Brasil se decidieron por el modelo francés. Los franceses, inspirándose en su experiencia colonial, reorganizan e instruyen al ejército peruano de 1896 hasta 1940 con la única interrupción de 1914-1918. Los brasileños, por su parte, esperan hasta el final de la gran guerra europea para contratar en 1919 una misión francesa, dirigida por Gamelin, que transforma totalmente, desde tal fecha y hasta 1939, a su ejército. Dejando una marca

⁵² Alli-Turillas, Juan Cruz, Ejército profesional y despublicación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista). Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información n° 1 de 2005.

⁵³ Pasquali, Patricia, San Martín. La fuerza de la misión y la soledad de la gloria, Planeta, Buenos Aires, 1999, pág. 228.

⁵⁴ Albarracín, Francisco, La instrucción y cultura del ejército en función de la democracia, Talleres gráficos de Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1958, pág. 21/5.

profunda y duradera. Desde 1934 y hasta 1960, todos los sucesivos ministros de Guerra fueron formados por los franceses.

La adopción de tales modelos no resultó políticamente onerosa para sus beneficiarios, desde que Alemania y Francia no resultaban potencias dominantes en el terreno económico, si bien se esforzaban por estar presentes en la región. Gran Bretaña, que tenía un amplio predominio tal área, se hallaba circunscripta a la influencia en las marinas de guerra, de menor peso en el balance militar interno. En tal forma habrá una diversificación, al decir de Rouquie, autor al que seguimos en esta parte, que no atentará contra la libertad de acción de tales naciones. No ocurrirá lo mismo al final de la segunda guerra mundial.

El reclutamiento de los oficiales y su formación en las escuelas especializadas, así como la instauración del servicio militar obligatorio son las dos reformas centrales para la modernización de los ejércitos latinoamericanos. Se deja de lado el "viejo ejército" de soldados de carrera reclutados por enganche, o enviados al servicio por los tribunales para purgar su pena. Con la conscripción todo cambia. Y no sólo respecto de la tropa, ahora compuesta de "civiles". Los oficiales son profesionales permanentes que han recibido una preparación técnica, y la categoría de los suboficiales se independiza de la tropa.

El servicio universal de conscripción, da asimismo responsabilidades particulares al nuevo ejército: la de inculcar una formación cívica moral al futuro ciudadano y la de desarrollar su espíritu nacional. Establecido de forma paulatina en la región entre 1900 (Chile) y 1916 (Brasil) el servicio universal precede en la mayoría de los países al sufragio universal. El ciudadano es militar, antes de ser elector. Un detalle cronológico que no es insignificante. Además, el reclutamiento por mérito y la formación de los oficiales en el molde común de las escuelas militares les dan un lugar particular en el Estado. Cooptados por sus pares y liberados del favor de los notables, esos oficiales de escuela constituyen un cuerpo de funcionarios públicos estables y permanentes, de carreras reguladas, que contrasta con el resto del aparato de Estado, donde dominan los recambios con la asunción de gobiernos de distintas ideas al poder.⁵⁵

En el caso particular de Argentina, por imperativo de la masiva inmigración del último tercio del siglo XIX y principios del XX, las Fuerzas Armadas debían también, constituirse en una escuela de educación cívica y de integración nacional, representando el servicio de conscripción, un importante factor aglutinante del colectivo nacional en formación. Circunstancia que no podía ser cubierto con un instrumento militar limitado exclusivamente a pocos profesionales de la guerra.⁵⁶

Digamos ya para finalizar con este punto que como expresara Suárez Pertierra respecto de la realidad española, en la última etapa del siglo XX se inició también en

⁵⁵ Rouquie, Alain. Las fuerzas armadas. América Latina, introducción al extremo occidente. Siglo XXI. México, 1989, pp. 206-231.

⁵⁶ Resulta interesante ver las analogías respecto del caso italiano, expuestas en *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: *Lo stato giuridico del personale militare*. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: "Le Forze armate dovevano, inoltre, costituire anche una scuola di educazione cívica e di integrazione nazionale, funzione che sarà fondamentale sino alla Prima guerra mondiale, rappresentando il servizio di leva un importante momento di unificazione morale e spirituale del Popolo italiano. Tutto ciò, certamente, non poteva essere raggiunto con uno strumento militare aperto esclusivamente a pochi professionisti della guerra, che avrebbe altresì provocato fratture ancor più profonde nel tessuto socio-economico nazionale, segnato da differenze sociali e regionali profonde e difficilmente superabili".

nuestro país un proceso encaminado a la progresiva administrativización de las Fuerzas Armadas, algunos de cuyos hitos han sido: la reorganización de las demarcaciones territoriales militares, el establecimiento de una estructura orgánica análoga en la organización de los tres Ejércitos, la incorporación de los Ejércitos a las estructuras del Ministerio de Defensa, y el cambio en la doctrina militar que concebía la organización de los Ejércitos en base a una finalidad de ocupación del territorio, que es sustituida por otra doctrina que proyecta la defensa hacia el exterior, con el subsiguiente acomodo de la organización castrense a ese nuevo fin.⁵⁷

4. Fundamentos de Fuerzas Armadas ciudadanas o nacionales

La prestación militar como obligación fundamental del ciudadano data de mucho tiempo atrás. En las antiguas ciudades-estados griegas, se exigía a los jóvenes que sirviesen durante varios años en la milicia ciudadana, un sistema que tuvo su apogeo con los soldados-ciudadanos de la marcial Esparta. En la República romana, el servicio obligatorio en la milicia era visto como un privilegio. Pero al final del siglo II a.C., los profesionales y mercenarios sustituyeron a la milicia de ciudadanos.⁵⁸

Como fundamento de acotar en cuanto a las personas, la actividad militar a los ciudadanos o súbditos de un Estado u organización política similar, nos encontramos con las ideas de Maquiavelo en su obra *El príncipe*, lo incluye como requisito de magnitud para conservar el control sobre el Estado:

“...Digo, pues, que las armas con que un príncipe defiende su Estado son o las suyas propias, o mercenarias, o auxiliares, o mixtas. Las mercenarias y las tropas auxiliares son inútiles y peligrosas. Si un príncipe apoya su Estado con tropas mercenarias, nunca se hallará seguro, por tanto esas tropas, desunidas y ambiciosas, indisciplinadas e infieles, fanfarronas en presencia de los amigos y cobardes frente a los enemigos, no tienen temor de Dios, ni buena fe en los hombres; tanto se difiere el desastre cuanto se difiere el ataque, en la paz el príncipe es despojado por ellos, y en la guerra por los enemigos... Poco trabajo me costaría convencer de todo esto, porque actualmente la ruina de Italia no es causada por otra cosa que por haber descansado en el espacio de muchos años en las tropas mercenarias (...) Quiero demostrar mejor la desgracia que acarrearán estas tropas. O los capitanes mercenarios son hombres excelentes con las armas, o no lo son: si lo son, no puedes fiarte de ellos, porque siempre aspiran a su propia grandeza, sea oprimiéndote a ti que eres dueño suyo, sea oprimiendo a los otros contra tus intenciones; pero, si el capitán no es valeroso, comúnmente causa tu ruina. Y si alguien responde que cualquier capitán que tenga tropas a su

⁵⁷ Suárez Perterra, Gustavo. «La Administración Militar a lo largo de los veinte años de vigencia de la Constitución», en Enrique Álvarez Conde (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución*, Madrid, INAP, 1998, p. 595 y sigtes.

⁵⁸ Winton, Robert, El papel del servicio militar obligatorio en las democracias de las Américas, artículo publicado en el *Air & Space Power Journal* - Español, cuarto trimestre de 2002. <http://www.airpower.maxwell.af.mil/apjinternational/apj-s/4trimes02/winston.htm>

disposición hará lo mismo, sea o no mercenario, replicaré que estas tropas han de ser empleadas por un príncipe o por una República. El príncipe debe ir en persona y hacer él el oficio de capitán; la República ha de mandar a sus ciudadanos; y, cuando manda uno que no sea un hombre valiente, debe cambiarlo, y, cuando lo sea, contenerlo mediante las leyes para que no pase del punto señalado. La experiencia enseña que sólo los príncipes y las Repúblicas con ejércitos propios hacen grandes progresos, y que los ejércitos mercenarios nunca hacen más que daño. Por otra parte, con más dificultad se somete a la obediencia de un ciudadano suyo una República armada con sus propios ejércitos, que una República armada con ejércitos extranjeros”⁵⁹

No es un dato menor, a los efectos entender la asimilación entre militar y ciudadano, que la construcción del Estado nacional tuvo mucho que ver en la imbricación de los conceptos y realidades de patria, nación y Estado con los ejércitos que las defienden, conforman y, en cierto modo, representan.⁶⁰

Este modelo contemporáneo, surgido en el siglo XIX, supuso el control, con mayor o menor extensión, de la fuerza militar por el Parlamento y, por ello, con la voluntad soberana del pueblo y de sus gobiernos representativos, imitando el modelo británico. Quedó, así, alejado del poder omnímodo del monarca absoluto, quien podía utilizarlo tanto para su propia política de Estado como para controlar a súbditos.⁶¹

Flórez Estrada, manifiesta de esos ejércitos, que no resultaban ser «... *más que una especie de patrimonio del príncipe, mantenidos por los pueblos a costa de los mayores sacrificios para servir de instrumentos contra su propia libertad*».

Un tipo de ejército que no tiene *más patria que la corona que ciñe el rey que lo paga*, y a cuyo servicio está dispuesto.

“Bajo este sistema, los oficiales y los soldados que viven, no diré en el seno de su Patria, porque en ninguna parte la pueden tener militares sin constitución, sino en el seno de su país natal, como pudieran vivir conquistadores extraños en medio de pueblos vencidos, no son otra cosa que los instrumentos del monarca para impedir que los ciudadanos recobren su libertad”⁶².

Como bien lo apunta Blanco Valdés, la crítica de la época no iba dirigida a la fuerza armada en sí misma, sino contra el absolutismo real que había conformado a su servicio

⁵⁹ Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*, trad. de Ángel Cardona, Hyspamérica, Buenos Aires, 1982, pág. 62/3.

⁶⁰ SCHULZE, Hagen, *Estado y nación en Europa*, Crítica, Barcelona, 1997. cit por Alli-Turillas, Juan Cruz, *Ejército profesional y despublicación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista)*. Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.

⁶¹ El concepto de la Guerra como el “deporte de los Reyes” (M. S. Anderson, *Guerra y sociedad en la Europa del Antiguo Régimen 1618-1789*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990).. Cit por Alli-Turillas, Juan Cruz, *Ejército profesional y despublicación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista)*. Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.

⁶² Flórez Estrada, Alvaro, *Obras completas*, colección «Clásicos Asturianos del Pensamiento Político», Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, pág. 356 y 374.

ejércitos mercenarios (no nacionales, sino reales y estamentales) en función de su proyecto histórico de dominación política y social.

Es por ello que el movimiento constitucional liberal, surgido tras la revolución francesa, insistía como asunto fundamental de la constitucionalización, en la transformación del ejército permanente mercenario en un ejército estable nacional, transformación en la que debería jugar un papel fundamental el paso del soldado mercenario al soldado ciudadano, llamado a filas por virtud de un sistema de conscripción universal e identificado, por ello, como parte de la Nación misma, con las finalidades del combate, que no podían ser otras que las de la defensa de esa Nación que ocupaba ahora el lugar que durante el Antiguo Régimen había sido ocupado por el rey:

“El amor a la Patria, el espíritu de honor, son las calidades y virtudes que hacen a todos los guerreros invencibles con táctica o sin ella (...) El principal estímulo del valor, de la energía, del celo y del entusiasmo de los guerreros no puede ser producido sino por el amor a su Patria, y este amor no puede dejar de ser efecto del interés que el guerrero tiene en defenderla». Todo ello llevaba a Flórez Estrada a reafirmar el carácter esencialmente político de la necesaria reforma militar que el nascente Estado constitucional debía acometer urgentemente: «En vano una Nación, para tener soldados invencibles, trabaja en enseñarles evoluciones más o menos rápidas; en inventar armas más o menos homicidas, ni en aumentar el número de sus ejércitos. Semejante privilegio no puede ser exclusivo sino por un corto tiempo, y no puede dejar de aprovechar igualmente al ejército enemigo que al primero que lo disfruta. El sistema moral y político, y no estas mezquinas y accidentales mejoras, es el que perfecciona el carácter de los guerreros y el único capaz de hacer que los defensores de un Estado posean las virtudes de que deben hallarse adornados». La clave estaba por tanto en la creación de un ejército nacional compuesto por soldados-ciudadanos, fin ese primordial al que necesariamente debía dirigirse toda reforma militar: «Convenzámonos de buena fe, si no queremos despreciar los gritos de la razón, de la justicia y de la humanidad, que la constitución militar debe establecer por base que el soldado primero es hombre que militar; primero ciudadano que soldado; que las leyes militares son inferiores a las naturales y a las civiles; que la institución militar no debe tener otro objeto que defender la libertad exterior de los asociados [...]»⁶³

En este marco, siendo el control civil de los militares un atributo indispensable de la libertad y, por lo tanto, de la democracia, consecuentemente se reafirmó también que los soldados ciudadanos, convocados a empuñar las armas en casos de emergencia, podían

⁶³ Blanco Valdés, Roberto L., Álvaro Flores Estrada, teórico de la revolución militar gaditana, en Historia Constitucional, Revista Electrónica de Historia Constitucional. Número cinco – junio de 2004. Area de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo. [On line]. Disponible en: <http://hc.rediris.es/05/articulos/html/01.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005]. Publicado en el libro Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (coord.), Álvaro Flórez Estrada (1766-1853), política, economía, sociedad, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004.

proveer el personal militar necesario sin amenazar el bienestar del estado o los valores civiles.⁶⁴

Las Fuerzas Armadas son símbolos de soberanía, como nos dice Alain Rouquie. También son emblemas de progreso técnico y de modernidad a la vuelta del siglo. La creación de ejércitos permanentes dotados de un cuerpo de oficiales profesionalizado, forma parte del proceso de modernización extravertido que es inseparable de la institucionalización y el crecimiento "hacia afuera" de las economías nacionales. No carece de importancia el que la modernización del aparato de Estado haya comenzado por su rama militar. Desde que es la forma de dar fortaleza a lo institucional, frente a las rémoras del caudillismo. Modernización que no se agota en la compra de armas, sino implica principalmente la adopción de modelos de organización, entrenamiento, y de las doctrinas de guerra de los países avanzados de la época. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, existen concepciones castrenses que rivalizan: la alemana de tradición prusiana, y la francesa. Entre la guerra de 1870 y la primera guerra mundial, esos dos países se entregarán en América del Sur a una despiadada lucha de influencia, prolongación de sus rivalidades en Europa. No es desdeñable lo que está en juego. La elección de un modelo militar por parte de un país latinoamericano significa el establecimiento de relaciones privilegiadas en el terreno diplomático, y sobre todo en el del comercio de armas.⁶⁵

La historia de los ejércitos modernos (también su "nacionalidad") se halla, aun hoy, se halla influida por un hecho de trascendencia universal que altera fundamentalmente, no sólo la composición de las fuerzas armadas sino el concepto mismo de la guerra: la Revolución Francesa.

Allí, por primera vez, entonces, se incorpora en masa el elemento civil al Ejército, constituyéndose las instituciones armadas en lo que se dio en denominar "la Nación en armas"; y lo realiza sobre la base de uno de los principios fundamentales del Estado moderno: igualdad de todos los habitantes en la prestación del servicio. La obligación del ciudadano de armarse en defensa de la Patria lo es en función de la igualdad ante la ley, principio que inspira el Art. 21 de la Constitución Nacional, sobre el cual descansa, al decir de Albarracín *"toda la organización militar de nuestro país"*.⁶⁶

La misión de defensa de un Estado o comunidad política (que seguidamente se analizará), determina una particular conformación de las Fuerzas Armadas, que a los fines de un mejor cumplimiento, se constituye (obligatoria o voluntariamente) con ciudadanos. Es decir, obtiene sus recursos personales de aquellos que conforman políticamente la comunidad a defender, por la calidad de poseer en ella el estado de ciudadanos.

En palabras de von Der Gloz⁶⁷:

⁶⁴ Trask, David F., Democracia y defensa: el control civil de las fuerzas armadas en Estados Unidos, en Temas de la democracia. Publicación Electrónica de USIS (United States Information Service), Vol. 2, No. 3, julio de 1997. [On line]. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0797/ijds/trask.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005].

⁶⁵ Rouquie, Alain. Las fuerzas armadas. América Latina, introducción al extremo occidente. Siglo XXI. México, 1989, pp. 206 y sgtes.

⁶⁶ Albarracín, Francisco, La instrucción y cultura del ejército en función de la democracia, Talleres gráficos de Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1958, pág. 21/5.

⁶⁷ La nación armada, pág. 92. Cit por Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 70.

“Los ejércitos actuales deben su origen, sin duda, al establecimiento del poder absoluto levantado sobre las ruinas del feudalismo... A fines del siglo pasado (siglo XVIII) el ejército permanente llegó a su última etapa en su formación con ciudadanos y no con mercenarios”.

En cuanto a nuestro país, el entonces senador Pellegrini, cuando se discutía la ley del servicio militar obligatorio en 1901, expresó respecto de la cuestión:

*“¿Cuál es la tradición Argentina? La tradición argentina y, diré más, la americana, no sólo la sudamericana, sino la norteamericana, es la siguiente; las fuerzas militares de la nación las constituye el pueblo mismo, obligado a armarse en defensa de la patria, es decir, sus milicias, más un pequeño núcleo de fuerzas permanentes”.*⁶⁸

Es por ello que se ha entendido que la organización de las fuerzas armadas nacionales, constituidas por únicamente con ciudadanos, es la mejor manera de garantizar que dichas Fuerzas Armadas sean el reflejo de la sociedad a la cual sirven y tengan una comunidad de motivaciones y objetivos en su actuar.

5. Misión de las Fuerzas Armadas

El origen y fundamento filosófico de las fuerzas armadas “... corre parejas con el del Estado”, pues de la necesidad y fines de éste, dedúcese la de aquél⁶⁹

Como nos dice Enrique Romero, la existencia de fuerzas armadas en una comunidad organizada en Estado de Derecho, en nada mengua los caracteres jurídicos de su estructura política. Al contrario, su adecuado encuadramiento en las normas legales y subordinación típica a las previsiones fundamentales de su política, demuestra, a la par que su necesidad como elemento primario de la vida civil, que la fuerza al servicio de la autoridad constitucional, le otorga a ésta el rasgo de su potencial coactivo, esencial como ultima ratio.

La trascendencia de lo jurídico es nítida desde que el Estado (Simmel), constituye el grupo institucionalizado más alto de cada sociedad que tiene el monopolio, como forma institucionalizada diferenciada, de ser el órgano supremo de la regulación jurídica.

Asimismo el derecho desde el Estado tiene una nota de coacción que lo tipifica, otorgándole el rasgo de “imposición inexorable”, que es realizada en los hechos por la fuerza organizada -llámese ejército o policía-, pero subordinados a la norma, es decir a la ley y a la Constitución. Es en esta última encuentran, a la postre, su razón de existir. En consecuencia, nada que contraríe sus preceptos puede admitirse, siendo la primera de las obligaciones cívicas (y en eso consiste la defensa de las instituciones), el mantener incólume lo que es vertebral en el estado de derecho: su Constitución.

Es por ello que no hay oposición ni antagonismo entre el derecho y la fuerza material, cuando ésta responde a aquél y se pone a su servicio.⁷⁰

⁶⁸ Sesión del 26 de noviembre de 1901. Cit. por Rodríguez Molas, Ricardo, El servicio militar obligatorio, Centro Editor de América Latina s.a., Buenos Aires, 1983, pág. 27/28.

⁶⁹ Enciclopedia universal ilustrada Europeo-Americana, Tomo XIX, Espasa Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 415.

⁷⁰ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957, pág.

Contemporáneamente, debe ponderarse la misión de las Fuerzas Armadas, teniendo en especial consideración el concepto de "defensa nacional", sustituyente del más añejo concepto de "guerra", como dice Fernández Segado, el que se proyecta hacia todos y cada uno de los elementos distintivos del Estado: el pueblo, la soberanía, el territorio y el orden jurídico. Por lo que un análisis del conjunto de las misiones constitucionales encomendadas a las Fuerzas Armadas, nos pone claramente sobre aviso de que esas misiones se conectan muy estrechamente con aquellos elementos tradicionalmente característicos del Estado ⁷¹

Albarracín⁷² entiende que hablar de misión de las Fuerzas Armadas se halla vinculado a cuál es su situación en el estado moderno. Hallándose fuera de duda, que constituyen y han constituido siempre una institución de absoluta necesidad en el Estado, aún cuando éste estaba rudimentariamente establecido. Y que resulta de la evolución y organización del Estado, la determinación de sus funciones y deberes.

Debe destacarse asimismo que, en razón que las Fuerzas Armadas resultan órganos de actuación del Estado para los fines que le señala la Constitución, sus funciones no son sino consecuencia de ello.

Por su importancia, por su trascendencia, por que hace a su esencia, Albarracín pone en primer término la función política.

Función política que, casi innecesario es decirlo, significa precisamente estar al margen de las luchas políticas. Porque supone la defensa de la comunidad política, de ese Estado, y mantener la estructura del mismo, conforme al planeamiento dado al Estado por la Constitución. Que es en definitiva, defender la soberanía de la Nación.

Es por ello que desde el poder político puede exigírsele a las Fuerzas Armadas que tenga el mismo espíritu del Estado, que esté a su servicio y que sea siempre el guardián material, conforme a las directivas que el poder civil le imparta, de su sustancia constitucional.

Pues dicha misión debe concretarse en una actitud de defensa (principalmente de carácter disuasivo), de la independencia y soberanía nacional, de su integridad territorial, protegiendo a sus ciudadanos y bienes respecto de amenazas exteriores a la comunidad política, todo ello en todo momento y lugar conforme y dentro de la concepción democrática que señala la Constitución.

Es por ello que a los efectos de estar en aptitud de cumplir con dicha misión, resulta menester la compenetración completa de la institución militar para con los fines del Estado, una profunda vocación democrática, y la concurrencia de diversos factores espirituales y morales en sus miembros.

Existe también una función social, consecuencia de la organización moderna de las fuerzas armadas y el concepto de uso dual, estrechamente vinculada a tareas de promoción social a gran escala, o desarrollo de infraestructuras en lugares alejados de los principales centros poblacionales de la nación.

Es por ello que nos expresa Winton:

⁷¹ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 146 y sgtes.

⁷² Albarracin, Francisco, La instrucción y cultura del ejercito en función de la democracia, Talleres gráficos de Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1958, pág. 21/5.

*“El papel de las Fuerzas Armadas en una sociedad democrática es proteger las fronteras, la soberanía e integridad del país, así como sus intereses en la comunidad internacional. Lo ideal es que las Fuerzas Armadas de una sociedad democrática sean capaces de defender el país contra todos los enemigos, externos e internos, actuales o futuros. Esa fuerza militar debe tener credibilidad para disuadir a los agresores y permitir que el país participe libremente en la comunidad mundial para promover sus propios intereses (...) no deben jamás constituir una amenaza para la sociedad a la cual sirven. Los modelos contemporáneos de democracia tienen a las Fuerzas Armadas como entidades apolíticas sujetas al liderazgo civil. Unas Fuerzas Armadas que reflejan la sociedad a la que sirven y comparten con ella valores e intereses, tienen menos probabilidad de representar una amenaza para esa sociedad. En contraposición, unas Fuerzas Armadas politizadas constituyen una amenaza para la sociedad a la cual sirven”.*⁷³

Romero entiende además que la fuerza armada reviste un objetivo jurídico, como garantía de seguridad o certeza del derecho, al dotar al Estado del máximo poder de coerción para asegurar la vigencia de la norma constitucional. Conteniendo la misión militar, la finalidad específica de custodiar la existencia del país como persona en la comunidad internacional, y ser guardián celoso de instituciones republicanas en las jornadas del civismo.⁷⁴

Los fines establecidos en el preámbulo *"proveer a la defensa común y promover el bienestar general"* y en el art. 21 de la Constitución, se especifican en mayor grado en la legislación reglamentaria, que determina los roles en particular de la organización armada, por imperio de las leyes la Ley 23544 de Defensa, la Ley 24059 de Seguridad y aquellas otras leyes particulares establecidas para cada fuerza respecto alguna función específica.

En la actualidad, las Fuerzas Armadas orientan su accionar teniendo como finalidad principal el cumplimiento de su misión primaria, que es la de actuar en forma disuasiva o empleando medios en forma efectiva, a fin de proteger y garantizar de modo permanente los intereses vitales de la nación frente a las agresiones de origen externo.⁷⁵

Respecto de la misión de garantizar la soberanía e independencia nacional, es decir de la defensa exterior del Estado, Fernández Segado⁷⁶ apunta que con ella se pretende salvaguardar dos de sus elementos configuradores: la población o el pueblo y su soberanía. Pues siendo el pueblo el origen de todo poder, la misión habría de entenderse orientada a salvaguardar la residencia de la soberanía en el pueblo y la libre capacidad de autodeterminación del mismo pueblo, como un todo en el orden internacional que aquélla entraña.

⁷³ Winton, Robert, El papel del servicio militar obligatorio en las democracias de las américas, artículo publicado en el *Air & Space Power Journal* - Español, cuarto trimestre de 2002.

⁷⁴ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957, pág. 14.

⁷⁵ Ley de Defensa Nacional 23554, artículos 2do y 4to.

⁷⁶ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 146/7.

Por su parte, la defensa de la integridad territorial presenta para dicho autor, a su vez, una doble proyección: exterior e interior. La proyección externa pretende, como es obvio, hacer frente a cualquier intento de agresión por parte de otro Estado con vistas a apropiarse de una parte de nuestro territorio. La protección del territorio es a la par la protección del pueblo y de su soberanía, pues cualquier ataque externo a la integridad territorial es también un ataque a la soberanía e independencia. La proyección interna pretende impedir una secesión o fragmentación del territorio, en el bien entendido de que una agresión interna a la integridad territorial lo será, al mismo tiempo, al ordenamiento constitucional.

Finalmente, también existe una exigencia de orden jurídico-político. Y en sintonía con ello, el art. 21 de nuestra Constitución, encomienda a las Fuerzas Armadas la defensa del ordenamiento constitucional. En tal forma, nuestro constituyente ha convertido a las Fuerzas Armadas en una pieza clave para la defensa material del orden jurídico-político que, para su pacífica convivencia, se ha dado el pueblo soberano a través de sus legítimos representantes. Esta función de defensa ha de ser entendida como defensa material, como consecuencia de las directivas del poder civil, sin que en modo alguno pueda entenderse, que ello supone la creación de un poder autónomo de defensa residenciado en los propios ejércitos por cuanto éstos sólo pueden intervenir en los supuestos legalmente establecidos, y bajo las directrices y órdenes del Gobierno, al que corresponde dirigir la Administración militar y la defensa del Estado.

Por su parte, la Ley 24059 de Seguridad Interior fija un empleo limitado de las Fuerzas Armadas en cuestiones internas. En su artículo 27, establece que, a requerimiento del Comité de Crisis, el Ministerio de Defensa deberá disponer que las Fuerzas Armadas apoyen, mediante el empleo de los requeridos elementos logísticos, de ingenieros y comunicaciones, las operaciones que desarrollan las Fuerzas Policiales y de Seguridad. Este empleo es el que da origen a la misión subsidiaria.

También en la misma Ley, en sus artículos 31 y 32, se establece un empleo integral a través de la ejecución de operaciones que sean necesarias para el restablecimiento de la seguridad interior dentro del territorio de la nación que haya sido declarado en estado de sitio.

El empleo integral podrá darse sólo cuando un determinado escenario constituya una seria amenaza para la existencia misma del Estado, y exceda la capacidad operativa del sistema de seguridad interior.

Asimismo, la realidad internacional y nacional les exige un permanente esfuerzo de adecuación a las exigencias de la sociedad a la cual sirven. Surgiendo de esta manera las denominadas misiones complementarias⁷⁷, las cuales se suman a las antes expuestas.

Cabe destacar a este respecto, como lo hace Fernández Segado, que las Fuerzas Armadas pueden cumplir otras misiones distintas de aquéllas a las que se refiere la Constitución, desde que ella no limita taxativamente el campo de actuación de los ejércitos, bien que las misiones que en él se enumeran constituyan el ámbito competencial

⁷⁷ Son tales: -La participación en operaciones de paz y/o coaliciones multinacionales bajo mandato de organismos internacionales; participación en el desarrollo de medidas de cooperación militar, de fomento de confianza mutua y otras en el marco regional e internacional, para la prevención de situaciones de conflicto; la asistencia humanitaria; apoyo a la actividad antártica; búsqueda y salvamento; el apoyo a la comunidad; contribución a la preservación del medio ambiente; el cumplimiento de otras competencias asignadas por el Estado.

típico de los Ejércitos, es decir, las funciones que éstos realizan en cuanto tales, concretadas en intervenciones armadas.

Las misiones de apoyo a la comunidad. en último término, encuentran su explicación en la última «*ratio*» de la existencia de los Ejércitos: la defensa de la colectividad, que como es obvio, puede presentar requerimientos de muy dispar naturaleza⁷⁸.

Las misiones en el marco de los organismos internacionales como Naciones Unidas u OEA, por su parte, encuentran su fundamento último en la voluntad de la Nación de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas entre todos los pueblos de la Tierra.

Rodríguez-Villasante⁷⁹ entiende que tales actos deben ponerse en relación con el carácter constitucional de la Carta de las Naciones Unidas y la fuerza obligatoria de sus preceptos como expresión del consenso de la comunidad internacional. Así, las operaciones de mantenimiento de la paz, y la colaboración en la propia acción coercitiva acordada por los órganos competentes de las Naciones Unidas, cuando suponga el empleo de nuestras Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, no carecería de respaldo constitucional.

Herrero de Miñón por su parte, entiende que restablecer y guardar la paz al servicio de las Naciones Unidas puede ser una importante tarea en beneficio de la propia seguridad, por múltiples razones. Pero han de ser explicadas a la opinión pública en función de tal seguridad propia y no como mera contribución al bienestar de la comunidad internacional. Esta tesis vincula inextricablemente operaciones de mantenimiento de la paz con el bien constitucional de la seguridad y defensa nacional, de modo tal que cuando ésta no se viera afectada, en coherencia con el anterior razonamiento, no cabía una intervención de nuestras Fuerzas Armadas en una misión de mantenimiento de la paz.⁸⁰

Asimismo, las Fuerzas Armadas participan y contribuyen de diversas formas, y con variada intensidad, en el desarrollo económico y social del país. Cumpliendo también, labores de resguardo y apoyo durante los estados de emergencia interna o de catástrofes naturales.

Ya que si bien conforman el órgano militar con el cual el Estado materializa su función de defensa, constituyen asimismo un ingrediente importante en lo que se ha denominado la "estatura político-estratégica" del país. Por lo que actúan no sólo en un sentido coyuntural para enfrentar o contribuir a enfrentar situaciones conflictivas, sino que

⁷⁸ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais Nº 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 148.

⁷⁹ Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, «Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacional?», en Francisco Fernández Segado (editor), El servicio militar. Aspectos jurídicos y socio-económicos, Madrid, Editorial Dykinson/ Fundación Alfredo Brañas, 1994, p. 185 y sigs.; en concreto, p. 191/92. Cit por Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais Nº 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 148.

⁸⁰ Miguel Herrero de Miñón. "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas?", en Revista de Derecho Político (UNED), núm. 43, 1997, pág. 11 y sigs. Cit por Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais Nº 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 148.

también juegan un importante papel en un sentido prospectivo, participando desde la paz en el diseño y consecución del proyecto-país visualizado por las autoridades constitucionales de la República.

En definitiva, las misiones constitucionalmente atribuidas a las Fuerzas Armadas casan a la perfección con la preservación de los diferentes elementos configuradores del Estado. Ello no obsta en lo más mínimo para que la idea de defensa esté fuertemente impresa en la colectividad social aunque en su articulación prime lo estatal, dado el progresivo desplazamiento hacia la esfera de lo estatal que se ha producido en algunos de los intereses de la colectividad social.⁸¹

Como se ha dicho desde el Tribunal Constitucional de España: *“El Estado democrático de derecho...configura a las Fuerzas Armadas como una Institución nacional para la defensa exterior y para garantizar el ordenamiento constitucional”*.⁸²

6. Caracterización de las Fuerzas Armadas en otros ordenamientos

En Francia, el artículo primero de la ley de Estatuto de los militares⁸³, expresa en su primer párrafo que las fuerzas armadas de la República están al servicio de la Nación. Siendo su misión la de asegurar por las fuerzas de las armas la defensa de la patria y los intereses superiores de la Nación⁸⁴

En el derecho suizo, La ley federal sobre las fuerzas armadas y la administración militar⁸⁵, denomina su título primero "misión de las fuerzas armadas"⁸⁶, expresando en su artículo uno que las fuerzas armadas contribuyen a la prevención de la guerra y al mantenimiento de la paz, asegurando la defensa de Suiza y de su población y contribuyendo a su protección. Sostiene a las autoridades civiles cuando sus medios no resulten suficientes para enfrentar casos graves de seguridad interior o acontecimientos naturales extraordinarios, y contribuye a la promoción de la paz en el plano internacional.⁸⁷

⁸¹ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 147.

⁸² Sentencia TC 194/1989, de 16 de noviembre. RA 1340/1987, 612/1988 (acumulados). BOE 291, de 5 de diciembre. Voto particular discrepante que formulan los Magistrados don Carlos de la Vega Benayas y don Eugenio Díaz Eimil en los recursos acumulados 1340/1987 y 612/1988.

⁸³ LOI N° 72-662 portant statut général des militaires. Du 13 juillet 1972 (A). BOEM 300, 332 y 651.

⁸⁴ "Article premier. L'armée de la République est au service de la nation. Sa mission est de préparer et d'assurer par la force des armes la défense de la patrie et des intérêts supérieurs de la nation".

⁸⁵ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003).

⁸⁶ Titre premier Mission de l'armée, en el original en frances. Al igual que en lo que respecta a las leyes francesas, hemos optado por traducir armee como fuerzas armadas por entenderlo conceptualmente correcto por encima de la literalidad "armada" que nada dice entre nosotros. Es una palabra comprensiva de todas las ramas militar como queda demostrado al denominar al ejército como "armmee del terre" y a la fuerza aérea como "armee del air".

⁸⁷ 1. L'armée contribue à la prévention de la guerre et de ce fait au maintien de la paix. 2.Elle assure la défense de la Suisse et de sa population et contribue à leur protection. 3. Elle soutient les autorités civiles lorsque leurs moyens ne suffisent plus: a. pour faire face aux menaces graves contre la sécurité intérieure; b. pour maîtriser d'autres situations extraordinaires, en particulier en cas de catastrophe dans le pays ou à l'étranger. 4. Elle contribue à la promotion de la paix sur le plan international.

Por su parte, el decreto N° 476 de la Asamblea Legislativa de la república de El Salvador, que decreta la ley de carrera militar, en su considerando primero recuerda que “... *la Constitución de la República dispone que la Fuerza Armada es una Institución permanente al servicio de la Nación, que tiene por misión la defensa de la Soberanía del Estado y de la Integridad del territorio de la República*”

Y en su capítulo II, denominado "De la naturaleza de la fuerza armada y de la carrera militar", encontramos que se conceptualiza a la Fuerza Armada como una Institución permanente al servicio de la Nación, obediente, profesional, apolítica y no deliberante. Estando su estructura y funcionamiento definidos por la respectiva ley orgánica.⁸⁸

En lo que respecta a la República Bolivariana de Venezuela, su ley orgánica de la fuerza armada nacional, en sus disposiciones fundamentales, expresa respecto del objeto de dicha ley:

*"Consecuente con el fin supremo de preservar la República, dentro del marco de la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil como fundamento de la Seguridad de la Nación y de su desarrollo integral, la Fuerza Armada Nacional es la institución militar del país que movilizada en forma permanente, garantiza la defensa de sus intereses vitales, sus ciudadanos, su territorio y su gobierno constitucional. Entendido así, la presente ley tiene por objeto establecer las disposiciones que rigen su organización, funcionamiento y administración".*⁸⁹

Esta norma es, en cuanto a la misión que encomienda a la Fuerza Armada Nacional, se encuentran enumeradas en el artículo 2, siendo las siguientes:

1. Garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del territorio y de los espacios geográficos mediante la defensa militar.
2. Cooperar con el mantenimiento del orden interno, considerado éste como el estado en el cual se administra la justicia, se consolidan los valores de libertad, democracia, independencia, paz, solidaridad, bien común, integridad territorial, convivencia e imperio de la Constitución y la ley.
3. Participar activamente en el desarrollo integral del país.

De ellas se derivan una pluralidad de funciones comunes de la Fuerza Armada Nacional⁹⁰, especificaciones de lo anteriormente expuesto.

⁸⁸ Art. 4

⁸⁹ Art. 1.

⁹⁰ Art. 3. Las que resultan: 1. Planificar, ejecutar y controlar las operaciones requeridas para asegurar la defensa militar y el mantenimiento del orden interno. 2. Formular la doctrina específica, conjunta y combinada para su empleo. 3. Organizar el servicio militar conforme con la ley respectiva para conformar los cuadros activos y de complemento. 4. Planificar, organizar y ejecutar la movilización militar. 5. Organizar, operar y dirigir el Sistema de Inteligencia de la Fuerza Armada Nacional. 6. Formular la doctrina para su empleo en el mantenimiento del orden interno. 7. Formular y desarrollar la doctrina para su empleo como policía administrativa especial. 8. Ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal

En el *Estatuto dos militares* de Brasil⁹¹, se entiende a las Fuerzas Armadas como organismos esenciales para la ejecución de la política de seguridad nacional, estando constituidas por la marina, el ejército y la aeronáutica, destinadas a defender la Patria y garantizar los poderes constituidos. Resultando instituciones nacionales, permanentes y regulares, organizadas sobre la base de la jerarquía y disciplina, subordinadas a la autoridad suprema del Presidente de la República dentro de los límites de la ley.⁹²

La ley chilena, por su parte, expresa que las Fuerzas Armadas existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República. Dependen del Ministerio de la Defensa Nacional y están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. En su calidad de cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.⁹³

No es complicado advertir que la Constitución alemana actual abrevia en las experiencias negativas experimentadas en el pasado, esforzándose por distanciarse de aquellas. Entre las numerosas enmiendas que se realizaron a la Ley Fundamental,⁹⁴ a los efectos del presente, cabe tener en consideración los agregados en material de defensa que se incorporaron entre los años 1954 y 1956, que regulan la posición constitucional de las fuerzas armadas. Esto se explica si tenemos en consideración que en el texto original de la constitución, de 1949, estaban ausentes todas las referencias a las normas militares; en este sentido, recién con el posterior Tratado de París de 1952 comienza a autorizarse –en el ordenamiento legal alemán– la inclusión de cláusulas de índole militar, aunque con grandes limitaciones.

que le atribuyan las leyes. 9. Reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva, la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de las armas de guerra y de otras armas, municiones, explosivos y afines. 10. Participar en las actividades de preservación y conservación del ambiente, la diversidad biológica y procesos ecológicos. 11. Instruir, difundir y cumplir con las disposiciones legales del derecho nacional e internacional relativas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 12. Formular la doctrina para su empleo en la participación activa en el desarrollo nacional. 13. Cooperar y contribuir con otros sectores de la Administración Pública, coordinando funcionalmente con el órgano público con el cual coopere; así como con otras actividades del desarrollo nacional, sin menoscabo de su naturaleza militar. 14. Desarrollar y ejecutar actividades de autogestión orientadas a generar recursos para complementar el presupuesto de funcionamiento, mediante el máximo aprovechamiento de su patrimonio humano y capacidad instalada. 15. Organizar, planificar y ejecutar actividades destinadas a garantizar la seguridad, el funcionamiento y las operaciones de las empresas estratégicas de la Nación; 16. Respalidar la política exterior de la Nación, en estrecha colaboración con los organismos competentes, conforme a los intereses del Estado venezolano y Convenios o Tratados Internacionales suscritos y ratificados validamente por la República. 17. Participar en operaciones militares combinadas para el mantenimiento de la paz y la asistencia humanitaria, de acuerdo a las resoluciones de los organismos internacionales competentes, según lo establecido en la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República. 18. Promover y realizar actividades de investigación y desarrollo, que contribuyan al progreso científico y técnico de la Nación, así como las necesarias para el ejercicio pleno de sus funciones y; 19. Las demás que le atribuyan las leyes y reglamentos.

⁹¹ Estatuto de los Militares - Ley n° 6.880, del 09.12.1980.

⁹² Art. 2º: “As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei”.

⁹³ CPR, art. 90, y Ley Orgánica Constitucional (LOC) de las Fuerzas Armadas, art. 1, de 1990.

⁹⁴ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG) vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), Zuletzt geändert durch Art. 4 Einigungsvertrag vom 31.8.1990 (BGBl. II S. 885, 890).

Pero como luce de los términos del artículo 87, aun dentro de este concepto restrictivo, se admite que los militares pueden cumplir, en situaciones de excepción, ciertas funciones de seguridad:

Artículo 87.a.

1. La Federación organizará las Fuerzas Armadas para la defensa. Los efectivos numéricos y rasgos fundamentales de la organización de estas serán los que se prevean en las consignaciones presupuestarias.

2. Fuera de la finalidad de defensa, las Fuerzas Armadas sólo podrán ser utilizadas en la medida en que lo permita la presente Ley Fundamental.

3. Las Fuerzas Armadas tendrán, en el caso de defensa y en el caso de tensión, la facultad de proteger objetos civiles y de ejercer cometidos de regulación del tráfico en la medida en que esto resulte necesario para el cumplimiento de su misión defensiva. Además, en los casos de defensa y de tensión, se podrá encomendar a las Fuerzas Armadas la salvaguardia de objetos civiles incluso para el apoyo de medidas de policía; en este supuesto las Fuerzas Armadas actuarán en colaboración con las autoridades competentes.

4. Para evitar un peligro inminente para la existencia o el orden fundamental, libre y democrático de la Federación o de algún Estado podrá el Gobierno Federal, cuando se den las condiciones del artículo 91, párrafo 2, y no resulten suficientes las fuerzas de policía ni la Policía Federal de Fronteras, utilizar las Fuerzas Armadas para el apoyo de la policía y de la policía Federal de Fronteras en la salvaguardia de objetos civiles y en la lucha contra elementos subversivos militarmente armados. Se deberá suspender toda utilización de las Fuerzas Armadas si así lo pide la Dieta Federal o el Consejo Federal.⁹⁵

En la legislación española⁹⁶ encontramos que bajo el mando supremo del Rey, las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, “

⁹⁵ Art. 87a (1) Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf. Ihre zahlenmäßige Stärke und die Grundzüge ihrer Organisation müssen sich aus dem Haushaltsplan ergeben. (2) Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zulässt. (3) Die Streitkräfte haben im Verteidigungsfalle und im Spannungsfalle die Befugnis, zivile Objekte zu schützen und Aufgaben der Verkehrsregelung wahrzunehmen, soweit dies zur Erfüllung ihres Verteidigungsauftrages erforderlich ist. Außerdem kann den Streitkräften im Verteidigungsfalle und im Spannungsfalle der Schutz ziviler Objekte auch zur Unterstützung polizeilicher Maßnahmen übertragen werden; die Streitkräfte wirken dabei mit den zuständigen Behörden zusammen. (4) Zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes kann die Bundesregierung, wenn die Voraussetzungen des Artikels 91 Abs. 2 vorliegen und die Polizeikräfte sowie der Bundesgrenzschutz nicht ausreichen, Streitkräfte zur Unterstützung der Polizei und des Bundesgrenzschutzes beim Schutze von zivilen Objekten und bei der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer einsetzen. Der Einsatz von Streitkräften ist einzustellen, wenn der Bundestag oder der Bundesrat es verlangen.

⁹⁶ Ley española 85/1978, de 28 de diciembre. Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

*están exclusivamente consagradas al servicio de la Patria, quehacer común de los españoles de ayer, hoy y mañana, que se afirma en la voluntad manifiesta de todos”.*⁹⁷

Respecto de su razón de ser, ésta resulta la defensa militar de España y su misión garantizar la soberanía e independencia de la Patria, defender la integridad territorial y el ordenamiento constitucional.⁹⁸

Asimismo, las Fuerzas Armadas, identificadas con los ideales del pueblo español, del que forman parte, al que sirven y del que reciben estímulo y apoyo, son elemento esencial de aquélla, en su alerta permanente por la seguridad de la Patria.⁹⁹

Forman ellas, “una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción”¹⁰⁰. En donde “la disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, al que la Institución Militar está subordinada”.¹⁰¹ Definiendo el orden jerárquico, “... en todo momento la situación relativa entre militares, en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad”.¹⁰²

7. Las Fuerzas Armadas argentinas desde la Constitución

7.1. Aspectos generales del diseño constitucional militar

De entre los objetivos constitucionales presentes en nuestro Preámbulo, encontramos el de “proveer a la defensa común” y en su artículo 21, la acción de armarse los ciudadanos en defensa de la Patria y la Constitución. Que alcanza no sólo respecto a las personas, sino también de parte de los órganos que la propia Constitución establece, debiendo hablarse en este caso, a la par del derecho-deber ciudadano, de una potestad-deber de los poderes públicos. Entendiéndose la primera no en el sentido de ser discrecional, sino de tener la capacidad de actuación necesaria, conforme al reparto de competencias de los distintos órganos para llevarla a cabo.

Si alguna duda quedara de la imperatividad del mandato constitucional, respecto de las autoridades públicas, de organizar, reglar y dirigir unas fuerzas armadas nacionales (en un doble sentido: únicas para toda la Nación y compuestas sólo de ciudadanos), la lectura de la última parte del art 21 “... conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional”, no sólo reafirma la “obligación de hacer” establecida desde el preámbulo mismo, sino que identifica en particular a los órganos que han de llevarla a cabo.

Pues siendo el Estado el elemento de dirección activa de la sociedad, resulta por ende responsable de la distribución de recursos entre valores importantes que incluyen a la seguridad militar.¹⁰³ No concibiéndose su misma existencia, al decir de Bielsa, sin la fuerza militar suficiente a protegerlo de los ataques exteriores y asegurar el ejercicio del poder

⁹⁷ Art. 2, Ley española 85/1978.

⁹⁸ Art. 3, Ley española 85/1978.

⁹⁹ Art. 4, última parte, Ley española 85/1978.

¹⁰⁰ Art. 10, Ley española 85/1978.

¹⁰¹ Art. 11, Ley española 85/1978.

¹⁰² Art. 12, Ley española 85/1978.

¹⁰³ Huntington, Samuel, *El soldado y el Estado. Teoría y política de las relaciones cívico-militares*, GEL, Buenos Aires, 1995, pág. 15.

constitucionalmente encargado. Es una realidad de la vida y a ella es menester conformar la acción gubernativa, como ineludible condición de existencia de todo poder estatal. La norma constitucional del art 21, tampoco admite hesitaciones respecto a la finalidad de la fuerza armada, siendo al decir de Bielsa, una función superior, la de la defensa de la soberanía nacional (concepto comprensivo de la integridad jurisdiccional del territorio y del imperio de la Constitución).¹⁰⁴

Por eso la legitimidad de los poderes militares, instancias necesarias para satisfacer los objetivos de la “defensa común” y “consolidar la paz interior” prometidos en el Preámbulo, y que la Constitución lo delimita y define, entendiéndose por tales al conjunto de atribuciones, deberes y derechos, con respecto a las fuerzas armadas, tanto en tiempo de paz como de guerra, y cuyo ejercicio ha sido confiado a los poderes del estado¹⁰⁵

En la Constitución misma no se menciona la creación de un instituto armado permanente. Los fundadores no estaban familiarizados con el concepto de un servicio militar de carrera. Ellos concebían el servicio militar en tiempo de guerra como una atribución de todos los ciudadanos. La idea que hubiese una división permanente entre las clases civil y militar era casi inexistente.

Por lo tanto, el principio del control civil encarnaba la idea de que todo auténtico ciudadano era responsable de la defensa de la nación y la defensa de la libertad, y que iría a la guerra en caso de necesidad. De acuerdo con la idea de que la fuerza militar debía encarnar los principios democráticos y alentar la participación del ciudadano, la única fuerza militar aceptable era una de carácter nacional.¹⁰⁶

Nuestra constitución sigue en lo militar, el modelo de Estados Unidos, que otorga a cada uno de los distintos departamentos o poderes del Estado, alguna autoridad sobre los militares a fin de, a través de un sistema de autoridad compartida, asegurar el control mutuo y evitar que uno de ellos haga un uso ilegal o incorrecto de la fuerza militar.

De tal forma, ningún poder del gobierno, ni ningún individuo, ningún partido gobernante, pueda llegar a ser demasiado poderoso ni ganar demasiado control. Como que ningún poder del gobierno, ni oficial del mismo puedan ser capaces de abusar del poder militar, ni utilizarlo para su propio provecho. Conjugando de esta forma la vigencia de una forma democrática de gobierno que se apoya como ultima ratio frente a otras entidades políticas externas, en una fuerza militar, sin perder su obediencia.¹⁰⁷

«Si queremos, pues, tener guerreros invencibles, es forzoso que la Constitución militar les ofrezca un interés constante, poderoso y seguro;

¹⁰⁴ Cit. por Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957, pág. 15.

¹⁰⁵ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957, pág. 15. De quien hemos tomado la base de la definición de los poderes militares de la constitución. No concordando en que estos se limiten al ejecutivo y legislativo, solamente. No agregamos el adjetivo “civil” a los poderes del estado, desde que nuestra constitución no establece poder de otro tipo que el civil.

¹⁰⁶ Cairo, Michael F., Control Civil de las Fuerzas Militares. Departamento de Estado de los Estados Unidos. Programas de información internacional. Democracy Papers. Documentos de la Democracia #12. [On line]. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/espanol/infousa/govt/files/democ/demo12.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005].

¹⁰⁷ Walburn, Steven E., y Hollingsworth, Teresa K., El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].

*interés que no puede dejar de ser incompatible con aquella absoluta facultad que se concede al monarca para disponer a su arbitrio de la fuerza pública; facultad que anula para el infeliz soldado el imperio de la ley, convirtiéndole, al mismo tiempo, en instrumento de la opresión de los demás ciudadanos».*¹⁰⁸

7.2. Principio de la supremacía civil sobre las Fuerzas Armadas

El diseño constitucional de las Fuerzas Armadas en nuestro país, deja inequívocamente clara la inexistencia de un poder militar autónomo. Pues una de las características del Estado liberal, es la separación entre el poder civil y el poder militar, dando primacía al primero en cuanto poder político. En la teoría de la división de poderes de Montesquieu, se puede ver el origen de la doctrina de la subordinación del poder militar al poder civil. Al exaltar la supremacía del Legislativo sobre el Ejecutivo y el Judicial, no siendo entonces los Ejércitos, más que un mero brazo del Ejecutivo, se llega a la conclusión de su subordinación al Poder Legislativo, considerado como eminentemente civil. La separación del poder militar respecto del poder civil y la afirmación orgánica, en sede constitucional, de la superioridad política de este último se consolidarán durante la Revolución Francesa. Es perfectamente conocida la norma de la Constitución de 3 de septiembre de 1791 (art. 12 del Título IV) que expresa: «*La force publique est essentiellement obéissante; nul corps armé ne put' délibérer*». Este principio, venía a significar que la fuerza armada debía de ser un instrumento pasivo en manos del Gobierno.¹⁰⁹

Bidart Campos habla de los términos de esta relación como "poder militar y "poder civil", que también (muchas veces y con un alcance no idéntico) ha sido denominada "cívico-militar", nosotros de nuestra parte preferimos situarla dentro del principio de supremacía civil, por entender que tal eje organizador de nuestras Fuerzas Armadas, contiene y sitúa en su justo punto tal asunto.

Más allá del respeto y consideración, tanto a la persona como al pensamiento de Bidart Campos, entendemos que desde su misma denominación "poder militar y poder civil", resulta incorrecta, desde que sitúa en un mismo plano dos manifestaciones esencialmente distintas. Pues si puede hablarse de "poder militar" lo es sólo en un sentido material (el poderío fáctico que otorga la custodia de las armas de la Nación) en tanto que el poder civil es una manifestación (como no puede ser de otra forma en un Estado de Derecho) de carácter esencialmente jurídico. Por lo que en la consideración del derecho, no puede sino estar ésta última, por encima y dirigiendo los actos de la primera. De allí que

¹⁰⁸ Alvaro Flórez Estrada, *Obras completas*, colección «Clásicos Asturianos del Pensamiento Político», Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, p. 387. Cit por Blanco Valdés, Roberto L., Álvaro Flores Estrada, teórico de la revolución militar gaditana, en *Historia Constitucional*, Revista Electrónica de Historia Constitucional. Número cinco – junio de 2004. Área de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo. [On line]. Disponible en: <http://hc.rediris.es/05/articulos/html/01.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005]. Publicado en el libro Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (coord.), *Álvaro Flórez Estrada (1766-1853), política, economía, sociedad*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004.

¹⁰⁹ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales* N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 149.

preferimos colocar el tema dentro del principio de supremacía civil, que es donde debe estar encuadrado.

El propio autor que criticamos, si bien con un planteo incorrecto, trata la relación entre el llamado "poder militar" (o la fuerza armada) y el "poder civil" (o los órganos de poder del estado), afirmando que: "*nuestra constitución formal (SIC) recoge la separación entre poder militar y poder civil, y subordina el primero al segundo*".¹¹⁰

Como se ha expresado desde el Tribunal Constitucional español, el Estado Democrático de Derecho, se halla regido por el principio de la supremacía civil y la reserva del «*status militar*» al personal de los Ejércitos, entendiendo a las Fuerzas Armadas como una institución integrada en la sociedad y en el ordenamiento jurídico, con los altos fines que se le derivan de la propia Constitución.¹¹¹

Es Huntington quien se refirió por primera vez a la expresión *relaciones cívico-militares* dentro del espectro de los estudios en ciencias sociales, entendiendo que ellas suponen en todos los casos, la subordinación castrense a las autoridades gubernamentales (que son, obviamente, autoridades civiles) o, dicho en sus términos, implica siempre el "control civil sobre los militares".

Dos son las modalidades típicas que asume este *control civil*: el *subjetivo* y el *objetivo*.

El control civil subjetivo logra su fin al "civilizar" a los militares, hacerlos el espejo del Estado. El control civil objetivo logra su fin militarizando a los militares, haciéndolos la herramienta del Estado. El control civil subjetivo existe en una variedad de formas; el control civil objetivo sólo en una. La antítesis del control civil objetivo es la participación militar en la política; el control civil decrece, en la medida que los militares se comprometen progresivamente más en la política institucional, de clase y constitucional. El control civil subjetivo, por el otro lado, presupone este compromiso. La esencia del control civil objetivo es el reconocimiento del profesionalismo militar autónomo; la esencia del control civil subjetivo es la negación de la esfera militar independiente.¹¹²

El control civil sobre los militares garantiza: (1) que quienes posean el poder militar (las fuerzas armadas) no puedan emplear tal fuerza militar para su propio beneficio ni para beneficio de un solo segmento de la sociedad; (2) las decisiones relativas al tamaño, composición y uso de las fuerzas armadas son tomadas por los líderes civiles en función de consideraciones políticas, económicas y sociales; (3) los militares obedecen la voluntad del pueblo al que en última instancia sirven y (4) los líderes militares se pueden concentrar en la ejecución de las misiones militares, sin desviar el foco de su atención a consideraciones no militares.

Tal sistema de control lleva a que siempre en la última instancia de decisión, se hallen autoridades civiles. Este concepto es la piedra angular del control civil sobre los militares, debiendo en su consecuencia:

¹¹⁰ Bidart Campos, German, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentina. Tomo II: El derecho constitucional del poder. Ediar, Buenos Aires, 1991, pág. 270.

¹¹¹ Sentencia TC 194/1989, de 16 de noviembre. RA 1340/1987, 612/1988 (acumulados). BOE 291, de 5 de diciembre. Voto particular discrepante que formulan los Magistrados don Carlos de la Vega Benayas y don Eugenio Díaz Eimil en los recursos acumulados 1340/1987 y 612/1988.

¹¹² Huntington, Samuel, *El soldado y el Estado. Teoría y política de las relaciones cívico-militares*, GEL, Buenos Aires, 1995, pág. 94.

1º) Que los fines de la política del gobierno deben ser establecidos por los civiles; estando los militares están limitados a las decisiones sobre los medios y,

2º) que los líderes civiles deben decidir dónde se debe trazar la línea entre fines y medios (y por consiguiente entre las responsabilidades de los civiles y los militares).¹¹³

La Constitución asimismo, divide el poder militar entre el Congreso y el ejecutivo, a fin de prevenir los abusos de poder. Además, la Constitución dispone con claridad que el presidente, un dirigente civil de elección popular, sea el comandante en jefe de las fuerzas armadas. En este caso, el elemento crucial es que no obstante su amplitud, las potestades de dicho cargo están definidas y limitadas en su conjunto, y que el Congreso, el poder judicial y el electorado en última instancia, sean susceptibles de revisar sus actos. A fin que el comando del presidente sobre los militares no le facilite el comando o el poder subordinar a otros sectores no castrenses.¹¹⁴

Como nos expresa Trask:

*“El control civil de las fuerzas armadas es un aspecto esencial del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. En una democracia, la política pública la decide la mayoría, sujeta al imperio de la ley en lugar del de la fuerza bruta. El control civil de las fuerzas armadas ayuda a garantizar que las decisiones concernientes a la política de defensa no comprometan fundamentalmente los valores democráticos, tales como la libertad de expresión, la libertad de prensa o la libertad de culto (...) como lo reconoció George Washington, las naciones democráticas (...) deben mantener fuerzas armadas. De tanto en tanto, aparecen amenazas externas y, en ocasiones, también ocurren conflictos internos -tales como la guerra civil norteamericana- a los cuales el gobierno debe responder...”*¹¹⁵

Partiendo de los estudios de Louis Smith¹¹⁶, podemos resumir las relaciones constitucionales entre el poder civiles y su instrumento militar, en el marco de nuestra realidad constitucional, en las siguientes:

- o El liderazgo civil de la rama ejecutiva del gobierno sobre las fuerzas armadas. Con lo que se logra a un mismo tiempo, la unicidad del comando,

¹¹³ Walburn, Steven E., y Hollingsworth, Teresa K., El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].

¹¹⁴ Cairo, Michael F., Control Civil de las Fuerzas Militares. Departamento de Estado de los Estados Unidos. Programas de información internacional. Democracy Papers. Documentos de la Democracia #12. [On line]. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/espanol/infousa/govt/files/democ/demo12.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005].

¹¹⁵ Trask, David F., Democracia y defensa: el control civil de las fuerzas armadas en Estados Unidos, en Temas de la democracia. Publicación Electrónica de USIS (United States Information Service), Vol. 2, No. 3, julio de 1997. [On line]. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0797/ijds/trask.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005].

¹¹⁶ Smith, Louis B., American Democracy and Military Power: A Study of Civil Control of the Military Power in the United States, University of Chicago Press, Chicago, 1951.

principio básico de eficiencia militar, y el tener una autoridad electa claramente identificable, que debe rendir cuentas de sus actos a la Nación mediante elecciones frecuentes y regulares. Como Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, el Presidente es el jefe civil que está al frente de la cadena de mandos militar.

- o La necesaria intervención del Senado en el nombramiento de los oficiales superiores propuestos por el presidente, otorga a éste la libertad de elección respecto de los subordinados con los que conducirá el instrumento militar, pero al mismo tiempo avienta la posibilidad que abuse de sus poderes para establecer fuerzas armadas adictas a una determinada persona o partido.
- o Las políticas de seguridad nacional fundamentales se establecen mediante disposiciones legales. Los representantes legislativos elegidos por el pueblo aprueban leyes que definen la defensa, organización y políticas de la nación, incluidos sus componentes presupuestarios.
- o El contralor judicial de dicho control civil, a través de la actividad del poder judicial, impide que se comprometan las libertades civiles, en el seno de las fuerzas armadas, inclusive las de los miembros de los servicios armados. En igual forma resulta el último control en lo que respecta a la constitucionalidad o no del uso de sus facultades por parte de los otros dos poderes en la materia militar.

Las atribuciones constitucionales de los órganos políticos en materia militar se clasifican en: a) de mando, entendiendo que se trata de atribuciones ejecutivas a cargo del Poder Ejecutivo en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (art. 99, inc. 12 CN), quien ejerce en última instancia la jurisdicción disciplinaria sobre sus integrantes, entre otras facultades; b) de organización, definiéndolas como atribuciones de legislación general a cargo de ambos órganos políticos federales, dentro de las cuales le corresponde al Congreso "dictar las normas para su organización y gobierno" (art. 75, inc. 27 CN), en cuyo cumplimiento se sancionó el Código de Justicia Militar, y demás legislación militar.¹¹⁷ Y de nuestra parte agregamos c) de control, en cuya virtud los órganos del poder judicial toman conocimiento, en el marco de su jurisdicción, del manejo de los aspectos castrenses de los otros dos poderes.

7.3. Poderes militares del Congreso

En Grecia el máximo cargo militar (estratega) era electivo en Atenas. En Roma, en la materia militar, en los inicios de la república el Senado asume la suprema dirección de la guerra y finalizada esta fija las recompensas otorgando los honores del triunfo, delimita los territorios y actividad del Ejército.

¹¹⁷ Quiroga Lavié, Humberto; Benedatti, Miguel Ángel; Cenicacelaya, María de las Nieves; *Derecho Constitucional Argentino*; Tomo II; Rubinzal - Culzoni Editores; Santa Fe; 2001, pág. 910.

En virtud del art. 75 inc. 27 de la Constitución Nacional, entre las atribuciones del Congreso Nacional le corresponde la de " *Fijar las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y guerra y dictar las normas para su organización y gobierno*".

Esta facultad, que vienen a regular el marco donde el Presidente ejercerá su comando constitucional sobre las FFAA, hacen posible que el Congreso impida el uso indebido del poder militar por los militares o el Poder Ejecutivo.¹¹⁸

Estos poderes militares que el congreso dispone en virtud de la asignación constitucional, no se superponen, ni reemplazan, a la jefatura que sobre las fuerzas armadas titulariza el presidente, al que por ello le concierne el comando de la fuerza militar (y por lo mismo de la política militar) y de la defensa del Estado. Asimismo dichos poderes del legislativo comprenden la potestad parlamentaria de control de la acción del ejecutivo reviste en este ámbito una especialísima relevancia.¹¹⁹

El ejercicio de la potestad legislativa militar se concreta en relación a las leyes atinentes mas allá de la defensa, a la estructuración del número y calidades de la Fuerza Armada.¹²⁰

Es así como el Congreso ejerce el control civil sobre los militares mediante su poder constitucional para decretar leyes que gobiernan a los militares. Regulando las fuerzas armadas mediante: (1) la organización de las fuerzas armadas y los límites de autoridad de los oficiales militares; (2) asuntos de personal que incluyen nombramientos, ascensos, dar de baja, disciplina y cuidado médico del personal militar; (3) entrenamiento del personal militar y (4) la obtención de suministros militares, equipos y edificios.

Cabe destacar que la Constitución, en lo referente a la prestación del servicio militar, en sus distintas modalidades posibles¹²¹, establece que la Cámara de Diputados será en todos los casos Cámara de origen. Se busca con esto darle una preponderancia en el trámite legislativo, atento ser donde se hallan representados al pueblo de la Nación, que será su principal afectado.

Un ejemplo del control del Congreso sobre los militares es la sanción de un Código de Justicia Militar. Este código es un plan amplio para reglamentar la conducta de las fuerzas armadas. El Congreso ha determinado qué delitos deben ser juzgados por un tribunal militar.¹²²

En el derecho constitucional comparado, en el caso español, el apartado segundo del art. 80 de la Constitución Española remite a una ley orgánica para la regulación de «las

¹¹⁸ Walburn, Steven E., y Hollingsworth, Teresa K., El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].

¹¹⁹ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 153.

¹²⁰ No tratamos en el presente los poderes de guerra del congreso, por no corresponder a la naturaleza de la presente tesis, centrada sólo en los aspectos organizacionales de las fuerzas armadas. La facultad del Senado de prestar acuerdo a los empleos militares superiores, será tratada en las facultades ejecutivas de la comandancia constitucional de las FFAA, por resultar más a fin a la naturaleza de mando que de organización normativa militar.

¹²¹ Ver al respecto lo desarrollado en el capítulo II.

¹²² Walburn, Steven E., y Hollingsworth, Teresa K., El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].

bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución», en tanto que el párrafo tercero del art. 52 de la Constitución Italiana, exige que el ordenamiento de las Fuerzas Armadas se inspire en «el espíritu democrático de la República».

Tales normas cumplen la función de delimitar la esfera de discrecionalidad del poder legislativo en su actuación ordenadora de la organización castrense, como nos expresa Fernández Segado¹²³, debiendo el específico régimen organizativo castrense habrá de acomodarse a los principios constitucionales «in genere». Y como señalara Vittorio Bachelet, “... *informar el espíritu democrático de la República no significa trasplantar el espíritu democrático a las Fuerzas Armadas sino afirmar la plena sujeción del orden militar al orden estatal democrático y recordar que el ordenamiento militar debe de fundarse sobre la dignidad de la persona humana y sobre el pleno respeto de los derechos garantizados por la Constitución*”.

Respecto a nuestra Constitución Nacional, la cuestión central la de delimitar qué principios constitucionales habían de ser tenidos particularmente en cuenta a la hora de que el legislador en sede orgánica procediera a normar la organización castrense en conformidad al art. 75 inc. 27.

A nuestro juicio, el encuadramiento de las bases de la organización militar y, en un sentido amplio, de la defensa nacional, en el marco de los principios constitucionales exige lo siguiente:

1) La sujeción de las Fuerzas Armadas al poder civil legítimamente emanado de la voluntad soberana del pueblo. No pudiendo establecerse procesos autónomos de decisión en las Fuerzas Armadas.

2) Que tales leyes no afecten la esencia de la atribución del mando supremo de las Fuerzas Armadas al Presidente, encargada constitucionalmente y con el significado amplio que a ello ha de darse en el ámbito de nuestra Constitución.

3) La delimitación de la competencia de la jurisdicción militar de un «ámbito estrictamente castrense”.

4) El acomodo del ejercicio de la jurisdicción castrense a los principios de la Constitución.

5) La configuración de la defensa militar, como un derecho y deber de los ciudadanos argentinos, y en sentido general no militar, de todo habitante de la Nación. Organizando a fin de satisfacer la manda del art. 21, estructuras militares permanentes, conformadas en cuanto a su personal castrense, por ciudadanos de manera exclusiva.

6) La atribución al Estado federal de la competencia exclusiva en materia de defensa y Fuerzas Armadas, sin perjuicio de la colaboración, en especial en tiempos críticos, que las provincias u otras unidades políticas puedan prestarle, como agentes naturales del poder federal. No puede haber asimismo, otras formaciones armadas que las del Estado Nacional.¹²⁴

¹²³ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 153 y sgtes.

¹²⁴ Resulta admisible, claro está, la existencia de fuerzas policiales o de seguridad locales, pero siempre que encuadren dentro del concepto de la fuerza pública en manos del Estado. No pudiendose contar, fuera del estado federal, con fuerzas de carácter militar o militarizado.

8) Y en lo que particularmente interesa en la presente tesis, la configuración de un estatuto jurídico peculiar para los miembros de las Fuerzas Armadas. A fin de “armarlos” (art. 21), conforme a las particularidades que reviste la actividad militar (art. 75 inc. 27).

También se materializan los poderes del Congreso, en la potestad presupuestaria, al dar su aprobación de los créditos presupuestarios correspondientes, a fin de mantener y entrenar a las Fuerzas militares.

En opinión de Walburn y Hollingsworth, es tal vez el mayor control del Congreso sobre los militares, es precisamente su poder para proveer fondos (o negarlos) para las operaciones militares y misiones solicitadas por el Presidente o las mismas fuerzas armadas.¹²⁵

Integra asimismo el sistema de defensa nacional, siendo el ámbito natural para el consenso nacional respecto a los temas de la defensa, debiendo ser la garantía de una discusión democrática del particular, como el canal que exprese lo que espera de sus Fuerzas Armadas la sociedad a la cual sirven (Oehling).

En el Reino Unido, el gobierno queda sujeta a una intensa formulación de preguntas parlamentarias y a un estricto control en materia de defensa, aconteciendo algo similar en Alemania e Italia; en tanto que en Francia y en España, por el contrario, tanto los respectivos Parlamentos como las Comisiones parlamentarias desempeñan su rol de control de un modo más bien comedido.

Como asimismo nos expresa Blanco¹²⁶, de acuerdo a la Bill of Rights de 1689, la conformación o el mantenimiento de un ejército permanente dentro del Reino en tiempos de paz era contrario a la ley, a menos que se contara con la aprobación del Parlamento.

La existencia del Ejército (organizado históricamente como una serie de varios regimientos por coroneles, muchos de los cuales no eran leales al Gobierno) y de la Real Fuerza Aérea tiene su base jurídica en las Leyes del Ejército y de la Fuerza Aérea de 1955 y en leyes anteriores del Parlamento. Como ya se ha dicho, la continuidad de su existencia depende de Ordenes de Continuación anuales emitidas por el Parlamento.

Por el contrario, como la Marina Real fue creada merced a una prerrogativa propia del soberano, no estando sujeto por ello a dicho acto del parlamento.

7.4. El Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas

No siempre en la historia se ha tenido el concepto del mando militar único. Los ejércitos romanos en la época republicana eran mandando por los dos cónsules, o dos pretores con mando alterno. El mando único, dictador, fue una institución ocasional y de emergencia.¹²⁷

¹²⁵ Walburn, Steven E., y Hollingsworth, Teresa K., El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].

¹²⁶ Blanco, María C.: *Política de defensa y fuerzas armadas del Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 13 de julio de 2004. A quien seguimos en cuanto a la exposición del sistema militar constitucional inglés.

¹²⁷ Gran Enciclopedia Rialp Ger, Tomo VIII, voz ejército, Ediciones Rialp s.a., Madrid, 181, pág. 426.

El *Imperium* romano es definible como el poder de mando total y propio de los magistrados maiores (Cónsul, Pretor, Dictator). Distinguiéndose entre el *Imperium Domi*, dentro de la ciudad de Roma y que estuvo sometido al instituto de la *provocatio* y el *Imperium militar*, que era ejercido por el comandante militar fuera de Roma, y que no estuvo sujeto a esta limitación.

Este atributo estaba en directa relación con las funciones particulares de los magistrados *cum imperio*, entre la que se hallaba la de ejercer el mando militar.

Los cónsules romanos tenían la plenitud del *Imperium* tanto militar como civil, incluyéndose dentro del primero el reclutamiento de tropas y el derecho al triunfo.

De dicho término derivará la palabra *Imperator*, otorgado a Augusto y que en latín significa literalmente “el que manda”, respecto de las tropas militares, por lo que bien puede traducirse como general o comandante en jefe, al nuestro.¹²⁸

Flórez Estrada sostendrá que la Constitución no puede pecar ni del vicio de conceder tan poco poder al jefe de las Fuerzas Armadas, que se halle sin posibilidades reales de ejercer su autoridad, ni del de concederle tanto que la libertad de los ciudadanos pudiese llegar a quedar comprometida.¹²⁹

En nuestra historia preconstitucional, concretamente en la época federal, el mando militar confederal no era permanente, si bien la dirección de la guerra se hallaba atribuida al encargado de las relaciones exteriores. El artículo 14 del Pacto federal estipulaba que las fuerzas compuestas por contingentes de otras provincias tendrían el mando militar de aquella que pisaren territorio o navegaren sus ríos. Pero no siempre se obró en tal forma.¹³⁰

La Constitución designa al Presidente como el Comandante en Jefe de las fuerzas armadas. Este sistema asegura que las decisiones militares sean tomadas por un líder que en última instancia es responsable ante los ciudadanos que lo eligieron. Los poderes del presidente incluyen la autoridad de tomar decisiones sobre los militares, tales como el despliegue de las fuerzas armadas y la ejecución de la acción militar.¹³¹

Este otorgamiento constitucional del mando supremo de las Fuerzas Armadas resulta por tanto, una manifestación de la subordinación de la fuerza armada al poder estatal, o lo que es igual, al legítimo poder civil del Estado. En los sistemas presidenciales, la atribución al ejecutivo del mando de las Fuerzas Armadas encierra un significado inequívoco: se trata de una función de garantía constitucional, no meramente simbólica

¹²⁸ González Crespo, Jorge, *La legión romana SPQR*, Círculo Latino, Barcelona, 2003, pág. 49/51.

¹²⁹ Alvaro Flórez Estrada, *Obras completas*, edic. cit., p. 371. Cit por Blanco Valdés, Roberto L., Álvaro Flores Estrada, teórico de la revolución militar gaditana, en *Historia Constitucional*, Revista Electrónica de Historia Constitucional. Número cinco – junio de 2004. Area de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo. [On line]. Disponible en: <http://hc.rediris.es/05/articulos/html/01.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005]. Publicado en el libro Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (coord.), *Álvaro Flórez Estrada (1766-1853), política, economía, sociedad*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004.

¹³⁰ Tau Anzoátegui, Víctor, *Formación del Estado Federal Argentino 1820-1852*, 2º ed. Revisada y ampliada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 216 y sgtes.

¹³¹ Walburn, Steven E., y Hollingsworth, Teresa K., *El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU*, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].

como ocurre en las monarquías, a resultas de lo cual el Presidente es la cabeza ceremonial, jurídica y administrativa de las Fuerzas Armadas.¹³²

De la sola lectura de sus atribuciones en la materia militar, surge con claridad que se halla a cargo de las Fuerzas Armadas¹³³, con un criterio amplio, si bien no ilimitado.

Pues existen varias limitaciones al Presidente en relación a los militares. Por ejemplo, sólo el Congreso puede declarar la guerra.¹³⁴ Pero este puede, en efecto, ser un poder sin mucho significado en esta era de guerras no declaradas.

Otra limitación, es que sólo el Congreso puede autorizar la recaudación de impuestos y fondos de gastos para los militares. El poder ejecutivo debe operar dentro de las pautas presupuestarias especificadas por el Congreso. Además, sólo el Congreso puede aprobar el nombramiento de los oficiales militares de alta jerarquía.

El Congreso también tiene la autoridad para fijar mediante ley, determinados recaudos en la organización y el proceso de toma de decisiones requerido para que los militares tomen decisiones dentro del área militar.¹³⁵

Es de destacar que los sistemas como el argentino, en que se asigna al Poder ejecutivo el cargo de Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, viene a representar una versión modernizada y republicana del ejército dinástico, organismo militar diferenciado dentro de la estructura del Estado y estrechamente ligado a la figura del monarca.¹³⁶

El Artículo II, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos, le asigna al presidente funciones duales de ejecutivo en jefe y comandante en jefe. Esto asegura que el ejecutivo en jefe civil esté a la cabeza de la cadena militar de mando y, a través de la autoridad de mando, garantiza el control civil de la formulación de la política militar.

La cláusula de la Constitución sobre el comandante en jefe dispone que, además del resto de sus deberes, “el Presidente será el Comandante en Jefe del Ejército y la Armada de los Estados Unidos y también de las milicias de los diversos estados, cuando sean llamados al servicio efectivo de los Estados Unidos”.¹³⁷ Esta cláusula resulta angular en el control civil de los asuntos militares. El grado en que los constituyentes esperaban que el presidente ejerciera sus funciones militares, se puede apreciar en el hecho de que no

¹³² Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 155 y sgtes.

¹³³ Art. 99 inc. 12: Es comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación; inc.13: Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado en la consesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas; y por sí solo en el campo de batalla. Inc 14: Dispone de las Fuerzas Armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de las Nación.

¹³⁴ Atento ser dos situaciones distintas (si bien relacionadas) no tratamos lo referente a los poderes de guerra de la Constitución, por no corresponder al objeto de la presente, salvo cuando puntualmente tienen alguna incidencia en la organización o respecto del personal militar (v.g. facultad del presidente de ascender en el campo de batalla).

¹³⁵ Walburn, Steven E., y Hollingsworth, Teresa K., El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].

¹³⁶ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹³⁷ Article. II. Section. 2. Clause 1: The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States.

trataron de contener la autoridad personal de aquél para la conducción de tropas en el campo de batalla. La intención y la expectativa de la época era que el presidente podía, y debía, asumir el mando personal de las fuerzas militares en el combate.¹³⁸

Respecto de la cuestión, hallamos en otros ordenamientos constitucionales, por ejemplo el de Bolivia, que establece que el grado de Capitán General de las Fuerzas Armadas resulta inherente a las funciones de Presidente de la República¹³⁹. Y si bien le dependen en forma directa, reciben sus órdenes, en lo administrativo, por intermedio del Ministro de Defensa, y en lo técnico, del Comandante en Jefe.

En caso de guerra, es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas quien dirigirá las operaciones.¹⁴⁰

La norma fundamental Chilena, por su parte, es una de los más restrictivas en cuanto a la asignación de poderes, debiendo elegir el Presidente a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, y el General Director de Carabineros, de entre los cinco oficiales generales 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 inamovilidad en su cargo. 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.¹⁴¹

En la constitución de Ecuador, en tanto, tras establecer que la fuerza pública se debe al Estado, expresa que el Presidente de la República será su máxima autoridad y podrá delegarla en caso de emergencia nacional, de acuerdo con la ley. El mando militar y el policial se ejercerán, en igual modo, de acuerdo con la ley.¹⁴²

En el ordenamiento constitucional nicaragüense, se postula que el Ejército de Nicaragua se regirá en estricto apego a la Constitución Política, a la que guardará respeto y obediencia. Estará sometido a la autoridad civil que será ejercida directamente por el Presidente de la República en su carácter de Jefe Supremo del Ejército de Nicaragua, o a través del ministerio correspondiente. No pudiendo existir mas cuerpos armados en el territorio nacional, ni rangos militares que los establecidos por la ley.¹⁴³

En cuanto a Perú, la dirección, la preparación y el ejercicio de la Defensa Nacional se realizan a través de un sistema cuya organización y cuyas funciones determina la ley. El Presidente de la República dirige el Sistema de Defensa Nacional.¹⁴⁴ La ley determina asimismo los alcances y procedimientos de la movilización para los efectos de la defensa nacional. El Presidente de la República es, además, el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.¹⁴⁵

Respecto del Paraguay, entre los deberes y atribuciones de quien ejerce la presidencia de la República, se halla el de Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas de

¹³⁸ Cairo, Michael F., Control Civil de las Fuerzas Militares. Departamento de Estado de los Estados Unidos. Programas de información internacional. Democracy Papers. Documentos de la Democracia #12. [On line]. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/espanol/infousa/govt/files/democ/demo12.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005].

¹³⁹ Art. 99 de la Constitución.

¹⁴⁰ Art. 210 de la Constitución.

¹⁴¹ Art. 93 de la Constitución política de Chile.

¹⁴² Art. 184 de la Constitución.

¹⁴³ Art. 95 de la Constitución.

¹⁴⁴ Art. 164 de la Constitución.

¹⁴⁵ Art. 167 de la Constitución.

la Nación, cargo que no se delega. De acuerdo con la ley, dicta los reglamentos militares, dispone de las Fuerzas Armadas, organiza y distribuye. Por sí, puede nombrar y remover a los comandantes de la Fuerza Pública. Adopta las medidas necesarias para la defensa nacional. Provee, por sí los grados en todas las armas, hasta el de teniente coronel o sus equivalentes y, con acuerdo del Senado, los grados superiores;¹⁴⁶

En la República Oriental del Uruguay, al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, le corresponde el mando superior de todas las fuerzas armadas.¹⁴⁷

En la Constitución Española, corresponde al rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas.¹⁴⁸

En una clara reacción frente a su pasado, la Ley Fundamental alemana¹⁴⁹ no menciona la figura del comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, como sí lo hacen otras constituciones del mundo.¹⁵⁰ De hecho, la Jefatura de las Fuerzas Armadas no termina siendo atribuida ni al Presidente ni al Canciller, sino al Ministro de Defensa, quien –en una situación casi única– es quien suele tener a su cargo las tropas. Dentro de la Sección X de la Ley Fundamental (“De la Defensa”) se aclara que, en caso de defensa declarada, el poder militar pasa a la figura del Canciller.¹⁵¹

En el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, como nos expresa Blanco¹⁵², el monarca es cabeza de las Fuerzas Armadas, y es sólo el monarca quien declara la guerra y hace la paz. Esta potestad data de los tiempos en que el monarca era el encargado de constituir, mantener y equipar el Ejército y la Marina, y a veces de conducirlos a la guerra. No obstante, estas atribuciones no pueden ser ejercidas por iniciativa propia del monarca. Ya que de acuerdo a la Bill of Rights de 1689, la conformación o el mantenimiento de un ejército permanente dentro del Reino en tiempos de paz era contrario a la ley, a menos que se contara con la aprobación del Parlamento. En la actualidad, el monarca no ejerce estos poderes sino por recomendación de los Ministros competentes en la materia.

¹⁴⁶ Art. 238 inc. 9 de la Constitución.

¹⁴⁷ Art. 168 inc. 2 de la Constitución.

¹⁴⁸ Art. 62 inc. h de la Constitución del Reino de España

¹⁴⁹ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG) vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), Zuletzt geändert durch Art. 4 Einigungsvertrag vom 31.8.1990 (BGBl. II S. 885, 890).

¹⁵⁰ Al tomar el poder Adolfo Hitler como *Führer* retuvo para sí tal cargo durante el Tercer Reich, disolviendo el ministerio de defensa y ejerciendo un mando directo sobre las fuerzas armadas a través del Oberkommando des Wehrmacht (OKW). Buis entiende que tal hecho explica su exclusión consciente –como término– dentro del sistema jurídico propio de la posguerra. Ver Buis, Emiliano J: *La defensa nacional en Alemania y las relaciones cívico-militares: la innere führung y la figura del staatsbürger in uniform*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004.

¹⁵¹ Artículo 115.b. Proclamado el caso de defensa se transferirá al Canciller Federal el mando supremo de las Fuerzas Armadas. Art. 115b Mit der Verkündung des Verteidigungsfalles geht die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte auf den Bundeskanzler über.

¹⁵² Blanco, María C.: *Política de defensa y fuerzas armadas del Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 13 de julio de 2004.

El último rey que condujo sus tropas al combate fue Jorge II a la edad de 60 años. Sucedió en 1743, cuando sus fuerzas derrotaron a los franceses en la Batalla de Dettingen, en territorio alemán. El último soberano británico en participar de acciones de combate fue Jorge VI quien, a la edad de 20 años y con el grado de Teniente de Corbeta de la Marina Real, luchó en la Batalla de Jutlandia en mayo de 1916.

La ley establece que, al incorporarse a la fuerza, los miembros del Ejército, la Fuerza Aérea y la Infantería de Marina (que opera en el exterior conforme a la Ley del Ejército) deben prestar juramento de lealtad al Monarca en tanto que es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Las personas para quienes prestar un juramento sea contrario a su religión o aquellas que no profesen religión alguna “declaran formalmente” en lugar de jurar.

Como ya se ha dicho, por resultar la existencia de la Marina Real una prerrogativa propia del soberano, nunca a sus miembros se les ha exigido prestar el juramento.

El juramento de lealtad se presta al monarca y no al Parlamento, ya que este puede confundirse con el partido oficialista de turno. La reafirmación de lealtad al monarca como Jefe de Estado también asegura que la lealtad de los militares como miembros de las fuerzas armadas, independientemente de su inclinación política, no se ofrende a ningún partido político en particular, sino al país, representado por su Jefe de Estado.

La corona presta suma atención a todas las Fuerzas Armadas, tanto del Reino Unido como del Commonwealth (Comunidad Británica de Naciones). Se mantiene al tanto de la labor y los objetivos de las Fuerzas a través de los Jefes de Estado Mayor y de su Secretario de Servicios de Defensa (oficial en servicio activo que a la vez es miembro de la Casa Real y actúa como enlace formal entre la Reina, a través de su Secretaría Privada, y el Ministro de Defensa).

El monarca y diversos otros miembros de la Familia Real tienen cargos y grados honoríficos en las Fuerzas Armadas, tanto en el Reino Unido como en el Commonwealth. Entre estas funciones, cabe mencionar como ejemplo vínculos especiales con determinados buques, grado honorario de coronel en regimientos y cuerpos del Ejército, y cargos honorarios vinculados con bases y estaciones de la Royal Air Force.¹⁵³

Por último, cabe puntualizar que la existencia de un Ministro de Defensa, secretario o cargo similar, no empequeñece a la comandancia otorgada constitucionalmente al presidente, ya que ejerce por delegación la implementación de ciertos aspectos de la dirección de la política de defensa, y consecuentemente de la política militar, componente esencial de ella.

El Ministro pasa a disponer legalmente de una amplísima capacidad en materia de administración de los recursos de personal, de material y financieros castrenses. En definitiva, mientras por delegación del Presidente, el Ministro ejerce las facultades relativas a la política de defensa, dentro de la que se halla la implementación de la política militar.¹⁵⁴

¹⁵³ Blanco, María C.: *Política de defensa y fuerzas armadas del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 13 de julio de 2004.

¹⁵⁴ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 157 y sgtes.

7.5. Poderes militares del Poder judicial

El poder judicial resulta ser, en apariencia, el gran olvidado en la materia de los poderes militares. La constitución no lo asocia de modo expreso a ellos. Sin embargo, más allá de ello, su papel no es menor. Y participan dentro de su esfera de competencia, de una parte de la distribución constitucional de los poderes respecto del órgano militar.

Pues como dice una norma española *“La justicia debe imperar en los Ejércitos de tal modo que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad”*.¹⁵⁵

El tercer poder del gobierno, el Judicial, también puede limitar el poder del Presidente declarando inconstitucionales actos del Presidente o del Congreso relativos a los militares.¹⁵⁶

Es por ello que el Poder Judicial, aunque no sea nombrado en el texto constitucional, ni por la mayoría de la doctrina, puede ejercer un tremendo impacto en las operaciones de las fuerzas armadas estadounidenses.

Esta influencia puede concretarse en diversas maneras. La Cámara de Casación penal en primer término y la Corte Suprema luego, pueden entender por vía de recursiva respecto de los casos decididos en tribunales militares. Y como intérprete último de la Constitución, corresponderá a la Corte Suprema establecer los límites de la razonabilidad de los actos en concreto y de la reglamentación militar. En especial, respecto de reglamentación de los derechos del personal militar.

También puede darse el caso en que el poder judicial deba resolver un conflicto concerniente a la separación de poderes entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo sobre el uso de sus poderes militares respecto de las fuerzas armadas.

Asimismo, los jueces federales, habida cuenta de lo restrictivo de la jurisdicción militar en tiempos de paz, deben resolver en una multiplicidad de cuestiones respecto a los militares, incluyendo todos los conflictos nacidos de la relación jurídica militar de prestación de servicios castrenses, recursos de habeas corpus, contratos militares de obra pública, contratos de suministros militares, etc.

8. Naturaleza de las Fuerzas Armadas

Bidart Campos entiende que en la cuestión, se produce una interesante opción en torno de la cual tomar partido: o las fuerzas armadas son "órganos-estatales", o son meramente "sujetos auxiliares del estado", sin calidad de órganos. En nuestro derecho constitucional no se ha trabajado demasiado la opción, y sin confrontar demasiado una postura con la otra, hay una tendencia a ubicar a las fuerzas armadas en la categoría de órgano: "órgano castrense"; y así suele aparecer en las obras de derecho administrativo. De su parte, entiende que la jefatura que la constitución atribuye al poder ejecutivo sobre las fuerzas armadas parece incardinar a éstas en el ámbito de los órganos estatales dependientes del presidente de la república, y lo más probable es que, reconocida la

¹⁵⁵ Art. 14, Ley española 85/1978.

¹⁵⁶ Walburn, Steven E., y Hollingsworth, Teresa K., El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].

naturaleza de "órganos castrenses", éstos deban incluirse en el rubro de los órganos extrapoderes.¹⁵⁷ Sin dar mayores explicaciones respecto de esto último.

Bermúdez Flores distingue en la cuestión, a las teorías «sociológica» (las fuerzas armadas son un órgano social, una sociedad perfecta) y «jurídica», conducente ésta a la concepción de las fuerzas armadas bien como servicio público, o bien como institución, tesis ambas que, en opinión de Millán Garrido, no son incompatibles, porque, si bien, como concluye el autor citado en primer término, las fuerzas armadas «tienen carácter institucional, desde el momento en que son una organización fundamental y permanente del Estado», ello no obsta para que, a la vez, constituyan una estructura servicial de la comunidad, para la realización de ciertos objetivos bajo la absoluta dependencia del Gobierno. En las tesis «administrativas» generalizadas en la actual doctrina europea, las cuales, las fuerzas armadas se insertan en la Administración del Estado.¹⁵⁸

Escribano Testaut¹⁵⁹, afirma que la polémica sobre el carácter administrativo o institucional de las Fuerzas Armadas descansa en una distinta visión sobre la naturaleza y modo de ser de los Ejércitos. Por ello, desarrolla la cuestión a partir de la dialéctica institución-ocupación tal y como ha sido expuesta en la llamada sociología militar.

En tal sentido, una institución se legitima en términos de valores, mientras que una Ocupación se legitima en términos de mercado. Las consecuencias de una u otra forma de estructuración son numerosas e importantes, y con relevantes implicaciones sobre la configuración jurídica de la Organización.

En resumen tal autor entiende que las deferencias caracterizantes reposan sobre los siguientes aspectos:

- En lo que respecta a la legitimidad, una institución se legitima por valores expresados en términos de fuerte contenido emotivo como Deber, Honor o Patria, estando los valores individuales subordinados a un bien común más elevado. En cambio, una ocupación se legitima en términos de oferta o demanda, o eficacia-trabajo. El modelo ocupacional implica la prioridad del interés propio sobre el de la organización.
- Los miembros de una institución adquieren un fuerte compromiso, plasmado en una larga expectativa de permanencia en la misma en la que tienen un valor relativo los términos económico-laborales. En la organización ocupacional la permanencia es temporal a las condiciones económicas y laborales primordiales.
- En una institución se prima el rango y la antigüedad. En cambio, el modelo ocupacional valora sobre todo la capacidad específica el puesto de trabajo.
- En una institución puede haber determinados puestos que gocen de complementos por su especial dedicación o riesgo, pero no son importantes.
- Finalmente, los miembros de una institución tienen una disponibilidad total para el servicio, al que subordinan sus propios intereses. En cambio, en un modelo

¹⁵⁷ Bidart Campos, German, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo II: El derecho constitucional del poder. Ediar, Buenos Aires, 1991, pág. 269.

¹⁵⁸ Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.ª edición, revisada y aumentada, con prólogo de Antonio Millán Garrido, Editorial Porrúa, México DF, 1998. Ver en especial el Capítulo octavo y la opinión de Millán en el prólogo.

¹⁵⁹ Escribano Testaut, Pedro, La carrera militar tras la ley 17/1989. En: Defensa. Revista internacional de ejércitos, armamento y tecnología. Año XXII, número 254, junio de 1999, pág. 20/1. Cuyas palabras seguimos en la exposición de la dialéctica institucional-ocupacional.

ocupacional prevalece el interés propio, y por ello se articulan mecanismos de concertación del salario y condiciones de trabajo.

El tipo de Fuerzas Armadas de las sociedades industrializadas, y de las sociedades del capitalismo tardío con un grado apreciable de desarrollo, es matricial (mixto). Pero aun cuando los “Ejércitos dignos de ser calificados como tales”, en opinión de Escribano Testaut, presenten signos crecientes de una progresiva inclinación hacia factores ocupacionales, se estructuran preferentemente con arreglo a pautas institucionales; y las experiencias más recientes demuestran que los esfuerzos por configurar las Fuerzas Armadas como una ocupación profesional más en el mercado han fracasado.

Es por ello que a nivel jurídico, la caracterización administrativa no impide que las fuerzas armadas puedan requerir, en buena parte de su régimen jurídico, un tratamiento singularizado, fruto natural de sus propios particularismos, lo que acontece también en otros sectores de la Administración pública. La tarea del jurista, en el específico ámbito del Derecho militar, se contrae, precisamente, en este punto, a poner de manifiesto los fundamentos de tal tratamiento normativo especial o denunciar, por el contrario, las previsiones opuestas a los principios generales del ordenamiento o carentes de una específica fundamentación jurídica.¹⁶⁰

Se ha dicho desde la jurisprudencia, que la Fuerzas Armadas constituyen, en el seno de la comunidad nacional, un estamento profesional signado por la específica función que les compete como parte de la Nación, cuya estructura institucional integran en el ámbito de uno de los tres poderes del Estado. No constituyen por sí mismas, una totalidad autónoma con sentido propio, sino que éste les viene dado por su articulación funcional con los fines existenciales del Estado ; éste es, en su conjunto, una estructura institucionalizada de poder, que en el régimen de nuestra Constitución Nacional, se define esencialmente revestido de los caracteres de republicano, representativo y federal.¹⁶¹

Como afirma Marienhoff¹⁶², la permanencia y continuidad de las instituciones básicas de la Nación, frente a la amenaza constante de los perturbadores del orden jurídico, requiere un apoyo material que las preserve, justificándose de este modo en un país la existencia de las fuerzas armadas, que integradas por hombres seleccionados física y moralmente, actúan como guardianes permanentes de la paz social, concebida ésta dentro del juego de las instituciones previstas en la Constitución Nacional. Pues la necesidad de repelar la fuerza contraria al Derecho, sólo se satisface con instrumentos de fuerza.

Es por ello que las Fuerzas Armadas, consecuentemente a esto, constituyen organismos estatales creados con fines específicos. Abarcando el órgano castrense, a todas las ramas de las fuerzas armadas (ejército, armada nacional y fuerza aérea), y encontrando en la propia Constitución su raíz legal positiva, no sólo en cuanto a su existencia sino también respecto de sus fines.

¹⁶⁰ Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.ª edición, revisada y aumentada, con prólogo de Antonio Millán Garrido, Editorial Porrúa, México DF, 1998. Ver en especial el Capítulo octavo y la opinión de Millán en el prólogo.

¹⁶¹ Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, sala B, 21/10/1983 en autos “Otero, Fernando a. y otros”, LL 1984-A, 69; JA, 1984-I-96. (Voto del doctor Soler Miralles de adhesión al doctor Sarmiento García. Al que adhiere asimismo el doctor Miret).

¹⁶² Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 546 y sgtes.

Si bien los preceptos de la Constitución¹⁶³ surge claramente el carácter de organismo estatal que revisten las fuerzas armadas, tal carácter aparece concretamente expresado en la ley 19101, cuyos artículos 2º¹⁶⁴ y 3º¹⁶⁵, al referirse al ejército, a la armada nacional y a la fuerza Aérea o a sus reservas, las menciona como organizaciones de las respectivas fuerzas armadas. En síntesis, concluye Marienhoff: las fuerzas armadas son una "institución" (órgano) nacional.

Para Sagües, es factible hablar de un "órgano castrense", compartiendo la tesis de Marienhoff, pero no como órgano extrapoder, al decir de Bidart Campos, sino en la esfera del Poder Ejecutivo, como consecuencia del "poder de mando" del Presidente.¹⁶⁶

En su aspecto jurídico, el órgano castrense carece de personalidad. Es un mero órgano dependiente del Poder Ejecutivo Nacional. Por eso puede decirse acertadamente que las fuerzas armadas son una prolongación del Poder Ejecutivo, constituyéndose en un organismo administrativo de funciones específicas; y por igual razón se tiene dicho que las órdenes militares son actos administrativos.¹⁶⁷

Como expresa Sagües, con cita de Fallos 302:1584: *"Ha dicho la Corte que el órgano castrense, por su composición y por las normas que lo gobiernan, tiene un lugar especial dentro de la administración pública"*¹⁶⁸

Fernández Segado¹⁶⁹, por su parte, y desde el constitucionalismo español, sitúa la cuestión acerca de la naturaleza de las FFAA como una añeja dialéctica entre Administración militar o institución militar.

Siempre dentro de dicho ordenamiento constitucional, entiende que el art. 8 de la Constitución Española¹⁷⁰ no debía explicarse en términos de toma de posición del constituyente en torno a aquella controversia, desde que en el art. 97 de tal ordenamiento¹⁷¹, que se refiere a la Administración militar y la sujeta a la dirección del Gobierno. Más bien habría que entender que la peculiar ordenación constitucional de los Ejércitos (incluyendo en esa peculiaridad la ubicación de la norma ordenadora) respondió a un dispar conjunto de circunstancias particulares de la situación española al momento de su sanción, que

¹⁶³ Ver el respecto lo expuesto en el punto 7 del presente capítulo.

¹⁶⁴ Artículo 2º- El ejército, la armada y la fuerza aérea son aquellas organizaciones de su respectiva fuerza armada que se mantienen en servicio en forma efectiva. con relación a su personal, este constituye su cuadro permanente, que esta integrado por el personal que voluntariamente se encuentra incorporado en sus respectivas fuerzas armadas para prestar servicios militares y esta en actividad.

¹⁶⁵ artículo 3º- La reserva del ejército, de la armada y de la fuerza aérea son aquellas organizaciones de sus respectivas fuerzas armadas, que sirven al propósito de completar, cuando así se disponga, los efectivos del ejército, de la armada y de la fuerza aérea, permanente.

¹⁶⁶ Sagües, Nestor, Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, 2º ed. , Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 73.

¹⁶⁷ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 549/50.

¹⁶⁸ Sagües, Néstor, Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 2, 2º ed. , Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 73.

¹⁶⁹ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais Nº 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 143/4.

¹⁷⁰ Artículo 8: 1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

¹⁷¹ Artículo 97: El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

abarcaban desde las específicas peculiaridades de la transición política a las altas misiones que el constituyente encomendó a las Fuerzas Armadas de ese país.

En lo que nos importa a los efectos del presente, el antes citado autor concluye con su opinión que una visión institucional de las Fuerzas Armadas, resulta perfectamente compatible con la articulación jurídica de las mismas como Administración militar en el marco de la estructura estatal, al visualizar socialmente a las Fuerzas Armadas como una institución social perfectamente delimitada.¹⁷²

César Romero, por su parte, en su estudio sobre el Derecho militar y la Constitución, se ha pronunciado respecto del tema entendiendo que la fuerza armada resulta un órgano del Estado, y forma parte de su administración; hallase entre los medios -servicio público- para cumplir con los señalados fines de interés general establecidos en el propio texto constitucional. Entendiendo exactísima la observación de Bielsa, en que para el sistema de organización política la fuerza armada no resulta una concreción puramente profesional, sino un órgano del Estado instituido para asegurar la existencia del Estado mismo y la realización de sus fines. Por lo que en el orden militar, como en toda actividad del Estado, hay fases o momentos: el de la concepción de los fines del Estado con referencia al ejército(política militar); el de la realización administrativa militar más eficaz y oportuna con el menor esfuerzo o sacrificio (ciencia de la administración) y, finalmente, el régimen jurídico y legal del ejército (derecho administrativo militar).

Como órgano del Estado, las fuerzas armadas existen los regímenes políticos más diversos; por ser un órgano de un poder, resulta perdurable ante las transformaciones de los regímenes políticos. *“Los ejércitos, hoy, no son núcleos ni agrupaciones de clases; es el mismo pueblo en armas para la defensa su soberanía y de sus instituciones (C. N., art. 21)”*.¹⁷³

9. Caracteres de la institución militar

La estructura de las FFAA se halla condicionado no sólo desde lo jurídico, en un Estado de Derecho, sino que ello es fundamentalmente una consecuencia de los condicionamientos de tipo socioeconómico, de los recursos materiales y personales disponibles, y de las necesidades particulares y los consensos tanto sociales como políticos, en el área de la defensa de un determinado Estado.

Es por ello que no existe ni puede existir un modelo óptimo o único, sino que será una solución de compromiso entre distintos factores contrapuestos, y que pueden mutar en el tiempo (dedicación total o parcial; servicio voluntario u obligatorio, etc).

No obstante ello, las Fuerzas Armadas han presentado en el tiempo, ciertas constantes, que representan la esencia organizativa militar, y en lo que respecta al derecho, ser los principios guías del ordenamiento castrense: el principio jerárquico, basado en una relación de superioridad/ subordinación y el deber de obediencia.¹⁷⁴

¹⁷² Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais Nº 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 143/4.

¹⁷³ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957, pág. 14 y sgtes.

¹⁷⁴ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en:

La actividad militar, ya sea llevada a cabo como ocupación transitoria o profesión militar, se caracteriza por obedecer a una vocación de servicio a la Patria, encuadrada en ciertas normas de comportamiento, conocimientos especializados, habilidades y virtudes morales que, en última instancia, le permitirán al soldado "rendir la vida si fuese necesario". No se trata de una simple ocupación y si bien los riesgos son voluntariamente asumidos por el profesional de las armas, exige de él una adhesión o un grado de compromiso profundo, para cumplir eficazmente con la misión que se le encomienda.¹⁷⁵

Por su parte, el control civil objetivo, propio del Estado de Derecho, se da por la vía de la profesionalización militar y, en su interior, por medio de la generación de un conjunto de "actitudes y comportamientos profesionales", con la finalidad de garantizar la prescindencia política de los militares y, de ese modo, a convertir a las Fuerzas Armadas en un "*instrumento del Estado políticamente estéril y neutral*". Por consiguiente, la actividad militar, aun no permanente, es absolutamente incompatible con la intervención de los uniformados en la vida política del país. La plena subordinación del personal militar al gobierno estatal es uno de los atributos constitutivos de las Fuerzas Armadas, que se conecta con la necesidad de su institucionalización como instrumento estatal al servicio de la seguridad militar de la Nación y en el marco de la estricta obediencia al gobierno y a su política.

Como expresa Huntington:

*"La profesión militar existe para servir al Estado Para brindar el servicio más alto posible, toda la profesión y la fuerza militar que conduce debe estar constituida como un instrumento eficaz de política estatal. Dado que la conducción de la política sólo viene desde el nivel superior, esto quiere decir que la profesión tiene que estar organizada según una jerarquía de obediencia. Para que la profesión desempeñe su función, cada nivel dentro de ella debe ser capaz de ordenar la obediencia instantánea y leal de los niveles subordinados. Sin estas relaciones, el profesionalismo militar no existe. En consecuencia, la lealtad y la obediencia son las virtudes militares más altas".*¹⁷⁶

Es de esta forma que para vivir la profesión militar se requiere una acendrada vocación, que se desarrollará con los hábitos de disciplina y abnegación, hasta alcanzar el alto grado de entrega a la carrera de las armas que la propia vocación demanda.¹⁷⁷

El carácter instrumental de las Fuerzas Armadas es una evidencia irrefutable, y también una característica esencial del órgano castrense. Pues su actuación puede concretarse exclusivamente previa petición del poder político, no que no es sino una

http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁷⁵ Libro de la Defensa Nacional de Chile - Parte V: las Fuerzas Armadas

¹⁷⁶ Huntington, Samuel, *El soldado y el Estado. Teoría y política de las relaciones cívico-militares*, GEL, Buenos Aires, 1995, pág. 83.

¹⁷⁷ Art. 25, Ley española 85/1978.

consecuencia particular (especificación dice Fernández Segado) de la naturaleza meramente ejecutiva de los poderes propios de las autoridades castrenses.¹⁷⁸

Existe, en la institución armada, una primacía a los valores morales que, enraizados en nuestra secular tradición, responden a una profunda exigencia de la que sus miembros harán norma de vida.¹⁷⁹ Debiendo la ejemplaridad presidir la actuación de la Institución Militar.¹⁸⁰

La unidad de las Fuerzas Armadas es el fruto de la armonía que ha de existir entre los miembros de los Ejércitos. El espíritu militar, la lealtad y el compañerismo son pilares donde se asienta la voluntad de asumir solidariamente la responsabilidad de la defensa.¹⁸¹

Resultan asimismo, instituciones herederas y depositarias de la tradición militar nacional. Por lo que el homenaje a los héroes que la forjaron, ocupa un lugar central con vistas al cumplimiento de su misión, siendo a la vez, un deber de gratitud y un motivo de estímulo para la continuación de su obra.¹⁸²

Por otra parte, el espíritu que anima a la Institución Militar se refuerza con los símbolos transmitidos por la Historia. Los símbolos fortalecen la voluntad, exaltan los sentimientos e impulsan al sacrificio.¹⁸³

La Institución Militar es también la encargada de la custodia, honores y defensa de la Bandera Nacional, como símbolo de la Patria y de su unidad.¹⁸⁴ Debiendo enarbolarse en todos los acuartelamientos, buques y bases militares.¹⁸⁵ Y resultando su juramento un deber esencial del militar; con él se contrae el compromiso de defender a la Patria aun a costa de la propia vida.¹⁸⁶

Asimismo, desde la jurisprudencia se ha reconocido que la especial ubicación dentro del Estado y lo particular de las reglas que gobiernan las Fuerzas Armadas, son a los efectos de adecuar a éstas a los fines de preservar la seguridad del Estado Argentino y garantizar la defensa de la Nación, estableciendo a partir de dicha premisa, las relaciones de su personal sobre la base de la subordinación jerárquica y una acentuada disciplina.¹⁸⁷

Pues la disciplina militar, resulta esencial para el mantenimiento del orden y cohesión que deben existir en las fuerzas armadas. Marienhoff va más allá al postular que ella debe ser severa. Sin que de ello se siga que tal disciplina pueda funcionar al margen de los principios capitales de nuestro orden jurídico, propio de un Estado de Derecho. Por lo que no será lícito adoptar en contra de un militar actitud alguna que afecte su dignidad personal -derecho a la personalidad- o que implique un agravio a principios generales del derecho consagrados por la Constitución Nacional.¹⁸⁸

¹⁷⁸ Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 147.

¹⁷⁹ Art. 15, Ley española 85/1978.

¹⁸⁰ Art. 22, Ley española 85/1978.

¹⁸¹ Recogido tal carácter como norma, por caso en el Art. 13, Ley española 85/1978.

¹⁸² Art. 16, Ley española 85/1978.

¹⁸³ Art. 17, Ley española 85/1978.

¹⁸⁴ Art. 18, Ley española 85/1978.

¹⁸⁵ Art. 19, Ley española 85/1978.

¹⁸⁶ Art. 20, Ley española 85/1978.

¹⁸⁷ CN Cont Adm Fed, Sala II, 13/03/1979 en autos "D'Stefano, Antonio c/ Gobierno Nacional", LL 1979-B, pág. 463.

¹⁸⁸ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3° act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982,

CAPÍTULO IV

El derecho militar como marco del estado militar

*El derecho militar, para el civil, es semejante a
una ciudadela erguida en linderos de la Edad
Media, abaluartada de enigmas, asediada por
secular exigencia de legitimación.*
Emilio Pardo Aspe

1. Lo jurídico militar: particularismo y necesidad

La necesidad del aparato estatal de contar con Fuerzas Armadas, adquiere en el Estado de Derecho una derivación específica: la necesidad de que tal institución se halle, al igual que el resto de la actividad pública, regulada por normas jurídicas. De allí que el derecho militar surge en tal concepción de Estado, como algo natural a sus postulados principales.

Analizada ya en el capítulo anterior la cuestión de las Fuerzas Armadas como fenómeno institucional dentro del Estado, y establecidas las diversas relaciones entre la ordenación organizativo-funcional de la fuerza armada y los órganos políticos del Estado, a nivel constitucional, queda ahora abocarnos a cómo se establecen en específico los principios que allí reseñamos.

Tal indagación, resulta necesaria atento que, siendo el estado militar, uno de los institutos de base en que se asienta el derecho militar argentino, no podemos llegar a un análisis de aquel sin referenciar previamente, aun someramente, dicho ordenamiento jurídico. Máxime, cuando reviste como carácter, el de hallarse imbuido de un notable particularismo.

Tal como ha expresado Cotino Hueso, basta con una simple y superficial apreciación de las normas militares básicas, para percibir cómo nos encontramos ante un ámbito jurídico más que peculiar. *“El Derecho y la Moral, progresivamente distanciados en la historia, se funden por excepción cuando se trata de racionalizar en forma jurídica el mundo castrense”*.¹

Por lo que, ya establecidos los conceptos previos de necesidad a la consideración del estado militar, corresponde ahora abordar el medio en que ha de adquirirse, desarrollarse y cesar: *el universo jurídico militar*. Obviamente, en virtud del fin que se persigue con la presente tesis, el abordaje de tal segmento jurídico lo será en conexión con la situación jurídica en que los militares quedan emplazados, al desarrollar la prestación militar en la organización Fuerzas Armadas.

Como nos expresa Granja, tratándose de un cuerpo armado en el que la autoridad personal puede fácilmente rebasar el límite de sus atribuciones, es muy necesario ponderar en él la noción de la juridicidad. Las ideas de subordinación, obediencia, lealtad, disciplina a la vez que son de necesario contenido jurídico, son también consustanciales a los cuerpos

¹ Cotino Hueso, Lorenzo, El modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Tesis Doctoral, INAP-CEPC, Madrid, 2002.

armados, los cuales requieren de especiales y permanentes controles normativos a fin de evitar que se desnaturalicen los fines últimos de tales organizaciones dentro del Estado, como son los de garantizar el propio ordenamiento jurídico, preservar la soberanía, la unidad nacional y las garantías básicas de los ciudadanos.²

Vejar Vázquez, por su parte, expresa que:

*“...recogiendo en mirada panorámica el mundo de nuestros días advierte que en todos los países civilizados hay una disciplina jurídica, precariamente explorada, que en el plano de la ley positiva se condensa en un conjunto de disposiciones orgánicas que coordinan, sincronizan y conciertan las relaciones derivadas de la vida marcial, que se denomina Derecho Militar. Es decir, que hay un orden jurídico particular dentro del orden jurídico general del Estado, constituido por la norma jurídica que tiende directamente a asegurar el mantenimiento de los fines esenciales de la institución militar.”*³

2. Ubicación de la rama jurídica militar en el derecho

Una nota esencial de la institución militar, como nos dice Cotino Hueso, es que goza de valores propios, por lo que las connotaciones históricas, políticas y sociológicas del estamento armado deben ser tenidas en cuenta como objeto de estudio, pero también, en la medida de lo posible, no deben influir en la percepción por parte de quien aborda el tema militar. Todo abordaje del mundo jurídico castrense debe, ineludiblemente, entender y comprender una institución tan específica y singular como lo es la militar.

El fenómeno jurídico resulta tan específico en lo militar, que las categorías y estructuras tradicionales del derecho deben reinterpretarse para poder ser aplicables. Las particularidades jurídicas del campo castrense no sólo afectan a los derechos fundamentales, sino que todos los fundamentos que definen el Estado constitucional quedan muy modulados cuando se acercan al mundo de los cuarteles. Imbuyéndose de una nota de marcado particularismo. Todo ello conduce a que si bien desde lo castrense se presta una función al Estado y a la comunidad, ella dista de sobremanera de la que realiza el resto de los servidores públicos.

Las razones de toda especialidad de lo militar que se reflejan en el plano jurídico, tanto se derivan de la necesidad de defender eficazmente el Estado, cuanto, en especial, la necesidad de normar a las Fuerzas Armadas de forma acorde a las bases en las que se fundamenta el Estado de Derecho, concretando la plena inserción del ámbito de lo militar en el mundo del Derecho, y haciendo de su sujeción a los contenidos constitucionales uno de los elementos basales para dicha rama jurídica.⁴

Como se lee en la ley orgánica de las FFAA españolas: *“Las Fuerzas Armadas ajustarán su conducta, en paz y en guerra, al respeto de la persona, al bien común y al*

² Granja Marco A., La Especialidad del Derecho Militar, Revista judicial, derechoecuador.com Diseñado por Diario LA HORA Quito – Ecuador [On line]. Disponible en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Militar.9.htm> [Consultado: 10 de julio de 2004].

³ Vejar Vázquez, Octavio, Autonomía del derecho militar, Editorial Stylo, México, 1948, pág. 14.

⁴ Cotino Hueso, Lorenzo, El modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Tesis Doctoral, INAP-CEPC, Madrid, 2002.

*derecho de gentes. La consideración y aun la honra del enemigo vencido con compatibles con la dureza de la guerra y están dentro de la mejor tradición española”.*⁵

Como nos dice Romero⁶, desde que el derecho se nos presenta en la historia como normas elaboradas por una comunidad política con el objeto de realizar determinados valores en su dimensión histórica, esto trae aparejado que la dimensión jurídica de la vida social de un grupo humano se integra con valores queridos, mediante el cumplimiento normativo de reglas apoyadas e impuestas por el poder público y dirigidas a la conducta. Esto resulta por tanto plenamente aplicable al Derecho Militar, como un aspecto del Derecho en general, que se halla gobernado por cierto tipo de normas -acaso un tanto diferentes a las comunes en las otras ramas de la ciencia jurídica-, pero que, como todas, Aspiran a la consecución de determinados valores que se estiman como adecuados y convenientes para el cumplimiento de los fines orientados al bien común.

Hemos visto ya en capítulo II la exigencia que se plantean al Estado en materia de defensa, resultando esencial a los fines de el cumplimiento de su peculiar misión, el dotar a la propia colectividad nacional de un marco de protección, que asegure su existencia independiente.

La prestación militar de los ciudadanos y el encuadre exclusivo de tal actividad en una institución de fuerza, ha sido el camino constitucional para responder a tal necesidad de la sociedad y deber de su Estado, a los efectos de repeler los ataques contrarios a sus fines y desenvolvimiento.

Esta fuerza organizada, encarnada en las Fuerzas Armadas, como dice De Querol y Duran con cita a Lojendio⁷, resulta una fuerza que es legítima, y no violencia. Siguiéndose de ello que para poseer tal legitimidad en un Estado de Derecho, no alcanza con el cumplimiento de un fin esencial del Estado, o de la comunidad, debiendo además estar bajo la regulación de la norma jurídica.

Y desde que las Fuerzas Armadas, como hemos visto en el capítulo III, no constituyen solamente un organismo o realidad social, sino también una institución del Estado, por lo que resulta claro que han de estar sujetos a una regulación normativa del Poder público de que dependen. Ese conjunto de normas destinadas directamente a dar seguridad y encauzamiento a los fines esenciales, y al desarrollo de las actividades propias de los Institutos armados, emanadas de las necesidades de la defensa nacional, constituye un orden jurídico particular dentro del orden jurídico general del Estado: es el orden jurídico militar.⁸

El fundamento del Derecho militar debe buscarse entonces, en la existencia misma de la sociedad armada. El fin que llena ésta, la necesidad de constituirla independientemente del orden civil, exige que existan normas jurídicas aparte, reguladoras de la condición militar. Cuanto más avanza la civilización, más se complejizan las

⁵ Art. 7, Ley española 85/1978.

⁶ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957, pág. 3/5.

⁷ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Tomo I: Preliminares y derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 17 y sgtes. Lojendio, Ignacio, Régimen político del Estado español, Editorial bosh, Barcelona, 1942, pág. 181 a 185.

⁸ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Tomo I: Preliminares y derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 17/8. El concepto de orden jurídico militar pertenece a Vico, artículo Diritto penale militare, en “Enciclopedia del diritto penale italiano”, citado por De Querol y Duran.

relaciones entre los hombres. La esfera de los derechos aumenta, paralelamente crece también la de los deberes, y se necesita una acertada distribución de poderes y de normas reguladoras de la facultad de cada poder. Si los poderes se atacan unos á otros, si no se sabe a cuál obedecer, si el funcionamiento de ellos no está acertadamente deslindado, se paraliza toda acción, y como en la naturaleza no hay nada inmóvil, bien pronto ese ejército perderá en vitalidad y su eficacia. En todos los países y en todas las épocas ha existido el derecho militar. Todo Estado medianamente organizado ha sentido la necesidad de imponer a sus súbditos militares obligaciones estrechas, y a la vez, les ha otorgado ciertas facultades. La definición legal de unas y otras ha constituido el derecho militar.⁹

En este sentido, como nos expresa Romero¹⁰, la existencia de normas aplicables y que rigen en forma específica a las fuerzas armadas, constituye un hecho histórico, que asume vigencia perenne y que data de tiempos en que la memoria se pierde. Pese a las críticas que siempre se ensayaron desde muchos flancos, la realidad sociológica en que tal dato histórico se asienta, permanece sin cambiar. Lo que trae aparejado que nos hallamos en presencia de un quehacer humano que ostenta una vitalidad que funda su institucionalización, y cuyo estudio no puede soslayarse frente a tal realidad social indiscutible.

Pues como nos expresa Martínez Muñoz:

*“Este orden jurídico militar, codificado o no, depurado por el esfuerzo científico de los juristas o impuestos empíricamente por el solo peso de los hechos, ha debido regir en el Estado, desde el instante más primitivo. Imposible que fuera constituir el Ejército, aun disponiendo de los jefes más idóneos, de los soldados más capaces, de las reservas más completas, sin estructurarlas previamente en el canevas de una organización jurídica adecuada. Aun el instrumento guerrero más primitivo del clan o la tribu, supone cuando menos una jerarquía, un comando, un indicio visible de disciplina, un principio, en suma de organización jurídica de la fuerza que resuma el poder de la agrupación”.*¹¹

No puede negarse, por otra parte, y en lo que respecta a nuestro derecho, la existencia diferenciada de un derecho militar dentro del ordenamiento jurídico, cuando desde la propia Constitución, nos encontramos primero con el derecho-deber del artículo 21, y luego con la manda al Congreso de dictar una legislación específica para el gobierno de las Fuerzas Armadas¹².

De ellas se desprenden un sinnúmero de reglas que, harto expresivas de un deber enderezado a la conducta de los ciudadanos militares -y aún en determinados casos de quienes no se alinean en sus filas- tenemos que la cualidad normativa que caracteriza al derecho como obra humana, también encuentra cabal satisfacción en el aspecto militar,

⁹ Enciclopedia Universal ilustrado Europeo Americana, Tomo XVIII (primera parte), Espasa Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 267.

¹⁰ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957., pág. 4 y sgtes.

¹¹ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 36.

¹² Art. 75 inc . 27, in fine: “... dictar las normas para su organización y gobierno”.

donde encontramos a la disciplina y el honor como valores supremos que se consideran imprescindibles para el logro de las altas finalidades institucionales y políticas que justifican su existencia, como nos dice Romero.

La naturaleza especial de las fuerzas armadas, sobre la que hemos expuesto en el capítulo precedente, impone para su gobierno, como necesaria consecuencia a nivel normativo y tanto en la paz como en la guerra, un tipo de norma también específica, porque los objetivos y la misión a que están llamadas requieren que los conceptos de disciplina, austeridad, honor, espíritu de sacrificio, constituyan módulos permanentes que otorguen tónica singular a su vida histórica. Por eso cualquiera desviación de esos severos cánones, no puede ser sino vista como desnaturalización de la eminente función social de la fuerza armada, cuyo sostenimiento siempre es pesada carga para los presupuestos de todas las naciones. El espíritu de sacrificio acaso sea insito en lo militar.¹³

Es por ello que Escribano Testaut¹⁴, advierte que de antemano que:

“...en este tema, más que en ningún otro, se aprecia la insuficiencia de la utilización, como instrumento único de análisis, de la técnica jurídica, o mejor, de un legalismo formalista. La recta comprensión de lo que se ha dado en llamar el ordenamiento jurídico militar exige un acercamiento a la problemática militar no sólo desde ese punto de vista, sino también desde otros ámbitos de conocimiento, singularmente los de la sociología, la filosofía política y la historia de las ideas”.

3. Concepto de derecho militar

La suma de todas las normas jurídicas de índole militar formuladas desde el Estado a través de sus órganos legítimos, forman el derecho militar en sentido objetivo. Del cual se puede expresar, como definición por lo tanto, la siguiente: Derecho militar es el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas, para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la Patria.¹⁵

Para Romero, se entiende por derecho militar el conjunto de normas jurídicas que reglan la organización, gobierno y conducta de las fuerzas armadas, en la paz y en la guerra. De allí que como rama de la ciencia jurídica, y que de acuerdo a las particularidades que informan la vida castrense (disciplina y poder jerárquico), no hace sino reglar en alguna dimensión la vida de un órgano del Estado.¹⁶

También se lo ha conceptualizado como la serie orgánica de principios y normas que regulan las obligaciones, deberes y derechos de la gente de guerra, milicia o estado

¹³ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957., pág. 3/5.

¹⁴ Escribano Testaut, Pedro, La carrera militar tras la ley 17/1989. En: Defensa. Revista internacional de ejércitos, armamento y tecnología. Año XXII, número 254, junio de 1999, pág. 20.

¹⁵ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Tomo I: Preliminares y derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, pág. 18.

¹⁶ Romero, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957, pág. 7, conf. Mainar, Horacio, Ensayo de un derecho de guerra, Buenos Aires, 1954, pág. 34 respecto a la primera parte.

castrense, y de los particulares cuando por especiales circunstancias, corresponde conocer al fuero de guerra. Resultando la legislación positiva que rige la profesión militar, la beligerancia y la prestación del servicio militar; que se encabeza con los preceptos constitucionales relativos al Ejército, a su mando, y a la potestad de declarar la guerra y concertar la paz, y sigue por las diversas leyes para el personal militar: sobre la oficialidad, suboficialidad y clases de tropas, reclutamiento, ascensos, recompensas y demás materias técnicas y administrativas; y que forma la normativa del servicio, y el Código de Justicia militar, código penal y procesal de las Fuerzas Armadas.¹⁷

Si ha dicho asimismo, que al Derecho militar lo constituyen las máximas, los principios, las reglas, las leyes, hasta las tradiciones y los usos que sirven de fundamento y pautas para lo que se denomina legislación militar, legislación de la gente de guerra, de la milicia, del estado militar, en las palabras de Almirante¹⁸. Que tienen la virtud de inscribir de modo expreso, lo atinente al estado militar, objeto de la presente tesis, dentro de tal rama jurídica particular.

Bermúdez Flores, más contemporáneamente, lo entiende como una categoría dogmática de carácter interdisciplinario, integrada por todas aquellas normas jurídicas reguladoras de la organización y el funcionamiento de las fuerzas armadas y tendientes, en último término, a proteger el potencial bélico del Estado.¹⁹

Navas Córdoba, por su parte, lo describe a ragos generales, como la rama del ordenamiento jurídico que regula la Institución Militar y las Fuerzas Armadas.²⁰

De nuestra parte, entendemos al derecho militar como el conjunto de principios y normas, tanto nacionales como internacionales, de carácter predominantemente público, pero también de derecho privado, que regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia en la vida de los hombres que, como miembros de una comunidad política, se sitúan por voluntad propia o exigencia de la ley, en una situación jurídica particular de deberes y derechos, a los efectos de articularse en un conjunto organizado y eficaz para resguardar por la fuerza de las armas, la existencia de dicha comunidad frente a terceros.

4. Su carácter frente al restante ordenamiento jurídico: ¿Sustantividad o complementariedad?

Como nos dice Manzini²¹, *“Las normas jurídicas que tienen por fin directo el logro de los fines esenciales de las instituciones militares, constituyen, en su complejo, un orden jurídico particular dentro de la esfera del orden jurídico general del Estado: el orden jurídico militar”*.

Cuál es el grado de conexión con las restantes ramas del derecho, o dicho en otra sentido, hasta dónde llega tal particularidad, ha dado lugar a dos posturas dentro de la

¹⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre. Tomo II, Bibliográfica Omeba, 1963, pág. 259.

¹⁸ Almirante, José, Diccionario militar. Etimológico, histórico y tecnológico, Imprenta y litografía del depósito de guerra, Madrid, 1869.

¹⁹ Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.ª edición, revisada y aumentada, con prólogo de Antonio Millán Garrido, Editorial Porrúa, México DF, 1998, capítulo IV.

²⁰ Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 26.

²¹ Manzini, Vincenzo, Diritto penale militare, parte I, 2º ed, Casa editrice Dott. Milan, Padova, 1932, pág. 1.

doctrina iuscastrense, la clásica de la sustantividad y la más contemporánea de la complementariedad.

La primera de ellas²², parte del hecho que el sentido jurídico de la vida y desenvolvimiento de las instituciones militares se penetra de todas las formas del Derecho, estructurando por tanto al derecho militar una como imagen o traslado del Derecho en general, bien que reducida a menores proporciones y modificada convenientemente para atemperarse a la naturaleza de los institutos armados. Con un particularismo que nace de su misma naturaleza, y por lo tanto, independencia respecto de otras ramas jurídicas, basadas en principios y fundamentos racionales que le asignan un fin y vida propios, insustituibles por otra rama o categoría alguna de Derecho.

La esfera de actividad especial que resulta lo militar, determina que las normas que lo regulan, en atención a sus especiales caracteres, se particularicen dentro del derecho, hasta dar lugar al nacimiento de una rama jurídica sustantiva e independiente, que las diversifique de las normas comunes.

En abono de ello, se ha entendido que las relaciones entre sujetos y de ellos para con el Estado, presentan en el ámbito militar delicadas y especialísimas modalidades, que hacen inadecuada la aplicación a ellas de las leyes que presiden las relaciones sociales corrientes entre conciudadanos; que los deberes de carácter profesional militar, estrechos y genuinos, ofrecen igualmente notas exclusivas, y su incumplimiento tiene excesiva trascendencia para que baste regularlos con las normas del derecho común; asimismo, la comisión de ciertos actos reprobables por un militar o por una persona cualquiera si lesionan intereses o perturban el buen orden de la vida y servicios de los Ejércitos, tiene asimismo una importancia penal de muy distinta relevancia a la que merecería de haber sido realizada por otra persona, o en otros lugares y circunstancias. Es por ello que se observa, en la legislación militar, la marcada diferencia entre el modo de apreciarse los mismos hechos en que en la legislación común, determinando que lo que en circunstancias normales, y realizado por un civil no existe como falta, para un militar, en el cumplimiento de sus deberes y ocasión de peligro. puede ser objeto de un reproche.²³

Es por ello que para esta postura resulta claro la insuficiencia y hasta desadaptación de la normativa común, para regir en el ámbito militar de modo de “...amparar los altos intereses confiados a los institutos armados, requiriéndose, por el contrario, leyes directa e intencionalmente elaboradas para ellos”.²⁴

Para la postura en análisis, no importa el “claro paralelismo” (De Querol y Duran) entre las instituciones jurídico militares y las de otras ramas del derecho común, ni siquiera que algunos preceptos de las leyes castrenses, sean a veces eco fiel o reproducción más o menos literal de otros preceptos de las leyes ordinarias, desde que en tales hechos demuestran que: “... al preferir la copia a la referencia, se obedece al intento consciente de

²² En este sentido puede consultarse a De Querol y Duran, Principios de derecho militar español, Tomo I, Editorial Naval, Madrid, 1948; Salcedo Ruiz, Angel, Fundamento y sustantividad del Derecho militar, discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1913; Vejar Vazquez, Octavio, Autonomía del derecho militar, Editorial Stylo, México, 1948; Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.ª edición, revisada y aumentada, con prólogo de Antonio Millán Garrido, Editorial Porrúa, México DF, 1998; Colombo, Carlos, Sustantividad del derecho penal militar, Boletín Jurídico Militar N° 12, Buenos Aires, 1964.

²³ Por caso, la dormición del centinela como falta e incluso delito; la embriaguez como agravante y no disculpante en el derecho penal castrense, entre otras.

²⁴ De Querol y Duran, Principios de derecho militar español, Tomo I, Editorial Naval, Madrid, 1948, pág. 19/20.

mantener la autonomía respecto al Derecho general, y conseguir que las leyes militares formen un cuerpo completo de disciplina que normalmente baste a la solución de todos los casos previsibles, sin necesidad de tener que acudir a los preceptos comunes para completarlas".²⁵

Pero dicha postura no rechaza que, en último término, pueden las leyes generales tener una aplicación supletoria de las especiales castrenses, en casos de oscuridad o insuficiencia de éstas. No representando tal hecho una negación de la sustantividad que se postula, desde que no es sino un arbitrio corriente de interpretación sistemática, común a todas las ramas del derecho, según el cual a falta de disposiciones terminantes de la legislación por la que se rige un orden de relaciones jurídicas, debe acudirse subsidiariamente a la aplicación de otros preceptos del derecho.

Frente a tal doctrina, tradicional, de la sustantividad, ha venido a formular más contemporáneamente, la postura de la especialidad o complementariedad del derecho castrense.

Ella parte de la base (al igual que la de la sustantividad) que el derecho militar resulta un Derecho especial, respecto del derecho común, porque, en último término, afecta, básicamente, a una categoría de individuos sometidos a una relación de especial sujeción — los militares— y porque muchas de sus normas están en un plano de especialidad respecto a las comunes. Pero el fundamento de la especialidad no reside en los principios, que son, sustancialmente, los mismos en el Derecho común que en el Derecho especial, sino en razones técnico-jurídicas, en criterios de oportunidad y en opciones de política legislativa, condicionadas por la especial realidad regulada.

De allí que postule que el derecho militar participa de los mismos principios generales que el Derecho común, entendiéndoselo respecto del restante ordenamiento en una relación de complementariedad y no de la sustantividad del Derecho militar que, en un régimen constitucional democrático, debe responder a los postulados básicos del ordenamiento jurídico estatal.²⁶

En una postura aún más extrema, para Marienhoff, el *derecho militar* carece de autonomía ya que sólo se trata de una porción del Derecho Administrativo aplicable al ámbito castrense. Por lo tanto, para todo lo que no se encuentre previsto en las disposiciones militares, se aplicarán los principios del Derecho Administrativo.²⁷

Granja, en tanto si bien niega su autonomía (entendida como sustantividad), rechaza también su encuadre como una simple ramificación del Derecho Administrativo, destacando que posee características peculiares que la encuadran como una disciplina especial, amplia por la multiplicidad de campos con los que vincula y profunda por el sustento que tiene entre los miembros de los cuerpos armados y el papel trascendental que le corresponde en la estructura y funcionamiento de la fuerza pública.²⁸

²⁵ De Querol y Duran, Principios de derecho militar español, Tomo I, Editorial Naval, Madrid, 1948, pág.. 19.

²⁶ Millán Garrido, Antonio, en su prólogo a Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.ª edición, revisada y aumentada, Editorial Porrúa, México DF, 1998.

²⁷ Marienhoff, Miguel; "*Tratado de Derecho Administrativo*"; Tomo I; Editorial Abeledo - Perrot; Buenos Aires, 1995, pág. 203.

²⁸ Granja Marco A. , La Especialidad del Derecho Militar, Revista judicial, derechoecuador.com Diseñado por Diario LA HORA Quito – Ecuador [On line]. Disponible en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Militar.9.htm> [Consultado: 10 de julio de 2004].

Para Rojas Caro²⁹ y Navas Córdoba³⁰, aunque la aproximación al ordenamiento común sea más fuerte cada día, siempre perduran criterios que identifican al derecho castrense como un ordenamiento con ciertos principios informadores propios. Entendiendo la presencia de tales principios, como una muestra de sustantividad.

La doctrina italiana (Vendetti, Ciardi, Landi, Veutro, Stellacci, entre otros) parte del concepto de orden jurídico militar, basado en que las normas militares se organizan en torno a un núcleo de principios fundamentales que le dan una impronta de unidad, que se deriva de la misma razón de ser de la institución militar. Tal ordenamiento, propio y particular de las fuerzas armadas, tiene dos características fundamentales a su entender: es complementario respecto de la legislación común y se inserta en el cuadro general de la legislación del Estado, respetando el principio de unidad del ordenamiento jurídico.³¹

Coincidimos con ellos, desde que de nuestra parte entendemos que el derecho militar se ubica en una posición intermedia entre ambas tesis. Ni forma un sistema cerrado de normas, impermeable a toda remisión al ordenamiento común, ni es tan sólo una mera “traducción” jurídica de normas generales a una realidad particular. Tratase de una rama del derecho, autónoma con el alcance que hoy damos a tal expresión en derecho, es decir con el carácter de poseer principios e instituciones propias, y estructurar las segundas de acuerdo a los primeros, pero sin suponer por esto que no le resulta aplicable, de modo supletorio y frente a lagunas, las restantes normas del ordenamiento jurídico. Ni que no deba estar en un todo de acuerdo a las normas de rango superior, como las de naturaleza constitucional. Las cuales, por otra parte, son las que fundan su misma existencia.

Pues hoy en día, resulta claro que “... las normas que reglan la vida militar obedecen a principios especiales y singulares, constituyendo una disciplina disímil entre el elenco de las ramas jurídicas”.³²

Tal particularidad no debe ser entendida en el sentido de segregación, ni incomunicación con el resto del derecho. Ni como una imposibilidad de aplicar en el mismo, los principios generales del derecho. Pues, como veremos dentro del marco acotado del presente, la investigación histórica nos muestra acabadamente como el derecho militar surge por determinadas necesidades como desarrollo particularizado del derecho general, que busca dar respuestas adecuadas para un sector de la sociedad. Así se inicia, inscribiéndose en el derecho, como una rama jurídica más, que interactúa con las demás en un plano de igualdad y mutua influencia, sobre todo respecto del derecho civil, penal y administrativo.

Como ha expresado el Tribunal Constitucional español³³, que en un estado democrático de derecho “no sea aceptable la visión de ser un ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa”, no va en contra de situarlo como una rama del derecho, con principios propios, los que deben estar adecuados a los de grado superior en el ordenamiento jurídico.

²⁹ Rojas Caro, José, La coerción en las Fuerzas Armadas, tesis inédita, Sevilla, 1994, pág. 38 y sgtes.

³⁰ Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 31, nota 24, con remisión a la tesis de Rojas Caro.

³¹ Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe s.a., Madrid, 1998, pág. 325.

³² Romero, César Enrique, Derecho militar, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VII, Ed. Dris, Buenos Aires, 1979, pág. 795.

³³ STC N° 60/1991, del 14 de marzo.

Ya que si bien el derecho militar *“tiene, pues, una autonomía que no es posible silenciar”*, no por ello deja de ser derecho, reconociendo su base primigenia en la norma constitucional del país a que se refiera, toda vez que dentro de la concepción del Estado de Derecho, nada puede escapar a la juridicidad o legalidad que otorga la ley fundamental, piedra angular del orden jurídico positivo³⁴.

Uno de los sostenedores de tal postura en nuestro país, incluso antes que surgiera con vigor en la escuela europea, es Marienhoff, quien en su Tratado de derecho administrativo, y partiendo de la base que el artículo 52 de la Constitución italiana dice que el ordenamiento de las fuerzas armadas se amoldará al espíritu democrático de la República, desarrolla tal postura. Comentando asimismo que Bachelet manifestó de tal precepto, que resultaba expresión del espíritu democrático de la República tiene como fundamento de la convivencia social la dignidad de la persona humana, dignidad que debe ser tutelada aun dentro del más intenso rigor de la disciplina militar. Desde que no puede haber contraste alguno entre la disciplina de las fuerzas armadas, y los principios fundamentales de la Constitución, ya que el militar no deja de ser hombre y ciudadano.

Cita asimismo lo expresado por el ex procurador general de la Nación, doctor Julio Botet, quien dijo que: *“...Por más delicado que se considere en el orden militar, todo lo que afecta su organización o disciplina, no es de olvidarse que el ejército se forma de argentinos y que tienen garantías y derechos consagrados por nuestra Carta Fundamental”*.

Concluye de ello que siendo los militares son parte del pueblo de la Nación, son argentinos y habitantes de la República, en cuyo mérito no sólo tienen deberes legales sino también derechos jurídicos. Resguardándolos la Constitución Nacional con sus normas, al igual que a los demás argentinos.

Es por todo ello que contesta a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordando los debates de la convención constituyente de Buenos Aires de 1860, dijo que en ésta se había hecho notar la especialidad de la legislación militar y de la penalidad por ella impuesta, recordándose que se había definido el derecho militar como la excepción del derecho. Y lo hace entendiendo que tal concepto no es exacto, máxime si se le interpreta como sinónimo de excepción al orden jurídico. Reivindicando al derecho militar, como un derecho que debe desenvolverse "dentro" del orden jurídico del país, respetando en primer término todas las normas y todos los principios de nuestra Constitución Nacional. Entonces, sostiene la expresión "excepción al derecho":

“... sólo puede aceptársela como significado que la legislación castrense es distinta del derecho aplicable al común de las gentes, y sólo vigente para los militares, pero de ningún modo en el sentido de que ella pueda exceder al orden jurídico constitucional de la Nación, o apartarse de dicho orden. Debiendo como cualquier norma jurídica válida debe armonizar con la letra y con el espíritu de la Constitución”.³⁵

Sí han sido contestes lo distintos autores (Manzini, De Querol y Duran, Millan Garrido, Bermúdez Flores, entre otros), en puntualizar que el derecho militar es un derecho

³⁴ Romero, César Enrique, Derecho militar, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VII, Ed. Dris, Buenos Aires, 1979, pág. 795.

³⁵ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982,

de carácter permanente y no de excepción. Pues las leyes de guerra (que trascienden, como hemos visto en el capítulo II en lo atinente a la defensa, lo meramente militar), cuya característica es responder a unas situaciones de anormalidad —guerra, conflicto, o similar— que le sirven de fundamento y le confieren su carácter estrictamente transitorio, y por tanto con independencia de la técnica legislativa utilizada, responden a unas concretas circunstancias de anormalidad constitucional o conmoción internacional y, por ello, integran un Derecho excepcional, cuyas previsiones normativas son autónomas y sustancialmente temporales. Y que no resulta confundible con la legislación militar general, llamada de paz por algunos, que constituye una rama jurídica no excepcional, que protege, a través de la tutela de la disciplina y del servicio, una necesidad permanente del Estado, cual es la de garantizar la organización funcional de los distintos elementos —personales y materiales— integrantes de su potencial bélico.³⁶

5. Contenido del derecho militar

El derecho militar resulta por lo antes expuesto, un orden jurídico particular dentro del general, comprensivo de todos los hechos u actos jurídicos que inciden en la vida del soldado o la disciplina de las unidades orgánicas.

En opinión de Vejar Vázquez, la formación bélica del individuo crea en él una segunda personalidad, que abarca desde el ademán hasta el contenido mismo de su conciencia y lo vincula íntegramente a un destino por el concepto del espíritu militar que nutre la vida castrense e impregna la legislación marcial. Su vida difiere de las de los demás hombres, y las circunstancias de tener siempre las armas en su mano y de vivir en comunidad, son en la opinión del autor antes citado las circunstancias que requieren un sistema legal exclusivo.³⁷

Siendo el derecho militar, a nuestro entender, un desarrollo particularizado y especial de los principios generales y valores sustanciales del derecho a una actividad u ocupación cívica organizada³⁸, de ello se sigue que las normas jurídicas reguladoras de la condición militar tienen que referirse a todos los campos del derecho en general, de ahí la existencia de un derecho penal militar, de un derecho procesal militar, de un derecho administrativo militar y hasta de un Derecho civil militar.³⁹

Puede hablarse entonces de la presencia de preceptos militares en todas las esferas del derecho. En el Derecho civil hay normas militares referentes al domicilio, tutela, curatela, testamentos. En el derecho administrativo hay una gama de disposiciones, comenzando con las leyes de servicio militar, y las referidas a grados, ascensos, recompensas, haberes y ejercicio de cargos públicos. En el Derecho penal y procesal, se han codificado casi todas las reglas en el Código de Justicia militar, si bien existen otras disposiciones adjetivas que se hallan fuera de aquél, como el reglamento de los tribunales de honor. En el Derecho internacional existen normas referidas a la actuación en conflictos

³⁶ Bermúdez Flores, Renato, *Compendio de derecho militar mexicano*, 2.^a edición, revisada y aumentada, con prólogo de Antonio Millán Garrido, Editorial Porrúa, México DF, 1998.

³⁷ Vejar Vázquez, Octavio, *Autonomía del derecho militar*, Editorial Stylo, México, 1948, págs. 14/5.

³⁸ Ver, respecto del carácter de ocupación cívica, lo dicho en los capítulos I y II. Y en lo referente a su carácter de organizada, lo expuesto en el capítulo III.

³⁹ *Enciclopedia Universal ilustrada Europeo Americana*, Tomo XVIII (primera parte), Espasa Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 267.

armados. Todo ello, en su suma, inviste al militar una condición jurídica especial.⁴⁰ La que se denomina estado militar, y de la que venimos estudiando sus presupuestos⁴¹, tratando ahora su contexto jurídico, y a la que analizaremos ya en sus partes esenciales en el siguiente capítulo.

Las normas jurídicas militares tienen en general, un carácter específico, pudiéndose encuadrar en dos grandes categorías. La primera de ella, es beneficiosa, creando ciertos derechos (civiles y administrativos) distintos del común de las personas, que son las menos. El otro grupo, resultan más rigurosas que las derecho común, imponiendo mayores sanciones (disciplinarias, morales y penales) que al común.

El derecho militar publico trae aparejado como regla general, mayores cargas a la persona del militar, debiendo ser interpretado en caso de duda a favor del organismo armado. En el derecho militar privado, en cambio, se le dota de mayores derechos, debiendo en caso de duda estarse a favor del militar.⁴²

Asimismo, las normas militares pueden dividirse en general, abarcativas de todas las fuerzas armadas, y particulares a cada fuerza. Estas últimas sustentadas en que los distintos ámbitos de actuación de cada fuerza, lleva a que determinados aspectos de su actividad sean regulados de modo particular a cada una de ellas.

El art. 107 de la ley 19101 de personal militar, recepta tal característica, expresando que:

“Esta ley será reglamentada por el Poder Ejecutivo en forma jurisdiccional, con tres reglamentaciones, una para cada fuerza armada, que se adecuen a las exigencias de la diferente naturaleza de las mismas, pero de manera tal que sus disposiciones que sean de aplicación común, no establezcan trato diferencial entre ellas para situaciones análogas”.

El derecho militar no se halla codificado y por tanto se halla distribuido en las diferentes partes del ordenamiento jurídico, si bien su núcleo central está dado por las leyes de defensa nacional, la de seguridad interior, la del personal militar, las de servicio militar, el código de justicia militar, y sus respectivas reglamentaciones.

Pero el hecho que los preceptos del derecho militar no se hallen (salvo por lo penal) codificados, y que incluso resulten normas dispersas, muchas veces dentro de leyes que no tienen carácter militar, no atenta contra su homogeneidad en el orden doctrinal, cuya existencia arranca del origen mismo del Derecho militar, que no es otro que la necesidad social de defensa inherente a todo Estado, transformada en regulación legal.

Es por ello que la nueva tendencia se caracteriza:

⁴⁰ Enciclopedia Universal ilustrada Europeo Americana, Tomo XVIII (primera parte), Espasa Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 267/8.

⁴¹ En los capítulos II y III de la presente.

⁴² V.g. Al militar se lo beneficia en las normas privadas, entre otras cuestiones, con una noción especial de domicilio (art. 91 inc. 2 CC) y una forma especial de testar (testamento militar) o facilidades para la inscripción del nacimiento de sus hijos (art. 84 CC). En cambio situaciones como la desobediencia o ausencia del lugar de destino resultan mucho más graves que en la contraparte civil del Estado. Ver al respecto lo desarrollado en los capítulos VII y VIII.

“... ante todo, por contemplar, de modo unitario, la realidad interdisciplinaria del Derecho militar, que excede de lo penal y lo orgánico-procesal. El Derecho penal militar y, en definitiva, el «fuero de guerra», constituyen —se insiste— una importante parcela, pero no la única del Derecho militar, «todo un sistema normativo que abarca infinidad de cuestiones y que no se agota con las punitivas». En esta tendencia se advierte, asimismo, un replanteamiento —sobre distintas bases metodológicas— de las cuestiones fundamentales del Derecho militar que, sin hacer dejación de las aportaciones de los «destacados juristas militares de antaño», permita afrontar y dar respuesta a las nuevas necesidades...”⁴³

Entrando ahora en particular en las normas que integran el derecho militar, podemos distinguir entre las que se refieren a la organización de las FFAA en sí mismas (cómo se estructuran cada una de ellas, órganos que poseen, relaciones con el personal, medios de que disponen y modo en que actúan.

Una segunda categoría son las normas relativas a las funciones y actividades propias de los Ejércitos, desenvolvimiento efectivo de sus servicios y aplicación práctica de los medios de que cuentan a la consecución de los fines que tienen señalados.

Y como cada uno de los grupos antes señalados, imponen en no pocos casos, en forma implícita o directa, deberes exigibles jurídicamente — consistentes en realizar una acción o prestación, o en abstenerse de determinados actos—, de ello se justifica la existencia de una tercera categoría, para señalar y aplicar una sanción contra el quebrantamiento o lesión de tales deberes.

De Querol y Duran⁴⁴, autor de la antes explicitada clasificación, la hace derivar de un triple modo de actuación de la gestión rectora de los Ejércitos: Administración, Mando y Justicia.

Ella parte de la diferenciación entre las funciones de administrar y sustentar las fuerzas militares y la de dirigirlas y gobernarlas en operaciones de guerra.

La Administración crea, sustenta y equipa a las FFAA, resultando función de gerenciamiento; el mando lo emplea y dirige en su día, y en el entretanto lo adiestra y gobierna, planeando su más eficaz utilización futura, siendo por tanto resultando esencialmente técnica y directriz.

En tanto las facultades resolutorias y los procedimientos de la Administración se hallan mayormente reglados, el mando, en cambio, es una actividad discrecional en el mayor grado compatible al Estado de Derecho.

Por su finalidad, el sistema de mando se estructura en forma piramidal, realizándose en él la respectiva subordinación de los inferiores y jerarquías intermedias, rápida y directamente, hasta el vértice único, bien que en forma gradual. La Administración, en cambio, resulta un conglomerado de diversos órganos que se entrelazan, aunque arranquen todas del mismo tronco.

⁴³ Millán Garrido, Antonio, en su prólogo a la obra de Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.^a edición, revisada y aumentada, con prólogo de, Editorial Porrúa, México DF, 1998.

⁴⁴ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Tomo I: Preliminares y derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 18.

Respecto a la Justicia, se caracteriza por ejercer una función esencialmente jurídica, siendo su fin el amparar, reintegrar y vindicar el derecho controvertido, contrariado o lesionado. Resulta así, la Justicia militar, en el fondo y por naturaleza, idéntica a la común, si bien como ya hemos indicado, tiene la necesidad de que se ajuste a normas, y se ejercite por órganos especiales dentro de la milicia.

Proyectar este trípode de funciones al derecho militar, determina el contenido conjunto del derecho militar; pero como destaca el autor, no es empresa fácil, en cuanto a la esfera jurídica, puntualizar sus respectivos límites y esferas de acción de un grupo respecto de los otros.

Esto obedece, en gran parte, a la íntima relación que existe entre las tres funciones y que no pocas veces sea un mismo sujeto, quien tenga el ejercicio de todas o varias de ellas.

También se debe a que, en forma objetiva, y como complemento de las normas materiales, que regulan cada orden de relaciones consideradas en sí, existe un Derecho procesal, fijador de los medios y requisitos formales a observar en el mantenimiento y declaración de aquellas normas sustantivas. Existiendo pues, un Derecho procesal judicial, un Derecho procesal gubernativo y un Derecho procesal administrativo; como ha de haber una organización de los tribunales y autoridades judiciales, una orgánica fundamental técnica y militar y una organización administrativa de los Ejércitos.

Esto trae aparejado que han de producirse inevitables interferencias entre las distintas subdivisiones del Derecho militar. Habrá, en efecto, disposiciones o leyes orgánicas referentes a centros, cuerpos o autoridades que ejercen funciones administrativas, judiciales y de mando, o de dos de estas clases, conjuntamente; como puede haber leyes o disposiciones procesales que regulen formas y trámites del ejercicio de más, de una de tales funciones.

Pero rescata que las leyes orgánicas fundamentales que establezcan lo que pudiéramos llamar estructura vertebral básica de las FFAA, están por encima de la diversificación que estamos comentando.

Con tales salvedades, resume De Querol y Duran el contenido y diversificación en ramas del derecho militar con el siguiente índice sistemático:

a) **Derecho militar técnico y orgánico**, conformado por las leyes y reglamentaciones constitutivas de los institutos armados y de sus diversos organismos, así como por las normas relativas a la preparación para la guerra (Normas técnicas de instrucción, coordinación de servicios, reglamentación táctica de operaciones y campaña, información. Aplicación de la doctrina científica al arte militar, etc).

b) **Derecho administrativo militar**, al cual subdivide en:

b.1.) **Derecho orgánico**: con las normas relativas a la administración central militar y sus actos; a la división territorial administrativa; a la administración regional y local;

b.2.) **Personal**: donde hallamos las normas referidas al reclutamiento, ingreso permanencia y egreso de las personas que con cualquier modalidad⁴⁵ se integran en las FFAA. Se incluye aquí las previsiones relativas a grados, destinos, antigüedad, precedencia, prerrogativas, honores, uniformes, divisas, cte.; diferentes escalas y situaciones; ascensos, retiros y licencias; sueldos, haberes y derechos pasivos;

⁴⁵ Ver respecto de las modalidades posibles de la ocupación militar, lo expresado en el capítulo II.

recompensas, documentación, ingreso, oposiciones, especialidades, estudios, etcétera. Así como las relativas a la atención religiosa., moral, correccional y sanitaria del personal.

b.3.) **Material:** se engloba aquí a toda la normativa referida a industrias militares, fábricas y talleres; arsenales. puertos, aeródromos: Obras de defensa, hidráulicas y sanitarias; nuevas construcciones y reparación de edificios; buques, aeronaves, vehículos y toda clase de máquinas de guerra; adquisición y producción de municionamiento, combustible. Víveres. vestuario; transportes, comunicaciones; meteorología, cartografía y trabajos hidrográficos, etc.

b.4.) **Función administrativa propiamente dicha**, idéntica en esencia a las de la Administración general y civil, con respecto a las cuales muchas veces se trata solamente del desarrollo reglamentario o de excepciones particulares a las leyes fundamentales de universal vigencia. Así sucede, por ejemplo, en materia de requisiciones de guerra⁴⁶ y de contratación de obras, servicios y suministros.

b.5.) **Gestión económica militar y su fiscalización.** Presupuestos, créditos, ampliaciones y anticipos, ordenación de pagos, contabilidad. intervención, adiciones y reintegros, responsabilidades administrativas, etc.

c) **Derecho penal militar:** En donde encontramos las normativas de organización y atribuciones de los Tribunales militares, las leyes penales y reglamentos disciplinarios militares, y las normas de procedimiento de la justicia militar.

El autor seguido asimismo, señala una última categoría, que no denomina⁴⁷, y que se halla conformado por las normas de orden militar situadas en otras ramas del derecho. Como en el derecho civil, relativas al nacimiento, matrimonio y defunciones a bordo de naves o aeronaves; al testamento militar y marítimo; las del derecho del trabajo o seguridad social, relativas a aplicación a los ramos militares de las leyes de accidentes del trabajo, contratación y trabajo de menores, subsidios familiares, etc. O en el derecho internacional con las convenciones sobre la guerra, trato a los prisioneros. mejora de la suerte de los heridos y enfermos en campaña, situación jurídica de buques y aeronaves de guerra en el extranjero, aguas y zona aérea jurisdiccional de otro Estado: ejercicio del derecho de visita de apresamiento, etc.

Granja⁴⁸, por su parte, y aceptando *ab initio* lo complejo de establecer una clasificación que englobe todos los campos del Derecho Militar, la realiza solo como una forma de evidenciar su amplitud y peculiaridad, si bien entendido que esta se refiere únicamente a la realidad del derecho militar ecuatoriano.

En este sentido distingue entre un Derecho orgánico militar⁴⁹, un Derecho de los recursos humanos⁵⁰, el Derecho punitivo militar⁵¹, al derecho de la seguridad nacional⁵²,

⁴⁶ En el caso del derecho argentino, las requisiciones militares, por su parte, son un complemento de los poderes de guerra (Dromi, Derecho Administrativo, pág. 618). Y por tanto, no exigibles en tiempos de paz.

⁴⁷ Ver apartado XI, pág. 27 de su obra.

⁴⁸ Granja Marco A. , La Especialidad del Derecho Militar, Revista judicial, derechoecuator.com Diseñado por Diario LA HORA Quito – Ecuador [On line]. Disponible en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Militar.9.htm> [Consultado: 10 de julio de 2004].

⁴⁹ Comprensivo de la ley orgánica de las Fuerzas Armadas y la del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas, sus reglamentos de aplicación especial, como el de los Consejos de Oficiales Generales, del Consejo Supremo, de los organismos reguladores de la carrera profesional y los orgánicos de tiempo de paz o de guerra.

Derecho de la seguridad social militar⁵³, Derecho de la contratación militar⁵⁴, un Derecho educativo militar⁵⁵, el Derecho empresarial militar⁵⁶, un Derecho marítimo militar⁵⁷, Derecho aeronáutico militar⁵⁸, y el Derecho humanitario.⁵⁹

Coincidimos con Navas Córdoba en que la delimitación de la esfera del Derecho militar, siempre ha constituido una empresa de enormes dificultades, desde que en este ordenamiento se han entremezclado normas de muy diversa índole, material, orgánica, procesal, entrecruzadas con otras de tipo administrativo, internacional, penal, civil, social,

⁵⁰ En donde incluye a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, la Ley de Servicio Militar obligatorio en las Fuerzas Armadas, el Reglamento de Reserva Activa, los Empleados Civiles y una gran variedad de reglamentos internos que prevén lo relacionado a sueldos, estímulos, condecoraciones, ascensos, calificaciones, eliminación, causas de separación, etc., del personal de la Institución.

⁵¹ Se refiere a los Códigos Penal Militar y de Procedimiento Penal Militar, el Reglamento de Disciplina Militar, los Códigos de Honor de los correspondientes institutos y el Reglamento de Informaciones Sumarias.

⁵² Incluye el amplio enunciado de la Constitución Política, en lo concerniente a los estados de excepción, la Ley de Seguridad Nacional, el Reglamento General y sus reglamentos especiales.

⁵³ Comprende la Ley de Seguridad Social de las FF.AA. su Reglamento General y una gran variedad de reglamentos para cada prestación o servicio y los correspondientes al Instituto encargado de esta materia. Se asimila también, dentro de éste campo, el Reglamento de Prestaciones Complementarias de la Caja de Cesantía de la Reserva Activa y los Empleados Civiles de las FF.AA. y otras normas similares, en ciertas instituciones relacionadas con el frente militar.

⁵⁴ Este campo se subdivide según la fuente de financiamiento. Cuando los gastos provienen del Presupuesto del Estado se aplica la Ley de Contratación Pública, su Reglamento General y el reglamento único de Contratación de las Fuerzas Armadas. Los gastos de la Junta de Defensa Nacional se rigen por su legislación y sus procedimientos propios.

⁵⁵ Se refiere a varias leyes, decretos y reglamentos que rigen la creación y funcionamiento de institutos educativos como el Instituto de Altos Estudios Nacionales, la Escuela Politécnica del Ejército, Instituto Nacional de Guerra, Academias de Guerra del Ejército, Marina y Fuerza Aérea, Escuelas de Perfeccionamiento de Oficiales y Tropa de cada una de las Fuerzas, Escuela Militar Eloy Alfaro, Escuela Superior Naval y Escuela Superior de Aviación Cosme Renella y otros institutos de reclutamiento de tropas, así como los reglamentos de educación de cada Fuerza.

⁵⁶ Se halla integrado por las leyes constitutivas de varias instituciones subordinadas, adscritas o dependientes que tornan práctico el enunciado constitucional de "la colaboración que la Fuerza Pública deberá prestar para el desarrollo social y económico del país". Estas son el Instituto Geográfico Militar encargado de la elaboración de la Carta Nacional; la Dirección de Industrias del Ejército (DINE); La Flota Petrolera Ecuatoriana, FLOPEC; Transportes Navieros Ecuatorianos, TRANSHAVE; el Instituto Oceanográfico de la Armada; Transportes Militares Ecuatorianos, TAME; y, la Dirección de la Industria Aeronáutica de la Fuerza Aérea, DIAF.

⁵⁷ Comprende una serie de convenios internacionales, leyes, decretos, reglamentos y más normas jurídicas que rigen las actividades marítimas, como la navegación, el transporte, la pesca, el control de las doscientas millas marinas. Uno de sus principales cuerpos legales es el Código de Policía Marítimo. Por práctica y porque la contratación de seguros no está especificada en la Ley especial, aquí también se pueden incluir los aspectos relacionados con el seguro marítimo.

⁵⁸ Abarca varios convenios internacionales, leyes, decretos, reglamentos que rigen la actividad aerocomercial. Entre los cuerpos nacionales más importantes tenemos el Código Aeronáutico y la Ley de Aviación Civil. En cuanto al seguro de aeronaves (casco, responsabilidad civil, pasajeros y tripulación), cabe igual explicación que en el Derecho Marítimo.

⁵⁹ No es un campo exclusivamente militar; interesa a la humanidad toda, pero se relaciona particularmente con los cuerpos castrenses, puesto que los objetos de su protección se relacionan con el conflicto armado, como son prisioneros de guerra, heridos, naufragos, población civil, instalaciones de Cruz Roja, monumentos históricos y culturales. Comprende los Convenios de Ginebra y sus protocolos modificadores.

además de disposiciones reguladoras de otras actividades sometidas a la Jurisdicción Militar, de modo accidental o permanente.⁶⁰

De ahí la problemática de establecer al Derecho militar desde un punto de vista unitario, confirmándose como una rama del derecho multiforme. Donde sí, puede efectuarse una división, atendiendo al carácter del Derecho que regula; así, se puede hablar que en su grueso normativo pertenece al ámbito del Derecho público, por cuanto sus normas configuran relaciones en que el Estado o entes públicos aparecen como sujetos investidos de *imperium* frente a otros sujetos que se hallan en una situación de subordinación, representado su aporte por un derecho sustantivo, por el penal militar y disciplinario (de naturaleza Administrativa), y por un Derecho procesal penal, en su doble aspecto orgánico y procedimental, lo cual no impide la existencia de normas de carácter privado, en que las relaciones gozan de un plano de igualdad, de tal forma que más que normas militares *strictu sensu*, al decir de Casado Burbano, resultan “*normas de Derecho Privado, generalmente civiles, aplicables a los militares como particulares*”⁶¹, entre ellas las referidas en el Código Civil al testamento militar, domicilio militar, etc.

Por otra parte, el autor antes citado destaca también que el Derecho militar se halla integrado no sólo por normas jurídicas, sino también por principios informadores, y extiende su normativa a diversas ramas del ordenamiento jurídico, por lo que su situación, en una u otra rama del ordenamiento, no tiene solo un valor teórico, sino que va más allá, desde el momento que los órganos jurisdiccionales, en la aplicación e interpretación de las mismas, han de seguir los criterios informadores de cada una de las ramas del Derecho.⁶²

Resultan pues, notas características del entorno militar, que la rama jurídica castrense debe considerar: el rigor en sus normas punitivas, las nociones del valor, del sacrificio y del honor en la formación de sus miembros; importancia de la autoridad y el orden; el principio de supremacía civil, de mando y control; austeridad simplicidad y laconismo; planificación y supervisión permanentes; importancia de las solemnidades y la forma; postergación del individualismo frente al contenido grupal (espíritu del cuerpo); instrucción permanente, fortalecimiento del vigor físico, valoración del liderazgo y un proceso definido en la toma de decisiones.⁶³

6. Evolución histórica del derecho militar

La estructuración de las normas castrenses, como rama jurídica dotada de principios propios (y con goce de autonomía) ha sido fruto de una larga evolución, en la que se conjugan factores jurídicos, políticos y sociológicos. Cuyo camino recorrido que atraviesa épocas, civilizaciones y continentes, en un constante proceso de estructuración o construcción.

⁶⁰ Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 26/27.

⁶¹ Casado Urbano, Pablo, iniciación al Derecho Constitucional militar, Madrid, 1986, pág. 36, cit por Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 27.

⁶² Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 27.

⁶³ Granja Marco A. , La Especialidad del Derecho Militar, Revista judicial, derechoecuador.com Diseñado por Diario LA HORA Quito – Ecuador [On line]. Disponible en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Militar.9.htm> [Consultado: 10 de julio de 2004].

Hemos ya establecido en el capítulo II, las distintas modalidades que puede asumir la prestación militar, y en virtud de los caracteres que reviste la comunidad u organización en donde ha de cumplirse, explicitados en el capítulo III, veremos ahora cómo esta particular regulación jurídica destinado a regirla, denominada derecho militar, ha determinado en la historia la situación jurídica del militar, hacia dentro de la institución, y en su interactuar (público o privado) con el resto de la sociedad.

Ello, como paso previo y necesario para abordar la solución particular que el derecho argentino a dado en la cuestión: el estado militar.

6.1. El derecho militar en la antigüedad

Podemos encontrar reglas referidas a la guerra, o a obligaciones de combatir, en casi todos los ordenamientos de la antigüedad, desde la mesopotamia a Egipto. Pero no podemos afirmar de ello, la existencia de un derecho militar, tal como hoy lo concebimos. Pues tratábase de normas aisladas, dictadas sin responder a una consideración unitaria, sin estar referidas o en conexión con principios generales que fueran propios de la materia.

Entre los ordenamientos más avanzados de tal época encontramos al segundo imperio asirio, en el 700 a.C. Y como hemos podido ver en el capítulo II, medos, persas, egipcios tenían normas sobre reclutamiento. La leva y la disciplina, serán los dos institutos que van a estructurar las normas jurídicas militares en esta época.

Como nos dice De Querol y Duran⁶⁴, dondequiera que han existido fuerzas armadas regulares y organizadas, han funcionado más o menos embrionariamente, las leyes y justicia

de carácter militar específico, porque siempre ha sido facultad y deber del mando mantener sobre las tropas que se ejerce la disciplina, a cuyo fin es indispensable el uso rápido y eficaz del poder punitivo.

En Grecia, la normativa militar era un apéndice de las normas que regían la ciudadanía, desde que la prestación militar era un elemento esencial de aquella. Jurídicamente el servicio militar formaba era de naturaleza compleja, siendo un deber y un privilegio inherente a la ciudadanía.

Vemos asimismo, la presencia del primer estado militarizado, Esparta, donde el derecho militar se confunde con el sistema jurídico mismo.

También en lo referente a la cuestión de las normas militares, la obra de Aristóteles nos brinda el más acabado análisis de la legislación militar helénica.

Sacchi, si bien desde una óptica filosófica, ha tratado acerca de los estudios del pensador de Estagira respecto del campo militar. Entendiendo primeramente, que Aristóteles no formula un análisis de tipo jurídico, ni lo inscribe en tal ámbito. Es sólo un elemento tangencial, ya que: *"Todo el disperso discurrir de Aristóteles sobre los problemas militares está directamente encauzado hacia la sistematización de una ciencia práctica de la muchedumbre reunida en ciudad"*, siendo sus exposiciones de sucesos militares o sus descripciones del ejército y de la marina de guerra, *"un bagaje propedéutico o*

⁶⁴ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Torno 1: Preliminares derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 19.

*informaciones traídas a colación para incorporarlas a una congruente visión de la república y de la naturaleza social y política del animal racional”.*⁶⁵

Hablará también de las normas, pero de modo accesorio y no principal. Las someterá a su análisis, extrayendo principios de ellas, pero más de política jurídica que propios de una especialidad. De su discurrir se aprecia con claridad, que tampoco en Grecia podemos hablar de un derecho militar como unidad orgánica, pues las normas castrenses se hallan como un elemento más del derecho político o lo que hoy en día denominaríamos como derecho constitucional.

Ello no obsta, a que allí se originen importantes aspectos, tanto a nivel de normas como de principios, que luego pasarán a constituir parte importante del derecho militar occidental.

Al estudiar las leyes que rigen en las diversas ciudades-estados griegas, Aristóteles nos brinda un fresco constitucional de su época, al que le suma sus construcciones intelectuales. En el que no se halla ausente las consideraciones de las normas de naturaleza militar.

Como surge del análisis de tales observaciones, el Filósofo vio en los hombres de armas un sector social muy definido y distinto de los demás. No como una mera división en asociación cívica, sino como una parte fundamental del Estado⁶⁶

6.2. El derecho militar romano

El Derecho militar moderno tiene por inmediata base histórica el Derecho romano, ordenamiento primero en que la condición militar supuesto un abordaje jurídico propio. Surgen así instituciones propias del género como el derecho de postliminio, el peculio castrense, el testamento militar, la preterición Y desheredación y tantas otras instituciones civiles, habiéndose también, especialmente por los emperadores, reglamentado los deberes militares propiamente dichos (jurisdicción especial, prohibición de matrimonio, etc).⁶⁷

Algunos autores sitúan su aparición como normativa específica en el primer siglo después de Cristo.⁶⁸

Como expresa De Querol y Duran⁶⁹:

“No es de extrañar que en el Derecho romano, emanado de un pueblo que se destacó pronto por el acusado desarrollo de su potencia militar, y que tan feliz intuición demostró para la elaboración de las fórmulas jurídicas, se encuentren instituciones de Derecho militar con estructura y rasgos de psicología admirables”.

⁶⁵ Sacchi, Mario Enrique, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y el orden militar, colección ensayos doctrinarios, Cruz y Fierro editores, Buenos Aires, 1982, pág.29.

⁶⁶ Sacchi, Mario Enrique, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y el orden militar, colección ensayos doctrinarios, Cruz y Fierro editores, Buenos Aires, 1982, pág.. 39.

⁶⁷ Enciclopedia Universal ilustrado Europeo Americana, Tomo XVIII (primera parte), Espasa Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 268.

⁶⁸ U.S. Department of the Army, Fundamentals of military law, Washington, ed. octubre de 1980, pág. 1.

⁶⁹ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Torno 1: Preliminares derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 19.

Destaca en la faz penal, De Querol y Durán, que en Roma se consagró un por vez primera un fuero especial para los *milites* con respecto a cualquier clase de delito, ejerciéndose tal jurisdicción castrense sobre las gentes de armas, los antiguos *Praefecti sociorum* primero, y los Tribunos militares luego. El Derecho militar romano comprendía una completa teoría de penas propias, con modalidades de índole sorprendentemente análogas a algunas que conservan las legislaciones contemporáneas, como son la *militiae mutatio* o destino a cuerpo de disciplina; la *gradus defecto* o deposición de empleo; la *censio hastariá* o pérdida de jerarquía y grado; la *missio ignominiosa* o expulsión del Ejército, entre otras.⁷⁰

Siguiendo el modelo griego, en que todo ciudadano era soldado y todo soldado era ciudadano, la normativa militar se confundió en un primer momento con la relativa a la ciudadanía. Cuando adquiere especificidad, su diferenciación no llega al estadio de una completa separación, manteniéndose una relación estrecha entre ambos conceptos.

Ello lleva respecto de las fuerzas auxiliares, a que su participación en los ejércitos romanos serían en un principio levass esporádicas y aisladas, de carácter forzoso, pero con el paso del tiempo llegaron a convertirse en constantes y continuas, con una voluntad de permanencia. Si bien como refiere Homo⁷¹, si bien en principio los no ciudadanos servían como auxiliares y únicamente los ciudadanos como legionarios. En algunas ocasiones se alistaba en las legiones a no ciudadanos (*peregrini*); en este caso, se les concedía *ipso facto* la ciudadanía romana, si bien de forma “virtual” (sic), pues no se que no era efectiva hasta la fecha de su licenciamiento.

Su contenido jurídico no es bien conocido, ya que los ciudadanos, por el hecho de encontrarse sirviendo como soldados, perdían muchos de los derechos implícitos en la condición de ciudadano; por ello, no es fácil determinar la diferencia jurídica entre un “ciudadano virtual” en el ejército y un verdadero ciudadano sirviendo, asimismo, en las fuerzas armadas. Los efectivos de la marina toman un estatuto similar al de los auxiliares, concediéndoseles la ciudadanía al terminar el servicio, de mayor duración que en tierra. A partir de tiempos de Adriano, se les concedía el derecho latino desde su alistamiento, sin perjuicio de la concesión de la ciudadanía completa en el momento de recibir la honesta misión.

Como nos dice González Crespo⁷², desde principio del siglo II a. C. “...*el legionario romano, ciudadano tenía un estatuto que le otorgaba protección por los problemas creados a raíz de la dispersión de los soldados por el territorio conquistado, y en relación al poder ostentada por los magistrados en las provincias*”.

Ejemplo de ello es por caso, que Cayo Graco propuso e hizo aprobar una ley militar, ordenando que el vestuario del soldado fuese costado por el erario público.

Asimismo, resulta común que la condición militar, diera lugar a la concesión de tierras, tras la campaña o guerra. Como la que, entre otros, hizo votar el dictador perpetuo Lucio Cornelio Sila, en una fecha que se sitúa alrededor del 80 a. C. una ley Cornelia, que repartía entre los veteranos de las legiones no ya las tierras públicas, sino las que habían sido confiscadas a los proscriptos. (Mario había dado otra ley similar).

⁷⁰ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Torno 1: Preliminares derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 19.

⁷¹ Homo, Leon, El imperio romano, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1980, pág. 132.

⁷² González Crespo, Jorge, La legión romana SPQR, Círculo Latino, Barcelona, 2003, pág. 47.

Con Augusto, el ejército ya posee reglamentos, código y leyes pertinentes, instrucciones, jerarquías bien delineadas, determinándose para cada grado militar el tiempo de servicio y los premios militares y civiles, como así también la licencia definitiva.⁷³

Tras su ascenso al poder como emperador, Lucio Septimio Severo concede entre sus primeras medidas, una serie de beneficios a los militares: aumenta sus salarios, concede el derecho al matrimonio durante el alistamiento, y otorga la posibilidad de entrar al aparato civil del estado luego de su periodo de servicio. Crea asimismo la institución de la *anona* militar, un tributo especialmente creado para sostener los gastos del ejército.⁷⁴

La Jurisdicción Militar era perfectamente conocida por el legislador romano, y en sus códigos se contienen diferentes títulos expositivos de las atribuciones de los Generales, en orden a la administración de justicia. Si bien en la primera época, el *Magister Militum*⁷⁵ conocía de asuntos puramente militares y disciplinarios, los emperadores Honorio y Teodosio II fueron los primeros en permitir que los militares fuesen citados en asuntos civiles ante dicho órgano jurisdiccional, dejando siempre a salvo la voluntad del demandante. Por su parte la ley XIX de “*Re militari*”, preveía que los ejércitos estuviesen sujetos a jueces especiales “*Tam in criminalibus quam in civilibus*”⁷⁶.

6.3. El ordenamiento castrense en la edad media hispana y moderna española

Como nos dice Cabanellas de Torres, siguiendo a Alcubilla, el desenvolvimiento histórico del Derecho militar, con reflejo primordial en España, se inspira en los antecedentes romanos, y si bien no se conservan las Ordenanzas de Augusto, Trajano y Adriano, ni los libros de Catón el Censor, Cornelio Celso, Frontino y Paterno; sí se conoce el compendio de Vegetio: *Epítome sobre las instituciones militares*, dedicado a Valentiniano II y que desde la Edad Media se ha seguido en múltiples organizaciones castrenses.⁷⁷

Los romanos trasplantan a España la noción de la prestación militar ligada a la condición de ciudadano, si bien se había desvirtuado en los tiempos del imperio.⁷⁸ Ya que no todo ciudadano era soldado para tal época, primando los extranjeros sobre los “nacionales”. La prestación militar, en tales condiciones, más que un ejercicio de la ciudadanía, era el presupuesto para obtenerla.⁷⁹

La base jurídica del establecimiento de los visigodos en el Imperio Romano se encuentra en el *foedus* acordado en el año 418, entre el rey visigodo Valia y el emperador

⁷³ González Crespo, Jorge, La legión romana SPQR, Círculo Latino, Barcelona, 2003, pág. 50/54.

⁷⁴ Bovo, Elisabetta, con la colaboración de Buonopane, Alfredo, Crisis y declive del imperio romano, en Gran Historia Universal, Folio, Barcellona, 2000, pág. 13.

⁷⁵ Máximo cargo militar no político. Era el jefe de caballería. Literalmente su traducción significa “maestro de soldados”.

⁷⁶ Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 36. y nota 8 en pág. 82.

⁷⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre. Tomo II, Bibliográfica Omeba, 1963, pág. 259760.

⁷⁸ González, Marcela, Las milicias, origen y organización durante la colonia, cuaderno N° 10, Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, pág. 11.

⁷⁹ Véase lo expresado en el capítulo I, apartado 17, respecto de los sistemas que en el presente continúan con esta modalidad.

Honorio, y en el que se estableció la ocupación de las tierras de Aquitania por los visigodos, y luego fue aplicado para las Hispanias en los reinados de Teodorico II, Eurico y Alarico II. Los soldados alojados recibían, en virtud de la hospitalidad que los habitantes estaban obligados a darles, una participación en la casa de éstos, la cual se dividía en tercios; de ellos el propietario elegía uno para sí, de los dos restantes tercios, el soldado elegía otro, y el tercero restante quedaba para el dueño. Las partes correspondientes a los visigodos se denominaron *Sortes gothicae*, y la de los hispanorromanos *tertia romanorum*.

En la Edad Media, si bien el fin de la civilización romana ocasiona la pérdida de tan interesante desenvolvimiento jurídico, no fue una pérdida total pues en el derecho bárbaro y en el visigótico son visibles algunas huellas del ejercicio de la jurisdicción castrense por parte de los duques y titulados.⁸⁰

La caída del gobierno romano por la invasión de los visigodos no alteró tal relación, desde que en la concepción de dichos pueblos, todo hombre libre estaba obligado a acudir al llamado del rey, quien a cambio del servicio otorgaba tierras o concedía beneficios, según la condición de las personas.⁸¹

Durante la Alta Edad Media, la normativa que hemos llegado a conocer, relativa al Derecho militar se relaciona, principalmente y casi con exclusividad en el deber de prestación del servicio militar u obligación de concurrir al Ejército. En la época de la Baja Edad Media, por su parte, el Derecho militar no estaba sólo contenido en los preceptos regios insertos en las Cartas Pueblas o Fueros de nacientes municipios o en otras disposiciones de mayor pretensión territorial, sino que la disciplina y subordinación, base de la organización jerárquica militar, se apoyaban frecuentemente en las relaciones personales que existían entre el vasallo y su señor, pues no se ha de obviar que dichas relaciones de vasallaje nacen impregnadas de carácter militar. Se ha de apreciar entonces, que el desarrollo del Derecho Militar constituye un síntoma de la madurez de los reinos cristianos en plena Edad Media hispánica, lo cual se halla en relación con la expansión y fortalecimiento de los Ejércitos. En cuanto a los órganos jurisdiccionales militares en esta época, se puede decir que, en un sentido estricto, no existen, sino que son los Jueces Ordinarios; pero por otra parte, los jefes, rectores o gobernadores de la hueste organizadas en el municipio eran el Juez y el Alcalde los que aplicaban las normas especiales existentes de Derecho Militar y las de carácter ordinario o común; por tanto, aun en campaña, la jurisdicción no tenía ninguna particularidad, seguía conservando su carácter civil y era ejercida por funcionarios de esta índole, asumiendo a la vez el mando militar y juzgando los delitos propios de la situación de guerra.⁸²

En España, primeramente las leyes militares formaron parte de los Códigos generales de la Edad Media. Así sucedió con el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo, algunos Fueros Municipales (Teruel, Cuenca, Medina), el Fuero Real, el Espéculo, el Ordenamiento de las Tafurerías, las Leyes de los Adelantados Mayores y, finalmente, las Siete Partidas.⁸³

⁸⁰ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Torno 1: Preliminares derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, pág. 19.

⁸¹ González, Marcela, Las milicias, origen y organización durante la colonia, cuaderno N° 10, Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, pág. 11.

⁸² Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 36.

⁸³ Enciclopedia Universal ilustrado Europeo Americana, Tomo XVIII (primera parte), Espasa Calpe s.a., Bilbao, s.f., pág. 268.

Atisbos legislativos medievales españoles, en materia militar, y siempre siguiendo a De Querol y Duran se encuentran en algunas disposiciones del Fuero Juzgo⁸⁴, del Fuero Real⁸⁵, del Ordenamiento de Alcalá⁸⁶, y en las *Ordinationes Ripariae*, aparecidas en Barcelona el año 1258.

En el *Liber iudiciorum*, el Libro IX se halla dedicado a la materia militar, constituyendo un atisbo en dicha legislación. En su Título II, y en alguna la ley del título I del Libro VIII, se establece toda una relación de penas para aquellos que delinquiesen contra la propiedad militar, o robasen formando parte de hueste, etc., así como prebendas con carácter premial.

Es por tanto, en el Código de las Siete Partidas donde se fijan de una forma más sistemática los ámbitos jurisdiccionales militares, considerándose por la Doctrina (Almirante, De Querol y Duran), como el punto de inicio propiamente dicho de la legislación militar española. Siendo consideradas durante mucho tiempo como “*el cuerpo general y común del Derecho Militar*” (Salcedo y Ruiz).⁸⁷

En tal ordenamiento, desde la caída del imperio visigodo, por primera vez se instituyen órganos jurisdiccionales castrenses⁸⁸, caracterizándose la justicia militar medieval por ser simple y dura, como lo eran las propias tácticas y logísticas que se desarrollaban en la época.

En la Partida II se limita tan sólo a determinar y establecer los órganos que ejercen la jurisdicción, sin demarcar ni definir el alcance y extensión de ésta. Tampoco, en todo el código, se establecen normas procesales específicas del orden militar.

Se ha expresado de esta segunda Partida, que resulta un monumento militar que compendia la organización y táctica de la Edad Media. El título XXIII de ese notable cuerpo legal empieza por definir la guerra, que es justa cuando se hace por cobrar lo suyo de los enemigos, por amparo propio o de nuestras cosas, e injusta en los contrarios casos. Se deduce de ahí una obligatoriedad militar, para defensa de la Patria, que comprende incluso a mujeres y ancianos; tras lo cual se trata de la organización militar, de la ciencia y arte de la guerra, para concluir con las recompensas y penas que por notables hazañas o torcido comportamiento corresponde a los militares.⁸⁹

Con la edad moderna cambian radicalmente tanto las condiciones políticas, como las militares (armas de fuego, tropas permanentes). España marcha hacia la unificación, tanto por la expulsión de los moros cuanto por la unión progresiva de los distintos reinos peninsulares, que culminará con los reyes católicos. Se constituye de modo progresivo un ejército de corte nacional, como instrumento de la voluntad regia. El cual requería de una organización particular y una legislación castrense adecuada. Aparecen entonces las nuevas

⁸⁴ Título 11 del Libro IX: “*De los que non van a la hueste et fuven dela*”

⁸⁵ Título XIX del Libro IV. Principalmente las leyes 2 y s. que definen el delito de traición militar, y las 1 y 2 del Título XXV, que tratan de los navíos.

⁸⁶ Ley 5 del Título XXXI, acerca de la traición y la rebeldía militar contra el Rey.

⁸⁷ Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 37.

⁸⁸ Si bien subsumidos dentro de los órganos de mando militar, tales como el Alférez del rey, el Adalid, y el Almirante en la mar.

⁸⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre. Tomo II, Bibliográfica Omeba, 1963, pág. 259760.

formas jurídicas para regirlo en forma de Ordenanzas, las que se dan ya con un carácter permanente para una función determinada.⁹⁰

Como nos expresa De Querol y Durán, las Ordenanzas no pueden lógicamente aparecer hasta que comienzan los ejércitos permanentes. Es decir, en aquel momento histórico en que la misión de los institutos armados se ha convertido en función normal de la actividad estatal.⁹¹

Las normas de conducta para sus tropas y unidades, regulando de una forma minuciosa la vida de los Ejércitos, pasan entonces de estar contenidos en los Códigos Generales del Fuero Juzgo y Las Partidas, para compilarse en ordenamientos específicamente dedicados a la materia castrense. Son los Reyes Católicos a quienes se atribuyen por primera vez el uso de la expresión «Ordenanzas»⁹², las que son la consecuencia jurídica de la organización estable de los cuerpos armados, que durante largos períodos permanecían en filas, lejos de su hábitat social cotidiano, estando sometidos a una estricta y rígida disciplina.⁹³

Esta segunda época del derecho castrense español, ha sido denominada de las ordenanzas particulares, que se inician ya en el reinado de Alfonso el Sabio, autor o inspirador glorioso de las Partidas, y que dicta las Leyes de los adelantados mayores, para los gobernadores de las comarcas fronterizas; las de Juan I, en 1390, sobre el modo de armarse los vasallos del rey, las de los Reyes Católicos y monarcas inmediatos, sobre los Guardias viejos de Castilla, la Santa Hermandad (indirectamente militar, pero de repercusión disciplinaria evidente), y para cada uno de los Ejércitos que las distintas campañas requerían. Solían denominarse bandos, y tales instrucciones, con la autoridad del general en jefe, se aplicaban mientras las hostilidades duraran. Felipe II Intentó reunir en unas Ordenanzas generales y permanentes la legislación militar, al modo de lo hecho para lo civil, administrativo y penal ordinario en la Nueva Recopilación. Aunque la idea no se materializó, anduvo muy cerca de expresarla Alejandro Farnesio, con sus Ordenanzas para el Ejército de los Países Bajos, denominadas Primeras ordenanzas de Flandes; dadas en mayo de 1587, completas y saturadas de la mejor doctrina militar y jurídico castrense de la época; lo cual llevó a adoptarlas, aun sin mandato real expreso, en los diferentes ejércitos hispanos de entonces.⁹⁴

Las Ordenanzas de Farnesio organizan la justicia militar como un servicio del Ejército, a base de un Auditor General con una directa dependencia del Jefe supremo de las fuerzas, de un Auditor designado por el Maestre de cada Tercio y del personal auxiliar de prebostes, barbaches, alguaciles y verdugos necesarios.⁹⁵

⁹⁰ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 91/2.

⁹¹ Al respecto ver lo expuesto en el Capítulo II respecto de la función de defensa y su evolución histórica.

⁹² la voz "ordenanzas" se identifica, en primer lugar, con un completo compendio de todo tipo de regulaciones castrenses, aglutinante no sólo de normas penales, sino también de otras, de índole disciplinaria, o relativas al servicio interno y a la táctica, etc.

⁹³ Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 40/1.

⁹⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre. Tomo II, Bibliográfica Omeba, 1963, pág.259760.

⁹⁵ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Torno 1: Preliminares derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 21.

Estas compilaciones particulares de normativa militar se hallan también en otros ordenamientos. Tal es el caso de la *Ordonnance* de derecho militar francesa de 1378, o de la *Kriegartikel* germana de 1487.⁹⁶

La siguiente etapa es la de las ordenanzas generales. Las primeras proceden de Felipe IV, y tienen fecha del 28 de junio de 1632. Su contenido versa sobre disciplina militar, mandos, sueldos, ventajas, provisiones de empleos y otras materias. Están inspiradas en las de Alejandro Farnesio. Siguieron a ellas, las Segundas ordenanzas de Flandes, promulgadas por Felipe V en Bruselas, el 18 de diciembre de 1701, que introducían los Consejos de guerra para los delitos militares. El mismo monarca dictó las Ordenanzas de 1728. Ésas fueron reemplazadas por las Ordenanzas de Carlos III de 1768, que se aplicarán en nuestro país hasta 1898.⁹⁷

Felipe V consideró a sus fuerzas militares como el sostén armado y permanente de la integridad de su poder, creándole por tanto una posición privilegiada para que le prestasen obediencia. Nace allí el concepto del fuero militar como un conjunto de exenciones y prerrogativas, de preceptos y normas destinadas “a fijar las relaciones sociales y políticas en conjunto con la masa general también del estado civil, del cual se consideró perpetuamente segregado”.⁹⁸

6.4. El derecho militar español borbónico

Resulta el derecho penal militar español, como nos expresa Abásolo, el fruto particular de una experiencia y de una tradición intelectual paulatinamente consolidadas, en la que se pone de manifiesto la relación existente entre lo jurídico militar y la realidad política y social, como en lo referido a su peculiaridad respecto del resto del ordenamiento jurídico.

Por ello las características del derecho militar, no resultaron ajenas a las circunstancias sociales y políticas del antiguo régimen, constituyendo en primer término, la estructura del fuero militar, una de las tantas manifestaciones de la multiplicidad de instancias jurisdiccionales privilegiadas y socialmente discriminatorias por entonces imperante

Los importantes cambios introducidos en el ámbito de lo penal militar durante el transcurso del siglo XVIII, sólo constituyeron una de las tantas modificaciones que, impulsadas por el absolutismo, afectaron la totalidad del ramo castrense. De este modo, por ejemplo, entre otras manifestaciones de esta índole, debe señalarse la aparición de las academias destinadas a la formación de los oficiales, así como la generalizada imposición de una vestimenta uniforme para todos los soldados. En igual sentido, la relación del absolutismo con el mundo castrense, hallábase marcado por el peculiar militarismo de las monarquías ilustradas, que encontraban en el ejército una institución adecuada y modélica para poner previamente en práctica, aquellas medidas que soñaban aplicar sobre la entera

⁹⁶ Winthrop, William, *Military law and precedents*, second edition revised and enlarged, Government printing office, Washington, 1920, pág. 18

⁹⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre*. Tomo II, Bibliográfica Omeba, 1963, pág.259760.

⁹⁸ Martínez Muñoz, Idelfonso M., *Derecho militar y derecho disciplinario militar*, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 96. Lo entre comillado es cita de Dobranich, Horacio, *Justicia militar argentina*, parte 1, cap. VII, pág. 33.

sociedad. Como lógica derivación de esta orientación, la normativa y jurisdicción castrense fue perdiendo, paulatina y parcialmente, el carácter de instrumentos jurisdiccionales puestos al servicio de un estamento particular, para convertirse, en cambio -en lo que constituye, ciertamente, un preanuncio de la oposición del constitucionalismo a la vigencia de los fueros personales-, en una de las piezas más sumisas y dependientes del aparato de la monarquía.

El absolutismo político se trasladó al plano jurídico, imponiéndose en la materia jurídico militar un monismo legalista (característico, asimismo, de la modernidad jurídica), que tendió a circunscribir la legitimidad normativa al derecho creado por voluntad regia. La fuente de derecho en lo militar, era la voluntad del rey hecha norma. Que se esforzó para evitar la ambigüedad, y asegurar una sólo interpretación, disponiendo que las ordenanzas debían entenderse en todos los casos de modo literal, y sin que pudieran comentarse u opinarse por parte de los particulares.

Desde el Renacimiento se produjo un despliegue más o menos sistemático del derecho penal militar, orientación que a partir del último tercio del siglo XVIII se consolidó por los aportes de la Ilustración. Corriente que postuló en cuanto al diseño y sanción de una normativa, que debía dotársela de abundantes definiciones, claridad expositiva y un orden metódico externo, que hiciesen posible resolver anticipadamente todas las potenciales situaciones jurídicas, en consonancia con la paulatina apreciación en toda Europa de la idea de sistematizar el derecho.

A este respecto, Abásolo concuerda en que, a despecho de las afirmaciones de Tomás y Valiente respecto del derecho represivo ordinario, los contenidos penales auténticamente ilustrados de las ordenanzas de Carlos III constituyeron, a no dudarlo, un evidente anticipo de las abstracciones propias de las codificaciones decimonónicas.

Finalmente, respecto de lo penal castrense, se advierte una paulatina juridización de los procesos castrenses, a fin de dotarlos de mayores garantías. Así, durante el curso del siglo XVIII, se produjo la paulatina transformación de lo penal militar en un derecho de auténtica naturaleza judicial.⁹⁹

En este contexto se produce el 22 de octubre de 1768, la sanción por el rey Carlos II de las *Ordenanzas del Ejército para su régimen, disciplina, subordinación y servicio*. Siendo un código militar sumamente detallado, que contenía reglas generales respecto de la disciplina, la subordinación y servicios en las fuerzas militares.

Las habían precedido las Ordenanzas de la Armada de 1748, inspiradas en tanto en precedentes legislativos propios, como principalmente en las Ordenanzas francesas de 15 de abril de 1689. Que luego fueran reemplazadas por Carlos IV, con las Ordenanzas Generales de la Armada del año 1793.

Constan las Ordenanzas militares de 1768, de ocho tratados y comprenden numerosas y casuísticas disposiciones, acerca de los deberes militares y medios de hacerlos cumplir; reglas de carácter técnico referentes al arte de la guerra; normas de régimen interior y buen gobierno, etc., aparte de las leyes relativas al ejercicio de la jurisdicción militar y al castigo de los delitos y faltas de este orden.

El ciclo de las Ordenanzas se cierra, iniciado ya el siglo XIX, con dos, dictadas por Carlos IV: las llamadas Ordenanzas para el Reclutamiento y sorteo del Ejército, de 27 de

⁹⁹ Abásolo, Ezequiel, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 104/110. A quien seguimos hasta aquí en la exposición del período.

octubre de 1800, referentes a las fuerzas terrestres, y que inserta la Ley 14, título VI del libro VI de la Novísima Recopilación, y las Ordenanzas de matrículas de mar, de 12 de agosto de 1802.¹⁰⁰

Una cuarta época, la de las leyes y reglamentos especiales, se inicia apenas puestas en vigor las Ordenanzas carolinas, que iban siendo derogadas poco a poco por reales decretos, órdenes y circulares.¹⁰¹

6.5. El derecho militar indiano

En las indias se produce la construcción de un modo jurídico militar particular, como nos dice Abásolo¹⁰². Aun cuando a fines del siglo XVIII, el monarca no ocultaba su desagrado frente a las reiteradas prácticas jurídicas indianas que se desviaban de la normativa dispuesta por las ordenanzas de 1768.

Desde los inicios de la presencia española en América, debió amoldarse la normativa militar, con penalidades y jurisdicción militar incluida, a las exigencias locales y propias de la región.

Así, el particularismo fue la nota distintiva, al punto de existir diferencias entre las normativas que se aplicaban en las distintas regiones de las indias.

No todos los aspectos de lo jurídico militar fueron objeto del mismo grado de adaptación, resultando más alterada la praxis forense que el derecho de fondo. El aislamiento de los territorios, la imposibilidad de encuadrar las conductas en las reglas metropolitanas, a demás de la aplicación de antiguas herramientas jurídicas, como la equidad y el arbitrio judicial, y el influjo de nuevos criterios, como la creencia en la función pedagógica de las penas, sirvieron para morigerar el rigor del derecho castrense disciplinario proveniente de la península.

Asimismo, la corona dispone, desde el siglo XVI, que los vecinos y moradores de indias tengan en sus casas armas para la defensa, y se reúnan periódicamente para efectuar ejercicios de prácticas militares.¹⁰³ Antes Hernán Cortés había establecido como obligación de los encomenderos de México, la prestación de servicio militar en 1524. En 1535 fue extendida para en el Virreinato del Perú, disponiéndose asimismo la obligación de poseer armas, por parte de la población en general.

La defensa de la tierra que se habita viene a implantarse como el supuesto de exigibilidad de la prestación militar, muy cercano al concepto romano de la obligación militar, como elemento integrante de la condición de ciudadano. Extremo que no será pasado por alto en el período de la emancipación.

¹⁰⁰ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Torno 1: Preliminares derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 21.

¹⁰¹ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre. Tomo II, Bibliográfica Omeba, 1963, pág. 259760.

¹⁰² Abásolo, Ezequiel, El derecho penal militar en la historia argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 159/163.

¹⁰³ Recopilación de las leyes de los Reinos de Indias, Consejo de la Hispanidad, Madrid, 1943. Ley XX, Libro III, Título IV del 30 de noviembre de 1599.

Pues como nos dice González¹⁰⁴, la carencia de ejércitos permanentes en la mayor parte del territorio americano, obliga a recurrir a todos los vecinos para la defensa. Y en tanto respecto de los encomenderos la obligación es requerida en términos semejantes que el vínculo de vasallaje de la edad media (como contraprestación por la entrega de tierras de parte de la corona), respecto de los moradores, a quienes nada ha dado el rey, se realiza *“por el deber cívico de defender la ciudad y los términos de ella ante un peligro no conjurado”*.

La institución de las milicias, adquiere así una importancia fundamental en América. Si bien en primer término, la corona entiende que no son necesarias, bastando con que la población se armase y ejercitara, durante el siglo XVI, la admitió en un radio no mayor de 20 leguas de la costa, y a partir de 1625, como institución de corte municipal.

Por caso, los miembros de las milicias altoperuanas tenían, en virtud de las instrucciones de 1590, los derechos de portar armas, no ser presos por deudas luego de ser asentados bajo bandera, ni ejecutadas sus armas, caballos, cama ni vestidos, tanto suyos como de sus mujeres, así como premios para los que se ejerciten.¹⁰⁵

Durante el siglo XVII se generaliza el reconocimiento de tales milicias urbanas, siendo cada vez más común hablar no ya de hombres de armas, sino de milicias. Al finalizar dicha centuria es el rey quien asume su función rectora de tales fuerzas, otorgándole atribuciones y privilegios a sus miembros.

El reglamento miliciano de Alejandro O'Reilly en la Habana, de 1764, o su semejante para las milicias del Perú del Virrey Amat, dos años más tarde, son normas que tienden a regular a tales fuerzas, basadas en mayor o menor medida en la Ordenanza de milicias peninsulares de 1764. En el primero y último ordenamiento, se establece que es obligación de todo vasallo, sin diferencias de ninguna índole, servir a su rey y defender la Patria.¹⁰⁶

El reglamento del Virrey de Amat reserva la aplicación del fuero militar a todos los oficiales, incluye a los sargentos, en tanto que los cabos y soldados sólo lo gozarán cuando estén acuartelados o en tiempo de guerra. Por su parte, en el Río de la Plata, el reglamento del Virrey Vértiz de 1781, modificadas luego en 1783. Como nos dice Beverina¹⁰⁷:

“Este criterio muy acertado del virrey Vertiz de hacer primar la calidad sobre la cantidad, le indujo a limitar a un corto número los regimientos y demás unidades de milicias, pudiendo así conceder el fuero militar permanente a todos sus integrantes, desde el oficial al soldado; lo que antes no era posible, porque estando entonces alistados todos los hombres hábiles, se corría el riesgo de dejar inactiva la justicia ordinaria. En los cuerpos de milicias urbanas, en cambio, disfrutaban de dicho

¹⁰⁴ González, Marcela, Las milicias, origen y organización durante la colonia, cuaderno N° 10, Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, pág. 16.

¹⁰⁵ Konetzke, Richard, Colección de documentos para la formación social de Hispanoamérica 1493-1810, Consejo Superior de investigaciones Científicas, Madrid, 1953-1963, I, documento 470, pág. 612, cit por González, Marcela, Las milicias, origen y organización durante la colonia, cuaderno N° 10, Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, pág. 19.

¹⁰⁶ González, Marcela, Las milicias, origen y organización durante la colonia, cuaderno N° 10, Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, pág. 24/6. Cabe destacar que la extensión del concepto de patria en la época, se hallaba limitado a la ciudad o región en la que se habitaba.

¹⁰⁷ Beverina, Juan, El Virreinato de las Provincias del Río de la Plata. Su organización militar, Círculo Militar, Buenos Aires, 1992, pág. 284

*fueron únicamente los oficiales y sargentos, a menos que estuviesen “acuartelados o de facción”; circunstancias en que también los cabos y soldados urbanos disfrutaban de dicho fuero militar”.*¹⁰⁸

Posteriormente, el marques de Sobre Monte dictará en 1801, el reglamento para las milicias disciplinadas de infantería y caballería del virreinato de Buenos Aires, estableciendo la obligación de formar parte de ellas a todos los hombres entre 16 y 45 por no menos de diez años y no más de veinte.¹⁰⁹

Típicamente particular y casuista, el derecho militar indiano terminó siendo el producto complejo de varias fuentes. Del derecho castrense general, propio de toda la monarquía, las autoridades residentes en la península también dictaron normas penales castrenses para la totalidad de las Indias, o para una región de ellas. A la que deben sumarse las propias que dictaron las autoridades locales.¹¹⁰

6.6. El derecho militar patrio

Abásolo comparte con Osvaldo Magnasco, que la revolución de 1810 no pudo hacer sentir de inmediato «*su influencia de reformas radicales*», en el ámbito de la normativa militar imperante en el virreinato. Fenómeno que bien cabe vincular con la nutrida dosis de modernidad jurídica que contenían las ordenanzas de Carlos III. Sin embargo, a partir de la emancipación comenzó a cobrar vida un derecho penal militar de nuevo cuño, caracterizado por su mayor rusticidad y por su paulatino alejamiento de la tradición jurídica hispánica. Si bien se siguió con la normativa militar española, merced a un proceso descrito por Abásolo, como una subrogación más o menos anárquica de numerosas normas del corpus jurídico militar carolino, no exenta de dudas acerca de cuáles eran las normas que se hallaban vigentes. Por otra parte las experiencias bélicas revolucionarias orientaban la formación de un derecho penal castrense original que, adaptado a las circunstancias, pretendía, fundamentalmente, contribuir al logro de la máxima eficiencia castrense en esos tiempos de guerra.

Así, muchas cuestiones, especialmente relacionadas a procesos militares que hoy podríamos catalogar «de gravedad institucional», se decidieron en forma extraordinaria a la luz de «consideraciones importantes de política». Quedando el concreto ejercicio de la justicia militar sometido a las necesidades del momento. Ejemplo de ello es la suspensión del procesamiento de Juan Gregorio de Las Heras por San Martín, debido a que se avecinaba un combate. También lo regulado por el procedimiento fue dejado de lado y en ocasiones se impusieron penas de manera directa. Como explica Abásolo: “*En otras*

¹⁰⁸ Según la real orden del 22 de agosto de 1791, al hablar de las Milicias de Indias, disponía que eran milicias regladas (o disciplinadas) las que tengan plana mayor veterana, asambleas regladas y demás régimen correspondiente, y urbanas las demás que no llenaran tales requisitos (art. 1º).

¹⁰⁹ González, Marcela, Las milicias, origen y organización durante la colonia, cuaderno N° 10, Centro de Estudios Históricos, Córdoba, 1995, pág. 73/4.

¹¹⁰ Abásolo, Ezequiel, El derecho penal militar en la historia argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 164/5.

palabras, el derecho penal de la Argentina revolucionaria terminó amoldándose a las circunstancias de la guerra”¹¹¹.

También respecto de este período, es de aplicación lo dicho por Ladero Quesada¹¹², entendiendo a la época a partir de 1810 como un entrecruzamiento entre un vértice superior jurídico dominado por las ideas liberales y la parte inferior del ordenamiento jurídico que seguía la normativa española. Esto se dio, no sólo en el derecho militar, sino en casi todo el ordenamiento jurídico de nuestra incipiente Nación.

Superada la primera etapa revolucionaria, nos dice Abásolo que las tres décadas que se sucedieron a partir de 1820 fueron el escenario de una sensible transformación del derecho militar argentino, aun cuando la relativa inmadurez de ciertos factores generase el naufragio de una prematura codificación. La gravitación en la época de la modernidad política, se prolongó en el tiempo y se profundizó, comenzando a cobrar forma institucional concreta lo que hasta ese momento no habían sido sino meras aspiraciones teóricas.

Por otra parte, la ausencia tras la disolución de las autoridades nacionales por parte de las provincias de la sanción de normas penales castrenses de fondo, determinó la supervivencia de la tradición jurídica militar hispánica, sin que ello llegara a impedir que con el correr del tiempo cobrase vida un derecho militar autóctono, dotado de gran rusticidad pero adecuado a las exigencias del medio, a base de la peculiar combinación de elementos antiguos y modernos, coexistiendo de manera simultánea los nuevos principios jurídicos surgidos tras mayo de 1810, con la aplicación de conceptos que remitían a la vieja separación de funciones típica del período hispánico.

Asimismo, los nuevos mecanismos introducidos en la materia castrense, estuvieron más en orden a posibilitar el despliegue del mando que atender a las garantías individuales del personal, especialmente de aquellos sancionados o procesados.¹¹³

En este contexto la modificación más importante se produce por la ley sancionada por la legislatura de la Provincia de Buenos Aires, el 5 de Julio de 1823, y sus correlatos en las distintas provincias, la que en su art. 1 abolía en la provincia todo fuero personal así en las causas civiles como criminales. Sin embargo, como nos dice Versaggi¹¹⁴, en su art. 3 se reglaba que el conocimiento de las causas que se formen para la averiguación y castigos de delitos que solo son tales cometidos por un militar quedaban sujeto a la ley militar. Asimismo, el art. 4 normaba que quedaba sujeto a la igual jurisdicción todo delito cometido por los militares dentro de los cuarteles, en marcha, en campaña o en actos de servicio. Igual solución se daba en el art. 5, respecto de los individuos de la marina y matriculados.

Señala en tal orden de cosas, la abolición del carácter personal del fuero, aplicada sin mayores estrépitos primero en el ámbito bonaerense, y después en casi todo el resto de

¹¹¹ Abásolo, Ezequiel, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 218/22. A quien seguimos, salvo cita en contrario, en la exposición del período.

¹¹² Ladero Quesada, Miguel-Angel, *España: reinos y señoríos medievales*, en Real Academia de la historia, *España. Reflexiones sobre el ser de España*, 3º ed., Madrid, 1998, pág. 115/6: “...en España como en otras parte, entre la conciencia medieval de su realidad histórica y la contemporánea de nación-estado, se han interpuesto y desarrollado constituciones política variadas, conceptos y sentimientos complejos”

¹¹³ Abásolo, Ezequiel, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 271/3.

¹¹⁴ Versaggi, Silvia S., *Fueros Militares. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004, pág.11.*

las provincias argentinas, al alterar sustancialmente, como nunca antes, la fisonomía del derecho militar del país. Constituyéndose en un hito fundamental en la evolución del derecho castrense nacional. En efecto, ninguna de las modificaciones que respondiendo a insoslayables necesidades bélicas y políticas, se habían introducido en la materia con anterioridad, trocaron de un modo tan contundente la normativa militar hasta entonces vigente. Con ley porteña de 1823 y el de sus homólogas provinciales, se inicia el proceso de incorporación del derecho castrense argentino a la modernidad, adecuando el orden normativo carolino a las exigencias del constitucionalismo liberal.¹¹⁵

Por lo que en la órbita militar, más que hablar de la abolición del fuero militar, entendemos que debe hablarse de su transformación, de fuero personal, a real o de causa.

Esto se adoptó en igual forma por las restantes provincias. Así en carta del gobernador de Córdoba a su hijo y comandante de las fuerzas provinciales acantonadas en Villa Nueva, escrita en 1846, respecto de quien debía juzgar sobre un delito cometido por un personal militar, le expresaba que si el hecho era puramente de robo, correspondía entenderlo por la normativa civil, en tanto “*si al crimen han acompañado algunas circunstancias que tengan conexión con el servicio*” resultaba de naturaleza militar y debía ser juzgado en Consejo de Guerra. Se seguía al efecto, el procedimiento establecido en las “Ordenanzas generales” de Carlos III, subsistente en la época.¹¹⁶

6.7. Derecho militar posterior a la organización nacional.

Durante los años transcurridos entre 1852 y 1861, nos expresa Abásolo que tratase de una época transicional, en la que resulta evidente que los argentinos de mediados del siglo XIX ya no “sentían” como propias las viejas disposiciones españolas en la materia, ordenamiento por otra parte relativamente poco efectivo, y que a lo largo de las décadas previas se lo había ido desvirtuando y vaciando de contenido. Se comienza entonces a erigirse la todavía prematura estructura de un derecho de nuevo cuño, respecto del cual sólo existía acuerdo firme sobre sus más elementales principios, pero que, por espacio de muchísimos años, no terminaría de definir el detalle de sus instituciones.

Si bien el relativo éxito de los principios jurisdiccionales receptados en la Constitución de 1853 se debió en mucho a su previa aceptación social. Por el contrario, la codificación militar -que, para la época, constituía una auténtica novedad, no en cuanto a su enunciación, ya anticipada durante las primeras décadas revolucionarias, sino respecto su desarrollo concreto-, contó con una escasa fortuna en el terreno práctico, si bien se instaló definitivamente, “*en las formas de concebir el futuro mediato de lo jurídico militar*”.¹¹⁷

Respecto del diseño y aprobación de la Constitución de 1853 con su reforma de 1860, en su aspecto jurídico castrense, se asienta en la abolición del fuero militar como personal, dejando subsistente la posibilidad de una justicia militar por materia. En cuanto a

¹¹⁵ Abásolo, Ezequiel, El derecho penal militar en la historia argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, pág. 272.

¹¹⁶ Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Filosofía y Humanidades. Instituto de Estudios Americanistas “Doctor Enrique Martínez Paz”. Series Documentales Número VII. Cartas entre padre e hijo. Tomo I. Correspondencia entre Manuel López y José Vitorio López (1845-1852). Advertencia de Carlos S. A. Segreti. Introducción y recopilación de Ana Inés Ferreyra. Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1987, pág.92.

¹¹⁷ Abásolo, Ezequiel, El derecho penal militar en la historia argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 341/5.

la distribución de competencias entre los distintos órganos del Estado y el derecho-deber de armarse en defensa de la Patria y la Constitución, remitimos a lo ya expuesto en el capítulo III.

En este período se suministra unas de los más antiguos conceptos dados en nuestro país, respecto de lo que debe entenderse por derecho militar. En palabras de Bartolomé Mitre, en la sesión anterior al 1° de Mayo de 1860, donde la convención constituyente ad-hoc de la provincia de Buenos Aires trató el art. 18 de la Constitución de 1853, se entendía al respecto que: *“En donde hay ejercito, debe haber disciplina y subordinación, y entonces los hombres van sacrificando la libertad, la vida y consagran todo lo que tienen a la salvación de la causa: el militar no esta amparado por la ley común. Así esta definido el derecho militar”*¹¹⁸.

A excepción de la parte pertinente de la Constitución de 1853, los principales cambios acaecidos en la Argentina respecto de lo jurídico castrense no se volcaron en regulaciones institucionales de peso, sino en fundamentales cambios de mentalidad, dichos postulados alimentaron, sin dudas, la paulatina formación de una conciencia nueva, fracturada de la antigua tradición jurídico militar hispano indiana. Así las cosas, digamos, respecto de la específica materia de nuestro análisis, que el sostenido e inconfundible anhelo de actualizar los términos de la realidad jurídico castrense imperante en el país no sólo se orientaba en el sentido de adecuarla a lo preceptuado por la Constitución Nacional, sino que la codificación insinuada entonces ya resultaba, un serio intento de *re-fundar* el derecho militar argentino, racionalizándolo.¹¹⁹

Como nos expresa Albarracín¹²⁰, la primera legislación castrense del período constitucional se encuentra inicialmente dispersa en los Digestos Militares, o en colecciones privadas como las de Augusto Da Rochea Domínguez, y en el cuerpo de los Boletines Militares.

La primera ley en la Nación unificada en materia de organización castrense, es la N° 542, del 28 de septiembre de 1872; la que se ocupa del reclutamiento de forma tradicional, disponiendo el alistamiento de voluntarios, enganchados, destinados y contingentes.

Con anterioridad, la ley N° 162 del 9 de octubre de 1865, había tratado por vez primera y con alcance nacional, lo referente a retiros y pensiones militares. Fijó para su tiempo preceptos claros y equitativos que explican su larga vigencia de treinta años, hasta ser derogada por la ley 4.707, del 28 de septiembre de 1905. Normativa que a tono con la legislación moderna creaba nuevos derechos a los familiares y a otros parientes cercanos, teniendo la particularidad apreciable de que echa las bases del Montepío Militar, al crear en su artículo 19 la caja respectiva, con el propósito de que ella atienda el pago de las pensiones y retiros.

Gobiernos posteriores resuelven disponer de esos recursos, e incorporarlos al tesoro nacional, y el país tiene que esperar casi cincuenta años a que se restablezca el Montepío Militar.

El 3 de noviembre de 1882, se sanciona la ley N° 1254, que trata especialmente de ascensos, cuya virtud es regularizar la situación de los Coroneles mayores, brigadieres y

¹¹⁸ Ravignani, Emilio, Asambleas Constituyentes Argentinas. Tomo 4, Talleres Peuser, Buenos Aires, 1937, pág. 836.

¹¹⁹ Abásolo, Ezequiel, El derecho penal militar en la historia argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, págs. 345/6.

¹²⁰ Albarracín, Francisco, La instrucción y cultura del ejercito en función de la democracia, Talleres gráficos de Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1958, pág. 25/34.

jefes graduados existentes, y establecer la prohibición de conferir empleos en el ejército de línea a los oficiales de milicias. Por primera vez se establece que el empleo o grado de cada militar, constituye una propiedad que no podrá perderse, sino en los casos que ella detalla.

Debe destacarse que Albarracín entiende que con esta norma ya se configura, en nuestro derecho, el instituto del estado militar, como actualmente lo concebimos.

Por el artículo 44, inciso 39, se determinan los principios del Tribunal de Honor, simplificado y limitado hasta el grado de capitán inclusive, se establece el levantamiento de un sumario en forma, para probar la existencia o ausencia de un acto criminal o desdoroso que afecte la moral del ejército, o de una falta grave del deber militar.

La ley N° 3.318 del 11 de noviembre de 1895, establece la organización del ejército de la República a base de un ejército permanente y de la Guardia Nacional; manteniendo todavía las figuras de los destinados y los contingentes, en caso de insuficiencia. Pero su base es el personal voluntario y enganchado, creando un principio de servicio militar obligatorio, al establecer por su artículo 29, que los ciudadanos de 20 años que los cumplan en el año anterior al de su llamado, forman parte también del ejército permanente; pero estos ciudadanos según el artículo 13, al ser llamados, constituyen cuerpos especiales, batallones, regimientos de infantería, artillería, que hacen brigada en los cuerpos veteranos, por espacio de 60 días. Es la iniciación del servicio obligatorio.

Trata también de una organización más completa de la Guardia Nacional y estableció para ella los que se llamaron, ejercicios doctrinales de cuatro horas los domingos, ejercicios de pobres resultados.

Asimismo, en virtud de su artículo 43, quedaba autorizado el Poder Ejecutivo por el término de un año para convocar a la Guardia Nacional activa, en todo o en parte, a recibir instrucción militar en cuarteles o campos de maniobras por un término que no exceda de 90 días.

El 11 de diciembre de 1901, se sanciona la ley 4.031, llamada Ley Riccheri, sobre organización del Ejército y servicio militar obligatorio. La que sienta el principio general de la obligatoriedad del servicio militar personal para todos los argentinos.

A partir de dicha norma, el ejército de línea será formado por el ejército permanente y su reserva, y el ejército permanente está constituido esencialmente por los conscriptos y en parte muy pequeña por voluntarios. Se concluía pues como los contingentes, los destinados y los enganchados.

La presencia en las filas de los jóvenes conscriptos como núcleo principal del ejército permanente, colocaba a las fuerzas armadas de nuestro país en la línea de los ejércitos modernos, y el concepto de la Nación en armas.

Por el artículo 119, se creaba la Tasa Militar que debían pagar los exceptuados del servicio militar. Se dividió la República en diez regiones, a los efectos de movilizar dentro de cada región, los elementos necesarios para la constitución de una división de ejército en pie de guerra y además una o más divisiones o brigadas de caballería independiente, en aquellas regiones capaces de proveer los elementos necesarios a la constitución de éstas, igualmente en pie de guerra.

Su influencia marcó un antes y después en cuanto a la organización militar, haciéndose sentir sobre otras aéreas del derecho militar. Así por ejemplo respecto del Código de Justicia Militar, sancionado poco antes en 1998, que debió ser modificarse casi de inmediato, a fin que las sanciones tradicionales se amoldaran a las particularidades de los conscriptos desde que *“...se trataba ya de contingentes juveniles y de otra moral a los que no era posible aplicar las mismas prescripciones penales”*.

Tal reforma recién se realizó en septiembre de 1905, más debemos dejar constancia que los tribunales y funcionarios militares al expedirse en la aplicación de castigos, supieron amoldarse en todos los casos a la nueva situación creada por la ley de conscripción, interpretando la ley las situaciones más favorables a los acusados.

En septiembre 28 de 1905, aparece la ley 4.707 que introduce diversas modificaciones respecto de la ley 4.031 que la precede, entre ellas la de mayor importancia, la de fijar definitivamente en un año el servicio militar de los conscriptos de 20 años y de dos años para la armada, que rigen hasta ahora. Crea el Tribunal de Clasificaciones de Servicios Militares; y efectúa algunas modificaciones en el nombre y cantidad de los grados, dentro de la jerarquía militar.

El 5 de octubre de 1915, se sanciona la ley de cuadros y ascensos N° 9.675. Que modifica parcialmente la ley 4.707, en el orden del estado militar y en los efectivos de los diferentes grados de la jerarquía militar, pero la modificación de más importancia y que caracterizó esta ley, fue el sistema de crear vacantes en una forma diríamos mecánica, que no dejó conforme al cuerpo de oficiales.

Anteriormente, las leyes que hemos revisado, se limitaban a otorgar los ascensos de acuerdo con las vacantes existentes, y año tras año por medio de las leyes de presupuesto, aumentaban el número de vacantes; otro sistema consistía también en las disposiciones transitorias, como llamaban a ciertos articulados del final de leyes, en donde ofrecía a los oficiales el retiro con el grado inmediato superior; a base de tener tales y cuales años de servicios y antigüedad en el grado.

Pero en el caso de la ley 9.675, que tampoco dejó de aprovechar las "Disposiciones transitorias", creó un sistema por el cual se eliminaban fatalmente un determinado grupo de oficiales, no obstante ser aptos para el ascenso. Ello dio lugar a que se dictara la ley 11.079, de octubre 6 de 1920, suspendiendo los efectos de la ley 9.675, en lo que respecta al artículo 60, inciso d), que era el punto más cuestionado, y aún más se facultó al Poder Ejecutivo a reincorporar a los oficiales ya retirados y otorgarles el grado inmediato superior de esta ley.

Dicha norma incorporó a su texto el artículo 51, creando los Tribunales de Honor, que por falta de antecedentes en el archivo del Congreso, se ignora quien la propuso, pues en el texto del Proyecto de ley que el Poder Ejecutivo envió al Congreso, esa creación no figuraba.

Posteriormente, se sancionaron las leyes N° 12.911, 12.913 y 12.980, hasta llegar a la ley N° 13.996, de fecha 29 de septiembre de 1950. Pero también proliferaron numerosos decretos-leyes, desde el año 1943 hasta el 16 de septiembre de 1955.

En virtud de tal legislación, desapareció la Tasa Militar como fuente de recursos para la construcción de cuarteles. Se suprimió el privilegio de los estudiantes de hacer sólo tres meses de servicio militar, con el pretexto de formar oficiales de reserva, y el de acortar el tiempo de servicio a los que demostraran habilidad en el tiro. Se incorporó a la mujer a las reservas y la creación del Ministerio de Defensa Nacional.

En el año 1951, por ley 14.028 se sancionó un nuevo Código de Justicia Militar, sobre la base del proyecto del general auditor Sachieri. Que es el actualmente vigente.

CAPÍTULO V

Concepto, naturaleza y adjetivantes del estado militar

El Estado puede exigirle al ciudadano el sacrificio temporáneo de su libertad personal y, en caso de guerra, incluso el de su vida, pero no puede reducirlo a la condición de cosa, ni someterlo a tratamientos que contrasten con la dignidad humana. Por lo que no puede haber contraste alguno entre la disciplina de las fuerzas armadas y los principios fundamentales de la Constitución.
Bachelet

1. Concepto

Tal como nos dice Fiorini, la expresión gramatical estado militar tiene proclividad a la confusión, atento su significación multívoca, desde que se utiliza para denominar a cierta especie de desviación del poder estatal, identificando también una circunstancia temporal en el orden jurídico de un país cuando rigen disposiciones de ley marcial, como se refiere a la situación jurídica de los “agentes” de las fuerzas armadas. Siendo la primera es una calificación de carácter político, mientras que la segunda resulta una expresión genérica que exhibe la vigencia de la justicia militar para la población civil, en tanto la tercera ajusta una calificación jurídica indicativa de una situación objetiva de reconocimiento de obligaciones y derechos que califican el ejercicio profesional de las funciones del militar en su grado, situación y destino.¹ Este último sentido es con el que la empleamos.

Cabanellas de Torres², trascendiendo los significados de las palabras aisladas y ya entrando en la definición del concepto, entiende que estado militar es la condición o estatuto personal que para un individuo resulta de su pertenencia permanente o circunstancial a las Fuerzas Armadas de una Nación; con ciertos derechos, grandes deberes, muchas posibilidades (como depositarios de la fuerza), y tremendas responsabilidades por el ejercicio del mando y la conducción de operaciones bélicas.

En su tercera acepción, es la serie de derechos, prerrogativas y honores propios de cada empleo militar (art. 540 del CJM Arg.).

Contamos asimismo con una definición normativa en nuestra legislación, dada en el art. 5º, primera parte, de la ley 19.101, que expresa: “*estado militar es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos, para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de la fuerza armadas*”.

¹ Fiorini, Bartolomé, Estado Militar, en Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XI, Driskill s.a., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1977, pág. 18.

² Diccionario Militar. Aeronáutico, naval y terrestre, Tomo II (COM-GUER), Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962, pág. 610.

En las legislaciones extranjeras encontramos definiciones análogas del concepto, como por caso en la ley paraguaya N° 1.115/97 del estatuto del personal militar³, o en el Estatuto de los Militares del Brasil, ley N° 6.880, del 09/12/1980.⁴

La legislación italiana, por su parte, si bien lo divide por categorías al instituto (estado de oficial, estado de suboficial y estado de tropa), tiene en las diversas leyes, un concepto unitario entendiendo por tal al “*complejo de deberes y de derechos inherentes al grado*”.⁵

De nuestra parte entendemos que el estado militar es un instituto jurídico, que funge a modo de elemento jurídico concentrador, a fin de dar conjuntamente base y unidad a toda una serie de normas jurídicas, pero también, a principios políticos, y hasta sociológicos.

De tal forma, se estructura en una situación jurídica personal derivada de la del ciudadano, y consistente en un complejo interrelacionado tanto de deberes y derechos, como de potestades y cargas, que modulan la actuación jurídica del sujeto, tanto en la esfera de lo público (hacia dentro de la organización militar, como hacia fuera, dentro del estado y de la comunidad política que sostiene) como de lo privado.

2. Naturaleza

2.1. Como estado profesional

En el punto 5.2. del primer capítulo habíamos diferido a esta parte la contestación acerca de las posturas que entienden al estado militar como un estado profesional. Por caso la de Garrone, quien entiende al estado militar, como consistente en la sujeción de quien lo profesa a una jurisdicción especial (fuero real) y a un peculiar régimen penal y disciplinario, dentro de los estados profesionales.⁶ En similar sentido se pronunciaba, como habíamos visto entonces, Borda⁷.

Si bien en sus inicios el estado militar se reservaba para las categorías permanentes de las fuerzas armadas⁸, cuyo correlato en nuestro derecho lo hallamos en el art. 15 de la ley 4707, el desarrollo histórico del derecho militar ha “democratizado” el concepto, haciéndolo en la actualidad extensivo, no sólo de todas las categorías militares (oficiales,

³ Artículo 10: “*El estado militar es la situación jurídica en que se encuentra el personal militar de las Fuerzas Armadas de la Nación, en razón de estar sujeto a un conjunto de deberes, obligaciones, derechos y prerrogativas que las leyes y reglamentos militares establecen conforme a su grado, situación y destino*”.

⁴ Art. 7º: “*A condição jurídica dos militares é definida pelos dispositivos da Constituição que lhes sejam aplicáveis, por este Estatuto e pela legislação, que lhes outorgam direitos e prerrogativas e lhes impõem deveres e obrigações*”.

⁵ Legge 10 aprile 1954, n. 113 (en Suppl. alla Gazz. Uff., 29 aprile, n. 98). Stato degli ufficiali dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica, art. 1: “*Lo stato di ufficiale è costituito dal complesso dei doveri e dei diritti inerenti al grado. Lo stato di ufficiale sorge col legittimo conferimento del grado e cessa con la perdita del grado*”; Legge 18 ottobre 1961, n. 1168 (in Gazz. Uff., 17 novembre, n. 285). Norme sullo stato giuridico dei vice brigadieri e dei militari di truppa dell'Arma dei Carabinieri, art. 1: “*Lo stato del militare di truppa dell'Arma dei carabinieri è costituito dal complesso dei doveri e dei diritti inerenti al grado. Lo stato sorge col conferimento del grado e cessa con la perdita dello stesso*”.

⁶ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 90.

⁷ Borda, Guillermo, Tratado de derecho civil. Parte general. Tomo I, 7º edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, pág 385.

⁸ Por caso, la ley francesa del 19 de mayo de 1834 sobre el estado de los oficiales (Etat des officiers).

suboficiales, tropa y alumnos), sino de todos los tipos de prestación militar, aun las de naturaleza temporal⁹.

Ello basta para desestimar la identidad, desde que como estado profesional, únicamente podría poseerse cuando la prestación militar fuera de carácter permanente.

Lo antes dicho no va en contra de entender que la prestación militar de carácter permanente tiene rasgos de profesionalidad. Pero no determina que tal carácter sea exigible como parte del estado, por lo antes dicho.¹⁰

2.2. Como relación especial de sujeción

A más de lo ya expuesto en el punto 7.2.1 del primer capítulo, desestimándola no sólo respecto de la esfera militar, sino como instituto jurídico útil dentro de un Estado de Derecho, peca asimismo de no abarcar determinadas situaciones, como los derechos propios del personal militar y sus relaciones para con la sociedad, al concentrarse el concepto en los deberes y restricciones de derechos dentro de una relación de prestación de servicios militares únicamente respecto del Estado.

A este respecto, es primordial señalar que la doctrina, en particular la italiana¹¹, ha distinguido al estado militar de la relación de empleo militar como dos conceptos jurídicos diferentes. Si bien, poseen una fuerte correlación, por estar dirigidos respecto de un mismo sujeto (el militar), resultan diferentes institutos jurídicos. En el caso del estado dado por la posesión (simple o en propiedad) de un grado, y en el otro respecto de una determinada relación de empleo (en sentido amplio) militar.

Un ejemplo puede poner en perspectiva lo antes dicho: tanto la reserva incorporada a filas, mediante convocatoria obligatoria, como el personal que ingresa al cuadro permanente de forma voluntaria, tiene estado militar. Pero en tanto el vínculo de la persona con el Estado, si bien de derecho público en ambos supuestos, en el primer caso importa el cumplimiento de una carga pública en tanto en el segundo adquiere ribetes de una relación de empleo. Produciendo en uno y otro caso, la puesta a disposición del Estado, efectos diferentes.¹²

Y más aún: situarla dentro de la categoría más genérica de relación jurídica comporta un error, pues como nos expresa la doctrina, la relación de servicio del personal militar no se corresponde exactamente con el concepto de estado militar, si bien se subsume

⁹ Ver al respecto, lo desarrollado en el capítulo III respecto de las modalidades que asume la prestación de armas.

¹⁰ Respecto a la distinción entre la relación o vínculo en virtud del cual se lleva a cabo la prestación militar y el estado militar, vide infra lo expuesto en el apartado donde se trata acerca de la relación especial de sujeción.

¹¹ Breglia F., *Lo stato degli ufficiali dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica, secondo la legge 10 aprile 1954*, n. 113, Milano, Giuffrè, 1954, pág. 5; Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, V - "Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa", II ed., Milano, Giuffrè, 1957, pág. 44; Landi G., "Ufficiali e sottufficiali", in *Nov.mo Dig. It.*, XIX, Torino, Utet, 1975, pág. 1034.

¹² En esto el derecho militar argentino se diferencia, por caso, del italiano, que no tiene un concepto unitario de estado militar sino por categorías (oficiales, suboficiales y tropa) y sí una forma de prestación militar única consistente en el servicio permanente. En cambio en nuestro derecho el concepto de estado militar es único (art. 5° ley 19.101), y la prestación militar puede asumir distintas modalidades (obligatoria, voluntaria, permanente, temporal), tal como hemos visto en el capítulo II.

o ejercita en práctica de modo conjunto.¹³ Por lo que dicha posición importa además, y en definitiva, apreciar la cuestión desde un punto de vista extrajurídico y superficial.

Por todo ello, la relación especial de sujeción o en definitiva cualquier tipo de conceptualización del estado militar como algo de naturaleza relacional, deviene en incorrecta, a la luz tanto de nuestro derecho como en el orden comparado.

2.3. Como estatuto

Es interesante destacar que en el tratamiento dado por Fiorini al instituto del estado militar, subyace la consideración clásica o decimonónica de éste, que lo entiende como una especie de estatuto profesional. En dicho sentido es que expresa:

*“El reconocimiento legal del estado militar ha motivado ciertas críticas por quienes pretenden verlo como el establecimiento de funcionarios estatales con prerrogativas de privilegios. Este enjuiciamiento identifica la situación jurídica que corresponde al militar como profesional técnico de carrera con aquellas demasías o privilegios que por la misma puedan reconocérsele. Los privilegios equívocos pueden también existir sin necesidad del reconocimiento jurídico del estado militar que comentamos. Estado militar y privilegios no son situaciones idénticas. Se pretende también que el Estado puede crear una casta o una clase de funcionarios fuera de los principios igualitarios y republicanos, pero este error proviene de la asimilación de la situación, jurídica con privilegios. El estado militar es una situación jurídica mientras que los privilegios son consecuencias de una política jurídica que los reconoce como tales. Los privilegios no los ha creado el estado militar sino normas creadoras de la desigualdad. Hay un estado militar como lo hay para los funcionarios civiles, o para la docencia, etcétera. Realmente el estado sólo es una consecuencia accesorio de toda la profesionalidad con carrera y cumple una función de eficacia. La preparación técnica y funcional, la dedicación exclusiva y permanente de los agentes son los motivos que crean el estado y que con relación a los funcionarios del ejército recibe el nombre de estado militar”.*¹⁴

¹³ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Introduzioni [On line]. Disponibile en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/introduzione.htm [Consultado: 12 de julio de 2005]: “- il rapporto di impiego del personale militare (il servizio permanente) non corrisponde esattamente con lo stato giuridico, concetto più ampio che comprende uno speciale rapporto tra militare e amministrazione che non si estingue con la cessazione del rapporto di impiego, ma si collega alle vicende attinenti al grado gerarchico: in sostanza per i militari vige una doppia relazione giuridica con l'amministrazione, l'una, indipendente dall'impiego, riguardante il grado, l'altra connessa con la costituzione dello speciale rapporto di impiego militare che, nella sua costanza, assorbe quella relativa allo stato giuridico.”

¹⁴ Fiorini, Bartolomé, Estado Militar, en Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XI, Driskill s.a., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1977, pág. 18.

Esta orientación, subyace al día de hoy en el derecho francés, en donde frecuentemente se refiere a la situación de los militares en términos de estatuto. Por caso, Eugène-Jean Duval, quien entiende que:

“... los militares siempre están regidos por un estatuto que se distingue fuertemente de los que rigen respecto de otras categorías de la función públicas: no tienen derecho de huelga, ni derecho a la representación de sus intereses profesionales, su libertad de expresión es restringida y están sujetos a una disponibilidad permanente”¹⁵

En este punto, cabe distinguir entre estado y estatuto. Si bien no todo estado conlleva un estatuto, ni todo estatuto hace adquirir estado al destinatario de sus normas, no podemos menos que reconocer que son conceptos que se hallan relacionados con no poca frecuencia en el campo de la experiencia jurídica.

En lo atinente a la prestación militar, desde siempre se ha podido distinguir dos tipos de relaciones o aspectos jurídicos que hacen a lo militar. Por una parte, lo relativo al título de constitución de la relación, y por el otro, la posición individual que trae aparejada el grado jerárquico que se posea.

No todos los militares se hallan vinculado al Estado por una misma causa. Ya hemos visto a este respecto las distintas formas que la prestación militar puede revestir, en el capítulo III. Y como veremos en el siguiente capítulo, tampoco todo militar guarda igual relación de servicio con el Estado. Tales extremos, por tanto, bastan de por sí para invalidar la consideración del estado militar como una forma de naturaleza estatutaria.

Sí, en cambio, es una situación de base, que tiene como una de sus consecuencias el sujetar a la persona a determinado régimen de servicio. Independientemente que su ingreso a las Fuerzas Armadas haya sido voluntario u obligatorio, temporal o permanente, todos ellos tienen una colocación o encuadre específico en la escala jerárquica militar, que jurídicamente tiene el efecto de hacerlo destinatarios de un complejo común de derecho y obligaciones. Este estatus jurídico de base, común a todos los militares, es lo que recibe la denominación en nuestro derecho de estado militar. Para el cual no es relevante el modo en que se ha constituido la relación de servicio, o la temporalidad o no de ella.¹⁶

¹⁵ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm>: “... les militaires ont toujours été régis par un statut qui se distingue fortement de celui régissant les autres catégories de la fonction publique: ils n'ont ni droit de grève, ni droit de représentation pour la défense des intérêts professionnels, leur liberté d'expression est restreinte et ils sont astreints à une disponibilité permanente”. Incluso en la ley de 1972, actualmente vigente (Statut general des militaires), se recoge dicha concepción. [Consultado: 29 de febrero de 2004]; Duval, Eugène-Jean, Etapes de la citoyenneté des militaires, 1789-1999, Ed. des Ecrivains, Paris, 2000.

¹⁶ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: La configurazione del contenuto del servizio militare ha da sempre portato a distinguere due tipi di rapporti giuridici che fanno capo al singolo militare: uno relativo al titolo di costituzione del rapporto, l'altro relativo alla posizione interna individuata nel grado gerarchico rivestito. Ciascun militare, in base alla obbligatorietà o alla volontarietà del rapporto di servizio militare, si trova legato all'amministrazione militare da vincoli sostanzialmente diversi, ma la sua precisa collocazione nella scala gerarchica lo riconduce ad un comune complesso di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, conosciuto come disciplina militare, di cui i doveri attinenti al grado costituiscono momento qualificante e specializzante. Esiste, in

Como se ha expresado, este instituto, en el que descansa todo el régimen jurídico del personal castrense, se ha regulado con la finalidad de que las Fuerzas Armadas estén en condiciones de cumplir la misión definida en la Constitución, por lo que el estado militar en su sentido más amplio, queda configurado por la sujeción a los principios de disciplina, jerarquía y unidad característicos de la organización militar, a unas reglas morales de actuación y a las leyes penales y disciplinarias militares. Dicha configuración exige como su más inmediata consecuencia, que el militar tenga un régimen específico (si bien puede revestir distintas modalidades), y cuente con la habilitación suficiente para el ejercicio profesional en las Fuerzas Armadas, a partir de su incorporación a la escala o especialidad correspondientes. Igualmente, resulta imprescindible para se considera muy necesario clarificar las funciones del militar y asegurarle a éste el debido ejercicio de sus derechos y garantizar su dignidad ínsita.

3. Antecedentes

Como antecedente del estado militar, y proveniente de la legislación militar española, vigente entre nosotros hasta la sanción de las leyes militares naciones de fines del siglo XIX, encontramos lo relacionado al fuero militar. La unión entre ambas figuras es clara, como podemos apreciar en la conceptualización de este último efectuada por De Barcardi¹⁷ en el sentido que *“la voz fuero tiene distintas acepciones... bastando decir que en esta obra generalmente se usa en el de reunión o agregado de los privilegios que se concede a cierta clase de personas, bien algunas veces se emplea también en el de jurisdicción y potestad de juzgar”*.

Como puede apreciarse, si bien no exento de transformaciones, el instituto del estado militar tiene una antigüedad importante y continua en nuestro derecho, con antecedentes históricos que se remontan incluso antes de nuestra existencia como Nación, y hasta del descubrimiento mismo de América.

En las partidas de Alfonso el Sabio¹⁸, la segunda ellas, le dedica su título XXI¹⁹, y allí encontramos uno de las conceptualizaciones de los militares con relación al estado militar, lógicamente imbuida de la cultura del medioevo. La que decía:

sostanza, uno stato giuridico di base, comune a tutti i militari, che possiamo identificare nello status militis, per il quale non è rilevante il modo con cui si è costituito il rapporto di servizio o le temporaneità o meno dello stesso. Non a caso l'estromissione del militare dalle Forze armate, con la conseguente perdita dello stesso status militis, è tecnicamente definita degradazione, mentre il rapporto con l'amministrazione militare, basato sul grado gerarchico, non si estingue con la cessazione del servizio attivo alle armi (il passaggio nel congedo), ma permane addirittura al momento del transito nel congedo assoluto, in una posizione soggettiva, cioè, per la quale il cittadino non ha più alcun obbligo di servizio militare, né in tempo di pace né - tanto meno - in tempo di guerra. In definitiva, il rapporto giuridico relativo alla posizione di servizio, obbligatoriamente o volontariamente assunta, ha una sua vicenda interrelazionale che nasce con la concreta incorporazione e si conclude con la collocazione a riposo.

¹⁷ De Bacardi, Alejandro, Nuevo colón o sea tratado del derecho militar de España y sus indias, segunda edición, cuarto tiraje, Tomo 1, Establecimiento tipográfico de Narciso Ramírez, Barcelona, 1857, libro primero, título I (Del fuero militar) parágrafos 1 a 4 y Capítulo primero (personas que gozan fuero militar), pág. 1 a 5.

¹⁸ Tomada de Martínez Alcubilla, Marcelo, Códigos antiguos de España. Desde el fuero fuzgo hasta la novísima recopilación, López Camacho impresor, Madrid, 1885, pág. 331. Lo entre paréntesis nos pertenece.

¹⁹ “ *De los cavalleros e de las cosas que les conviene fazer* ”

“Defensores (militares) son uno de los tres estados porque Dios quiso que se mantuviese el mundo. Ca bien así como los que ruegan a Dios por el pueblo, son dichos oradores, e otrosí los que labran la tierra, e fazen en ella aquellas cosas, porque los omes han de biuir e de mantenerse, sin dichos labradores: otrosí los que han a defender a todos, son dichos defensores. E por ende los omes que tal obra han de fazer, touieron por bien los antiguos, que fuesen muchos escogidos. E esto fue porque en defender yazen tres cosas: esfuerco, e honra, e podería. Onde pues que en el título ante deste, mostramos cual deue ser el pueblo a la tierra do mora, faziendo el linaje que la pueble: e labrándola para auer los frutos dela: e enseñorandose de las cosas que ella fueren, e defendiéndola e guardándola de los enemigos. Que es cosa que conuine a todos comunalmente. Pero con todo eso, a los que mas pertenece, son los caballeros a quien los antiguos dicen defensores. Lo vno porque son mas honrrados. Lo al porque señaladamente son establecidos por defender la tierra y acrecentarla. E por ende queremos aquí falar dellos. E mostrar porque son asi llamados. E como deben ser escogidos. E cuales deuen ser en si mesmos. E quien los puede fazer. E a quien. E como deuen ser fechos. E como se deben mantener. E quales cosas son tenudos a guardar. E que es lo que deuen fazer. E como duen ser honrrados, pues que son caballeros. E por quales cosas deuen perder aquella honrra”.

Como puede verse, con las salvedades de su época histórica, lo transcripto es una explicitación del *status militaris*.

Puede verse aquí como el *ordo militaris* se transforma en el *status defensoris*, entendido el *status* de acuerdo a los rasgos característicos de la sociedad estamental medieval; siendo una condición derivada de la pertenencia, estable y con cierta inamovilidad a una clase social, a la que corresponde una esfera jurídica determinada.

Como podemos observar, si bien el concepto moderno se halla desvinculado de cualquier consideración social y más aún, se enmarca como instituto jurídico dentro de una sociedad libre y abierta, al decir de Hayek, conserva en su estructura esa relación causa-consecuencia de la condición derivada de la pertenencia, en nuestro caso a resultar inscripto dentro de una jerarquía, la militar.

Qué es este “*estado de defensor*”, a quienes comprende, y las regulaciones respecto de su adquisición, pérdida y las consecuencias que para el sujeto entraña. Esto es lo que el título tratará, a lo largo de sus veinticinco leyes.

En la primera de ellas²⁰, al explicar las razones del nombre, destaca la continuidad de la función castrense, en su consideración jurídica como sector diferenciado del derecho, desde Roma en adelante.²¹

El siguiente paso adelante en la conformación de la condición jurídica del militar como hoy la conocemos, se dio en la edad media con el fuero militar.

²⁰ “Ley I.- Porque razones la caballería e los caballeros ouieron así nome”.

²¹ Ver al respecto lo expuesto en el Capítulo II respecto de la evolución del militar, y en el IV en lo concerniente al desarrollo histórico del derecho militar.

Para las leyes españolas la voz fuero tenía diferentes acepciones, una de ellas era: de reunión o agregado de los privilegios que se conceden a cierta clase de personas y como jurisdicción y potestad de juzgar. Bajo esta óptica se divide en ordinario, y especial o privilegiado. El fuero ordinario el que gozaban todos los ciudadanos y también es el poder de conocer en todas las causas civiles y criminales en general, excepto los que correspondían a juzgados especiales. El fuero especial o privilegiado, era la reunión de exenciones concedidas a determinadas clase de personas y también el poder de conocer de las causas civiles y criminales de cierta clase, o relativas a ciertas personas que las leyes sustrajeron de la jurisdicción ordinaria.²²

El fuero militar era de carácter especial, abarcando a todos los militares²³ y siendo entendido como “... *premio y recompensa de los que a costa de las mayores fatigas y riesgos, exponiendo sus propias vidas eran el más firme sostén del Estado*”.²⁴

El fuero militar se remonta al Derecho romano. Aceptado en Castilla, pasó a las Indias y revistió en todo momento gran importancia para la gente de armas, al punto de constituirse a veces en el único incentivo de la carrera. Si bien en nuestro continente se dictaron en los dos primeros siglos se dictaron algunas leyes reglamentarias, que recogió en su mayor parte la Recopilación de 1680, pero fue en el siglo XVIII cuando se reglamentó con mayor detalle, dentro del marco de las reformas militares que emprendieron los Borbones.

Su expansión máxima lo marcó el real decreto de 1793, dictado en vísperas de la guerra contra Francia. Varias disposiciones posteriores definieron su alcance, por lo general con criterio restrictivo: vigencia del fuero para todo lo relacionado con la persona y oficio del militar, pero no con otras actividades que podía tener. De todos modos, fue el más extenso de los fueros especiales.²⁵

Como antecedentes del estado militar, podemos también citar a la creación en el reino de Prusia, en 1794, de la categoría de los funcionarios. Las personas que ingresaban en tales términos al servicio del Estado debían, a cambio de garantías irrenunciables contra despidos y una paga regular, aunque modesta, “*ser siervos incorruptibles y leales al Estado, dispuestos a trabajar dónde y cómo el gobierno les mandara*”.²⁶

Por otra parte, la especial posición de los militares respecto de la corona, dentro del cada vez más acentuado proceso de afirmación de la monarquía, determinó que la relación entre ambas partes fuera peculiar respecto de los demás sectores de Estado, y estrechamente ligada a la figura del monarca.²⁷ Determinando ello, en cuanto a su situación jurídica, el

²² Versaggi, Sivlia S, Fueros Militares. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004.

²³ Con el correr del tiempo se amplió aún más, comprendiendo también a sus familias.

²⁴ De Bacardi, Alejandro, Nuevo Colon. Tratado de Derecho Militar de España y sus Indias, Establecimiento tipográfico de Narciso Ramírez, Madrid, 1857, pág. 4.

²⁵ Levaggi, Abelardo, Manual de historia del derecho argentino (Castellano-indiano/nacional), Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 35/6.

²⁶ Schoenfeld, Almut, Cuestionan en Alemania el generoso sistema de pensiones. The Wall Street Journal, publicado en La Nación del Día martes 6 de abril de 2004, sección 2, pag. 7.

²⁷ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_2.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]. Como hemos podido ver en el capítulo III, el otorgamiento a la figura del presidente del

creársele a través de una serie de normas en el tiempo, una posición privilegiada para que le prestasen obediencia. Separando su condición frente al derecho, de la masa general que se regía por el estado civil²⁸, considerado éste en sentido amplio.²⁹

Cabe destacar asimismo, que no siempre todo militar gozó de tal estado. Por caso en Francia, donde se instituye por vez primera³⁰, alcanzaba sólo a la categoría de los oficiales. No fue sino hasta 1928 que se lo extendió a los suboficiales de carrera³¹, y recién en 1972³² se contó con un estado de carácter general a todos los miembros de las Fuerzas Armadas.

Esta noción de estado en el derecho francés, reconoce como elementos previos conformantes, en un proceso de evolución paulatina, y respecto de normas que llegan con su influencia a nuestros días, al decreto imperial del 16 de junio de 1808 (concerniente al matrimonio de los militares en servicio activo); el decreto imperial del 3 de octubre 1808 y la ley del 14 de abril de 1832 sobre ascensos en el ejército.

Se desarrolla en tal forma un estado militar, que se distingue por su carácter de profesionalidad, en virtud del cual el ejercicio de la prestación militar queda relegado por la ley, que establece los hábitos profesionales dentro de las funciones específicas del servicio de armas y que alcanza tanto al ejercicio de esa función pública, como a ciertos aspectos de la vida privada del militar, cuando ello resulta susceptible de afectar a lo primero.

El concepto, como es de observar, ha ido formándose desde la antigüedad, sobre la base de las respuestas jurídicas dadas a las necesidades propias de lo militar. Proceso en el cual los usos y costumbres no han tenido un papel menor, al punto que las normas consuetudinarias todavía hoy en día tienen una incidencia en el derecho militar más marcada que en otras ramas del derecho.

Este proceso culminó en las legislaciones de cada Estado que contribuyeron a proporcionar los elementos jurídicos necesarios a la moderna definición del estado militar, y que se fundamentaron igualmente en los principios aceptados en la comunidad internacional respecto de los modos de actuación en los conflictos armados.

La necesidad de tener a disposición permanente al militar para el cumplimiento de las funciones que le son propias, es la principal justificación en el presente, de esta regulación especial de sus deberes y derechos.³³

Si bien el estado militar tuvo desde su nacimiento, y hasta mediados del siglo XX un acentuado particularismo, hoy en día se reclama una visión integrada del mismo dentro del contexto jurídico.³⁴ En opinión de Duval, si bien sigue siendo deseable que los militares se

cargo de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, en nuestra Constitución, reconoce como influencia a este tipo particular de relación.

²⁸ Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 96. Lo entre comillado es cita de Dobranich, Horacio, Justicia militar argentina, parte 1, cap. VII, pág. 33.

²⁹ Ver al respecto lo expuesto en el Capítulo I en referencia al tema.

³⁰ Por la ley del 19 de mayo de 1834 sobre el estado de los oficiales (Etat des officiers).

³¹ Ley del 30 de marzo de 1928 (Statut des sous-officiers de carrière).

³² Le statut général des militaires.

³³ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm> [Consultado: 29 de febrero de 2004]: "...la disponibilité permanente est par principe justifiée, l'Etat en a besoin".

³⁴ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm>

encuentren bajo un *status* propio, el marcado particularismo que le imprimió el derecho castrense de los tiempos pasados, ha quedado en gran parte desfasado por la evolución general de la sociedad.³⁵ Tal afirmación no es sino la proyección al instituto del estado militar, de la concepción de complementariedad del derecho militar.³⁶ Que en lo que respecta a nuestra tesis, se recepta principalmente, en la consideración del estado de los militares como una especie dentro del de la ciudadanía.

4. El concepto alemán: la *innere Führung* y el instituto del *staatsbürger in uniform*

Los artículos 1 a 19 de la ley fundamental alemana mencionan los derechos básicos que resultan aplicables a todos los ciudadanos alemanes, tales como la igualdad ante la ley, la libertad de expresión, la prohibición de la discriminación por motivos de raza, género, religión o convicciones políticas. Como resabio de una voluntad clara por eliminar todo retorno al pasado, el texto normativo es claro al prohibir el desarrollo de actividades políticas que puedan amenazar con subvertir el régimen político democrático.³⁷

La integración del militar dentro de la comunidad civil es una característica de la *Bundeswehr* alemana, anclada en el concepto fundamental de “ciudadanos de uniforme”, que se ha convertido con el tiempo en una verdadera pauta cultural. Se trata de un individuo libre en el que se integra a un mismo tiempo, un ciudadano responsable y un soldado operacional.³⁸

[Consultado: 29 de febrero de 2004]: “Il n'est pas sain de vouloir imposer un régime monastique à une catégorie particulière d'agents au service de l'Etat. Les militaires font partie de la société et, comme le chef des armées l'a rappelé trois années de rang à l'occasion de la présentation des vœux des armées, la société militaire doit de plus en plus être alignée sur la société civile”.

³⁵ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers

TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm>

[Consultado: 29 de febrero de 2004]: “Oui, il est souhaitable que les militaires soient soumis à un statut particulier, mais le particularisme des temps anciens est en grande partie totalement dépassé du fait même de l'évolution générale de la société”.

³⁶ Ya tratada en el Capítulo IV a donde remitimos.

³⁷ Artículo 17. a. 1. Las leyes sobre el servicio militar y el servicio sustitutivo podrán disponer que para los individuos de las Fuerzas Armadas y los componentes del servicio sustitutorio queden limitados, durante el tiempo de prestación de uno u otro, el derecho fundamental a expresar y difundir libremente la propia opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen (art. 5, par. 1, primer inciso, primera oración), el derecho fundamental de libertad de reunión (art. 8.o.) y el derecho de petición (art. 17), siempre que quede a salvo el derecho a presentar ruegos o quejas en grupo. 2. Las leyes destinadas a asegurar la defensa, incluyendo la protección de la población civil, podrán disponer que se restrinjan los derechos de movimiento y residencia (art. 11) y de inviolabilidad del domicilio (art. 13). (Art. 17^a (1) Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst können bestimmen, daß für die Angehörigen der Streitkräfte und des Ersatzdienstes während der Zeit des Wehr- oder Ersatzdienstes das Grundrecht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Artikel 8) und das Petitionsrecht (Artikel 17), soweit es das Recht gewährt, Bitten oder Beschwerden in Gemeinschaft mit anderen vorzubringen, eingeschränkt werden. (2) Gesetze, die der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung dienen, können bestimmen, daß die Grundrechte der Freizügigkeit (Artikel 11) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13) eingeschränkt werden).

³⁸ Buis, Emiliano J: *La defensa nacional en Alemania y las relaciones cívico-militares: la innere Führung y la figura del staatsbürger in uniform*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina.

Esto lleva a aceptar que determinados derechos puedan ser limitados o regulados de modo distinto en el personal militar, como se halla aceptado en su misma ley fundamental.³⁹

Los lineamientos de la *Innere Führung*, noción entendida como conciencia cívica y creada ya hacia 1952-3, implican un liderazgo militar vinculado con el cumplimiento de labores sociales y políticas, esencialmente a través del respeto y la protección de la dignidad humana y del sistema de derecho, y su inclusión en el seno de la sociedad de la que forman parte.

La idea básica de los fundadores del Bundeswehr, sobre la cual se ha estructurado el ejército de la República Federal Alemana luego de la segunda guerra mundial, es la que pretende compatibilizar los valores propios de una sociedad democrática con las necesidades inherentes de una organización militar.

Evidentemente, como nos dice Buis a quien seguimos en el tema, el surgimiento de dicho concepto, como la propia conformación de las fuerzas armadas alemanas luego de la segunda guerra mundial, representa una respuesta frente a los antecedentes históricos.⁴⁰ La presencia, en primer lugar, del rígido esquema de obediencia genérica y la separación tajante entre sociedad civil e instrumento armado que presentaba el militarismo prusiano⁴¹, ha condicionado el perfil del aparato militar alemán. Igualmente, la experiencia histórica del nazismo también ha contribuido a definir, *a contrario sensu*, la imagen de los soldados alemanes hacia el interior del país (en sus relaciones con los civiles) y hacia el extranjero. Incluso, esta clara influencia histórica, se traduce en los textos normativos de la más alta jerarquía, como sucede con las progresivas modificaciones de la Ley Fundamental.

Encontrar un justo punto entre la horizontalidad democrática y la verticalidad militar, entre la noción de libertad e igualdad tal sociedad con los principios de autoridad y jerarquía, indispensables en la vida militar, ha supuesto todo un desafío. Que conlleva el riesgo cierto de quedar a mitad de camino, para situarse en un callejón sin salida, o peor

Buenos Aires, 6 de julio de 2004. Cf. la información oficial suministrada por la página web del Ejército Alemán, www.bundeswehr.de [disponible el 26 de junio de 2004].

³⁹ Ley fundamental alemana, Artículo 17. a. 1. *Las leyes sobre el servicio militar y el servicio sustitutivo podrán disponer que para los individuos de las Fuerzas Armadas y los componentes del servicio sustitutorio queden limitados, durante el tiempo de prestación de uno u otro, el derecho fundamental a expresar y difundir libremente la propia opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen (art. 5, par. 1, primer inciso, primera oración), el derecho fundamental de libertad de reunión (art. 8.o.) y el derecho de petición (art. 17), siempre que quede a salvo el derecho a presentar ruegos o quejas en grupo.* 2. *Las leyes destinadas a asegurar la defensa, incluyendo la protección de la población civil, podrán disponer que se restrinjan los derechos de movimiento y residencia (art. 11) y de inviolabilidad del domicilio (art. 13).* (Art. 17^a (1) Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst können bestimmen, daß für die Angehörigen der Streitkräfte und des Ersatzdienstes während der Zeit des Wehr- oder Ersatzdienstes das Grundrecht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Artikel 8) und das Petitionsrecht (Artikel 17), soweit es das Recht gewährt, Bitten oder Beschwerden in Gemeinschaft mit anderen vorzubringen, eingeschränkt werden. (2) Gesetze, die der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung dienen, können bestimmen, daß die Grundrechte der Freizügigkeit (Artikel 11) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13) eingeschränkt werden).

⁴⁰ Baudissin, W., *The New German Army, Foreign Affairs*, Vol. 34, No. 1, 1955, pag. 13.

⁴¹ Graig, G. A. *The Politics of the Prussian Army, 1640-1945*. New York, Oxford University Press, 1956. La figura del *Kommiss* prusiano, por cierto, era del militar totalmente distanciado del poder político y focalizado exclusivamente en su rol bélico.

aún, en el intento armonizar ambas, terminar quitándoles a todos los actores, calidad y eficacia institucional.

Quedó, pues, desplazada la vieja noción de que los militares constituían un cuerpo ajeno a la sociedad (*Fremdkörper*) o un “Estado dentro del Estado”.⁴²

En la concepción del “*Bürger im Uniform*” alemán surgida a partir de la segunda mitad del siglo XX, el soldado resulta un ciudadano que retiene sus derechos constitucionales durante su servicio militar tanto como es posible en virtud de su condición militar, y los mismos sólo son restringidos en lo que fuere absolutamente necesario en virtud de las especiales demandas del servicio de armas. Fruto esto último de la especial posición de poder en que se halla respecto del estado, y del consecuente deber de servicio y de lealtad.⁴³

Restricción no puede ser identificado en esta concepción con pérdida de derechos. El soldado sigue siendo un ciudadano y gozando de los mismos, al tiempo que contribuye a resguardarlos. La esencia de sus derechos básicos permanece inalterada, en todos los casos. En la normativa legal respectiva se hallan los derechos susceptibles de ser restringidos, bajo las especiales circunstancias de la prestación militar.⁴⁴

Debe asimismo en sus tareas militares, proteger el orden constitucional y observar las leyes tanto nacionales como de derecho internacional que fueran aplicables en sus cometidos. Debiendo desobedecer órdenes que contraríen tales normas, y no estando alcanzados ni pudiendo excusarse en el deber de obediencia por las consecuencias delictuales que supusiera su cumplimiento.⁴⁵

Como nos expresa Rouquie:

⁴² Kitchen, M. A Military History of Germany, Weidenfeld & Nicholson, 1975, pág. 339.

⁴³ Abel, Klaus, Armed Forces in a Democratic Society. Foundations and Conditions for Training and Education of the Citizen in Uniform. Documento presentado en la conferencia Civil-Military Relations in a Post-Settlement South Africa, organizada por el Institute for Defence Politics in conjunction junto a la Hanns Seidel Foundation, CSIR conference centre, Pretoria, 23 de Abril de 1992: “*Under our constitution, the executive is bound by law and justice, and particularly, by the basic rights of all citizens. The citizen retains these rights during military service in so much as is possible. These rights are only restricted where absolutely necessary as a result of the demands of such service. In other words, while the serviceman is bound in a special power relationship with the state, which permits certain necessary restrictions on his basic rights, he still remains a citizen. For instance, the principle of inviolability of the dignity of man, the basic right to freedom of expression, which is absolutely indispensable in any kind of democratic order, and the basic right to legal protection against infringement of the law by state action, continue to be fully operable in the case of soldiers*”.

⁴⁴ Denominada como *Soldatengesetz*. Equivalente a nuestra ley para el personal militar N° 19.101. Al inglés es traducida por la doctrina alemana como Legal Status of Military Personnel Act. Respecto a lo allí establecido podemos por caso citar que, el art. 15 de la *Soldatengesetz* reconoce el derecho a la libertad de expresión del militar, como opinión individual, pero le prohíbe participar activamente en cualquier actividad política, realizar declaraciones de tipo político, propaganda, etc. Sin embargo puede asistir a actos políticos, a condición que no lo haga de uniforme. Su libertad de movimiento es restringida por resultar incompatible a las exigencias del servicio. Su derecho a la privacidad se halla garantizado, al igual que su derecho a ser controlada por un juez imparcial aquellas sanciones disciplinarias que derivaran en una pérdida de la libertad, aun transitoria.

⁴⁵ Abel, Klaus, Armed Forces in a Democratic Society. Foundations and Conditions for Training and Education of the Citizen in Uniform. Documento presentado en la conferencia Civil-Military Relations in a Post-Settlement South Africa, organizada por el Institute for Defence Politics in conjunction junto a la Hanns Seidel Foundation, CSIR conference centre, Pretoria, 23 de Abril de 1992.

*Las nuevas responsabilidades cívicas nacionales, y la autonomía de que disponen esos cuadros no incitan a los nuevos ejércitos a jugar a hacerle al mudo (en francés, la grande muette es el ejército activo. La expresión se deriva del hecho de que hasta 1945 los militares no tenían derecho a voto). Aquellos que habían creído que la profesionalización era la señal del apoliticismo se equivocaron.*⁴⁶

Y es como consecuencia de ello que, el estado militar es visto, no como una forma de separación del sector militar respecto del civil, sino como forma de garantizar un ciudadano-soldado, que conjugue a la vez, conciencia cívica y eficiencia castrense; colocándose en un primer plano de la consideración jurídica a la posesión de dicho estado, como una forma del ejercicio de la ciudadanía.

5. El estado militar en la legislación nacional

Al estado militar, la ley N° 19.101, reguladora de los aspectos relacionados con el personal militar, le dedica todo su capítulo II desarrollándolo a lo largo de seis artículos.⁴⁷

El primero de ellos, el art. 5° brinda un concepto legal del instituto, y el artículo siguiente⁴⁸, establece cuáles son las personas que dentro de la institución militar, se hallan comprendidos en tal situación jurídica.

Los arts. 7 y 8 tratan de las obligaciones esenciales impuestas en virtud del estado militar el primero, y de los derechos principales que surgen de tal instituto el segundo.

En el art. 9 se establecen las particularidades que el estado militar revestirá respecto del personal en tal condición.

El art. 10 y el 11 establecen las causales de pérdida del estado militar, respecto del personal del cuadro permanente y de la reserva, respectivamente.

Es de destacar que el estado militar es un instituto particular del derecho castrense que tiene más de un siglo en nuestro derecho militar, estando presente en todas las leyes del personal militar o de organización de las FFAA (si bien con cambios no menores).

Así ya la ley orgánica del ejército N° 4.707 del 22 de agosto de 1905, titula su capítulo tercero “Estado militar”, siendo definido éste en los siguientes términos: “ *El grado de cada oficial, con las obligaciones y derechos que le son inherentes, constituyen el estado militar*”⁴⁹, situación en que se hallaban comprendidos tan sólo el personal de oficiales de las armas combatientes y los asimilados que prestaren servicios en los cuerpos auxiliares o en el ministerio de guerra.⁵⁰

Tal normativa, que contenía además lo relativo al servicio militar obligatorio de los ciudadanos, fue modificada por las leyes N° 5043, 5227, 7850, 9120, 9675, 10988, 11834 y 11835.

De ellas, es de destacar la ley N° 9675, de cuadros y ascensos de la república, sancionada el 25 de septiembre de 1915, que derogó gran parte de la anterior normativa de

⁴⁶ Rouquie, Alain. Las fuerzas armadas. América Latina, introducción al extremo occidente. Siglo XXI. México, 1989, págs. 206-231.

⁴⁷ No innova, a este respecto, a la relación a lo que estaba establecido por la ley 14.777.

⁴⁸ Art. 6°, ley 19.101.

⁴⁹ Art. 15, ley 4707.

⁵⁰ Art. 16, ley 4707.

la 4707, y que dedicó su capítulo III al tema, estableciendo un nuevo concepto de estado militar en su artículo 14, entendiéndolo como “...*el conjunto de obligaciones y derechos que las leyes y reglamentos establecen para cada militar en su grado, destino, situación y destino*”. Tanto unas como otras, eran determinadas a más de los establecidos en los arts. 16 (obligaciones esenciales) y 17 (prerrogativas), por las leyes militares, los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones, las órdenes y las disposiciones superiores en vigor (art. 15).

Dicha normativa fue derogada por el art. 229 del dto. 29.375/44, el que fuera ratificado por ley 12.913. Legislación que fue reemplazada con la sanción de la ley 13.996, a la que le sucedieron la 14.777⁵¹ y 19.101, siendo esta última, como hemos referido antes, la que rige en la actualidad.

Cabe destacar por último que, al presente, y por razón de lo establecido en la ley 19.101⁵², tiene estado militar el personal de las fuerzas armadas que integre su cuadro permanente y su reserva incorporada y el que, proveniente de su cuadro permanente, se encuentre en situación de retiro.

6. El estado militar en la jurisprudencia nacional

La significación del estado militar, y su importancia, esencial para la dilucidación de casi cualquier litigio relacionado al personal militar, no ha tenido reflejo en una consideración pormenorizada de parte de los tribunales, que a lo sumo lo ha referido como punto de partida de ulteriores consideraciones, pero sin adentrarse en su naturaleza.

Brevemente, pasaremos a destacar los principales fallos que avalan lo antes dicho. Para comenzar, debemos decir que ha sido una pacífica línea de jurisprudencia, entender que “*El estado militar presupone el sometimiento a las normas de fondo y forma que estructuran la institución castrense, ubicándola en una situación especial dentro de la Administración Pública, tanto por su composición como por las normas que la gobiernan*”.⁵³

Se ha entendido asimismo, de parte de tribunales inferiores, y siguiendo los criterios de Corte fijados en la causa “Valenzuela”, del 25 de agosto de 1992, que el régimen jurídico de la ley 19.101 trata de sujetos que voluntariamente se han incorporado a un régimen determinado de signo inequívocamente estatutario. En tal sentido, el “*estado militar*”, al igual que el “*estado policial*”, *partiendo de un supuesto de voluntaria*

⁵¹ El art. 5 de la ley 14.777 establece que el “estado militar” es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos, establecidos por las leyes y reglamentos, para el personal “que ocupe un lugar” en la jerarquía de las fuerzas armadas, y el art. 6 especifica que gozará de esa calidad el personal que integre su cuadro permanente y su reserva incorporada. En el esquema de dicha organización militar, los conscriptos integraban la denominada “reserva incorporada”, según lo establecen los arts. 2 y 3 de la referida ley y lo aclara el mensaje que acompañó a su sanción. Tal concepto quedó inalterado en el reemplazo de dicha norma por la ley 19.101.

⁵² Art. 6º.

⁵³ CSJN, Fallos 302:1584 (“Lestanguet”). En igual sentido Fallos 311:1191 (“Zaratiegui”) y 304:1710 (“Ferro”). Puede verse asimismo, en igual línea, Fallos 261:12; 267:325; 302:1584; 303:559; 307:1821. En igual sentido respecto de instancias inferiores Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso Administrativo Federal (en adelante CNCAF), Sala I “Pacheco Miguel A. c/E.N. -Policía Fed.Arg- s/ daños y perjuicios” Causa: 1.141/92, del 14/02/97.

*incorporación, implica el sometimiento al conjunto de derechos y obligaciones predefinidos por la legislación respectiva”.*⁵⁴

Se ha dicho que el régimen legal de servicio en las Fuerzas Armadas, en cuya base se halla el estado militar, ha sido estructurado con miras al alto objetivo de hacer material y efectivamente posible la preparación de la defensa de la Nación, en tiempo de paz, mediante el adiestramiento militar de sus hijos.⁵⁵

No siempre ha sido materia indiscutida quienes poseían tal estado, como prueba el siguiente fallo: *“Los vocales civiles de la intendencia de Guerra tienen carácter militar por asimilación, gozan de estado militar y no se hallan comprendidos en el art. 22 de la ley 4349”.*⁵⁶ Esto guarda relación con los regímenes mixtos que se hallaban normados en nuestra legislación de fines del siglo XIX y principios del siglo XX en nuestra legislación militar (auxiliares, asimilados, etc), circunstancia que desaparece al ensanchar su alcance subjetivo el estado militar, en un proceso evolutivo que se da lo largo de la primera mitad del siglo XX.

Existe asimismo, numerosa jurisprudencia que, sin ahondar en la naturaleza o fundamentación del estado militar, toma a ésta como un justificante jurídico, en especial respecto de la imposición de determinadas obligaciones relacionadas a la promoción, continuidad o cese de la carrera castrense. En este sentido podemos citar:

*“ el estado militar implica la sujeción al régimen de ascensos y retiros por el cual se confiere a los órganos específicos la capacidad para apreciar la concreta aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro. Tal apreciación comporta el ejercicio de una actividad discrecional, ajena a la revisión judicial, pues no son los jueces los que puedan evaluar las aptitudes adecuadas para una determinada situación de revista dentro de la institución, ni los encargados de sustituir el criterio de sus órganos propios integrados por sus más altas jerarquías y establecidos con ese fin único y específico”.*⁵⁷

*“La posibilidad de ser dado de baja, de no ser propuesto por la Junta de Calificaciones, la permanencia en actividad y la sujeción a plazos de caducidad para cuestionar dicha calificación, son consecuencias del estado militar, que impone deberes y otorga derechos conforme a las leyes y los reglamentos (arts. 5, 20 inc. 3 y 47, ley 19.101), y al que el actor ingresó voluntariamente, lo que implica la aceptación de tales reglas”*⁵⁸

⁵⁴ CNCAF, Sala I en autos “Gr. y B. DA SILVA, Graciela Esmeralda c/ E.N. (Min. del Int. - Pol. Fed.) s/ VARIOS” 04/08/94.

⁵⁵ CSJN, Fallos 249:617.

⁵⁶ CSJN, Fallos 179:132 (“Aubone”).

⁵⁷ CSJN, Fallos 302:1584 (“Lestanguet”). En igual sentido Fallos 311:1191 (“Zaratiegui”) y 304:1710 (“Ferro”). Puede verse asimismo, en igual línea, Fallos 261:12; 267:325; 302:1584; 303:559; 307:1821. En igual sentido respecto de instancias inferiores Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso Administrativo Federal, Sala II en autos “D., H. y G. de C. G. Doncel, Mario Andrés c/ E.N. (Min. de Defensa) s/ HABER DE RETIRO” 21/06/94.

⁵⁸ CNCAF, Sala III, “Henrich, Carlos A. c/ E.M.G.E”. Causa: 23.792/93 del 01/02/96.

*“En la estructura jerárquica militar la obediencia del subordinado deriva de lo dispuesto en el art. 7, de la ley 19.101, que determina como deber esencial impuesto por el estado militar el ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias que a cada grado corresponda y en el art. 12 que regula la jerarquía militar en razón del cargo, grado y antigüedad, como así también en el inc. 2 del art. 1 de la Reglamentación de Justicia Militar que prescribe que la superioridad de mando establece el respeto y la obediencia del subordinado”.*⁵⁹

*“La restricción a la libertad de elección del cónyuge, no puede ser cuestionada en su constitucionalidad en tanto deviene de las particulares características inherentes al estado militar”.*⁶⁰

*“El estado militar de los retirados, definido por la ley 13.996, los sujeta a las normas legislativas que gobiernan las fuerzas armadas, con arreglo a lo dispuesto por el art. 67, inc. 23, de la Constitución Nacional, que atribuye al Congreso la facultad de formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de aquéllas, cuyo ejercicio solamente está limitado por la prohibición de legislar sobre fueros personales. En mérito a esa atribución, el Congreso ha dictado el Código de Justicia Militar y ha podido establecer en qué casos los militares retirados quedan sometidos a la jurisdicción castrense, en virtud de determinadas infracciones que afectan o pueden afectar los intereses superiores de la disciplina”.*⁶¹

*“El mantenimiento de la disciplina militar puede llegar a constituir el interés estatal insoslayable que autorice a restringir el ejercicio de la libertad de expresión”.*⁶²

“El art. 61 de la ley 19.101 estatuye que el retiro es definitivo y el retirado sólo podrá volver a la actividad en caso de convocatoria. Confróntese al respecto que la ley prevé que en aquellos supuestos en los que se pierda el estado militar por destitución o pérdida de la ciudadanía y que se pruebe que la condena fue motivada por error, podrá ser reincorporado en actividad si la prueba del error se produjera antes de los dos años de la fecha de la baja; en caso contrario, la reincorporación será en retiro (arts. 20, incs. 6 y 7, y 24). Es decir, a través de una interpretación armónica del ordenamiento militar resulta que en ningún momento al militar, se le pueden asignar más grado que el que poseía al momento de la baja o el retiro, salvo, como ocurrió en distintas épocas

⁵⁹ CSJN, Fallos 310:1162 (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

⁶⁰ CSJN, Fallos 319:1170 (“Gabrielli”).

⁶¹ CSJN, Fallos 236:588 (“Raviolo Audisio”).

⁶² CSJN, Fallos 312:1082 (“García”).

*de la historia de la República, a través de leyes especiales de restitución de derechos (por ejemplo la ley 20.508)”.*⁶³

Se afirmó asimismo, respecto a los beneficios acordados por regímenes tales como el de la ley del personal militar 19.101 y su modificatoria 22.51, su carácter polivalente - previsional y resarcitorio al mismo tiempo - fruto de la especialidad del ámbito castrense.⁶⁴

Incluso, en dicha dirección, ha llegado a otorgarles efectos incluso luego de cesado el mismo, en los términos siguientes:

*“La sola circunstancia de haber perdido el estado militar con posterioridad a la comisión de los actos delictuosos que se le imputan, no basta para substraer al procesado de la jurisdicción militar a que le sometían el hecho y las circunstancias en que lo cometió”.*⁶⁵

*“Al momento de la prisión el actor no puede ser considerado como “civil”, a los efectos de lo establecido en la mentada ley 24.043, habida cuenta que, en su condición de ciudadano convocado para prestar el servicio de conscripción, y encontrándose presentado ante una autoridad militar para la asignación de destino, tenía “estado militar” (ver art. 13 de la ley 17.531), lo cual, por otra parte, determinaba que se hallaba sujeto a la jurisdicción militar y disciplinaria (confr. art. 7 inc. 1 de la ley 19.101). La sanción privativa de la libertad que se le impusiera al actor por considerársele incurso en el delito militar de insubordinación, le fue aplicada por el tribunal militar competente, en uso de una jurisdicción propia, ajena a la excepcionalidad de la ejercida durante el lapso considerado en la normativa de la ley 24.043”.*⁶⁶

Sí en cambio, lo atinente a las obligaciones militares que pueden desprenderse de la condición de ciudadano, ha sido más tratada en cuanto a su naturaleza y fundamentos. En este tenor podemos enunciar, a modo de ejemplos, las siguientes resoluciones:

“El hecho de que todos los ciudadanos deban cumplir con la obligación de adiestramiento que -como carga pública- les permite cumplir con el que ha sido llamado servicio de sangre está justificado, pues el Estado obraría con absoluta desaprensión y desprecio por la vida de sus componentes, si no se preocupara de prepararlos preventivamente para la emergencia de dolor que importa armarse en defensa de la Patria y de la Constitución, y que reglamenta la ley 17.531 de servicio militar (...) La obligación de armarse... es para asegurar la composición y el funcionamiento correcto de los cuerpos militares que hacen al orden público argentino dada la extensión y contenido del deber de cada

⁶³ CNCAF, Sala I (Del voto del juez Coviello, consid. IV.B.3) “Edelmann Wilfredo c/ Gobierno Nac. (M de Defensa -Cdo. en Jefe del Ejército) s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg”. Causa: 31.228/96 del 11/04/97.

⁶⁴ CSJN, Fallos 319:326 (“Picard”).

⁶⁵ CSJN, Fallos 214:354 (“Sabbione”).

⁶⁶ CNCAF, Sala I “González Néstor Javier c/ M del Interior -Art. 3 ley 24.043” Causa: 6187/97 del 21/08/97.

*ciudadano con el Estado argentino conforme al texto del art. 21 de la Constitución Nacional, a sus antecedentes históricos y a su significación sistemática: art. 67, incs. 23 y 24.”.*⁶⁷

*“Los ciudadanos convocados para cumplir la carga pública del servicio militar obligatorio adquieren desde su presentación, conforme al art. 13 de la ley 17.531, estado militar, e integran el personal de las fuerzas armadas en calidad de reserva incorporada -art. 3 de la ley 19.101”.*⁶⁸

*“El rasgo esencial respecto del estado militar de los soldados conscriptos es la ausencia de elección voluntaria que se da en los oficiales, suboficiales, cadetes, etc.; es que se trata de una convocatoria compulsiva (art. 11, ley 17531, según texto ley 18758) para incorporarse a las Fuerzas Armadas en cumplimiento de los propósitos de defensa nacional que establece el art. 21 de la Constitución Nacional. En virtud de esta diferencia esencial, cuando el personal de cuadro permanente se encuentre en un supuesto de incapacitación, es lógico que sólo puede reclamar la indemnización "tasada" que contempla la ley 19101, 22511 y análogas, en cambio, los soldados conscriptos, que no cuentan con las ventajas patrimoniales de aquellos que ingresan libremente a la carrera militar -percepción de haber de retiro, ascensos, etc.- tienen derecho a una indemnización integral, lo contrario importaría una desigualdad irritante. Es que la carga interpuesta por el art. 21 de la Constitución Nacional no puede llevar a la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ni escapar al principio de razonabilidad del sacrificio.”*⁶⁹

En virtud de ello

*“... quedan regidos - desde su presentación, momento en que adquieren estado militar - por las normas que regulan las relaciones especiales entre el personal militar y el Estado, las cuales desenvuelven sus principios propios en la órbita del derecho público, constitucional y administrativo”.*⁷⁰

Por lo que:

*“El administrado que cumple el servicio militar hace en realidad una prestación obligatoria al Estado, que lo incorpora a sus filas por medio de un acto unilateral, aprovecha y utiliza sus servicios, del mismo modo - aunque con las particularidades del estado militar - que un empresario con relación a un trabajador”.*⁷¹

⁶⁷ CSJN, Fallos 312:496 (“Portillo”).

⁶⁸ CSJN, Fallos 308:1595 (“Reynoso”).

⁶⁹ CSJN, 24/08/1995. (Tomado del fallo de Cámara). ED, 167-171.

⁷⁰ CSJN, Fallos 319:326 (“Picard”).

⁷¹ CSJN, Fallos 308.1118 (“Gunther”).

Consecuentemente,

*“Si este último sufre un accidente, con motivo o en ocasión de su trabajo, que lo incapacita, es adecuado interpretar que nace, como regla, la responsabilidad del Estado “empleador”, en la medida en que no demuestre haber sido ajeno a esa consecuencia”.*⁷²

Asimismo, en diversas ocasiones, mencionado expresa o implícitamente, la jurisprudencia se ha referido al Estado militar a los fines de marcar los límites de éste respecto de otras áreas del derecho. Así se ha dicho:

*“No es posible confundir el sometimiento forzado de quienes tienen estado militar a una jurisdicción disciplinaria que, en términos generales y en razón de la necesidad de mantener en las Fuerzas Armadas una organización de cerrado verticalismo, es más severa para los infractores tanto en las sanciones cuanto en las normas procesales, con un supuesto derecho subjetivo de ser juzgados por sus pares en caso de comisión de delitos comunes tipificados en el Código Penal, el cual no sólo carece de base constitucional sino que sería francamente repugnante a la igualdad que protege el art. 16 de la Carta Magna y a la más elemental conciencia republicana. De ahí que la pretensión de ampararse en el fuero militar cual si fuera un derecho de los imputados resulte una aberración incompatible no sólo con las finalidades de dicho fuero sino también con la mayor garantía del debido proceso que otorga una administración de justicia que no está integrada por simples dependientes del Poder Ejecutivo.”*⁷³

*“No puede interpretarse que el aceptar el estado militar conlleva el consentimiento anticipado de cualquier supuesto, o la renuncia a derechos y garantías contenidos en los preceptos constitucionales, aun cuando se trate de derechos personalísimos”, no pudiéndose entender “La aceptación por el actor de la particular relación de sujeción en que se hallaba conforme a su estado militar, no implica su consentimiento al ejercicio abusivo de los derechos que correspondan a sus superiores jerárquicos, el cual puede ser objeto de revisión, con el alcance que permita el derecho militar, por las vías y en las oportunidades pertinentes”.*⁷⁴

*“Siendo el retiro con todas sus prerrogativas, una situación correlativa del estado militar, a diferencia de la simple jubilación, no corresponde acordarlo a quien ante la ley era uno de los empleados civiles que contempla el art. 4, tít. 2, cap. 1 de la ley 4856”.*⁷⁵

⁷² CNCAF, Sala IV, “Suárez Ramón Rubén c/ E.N. (Min.de Defensa -E.M.G.del Ejercito) s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”. Causa: 2.956/90 del 04/12/95.

⁷³ CSJN, Fallos 306: 2101.

⁷⁴ CSJN, Fallos 319:1170 (“Gabrielli”).

⁷⁵ CSJN, Fallos 165:107 (“Villa Monte”).

También se ha fundado en la invocación, sin ulteriores detalles acerca del estado militar, el reconocimiento de derechos respecto del personal castrense. En este sentido podemos citar *“El retiro y pensión militar constituyen derechos esenciales al estado militar”*.⁷⁶ Repárese que en este último supuesto, del instituto del estado militar se desprenden derecho que incluso traspasan la persona o situación de su titular, y se extienden a terceros. Son ejemplo de ello:

“Las pensiones establecidas por la ley 4707 constituyen una prerrogativa del estado militar. Las personas a quienes la autoridad competente incorpora al ejército y acuerda dicho estado quedan, en orden a las situaciones que las leyes rectoras de este último contemplan, bajo el régimen establecido por las mismas y substraídas en todo ello al régimen de derecho común mientras una disposición legal expresa no establezca lo contrario”.⁷⁷

“ Si bien el estado militar consagrado por el decreto de convocatoria N 807 del 23 de abril de 1982 se diferencia del que regula el art. 5 de la ley 19.101 dado que aquél tiene un carácter limitado y temporario, ambos estados jurídicos pueden ser equiparados en circunstancias específicamente contempladas por la ley, tal como se infiere del art. 77 de la ley 19.101 (reformado por ley 22.511) según el cual el personal del cuadro no permanente es equiparado con alcances especialmente determinados al personal del cuadro permanente”.⁷⁸

También, lo referente al estado militar ha dado lugar a especiales consideraciones respecto de la posibilidad o no de reclamar al Estado en virtud de perjuicios sufridos durante la prestación castrense.

En un primer momento, sostuvo el alto tribunal que quienes integran las fuerzas armadas -sea formando parte de su cuerpo permanente o de la denominada reserva incorporada- no pueden reclamar la indemnización de daños sufridos en actos de servicio por la vía del derecho civil.⁷⁹

Pero en la causa “Gunter”⁸⁰ la corte aceptó la compatibilidad entre el retiro previsto por la ley 19.101 Y la indemnización civil en el caso de los soldados conscriptos, mientras que en la causa “Lujan”⁸¹ extendió esa doctrina a los supuestos de incorporación voluntaria.

En el ámbito de tribunales inferiores se distinguió en el tratamiento del asunto entre soldados conscriptos y oficiales⁸², Criterio compartido por el entonces procurador general de la Nación en la causa “Lujan”, considerando que en los casos de incorporación voluntaria a las fuerzas armadas no correspondía la acumulación de beneficios, pues el beneficio indemnizatorio civil no alcanzaba a los supuestos en que el actor está obligado a

⁷⁶ CSJN, Fallos 248:376 (“Torres Cabrera”) y 252:79 (“Lucchetti”).

⁷⁷ CSJN, Fallos 207:176 (“Braza de Moavro”).

⁷⁸ CSJN, Fallos 316:93 (“Peña”).

⁷⁹ CSJN, Fallos: 177:416; 184:378; 204:428; 207:176; 291:280 y 302:332.

⁸⁰ Fallos: 308:1118.

⁸¹ Fallos: 308:1109.

⁸² CNCyCF, Sala I, en causa 3499 del 09/09/1985.

los actos de servicio que generaron su incapacidad por su sometimiento voluntario a la carrera militar, en cuyo caso queda sujeto a las normas reglamentarias pertinentes a las que adhirió sin reservas, las cuales resarcan el daño acaecido mediante un régimen específico que excluye el común que consagra el derecho civil.⁸³

La jurisprudencia reseñada anteriormente, pone de manifiesto la íntima conexión que la cuestión referente al estudio del estado militar reviste respecto de los derechos y obligaciones de determinadas personas, pero también su valía a la hora de poner de manifiesto criterios de restricción, o regulación acentuada de los derechos, así como de imposición e interpretación de obligaciones, por lo que que no se circunscribe en su utilidad a la esfera de lo militar, sino que por el contrario, resulta un instrumento útil de comprensión por su método, en todas aquellas cuestiones en que se halle debatido acerca de la reglamentación de derechos o imposición de obligaciones de cualquier otro sector jurídico.⁸⁴

7. La condición o estado militar en otros ordenamientos jurídicos

Como se expresa en el art. 3º del Estatuto de los Militares del Brasil (ley Nº 6.880, del 09/12/1980): *“Los miembros de las Fuerzas Armadas, en razón de su destino constitucional, forman una categoría especial de servidores de la Patria, y son denominados militares”*.⁸⁵ Regulándose por tanto mediante estatuto tal situación (o estado), compuesto de obligaciones, deberes, derechos y prerrogativas.⁸⁶

En el derecho francés, de gran influencia en la conformación del instituto en nuestro derecho, encontramos que: *“El estado militar exige en toda circunstancia disciplina, lealtad y espíritu de sacrificio: los deberes de que consta y las subordinaciones que implica le merecen el respeto de los ciudadanos y la consideración de la nación”*.⁸⁷

Es por ello que el estado militar, busca asegurar a quien desempeña la función militar, el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley, incluyendo las garantías que se establecen en función de las particulares obligaciones que impone tal prestación, así como las compensaciones en razón de las especiales exigencias que importa la vida en las fuerzas armadas.⁸⁸

⁸³ CNCyCF, Sala I causas 5704, de 4.4.89 y 5282/94, del 15/11/1994.

⁸⁴ Ver al respecto, lo expuesto en el capítulo VII, en especial en el apartado 5.

⁸⁵ Art. 3º: “Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares”.

⁸⁶ Estatuto de los Militares - Ley nº 6.880, del 09.12.1980: Art. 1º: “O presente Estatuto regula a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas”.

⁸⁷ LOI Nº 72-662 portant statut général des militaires *Du 13 juillet 1972* (A). BOEM 300*, 332* et 651. article premier, 2 párrafo: « L'état militaire exige en toute circonstance discipline, loyalisme et esprit de sacrifice. Les devoirs qu'il comporte et les sujétions qu'il implique méritent le respect des citoyens et la considération de la nation ».

⁸⁸ LOI Nº 72-662 portant statut général des militaires. *Du 13 juillet 1972* (A). BOEM 300*, 332* et 651. article premier, 3 párrafo : « Le présent statut assure à ceux qui ont choisi cet état et à ceux qui accomplissent le service militaire dans les conditions prévues par le code du service national les garanties répondant aux obligations particulières imposées par la loi. Il prévoit des compensations aux contraintes et exigences de la vie dans les armées ».

En cuanto a su contenido, se ha expresado en la legislación española⁸⁹ que los militares son titulares de los derechos y libertades establecidos en la Constitución, con las imprescindibles restricciones o limitaciones en su ejercicio que la Carta Magna y las Leyes Orgánicas de desarrollo de la misma establecen, como respuesta a las exigencias derivadas de los rasgos esenciales de funcionamiento de las Fuerzas Armadas, que se resumen en la necesaria disciplina.

Su conexión con la institución de las Fuerzas Armadas, también queda patente en dicho ordenamiento, por cuanto en las reales ordenanzas⁹⁰, se expresa al respecto: *“Estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor”*.⁹¹

En la Constitución de El Salvador encontramos que sólo los salvadoreños hijos de padre o madre salvadoreños, podrán ingresar a la carrera militar. Tal ingreso causa alta en la Fuerza Armada, obliga a la jura de la Bandera Nacional y se asume la responsabilidad de consagrar su vida a la defensa de El Salvador como Estado soberano, y a mantener la integridad de su territorio.⁹²

En el derecho venezolano encontramos el término de “condición militar”, análogo al nuestro de estado militar, el cual se define como *“... el calificativo que identifica la naturaleza en que se encuentran los venezolanos y venezolanas para el ejercicio de la actividad militar y puede ser de efectividad o de reserva”*.⁹³

El estado militar regulado en la República del Paraguay⁹⁴, consiste en *“la situación jurídica en que se encuentra el personal militar de las Fuerzas Armadas de la Nación, en razón de estar sujeto a un conjunto de deberes, obligaciones, derechos y prerrogativas que las leyes y reglamentos militares establecen conforme a su grado, situación y destino”*.⁹⁵

En Chile no se habla de estado militar sino de estado del personal de las Fuerzas Armadas, consistente en *“...las disposiciones que regulan la vinculación jurídica entre el Estado y el personal de las Fuerzas Armadas, desde el ingreso a estas instituciones hasta el término de su carrera profesional”*. Rigiendo asimismo tales relaciones respecto de otras categorías de servidores que se desempeñen en estas instituciones.⁹⁶

8. Ubicación del estado militar en el derecho militar argentino

⁸⁹ Ley española Nº 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999*. Exposición de motivos, apartado VI.

⁹⁰ Ver en el Capítulo IV en la evolución histórica del derecho militar, el alcance que debe darse a tal concepto.

⁹¹ Ley española 85/1978, de 28 de diciembre. Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Artículo 1º.

⁹² Art. 7º de la Constitución de El Salvador. Por su parte, el decreto Nº 476 de la Asamblea Legislativa de la república de El Salvador, se decreta la ley de carrera militar.

⁹³ Ley Orgánica De La Fuerza Armada Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 59.

⁹⁴ Ley Nº 1.115/97 del Estatuto del personal militar de la república del Paraguay. Artículo 11: *“Gozan del estado militar los oficiales y sub-oficiales en actividad e inactividad; así mismo, los alumnos de los institutos de formación militar, tropas y asimilados mientras revistan como tales”*.

⁹⁵ Ley Nº 1.115/97 del Estatuto del personal militar de la república del Paraguay, artículo 10.

⁹⁶ DFL Nº 1, Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas, art. 1º. Publicado en el Diario Oficial de 27 de octubre de 1977. Existe además una Ley orgánica constitucional de las fuerzas armadas Nº 18948 del 27 de febrero de 1990.

El estado militar tiene raigambre constitucional, dada por los términos del art. 21 de la Constitución nacional.⁹⁷ Ese deber-derecho de armarse, restringido a los ciudadanos, en cuanto a sus consecuencias jurídicas se halla regulado en orden a las pretaciones militares de las personas, por el instituto del estado militar.

Es de destacar que se captura en el texto fundamental de la Nación los aspectos centrales del *status militaris*, que luego serán desarrollado tanto en la ley 19101 (de forma central), como también respecto de aspectos puntuales pero no menos importantes, por otras leyes (Código Electoral, Código Civil, ley de Contrato de Trabajo, ley de Colegio Público de Abogados, etc).

Si bien el derecho militar tiene también su origen constitucional, en la manda del constituyente al Congreso, de establecer un régimen legal específico que gobierne a las Fuerzas Armadas (art. 75 inc. 24), a diferencia del estado militar se halla en la parte orgánica de la Constitución, y no en la dogmática como éste.

Tal ubicación de grado superior del Estado militar, le da una peculiar característica en nuestro ordenamiento jurídico. No resultando un simple instituto del derecho militar a nivel legal, sino uno establecido y delineados en la propia rama constitucional.

Como consecuencia de ello, la regulación legal del estado militar, no puede desconocer lo establecido en la Constitución, debiendo limitarse a desarrollar, a “reglamentar su ejercicio”, sin desviarse de la letra y el espíritu del art 21.

Ello determina que la materia del derecho militar, en nuestro derecho argentino, se organizará en derredor de este instituto. Lo que lleva aparejado, la consagración de un punto de vista humanista por sobre el funcional en lo que respecta a la cuestión militar, y en lo tocante al derecho. Es la preeminencia de una consideración de la materia, con base y punto de partida en las personas, sobre criterios funcionalistas o organizativistas que la relegan a un segundo plano, dando primacía a los aspectos de estructura.

Es por ello que en el derecho argentino, a diferencia de otros países, no contamos con una ley orgánica de las Fuerzas Armadas, sino con una ley de personal militar. Como obligada consecuencia de lo prescripto en nuestra Constitución. Que pone en acento en las personas, antes que en los órganos. También de esto se deriva la posición central que el estado militar ocupa dentro del derecho militar, y por qué dicha rama jurídica va a ser organizado por el derecho en derredor de tal instituto.

9. Adquisición del estado militar

La adquisición del estado militar es un tema de capital importancia, desde que el ciudadano recién queda sometido a las leyes militares una vez efectivizada su incorporación.⁹⁸

Cabe aquí distinguir entre el instituto del estado militar, y las obligaciones relativas a la prestación militar.

De acuerdo a las reglamentaciones militares⁹⁹, adquieren estado militar:

⁹⁷ Constitución de la Nación Argentina, artículo 21: Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.

⁹⁸ CSJN, 16/06/1944, del dictamen del Procurador General que la Corte Suprema comparte y hace suyo, ED, 160-153.

1º) El personal del Cuadro Permanente desde su alta en la Fuerza correspondiente en forma efectiva o en comisión.

2º) El personal de alumnos desde la fecha de su incorporación a los Institutos en calidad de Cadetes o Aspirantes.

3º) El personal de la Reserva Incorporada, de acuerdo con lo especificado en la Ley de Servicio Militar.

Es así que existe diferencia en la forma de adquisición del estado militar, entre una prestación o servicio militar obligatorio de otro de tipo voluntario. Siendo el primero más simple en sus efectos jurídicos en cuanto a la relación militar sobreviniente, que en el segundo, el cual presenta una complejidad relativa a una multiplicidad de factores, que convergen a crear una sensible diferenciación orgánica, funcional y de encuadramiento del personal.¹⁰⁰

La Corte Suprema, en ocasión de resolver el “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Ascoeta, Pedro Fabián c/ Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército)” el 18 de diciembre de 2003, reafirmó el precedente “Taborda”¹⁰¹, entendiendo en un caso de infracción a las obligaciones del servicio militar obligatorio, que *“la incorporación no se consuma en el acto de la presentación a la convocatoria”,* y que *“el ciudadano que se presenta en la fecha de la convocatoria, pero que antes de ser incorporado a las filas y recibir el estado militar hace imposible que la incorporación se consume, comete la infracción prevista en el artículo 51 del decreto ley 29.375/44”*. Es decir que resulta competente la justicia federal civil, y no la militar para entender en su infracción.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha distinguido nítidamente entre el cumplimiento de obligaciones militares o de defensa por parte de civiles, de la situación jurídica denominada estado militar. Entendiendo que ésta se adquiere únicamente con la incorporación a la escala jerárquica de las Fuerzas Armadas.

En el caso “Ascoeta”, la Corte Suprema expresó que si bien es cierto que la legislación militar no contiene ninguna norma que expresamente establezca a partir de qué momento se adquiere el “estado militar”, no lo es menos que distingue diversas situaciones en que aparece dissociada, la convocatoria al examen médico de la efectiva incorporación, y teniendo en cuenta la necesidad de ocupar un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas para gozar de “estado militar”, de acuerdo a lo establecido por la ley para el personal militar, puede razonablemente establecerse el tiempo a partir del cual se adquiriría tal calidad.

En este sentido se ha entendido que es el examen médico de la incorporación, el hecho determinante del nacimiento del estado militar en el conscripto, toda vez que sólo a partir de ese momento ocupa un lugar en las fuerzas armadas en los términos exigidos por el art. 5 de la ley para el personal militar. Por lo que en tales condiciones, el hecho de que se haya, como en el caso que comentamos, concurrido en la fecha indicada al lugar

⁹⁹ Reglamentación de la ley 19101 para el Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

¹⁰⁰ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁰¹ Fallos: 214:593.

establecido por la autoridad militar para proceder a su traslado al Distrito Córdoba para su revisión médica, no importa la existencia de estado militar en el interesado, por lo que corresponde rechazar la pretensión vinculada con el haber de retiro por mediar un accidente en el trayecto.

Lo decidido por la Corte Suprema guarda relación con lo establecido en otros ordenamientos, como el italiano, en donde se estipula que el estado militar se adquiere, en los casos de servicio obligatorio, al término del “*procedimento di leva*”, que se inicia con el enrolamiento y termina con la declaración de idoneidad para el servicio militar de modo incondicionado (sin restricciones).¹⁰²

Merece destacarse que en la doctrina comparada se ha distinguido en orden al momento de adquisición del estado militar, respecto del carácter obligatorio o voluntario que comporta la prestación militar. Resultando en el primer caso, adquirida al principiar a cumplir la obligación de la prestación, en cambio en el segundo supuesto, es con la admisión en las fuerzas armadas¹⁰³, circunstancias en uno u otro caso necesariamente traen aparejada el conferimiento del grado o categorización inicial, que determina la ubicación del sujeto en una posición precisa de la escala jerárquica. Por lo que para la adquisición del estado militar, deviene en definitiva como circunstancia esencial, el momento de conferimiento del grado, constituyéndose éste en un presupuesto lógico jurídico de la adquisición del estado.¹⁰⁴

En la legislación italiana¹⁰⁵ se especifica que tal conferimiento deber ser “legítimo”, debiéndose entender tal adjetivación en el sentido que debe ser efectuado cumpliendo con las formalidades y por los modos previstos por ley, fundamentalmente en las normas relativas al reclutamiento.¹⁰⁶

10. Requisitos del estado militar

¹⁰² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo I: Il Servizio Militare Obbligatorio [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_1.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “A conclusione del procedimento di leva, con la dichiarazione dell'idoneità al servizio militare incondizionato, l'iscritto di leva assume lo status di militare in congedo illimitato provvisorio e viene iscritto, come già detto, nei ruoli militari dello Stato, aggiornati e custoditi dai distretti militari o dalle capitanerie di porto”.

¹⁰³ Por ello no detenta estado militar, los ciudadanos que se presentan a rendir ingreso a un instituto de formación militar.

¹⁰⁴ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “Per lo stato giuridico, in definitiva, diviene essenziale il momento del conferimento del grado, per cui è necessario procedere ad un'esatta definizione di grado, dal quale dipende in sostanza tutta l'evoluzione normativa riguardante appunto lo stato giuridico del militare. Infatti, le vicende connesse con il grado (il conferimento, la perdita, la reintegrazione) condizionano le vicende relative allo stato giuridico, costituendo il loro presupposto logico-giuridico”.

¹⁰⁵ art. 1, Ley N° 113/1954 (ufficiali); art. 1 Ley N° 599/1954 (sottufficiali e volontari di truppa); art. 5, Ley N° 833/1961 (app. e finanzieri); art. 1, Ley N° 168/1961 (app. e carabinieri).

¹⁰⁶ Contiene tal normativa un requisito adicional respecto de la nuestra: la de prestar juramento de fidelidad antes de iniciar su relación de servicios. La omisión de dicho requisito, provoca una revocación de su ingreso, con efectos ex tunc.

El emplazamiento en el estado militar, exige el cumplimiento de ciertos requisitos, de diverso carácter.

Los hay de naturaleza biológica, dada en primer término, por la necesidad de ser una persona individual o de existencia física sobre la que invertir el estado. A su vez, esta persona física debe reunir determinados requisitos particulares: una edad mínima, determinados requisitos físicos (altura, conformación, etc) y de salud como física como psíquica.

En tiempos pasados, había también una cualidad de género, debiendo ser de sexo masculino. Hoy en día, ello se halla superado como exigencia general, si bien puede todavía encontrarse como un requisito para integrar determinados servicios, especialidades, tareas o funciones dentro de las FFAA.

También los hay jurídico-sociológicos, como lo referido a poseer la nacionalidad argentina, por nacimiento u opción. Y hasta morales.

Por otra parte, como presupuestos encontramos dos: el primero de ello, el establecimiento de las fuerzas armadas, de acuerdo a la normativa constitucional, conforma el presupuesto organizativo. Pues no resulta concebible, como hemos visto en el capítulo III, la idea de un militar desvinculado por completo de la organización militar. Y ésta, atento ser la respuesta organizada de una comunidad política a sus necesidades de defensa, no es concebible sino como parte integrante de una organización estatal, a mérito de lo expuesto en el capítulo II. Mas aun, en el marco de un Estado de Derecho no puede estar desvinculada del ordenamiento jurídico. Por sus mismas particularidades, a más de los principios y reglas generales del derecho, es que deben ser regidas por una rama jurídica particular, denominada derecho militar, el cual hemos detallado en sus líneas principales, y aplicables a la cuestión objeto del presente, en el capítulo IV.

Por último el presupuesto administrativo¹⁰⁷ está dado por la decisión del estado de situar en la jerarquía de las Fuerzas Armadas a una persona determinada. Tal decisión reviste el carácter de acto administrativo, desde que resulta una emanación de la voluntad del Estado, particularizada a un sujeto que en virtud de lo particular del ámbito castrense se traduce en el conferimiento de un grado.

Pasaremos ahora a efectuar algunas puntualizaciones en particular respecto de cada requisito:

10.1. Ciudadanía

La ciudadanía constituye un requisito esencial e inderogable. Es de destacar que en los sistemas que permiten el ingreso de extranjeros, o bien se los ha restringido a determinadas unidades, por lo general de actuación fuera del territorio nacional, o se les ha impuesto cupos reducidos, a fin de no dejar la defensa de la Patria confiada a tropas extranjeras. En tales casos, es un medio de adquisición de la ciudadanía o cuanto menos de una residencia permanente en el país del caso, lo que no hace sino evidenciar la relación entre ambos órdenes.

¹⁰⁷ Denominado también lógico-jurídico por la doctrina italiana, como lo exponemos en el siguiente apartado referido a la adquisición del estado militar.

En otros ordenamientos, se ha entendido en el sentido de exigir como requisito el goce de los derechos civiles y políticos¹⁰⁸. No es el caso en nuestro ordenamiento castrense, en donde basta con ser ciudadano, pudiendo poseer estado militar el menor de edad que es ciudadano, aunque no posea aun la edad para el ejercicio de su derecho de voto.

Ya hemos tratado en el capítulo I lo que respecta al requisito de ciudadanía como condición de admisión a las fuerzas armadas argentinas, por lo que allí remitimos. Resta aquí considerar la eventualidad no que pierda la misma, sino si el personal militar puede seguir manteniendo su estado al adquirir una nueva. Es decir, los casos de doble nacionalidad sobreviniente.

En este sentido, han existido posturas cambiantes. Inicialmente la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, entendió¹⁰⁹ que la significación del concepto “ciudadanía” a través de la normativa histórica y positiva, resulta que la condición exigida para el ingreso a las Fuerzas Armadas –ser argentino nativo o por opción- se debe interpretar no sólo en el sentido de “nacionalidad” sino también en el de “ciudadanía”.

De acuerdo a ello, y en relación al artículo 20, inciso 7º), de la ley 19.101, del personal militar, que prevé la baja “...*Para el personal del cuadro permanente y cuadro de la reserva, por pérdida de los derechos inherentes a la ciudadanía argentina*”, la denominada “doble nacionalidad” implicaría la suspensión de los derechos inherentes a la anterior –en este caso la argentina- perdiendo de tal modo el causante un requisito esencial de permanencia.

Si bien la Constitución Nacional alude en forma indistinta, a los conceptos nacionalidad y ciudadanía, a los efectos de la interpretación de la normativa castrense en el aspecto en cuestión, se entendió en el dictamen que seguimos aquí, de particular relevancia al segundo de los conceptos aludidos. Toda vez que la “nacionalidad” le está dada al individuo con motivo de circunstancias parentales o territoriales –según sea el sistema imperante en el país de que se trate- con presidencia de su voluntad de pertenencia a la misma. En tanto la ciudadanía, supone un acto volitivo, esto es, la intención de seguir perteneciendo o de adherir a una nacionalidad, ya sea esta la de origen o, eventualmente, aquella por la cual se optó.

Independientemente de que la ciudadanía se exteriorice, entre otras formas, a través del ejercicio de los derechos políticos, es evidente que el elemento volitivo antes mentado

¹⁰⁸ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “**e. Goce de los deriritti civili e politici:** Il godimento dei diritti civili e politici è requisito comune per tutti i candidati ai concorsi pubblici e consiste nella capacità elettorale politica attiva(12) e nell’assenza di cause di interdizione (mancherebbe in questo caso un requisito di idoneità psico-fisica) o inabilitazione che possano compromettere o limitare la capacità di agire del soggetto (qualora queste ultime intervengano dopo l’acquisizione dello stato giuridico determinano, come visto, la perdita del grado). Ulteriori cause di natura penale che incidono sul godimento dei diritti civili sono rilevanti per se stesse. In pratica è difficile rilevare una propria sfera di efficacia al requisito del mancato godimento dei diritti civili, in quanto gli eventuali presupposti di diritto e di fatto, già per se stessi, sono cause soggettive di esclusione dal concorso pubblico. La formula tratatizia si ripete in tutte le leggi di reclutamento, mentre non appare nel D.P.R. n. 487/1994 e neanche nel D.P.R. n. 3/1957, per cui sembra che si possa appunto ritenere una mera riproposizione di disposizioni normative aventi in passato autonoma efficacia prescrittiva. Per quanto riguarda il mancato godimento dei diritti politici bisogna far riferimento alla norma di cui all’art. 2, D.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, così come modificato dall’art. 1, l. 16 gennaio 1992, n. 15, in cui vengono elencati coloro che, trovandosi in una delle previste condizioni, non sono elettori”.

¹⁰⁹ Auditoría General de las Fuerzas Armadas, Dictámen N° 238.371 de fecha 21 de julio de 1989.

constituye un condicionante imprescindible para integrar las fuerzas armadas de una Nación, en la medida de que implica el compromiso con su bandera como único y exclusivo símbolo soberano.

Es así como se entiende que no baste ser natural del país, para considerar ícita en las circunstancias del nacimiento, la definitiva adhesión a los derechos y obligaciones propias de la nacionalidad, sino que es menester, además, que esta se manifieste en actos concretos o, cuando menos, en la condición negativa de no haber optado el individuo por una ciudadanía extranjera.

Siendo evidente que si se aceptara la posibilidad de que un integrante de las Fuerzas Armadas de la Nación pudiese, a su vez, optar por la obtención de una ciudadanía extranjera, es evidente que su compromiso con el pabellón nacional dejaría de ser exclusivo, resultando, por ende, inadmisibles la subsistencia de su estado militar.

Desde que siempre tendría la probabilidad de verse enfrentado al hecho de tener que defender al propio tiempo dos pabellones eventualmente en conflicto, o peor aun, tener que hacerlo a favor del país que le acordó la ciudadanía posterior contra aquel que le otorgó el uso de las armas para su defensa.

Es así como en dicho dictamen, se concluyó que el supuesto de extinción del estado militar previsto por el inciso 7º), del artículo 20 de la ley 19.101, comprendía, sin lugar a dudas, la adquisición de una segunda nacionalidad por parte del personal militar.¹¹⁰

Sin embargo, tal doctrina del máximo órgano jurídico de las fuerzas armadas argentinas, fue variada con posterioridad¹¹¹, al merituar que procedía admitir la posibilidad de la adquisición de la doble nacionalidad al personal militar, en tanto no implique la pérdida o suspensión de los derechos inherentes a la ciudadanía.

En el caso objeto del dictamen, el pedido de obtener una segunda nacionalidad se enmarcaba en los términos de la ley 18.957, que aprobara el "Convenio de Nacionalidad entre la República Argentina y España".

En dicho convenio se disponía en su artículo 1º, que tanto los argentinos como los españoles de origen, pueden adquirir la nacionalidad española y argentina respectivamente "*manteniendo su anterior nacionalidad con suspensión del ejercicio de los derechos de esta última*".

Si bien del examen de la norma citada podría inferirse, que al adquirir un argentino la nacionalidad española, no sólo se vería impedido de ejercer en su país de origen los derechos que le competen como ciudadano, sino que también quedaría automáticamente sometido a las normas de la legislación del Estado cuya nacionalidad adopta, conforme surgía de las prescripciones del artículo 4º del Convenio de Nacionalidad¹¹², la previsión del artículo 1º del citado convenio se aplicaría, en cuanto a la suspensión de los derechos inherentes a la nacionalidad de origen, sólo de verificarse dos condiciones: a) la obtención de la otra nacionalidad, en el caso del dictamen, la española, y b) el traslado del domicilio a ese país.

Consecuentemente, los argentinos nacionalizados españoles que mantengan su domicilio en el país, entendiendo por tal el constituido con la intención de establecer en él

¹¹⁰ Auditoría General de las Fuerzas Armadas, Dictámen N° 238.371 de fecha 21 de julio de 1989.

¹¹¹ Auditoría General de las Fuerzas Armadas, Dictámen N° 240.387 de fecha 04 de junio de 2001.

¹¹² "El traslado de domicilio al país de origen de las personas acogidas a los beneficios del presente convenio, implicará automáticamente la recuperación de todos los derechos y deberes inherentes a su anterior nacionalidad..."

su residencia, conservan todos los derechos y deberes inherentes a su nacionalidad Argentina.

En ese marco, con relación a la cuestión medular, en tanto el argentino que goce de la doble nacionalidad no traslade su residencia a España, continuará gozando de los derechos relativos a la ciudadanía argentina, razón por la cual no se verifica la causal de pérdida del estado militar que prevé el artículo 20, inciso 7°, de la ley 19.101.

Se destacó asimismo, que en el caso en dictamen, el presentante que solicita la autorización con relación a la obtención de la doble nacionalidad, lo era en orden a facilitar la adquisición de aquélla por parte de sus hijas, para quienes el trámite resultaría imposible de no haberla previamente adquirido alguno de sus progenitores. Siendo su voluntad la de permanecer radicado en la República Argentina.

Por lo antes expuesto, se juzgó que advirtiéndose en caso impedimentos para que el personal militar obtenga otra nacionalidad, debía apartarse del criterio precedente sentado en el dictamen N° 238.371, de fecha 21 de julio de 1989, entendiendo que -en tanto el presentante conserve su residencia en el país, no existen obstáculos, desde el punto de vista reglamentario, para obtener la doble nacionalidad y conservar el estado militar.¹¹³

10.2. Edad

Resulta un requisito permanente, de carácter esencial. Tanto como piso para el ingreso, como límite temporal de permanencia. Siendo manejado tal exigencia, como una forma de acotar el reclutamiento, a aquellas personas que resulten susceptibles de cumplir con determinados estándares de disponibilidad en el tiempo, vital para lograr un determinado entrenamiento o satisfacer determinada función. Es por ello que en las funciones mayormente técnicas o profesionales tales márgenes se elevan frente a los aplicables al ingreso de cuadros operativos a niveles básicos.

10.3. Idoneidad psico-física y actitudinal

Relacionado al requisito anterior de la edad, se halla el de la idoneidad psicofísica, también resulta esencial, respecto de la prestación militar. *“La idoneidad psicofísica puede enunciarse sustancialmente como la aptitud para el servicio militar de carácter incondicionado”*¹¹⁴, es decir sin poseer restricciones particulares respecto de la generalidad de las personas de su edad, en una sociedad y momento determinado.

La capacidad de satisfacer las exigencias particulares a la profesión militar, de orden tanto físico como psíquico, son requisitos no sólo de acceso sino también de permanencia en las filas militares.

¹¹³ Auditoria General de las Fuerzas Armadas, Dictamen N° 240.387 de fecha 04 de junio de 2001.

¹¹⁴ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “Altro essenziale requisito è il possesso dell’idoneità psico-fisica e attitudinale, accertata dagli stessi organi di reclutamento e selezione di ciascuna Forza armata o Corpo armato(7). L’idoneità psico-fisica si riferisce sostanzialmente all’idoneità al servizio militare incondizionato...”.

Debe tenerse asimismo, una actitud, un carácter personal compatible a las exigencias de la prestación militar (comprensión de las órdenes, obediencia, espíritu de servicio, etc).

En opinión de Duval, se halla justificado por razones de aptitud física los límites de edad para seguir permaneciendo en actividad, distintos de otros cuadros dirigenciales de la administración pública. En contrapartida, los límites de edad muy cortos, en ciertos grados y empleos, llevan como contrapartida jurídica, el disponer de garantías de empleo y formación.¹¹⁵

Respecto del embarazo de la mujer, en el supuesto particular de ser personal de alumnos, es decir bajo formación militar inicial, atento a que no pueden sino estar en situación de servicio activo, se ha entendido que determina una pérdida de la habilidad psicofísica. No teniendo incidencia alguna en los restantes agrupamientos y categorizaciones, si bien puede incidir en la condición de revista.¹¹⁶

Incluimos en este apartado lo referente a determinadas características físicas (altura, peso, capacidad visual, auditiva) que se exigen en determinados ámbitos de las Fuerzas Armadas.

10.4. Nivel de estudios

Merced a la creciente tecnologización de la prestación militar, el nivel de estudios ha venido acentuando en los últimos tiempos, su carácter de requisito esencial para el reclutamiento militar. Es de destacar que, al igual con lo psicofísico, o la edad, el variable en relación a la categoría y función que se vaya a ocupar. Integrando un aspecto cada vez más esencial en relación al perfil cultural del personal militar.

En nuestro ordenamiento se halla establecido no sólo como requisito de acceso sino asimismo como de mantenimiento o de promoción a determinados grados militares.¹¹⁷

10.5. Falta de antecedentes penales

Esta exigencia¹¹⁸ se traduce en la ausencia de antecedentes penales de la persona. Se acredita con el respectivo certificado de antecedentes, expedido por el registro nacional respectivo.

¹¹⁵ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm> [Consultado: 29 de febrero de 2004]: “Il est tout à fait justifié que, pour des raisons d’aptitude physique, les limites d’âge d’activité ne soient pas celles du fonctionnaire lambda; par contre, il n’y a aucune raison pour que le service des armées de la France se transforme de plus en plus en une multiplication de contrats à durée déterminée, résiliables adnutum, alors que la fonction publique ordinaire bénéficie d’une si grande stabilité et que les jeunes Français s’y précipitent à raison même de cette forme de sécurité de l’emploi. En contrepartie de limites d’âge très courtes dans certains grades et emplois, les militaires doivent pouvoir disposer de garanties d’emploi et de formation”.

¹¹⁶ Ver al respecto, lo expuesto al respecto en el capítulo VI.

¹¹⁷ Ley 24.948 (sancionada en 1998), Artículo 14: *A partir del séptimo año de la entrada en vigencia de la presente ley, será requisito poseer título de bachiller o equivalente, para el ascenso a suboficial superior. Para el personal superior egresado de los institutos de formación a partir del año 1992 inclusive, será requisito una formación de grado universitario para el ascenso a oficial superior.*

¹¹⁸ *La mancanza di precedenti penali o buona condotta penale*, en el ordenamiento militar italiano.

Se halla por ello constituida por la acreditación de un dato objetivo de carácter negativo: no haber sido condenado por un delito doloso.

10.6. Buena conducta

Denominada también como *antecedentes morales o de conducta*¹¹⁹. Resulta una exigencia de carácter personal, no pudiendo serle opuesta conductas o antecedentes de familiares o parientes. Debiendo por tanto excluirse toda consideración que resulta extraña a la persona del postulante.¹²⁰

Debe distinguirse la falta de antecedentes penales, de la exigencia de buena conducta y cualidad moral, comprensiva de no poseer actos disvaliosos en su pasado. Y si bien no es fácil establecer en todos los casos, hasta que punto puede exigirse algo como moralmente correcto, la reglamentación de los tribunales de honor ofrece un catálogo básico de las conductas que puede ser susceptibles de reproche. Pero a diferencia de la idoneidad psicofísica, donde es posible fijar parámetros objetivos, aquí el cumplimiento del referido requisito, siempre se saldará con un juicio de carácter subjetivo.

En el derecho comparado se engloba dentro de esta categoría, a todas aquellas conductas o actividades que resultan susceptibles de provocar un escándalo o reprobación social, pero sin llegar a resultar una violación dolosa de la norma penal.¹²¹ Es así como un amplio e indeterminado espectro de hipótesis pueden incidir en su consideración, en relación a la dignidad que debe poseer un ciudadano que aspira a la defensa del conjunto de sus compatriotas. Circunstancias que no siempre pueden resultar unívocas o pacíficas.

Para merituar este tipo de exigencia habrá pues que basarse en un criterio de apreciación finalista, que tenga su centro de gravedad en la confiabilidad del candidato para el cumplimiento de las funciones y rol militar al que aspira. Atento inscribirse dentro de un examen de las circunstancias de interés que posee el sujeto, en orden a decidir si cumple o no con determinadas exigencias funcionales.

10.7. Estado civil

Si bien antiguamente se podía encontrar como un requisito a mantener a lo largo del servicio, como en el derecho militar romano, en la actualidad se halla restringida a resultar condición de acceso o de mantenimiento acotada al período de formación militar inicial, o respecto de cursos de exigencias particulares y de gran riesgo, como por caso en los de comandos o fuerzas especiales.

Esta exigencia encuentra su justificación en las particulares exigencias de la función militar en sus inicios o de determinadas especialidades, que ha llevado a reclamar una exclusividad de su tiempo y energía psicofísica, siguiendo una concepción tradicional del ordenamiento militar, a fin de estar a total disposición de la institución militar.

¹¹⁹ *Le qualità morali o buona condotta morale*, en el ordenamiento militar italiano.

¹²⁰ En este Sentido, Corte Constitucional Italiana, Sentencias N° 108 del 24 de marzo de 1994 y N° 391 del 13 de julio de 2000.

¹²¹ Entendemos de nuestra parte que las conductas culposas, como muestra de negligencia, imprudencia o similar, puede resultar encuadradas dentro de este aspecto.

En el derecho comparado la Corte Constitucional Italiana ha declarado inconstitucional a tal tipo de requisitos.¹²²

11. Caracteres del estado militar

El estado militar, al igual que el estado de familia, sólo procede respecto de las personas de existencia visible. Pero a diferencia de éste último, es escindible de la personalidad del sujeto, por lo que carece del carácter de irrenunciable, si bien comparte otros, como vemos a continuación:

- a) Personal:** significa que sólo las personas individuales o físicas tienen estado militar.

¹²² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponibile en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “Sino ai recenti interventi della Corte costituzionale, tra i requisiti legali per il reclutamento militare venivano annoverati l’essere celibe o nubile o, eventualmente vedovo o vedova, senza prole. La prima pronuncia della Corte in materia si ha con sentenza 12 luglio 2000, n. 332, con la quale viene affrontata la questione di costituzionalità relativa alla disposizione della legge di reclutamento degli allievi finanziari, nella quale si stabilisce come requisito essenziale la mancanza di prole. La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma de qua, in applicazione dell’art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, ha comportato altresì la dichiarazione di incostituzionalità di tutte le disposizioni delle varie leggi di reclutamento che contemplavano lo stesso requisito.

“La Corte motivò la sentenza non ravvisando, neppure nella delicata fase del reclutamento e della formazione militare, un’esigenza dell’organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare o di diventare genitore. Una simile grave interferenza nella vita privata e familiare della persona, secondo la Corte, non poteva, sul piano del bilanciamento con gli altri valori costituzionali, ritenersi giustificata dall’intensità e dall’esigenza di tendenziale esclusività del rapporto di dedizione che deve legare il militare all’istituzione, con speciale riferimento alla fase di formazione di base. La sentenza n. 332 del 2000 non aveva preso in considerazione l’altro requisito del celibato o nubilato (o della vedovanza) che, per le stesse ragioni espresse con la predetta pronuncia, è venuto anch’esso a cadere con la sentenza 12 novembre 2002, n. 445(26). Anche qui la Corte ha affermato che l’assenza di vincolo coniugale non può configurarsi come legittimo requisito attitudinale per l’accesso alle carriere militari. Il requisito in questione, tralattivamente riprodotto anche nelle più recenti leggi di reclutamento, apparirebbe come il residuo di una concezione tradizionale dell’ordinamento militare, ormai del tutto estranea e contrastante con gli attuali principi costituzionali, che vuole il giovane arruolato, nella prima fase di istruzione e all’inizio della sua carriera militare, a totale disposizione dell’istituzione che ben potrebbe avvalersi della totalità del suo tempo e delle sue energie psicofisiche e delle sue capacità. Questo modo di concepire l’ordinamento militare, secondo la Corte, renderebbe incompatibile lo status di militare, nei primi anni della sua costituzione, con la sussistenza di impegni e responsabilità di carattere familiare.

“La Corte, quindi, censura l’uso eccessivo della discrezionalità del legislatore che, nella determinazione dei requisiti legali per l’accesso ai pubblici uffici militari, non può tradurre in requisito attitudinale una imposizione che, anche indirettamente, limita irragionevolmente l’esercizio di diritti fondamentali. Dobbiamo, infine, rilevare che anche con questa sentenza la Corte, in applicazione delle disposizioni di cui all’art. 27, l. n. 87/1953, ha coinvolto nel giudizio di illegittimità costituzionale tutta la serie di norme delle diverse leggi di reclutamento che annoveravano, tra i requisiti per la partecipazione ai relativi concorsi, l’essere celibi o nubili (o vedovi). La Corte, però, non ha esteso il giudizio di incostituzionalità alle norme sul matrimonio dei militari, contenute nella l. 8 agosto 1977, n. 564, creando una discrasia normativa, poiché la violazione delle disposizioni di legge sul matrimonio dei militari sono anche cause di cessazione dal servizio permanente. La predetta discrasia, peraltro, è stata superata dal d. lgs. 31 luglio 2003, n. 236 che all’art. 12 ha espressamente abrogato la normativa in questione”.

- b) **Funcional:** sólo existe a favor de la persona por su actividad castrense en las fuerzas armadas, y se pierde cuando éste deja de estar a disposición de la organización militar para realizarla. Resulta por tanto una simple situación de derecho con respecto exclusivamente a la función requerida y en ninguna forma referida a su persona. Si esto último aconteciere, como nos expresa Fiorini, estaríamos frente a una prerrogativa por el título o por nacimiento que todo régimen republicano abomina y repele. Por lo que resulta sólo una situación jurídica y en ninguna forma, un título de carácter personal.¹²³
- c) **Fuertemente obligacional:** como se denota en la estructura misma de su definición legal, los deberes ocupan un aspecto primario y mayoritario en su composición. Pero esto no puede llevar a entenderla como solamente fuente de obligaciones, pues asimismo, se han establecido derechos y garantías a favor de los individuos a los efectos de prevenir posiciones de abuso o lesión de derecho fundamentales.
- d) **Oponible:** (erga omnes) ya que puede oponerse a todas las personas. Desde que no consiste en una situación jurídica administrativa sino de carácter político, por resultar el cumplimiento (voluntario u obligatorio) de una función cívica y no una simple relación de empleo público, en términos semejantes a las funciones que ejercen diputados, ministros, presidentes de mesas electorales, etc.
- e) **No Patrimonial:** pues no se puede valorar en dinero. En primer término pues está fuera del comercio, y en segundo lugar porque en virtud de las miras tenidas en consideración al establecerlo, de naturaleza no económica sino política, resulta de imposible merituación pecuniaria.
- f) **Indivisible:** desde que no resulta divisible, por cuanto se trata de un complejo jurídico único de deberes y derechos, los cuales se hallan recíprocamente unos en función de otros, no pudiendo admitirse su titularidad por separado.
- g) **Imprescriptible:** no se puede perder ni adquirir con el transcurso del tiempo. Pues tanto su adquisición como pérdida se hallan referenciados con relación de actos que necesitan necesariamente de un acto de voluntad expresa del Estado.
- h) **Intransferible:** en tanto no se puede transmitir. Pues se da respecto de una persona determinada y en tanto ella se halle en determinada situación jurídica.
- i) **Irrenunciable:** está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, sujeto a una regulación de orden público; este carácter debe ser entendido en el sentido que sólo a través de los medios legalmente previstos puede adquirirse o perderse dicho estado, no siendo la voluntad de la persona útil a estos efectos sino cuando la ley la refiera como uno de los elementos del acto de adquisición o pérdida y nunca por sí misma, sino en concurrencia con otros elementos. Lo que supone

¹²³ Fiorini, Bartolomé, Estado Militar, en Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XI, Driskill s.a., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1977, pág. 18/9.

una consideración atemperada del presente carácter, en relación al carácter homólogo del estado civil. Que no es renunciable en lo absoluto.

j) Inalienable: no se puede vender o comprar ni embargar.

Cabe destacar asimismo que el estado militar, por su carácter especial, es de empleo limitado o restrictivo. No pudiendo extenderse a otras categorías de personas, sin norma legal que lo habilite expresamente.¹²⁴

12. Contenido de la situación jurídica militar

La situación jurídica que califica el estado del militar se refiere a contenidos de orden interno al individuo respecto a su conducta, y otros externos referidos a su actuación, tanto dentro de la misma organización militar como en la sociedad política.

El militar, en virtud de su estado, es sujeto tanto de derechos, libertades y de protección específica, como de los deberes y restricciones determinados para quien asume una función militar.

Partiendo siempre de la condición jurídica o estado de ciudadanía, además de los derechos y obligaciones inherentes a ella, el militar goza de las obligaciones y derechos específicos relacionados con misión en la sociedad política.

Tal y como se ha expresado desde el derecho francés¹²⁵, en razón que las Fuerzas Armadas se hallan al servicio de la Nación, y su misión resulta el asegurar por la fuerza de las armas la defensa de la Patria y los intereses superiores de la Nación, el estado militar exige en toda circunstancia disciplina, lealtad y espíritu de sacrificio. Mereciendo los derechos que comprende y las restricciones que implica, el respeto de los ciudadanos y la consideración de la Nación.

En el contenido de dicho estado se establecen las debidas garantías a favor de la comunidad nacional, que el ciudadano militar cumplirá con las obligaciones que su función le impone, por una parte, y por otra se prevee los resguardos hacia el militar en atención a los riesgos y exigencias que la vida de armas implica, a fin de no lesionar su dignidad como persona humana, ni defraudar su dedicación puesta al servicio de los demás.

¹²⁴ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers

TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm>

[Consultado: 29 de febrero de 2004]: “Il n'est pas sain de vouloir imposer un régime monastique à une catégorie particulière d'agents au service de l'Etat. Les militaires font partie de la société et, comme le chef des armées l'a rappelé trois années de rang à l'occasion de la présentation des vœux des armées, la société militaire doit de plus en plus être alignée sur la société civile”.

¹²⁵ Article premier. Loi N° 72-662 portant statut général des militaires. *Du 13 juillet 1972*. BOEM 300*, 332* et 651: L'armée de la République est au service de la nation. Sa mission est de préparer et d'assurer par la force des armes la défense de la patrie et des intérêts supérieurs de la nation.

L'état militaire exige en toute circonstance discipline, loyalisme et esprit de sacrifice. Les devoirs qu'il comporte et les sujétions qu'il implique méritent le respect des citoyens et la considération de la nation. Le présent statut assure à ceux qui ont choisi cet état et à ceux qui accomplissent le service militaire dans les conditions prévues par le code du service national les garanties répondant aux obligations particulières imposées par la loi. Il prévoit des compensations aux contraintes et exigences de la vie dans les armées.

Cabe destacar, como se aprecia de la lectura de los artículos 7º¹²⁶ y 8º¹²⁷ de la 19.101, que el contenido del estado militar no se agota en dicha norma, sino que únicamente se refleja en ella lo principal, y por tanto debe ser completado con otras normas que se refieren al personal militar, y que se hallan en distintas leyes. Es por ello que podemos decir que su contenido se presenta fragmentado en cuanto a sus fuentes de regulación jurídica.

La función militar, como otras categorías de las fuerzas del estado, se halla sometida a una condición con especiales restricciones. En donde los deberes tienen superioridad en número y extensión respecto de los derechos. Pero de ello no puede seguirse que los desplacen o que se carezca de ellos. Por lo que lo antes dicho debe entender en el sentido que es primordialmente una situación jurídica de deber, pero en donde la porción minoritaria de su composición, los derechos, cumplen por lo mismo una importante función: salvaguardar un concepto de igualdad en conjunto, estableciendo las debidas garantías a fin que la prestación militar no se transforme en una “capita diminutio” del ciudadano, respecto de los civiles.

Por ello procede la concesión de determinados beneficios específicos, a fin de equilibrar las restricciones de acción que se le imponen. Debiendo el militar, cuanto menos, en su condición jurídica, asegurado respecto de las consecuencias disvaliosas o las pérdidas respecto de la generalidad de las personas, que por su condición militar enfrenta.¹²⁸

Fiorini diferencia entre contenidos internos y externos del estado militar, refiriéndose con lo primero a su conducta personal en relación con la función específica que cumplen en una Nación. Su comportamiento en la vida privada, la corrección en todos sus actos, su proceder en la vida de relación, deben tener concordancia con el objeto fundamental de la función militar encomendada.

Por su parte, los contenidos externos resultan el cumplimiento de las funciones del cargo, y también las gestiones que le imponen como cargas anexas que le corresponde como agente militar; el sometimiento a la jurisdicción de la justicia militar; la propiedad o seguridad en el cargo que sólo podrá perderlos por causas justificadas y de acuerdo a la ley; el ejercicio del poder disciplinario respecto de sus subordinados; el uso de insignias y uniformes según el grado y dignidades que le haya reconocido; el derecho al sueldo y a los distintos haberes como retribución de sus funciones ejercidas.¹²⁹

Por nuestra parte, entendemos a los fines del estudio que las consecuencias del estado militar, pueden ser divididas en tres planos: sus proyecciones hacia dentro de la institución armada o en el campo del derecho militar, sus proyecciones hacia fuera en relación al Estado o en el campo del derecho público, y por último sus proyecciones en relación a la vida en sociedad, o en el campo del derecho privado. Cada uno será objeto de tratamiento, por separado y sin perjuicio de marcar sus relaciones con los demás, en los capítulos VI a VIII, respectivamente.

¹²⁶ “Son deberes esenciales impuestos por el estado militar...”

¹²⁷ “Son derechos esenciales impuestos por el estado militar...”

¹²⁸ Conf. Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm> [Consultado: 29 de febrero de 2004]: “...la disponibilité permanente est par principe justifiée, l'Etat en a besoin”.

¹²⁹ Fiorini, Bartolomé, Estado Militar, en Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XI, Driskill s.a., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1977, pag. 18/9.

13. Elementos adjetivantes del estado militar

13.1. Por la condición de alistamiento para prestar servicio

Las fuerzas armadas se dividen en relación a su alistamiento, en aquellas organizaciones que se mantiene en servicio en forma efectiva (Ejército, Armada y Fuerza Aérea)¹³⁰, y aquellas que sirven a cada una de ellas con el propósito de completar, cuando así se disponga, sus efectivos de carácter permanente (Reserva del Ejército, reserva de la Armada, reserva de la Fuerza Aérea).¹³¹

En relación a la persona de cada una de dichas clases, en la primera distinguimos al cuadro permanente, integrado por el personal que voluntariamente se encuentra incorporado en sus respectivas fuerzas armadas para prestar servicios militares y se halla en actividad.¹³²

Esta categoría, no sólo tiene estado militar, como se ha visto en el punto 9 del presente capítulo, sino que además su régimen de servicio, resulta el más amplio y completo en el ámbito castrense.¹³³

Resultan dicho personal militares de carrera, que como se ha expresado en el derecho extranjero: “... *asumiendo la trascendencia de la función militar, constituyen la base orgánica de las fuerzas y garantizan la continuidad de los valores de la Institución*”¹³⁴.

Con relación al personal de la reserva, podemos distinguir entre la reserva incorporada, constituida por el personal no perteneciente al cuadro permanente que se encuentre incorporado en su respectiva fuerza armada, por convocatoria o por servicio militar obligatorio para prestar servicios militares.¹³⁵, y la reserva fuera de servicio, consistente en la que no se halla integrada a la organización permanente de las fuerzas armadas para prestar servicios.

Este último tipo de reserva se halla constituida¹³⁶ por el personal procedente del cuadro permanente por retiro o por baja, conserve su aptitud para el servicio militar. O el que habiendo recibido instrucción en su respectiva fuerza armada o en centros especiales de adiestramiento y/o reclutamiento, conserva su aptitud para el servicio militar y está en situación de fuera de servicio.

Asimismo constituye la reserva fuera de servicio, el personal que habiendo cursado estudios en liceos militares, haya obtenido al finalizar o interrumpir dichos estudios, un grado que lo capacite para integrar la reserva de las fuerzas armadas.

También, quien sin haber recibido instrucciones en su respectiva fuerza armada o en centros especiales de adiestramiento, o reclutamiento, sea destinado a dicho cuadro de la reserva de conformidad con las correspondientes leyes de la nación.¹³⁷

¹³⁰ Art. 2º, primera parte, ley 19.101.

¹³¹ Art. 3, primer párrafo, ley 19.101.

¹³² Art. 2º, in fine, ley 19.101.

¹³³ Ver, respecto de la relación entre estado militar y régimen o relación de servicio, lo expuesto en el Capítulo VI, apartado 1.

¹³⁴ Art. 207, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

¹³⁵ Art. 3º, inc. 1º, ley 19.101.

¹³⁶ Art. 3º, inc. 2º, ley 19.101.

¹³⁷ Por caso, las disposiciones al respecto en la ley de servicio militar obligatorio.

En relación al estado militar, lo posee únicamente la reserva incorporada, si bien el régimen o relación de servicios que nacen de dicho estado, será con algunas variantes respecto del que corresponde al cuadro permanente. Por lo que será estudiado en conjunto con tal categoría en el capítulo siguiente, realizando las puntualizaciones correspondientes.

La reserva fuera de servicio, por su parte, y salvo supuesto de retiro del cuadro permanente, no posee estado militar. Si bien mantiene algunos derechos y obligaciones residuales o que guardan relación al mismo. Que serán materia de estudio en el capítulo siguiente.

13.2. Agrupamiento por categorías de personal

De acuerdo con la escala jerárquica, el ordenamiento militar argentino, agrupa al personal en las categorías de personal superior, subalterno, tropa y alumnos.¹³⁸

13.2.1. Oficiales

El cuerpo de oficiales es el elemento de dirección activa de la estructura militar.¹³⁹ Constituyen la más alta categoría del personal en el ordenamiento militar, siendo el elemento dirigencial de las Fuerzas Armadas, cuya función típica es el ejercicio del comando, de la cual se desprenden asimismo, atribuciones directivas en el campo técnico, logístico y administrativo.

En el derecho comparado se lo ha definido como: *“el personal ejecutivo que tiene el mando, planificación, conducción, coordinación y control en las organizaciones militares”*.¹⁴⁰

La originaria caracterización asociada a lo heroico y aristocrático, como signo distintivo de una categoría de militares destinados a dirigir en batalla, luego de la desintegración del imperio romano, se proyecta en la figura del jefe bárbaro, comandante de todo el pueblo, esencialmente guerrero éste.

Durante todo el medioevo esta tendencia se consolida, pasando la antigua función militar de conducción, a ser una categoría social denominada nobleza, a la que por la vía de la institución de la caballería, el sistema político conocido como *“Respublica Christiana”*, se le añade un elemento de sacralidad y la imposición de especiales deberes morales.

Durante la edad media, a las diversas graduaciones de la milicia correspondía una jerarquía de nobleza, ejerciendo en tiempo de paz los jefes militares diversas funciones civiles.¹⁴¹

Los otrora oficiales son ahora nobles, miembros de una aristocracia guerrera hereditaria, vinculada entre sí y con los otros estamentos por vínculos de vasallaje, y los deberes de fidelidad y asistencia que éstos implican.¹⁴²

¹³⁸ Art. 15, ley 19.101.

¹³⁹ Huntington, Samuel, El soldado y el Estado. Teoría y política de las relaciones cívico-militares, GEL, Buenos Aires, 1995, pág. 15.

¹⁴⁰ Ley N° 1.115/97 del Estatuto del personal militar de la república del Paraguay, artículo 97.

¹⁴¹ Ver al respecto, Libro II, Título I, Ley XXV del Fuero juzgo.

¹⁴² En Gran Bretaña, los grados comisionados o cargos de oficiales podían ser médicos, práctica que se extendió hasta 1870. Toyos, Sergio, El origen de las graduaciones militares, MUPIM Revista. Órgano

El desarrollo de la ciencia militar y la formación de los ejércitos permanentes como expresión de fuerza armada del Estado moderno, determinaron nuevamente una mutación de dicha aristocracia, configurándose de nuevo como una categoría de profesionales de la guerra donde el acento era puesto en lo técnico por encima de los orígenes.

Entre los siglos XVII y el XVIII se profundiza esta tendencia¹⁴³, representando la revolución francés y las guerras napoleónicas, el abandono de la concepción aristocrática de la categoría de los oficiales. Ya no podrán ser comprados los grados, ni los mandos militares otorgados en relación a la fortuna y nobleza de la persona. La capacidad en la técnica militar y en especial los méritos en el campo de batalla son los que pasan a determinar la ubicación personal dentro de los ejércitos.

El oficial es ahora un profesional formado y dedicado a una actividad, la militar, que cada vez requiere en mayor medida de conocimientos técnicos especializados. La ética sobreviniente, se despojará de sus connotaciones de origen nobiliaria, para estructurarse en base a la consideración de un honor basado en la calificación de determinados actos del sujeto como valiosos o disvaliosos.

En la materia que nos ocupa, la concesión del estado militar, por esa época, es inicialmente una muestra de dicho nivel de profesionalidad, que se busca asegurar desde lo jurídico.

La función del comandante militar pierde sustancialmente sus aspectos aristocráticos, manteniendo sí el prestigio formal de las antiguas tradiciones. A la vez que recupera en cierto sentido su característica heroica, de constituirse en elemento de referencia del valor en la batalla para los hombres que dirige.

Tanto la primera como la segunda guerra mundial, acentúan el componente de especialización técnica en todos los órdenes, y respecto de los oficiales en cuanto a la dirección de fuerzas cada vez más complejas. La creciente importancia de los aspectos logísticos y administrativos determinan la necesidad de formar oficiales especializados en determinados aspectos de lo militar, los cuales no necesariamente tienen que ver con el combate de forma directa.¹⁴⁴

Y luego de la segunda guerra, la sociología americana se preguntará si el oficial debe en nuestros días seguir poseyendo esa característica heroica de comandante militar y deberá ser formado para comportarse operativamente como un “*manager*”.¹⁴⁵

La evolución antes descrita de la categoría de los oficiales ha tenido su correlato jurídico en la forma de su reclutamiento, su situación jurídica y desarrollo de su carrera, la cual siempre ha estado más desarrollada y sometida a mayores exigencias que el resto de las categorías castrenses.

Pero sus diferencias no están basadas exclusivamente en una normativa diversa en materia de reclutamiento, sino por el rol específico que ocupan en el universo militar. Así

informativo y cultural propiedad de la mutualidad del personal de intendencias militares, N° 519, diciembre de 2002, pág. 35.

¹⁴³ Dos notas podemos destacar en este punto del largo y complejo proceso que detallamos: la articulación cada vez más vertical de los grados en una cadena sucesiva en los ejércitos y la creación de escuelas destinadas exclusivamente a la formación de los oficiales.

¹⁴⁴ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo III: Gli Ufficiali [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_3.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁴⁵ Battistelli, Franco, Marte e Mercurio – sociologia dell'organizzazione militare, Franco Angeli, Milán, 1990, pag. 127.

su estado se vuelve más complejo respecto de otras categorías, desde que tiene que comprender la normativa atinente a las funciones de mando y comando. Su posición en la cúspide de la jerarquía, determina asimismo, en cuanto a su estado mayores exigencias respecto de su conducta, tareas y procedimientos de más fácil remoción de tornarse inhábil para ellas.

La categoría de los oficiales se articula en una serie de grados jerárquicos, los cuales se corresponden con determinada función y competencias. Asimismo, la división tripartita de las fuerzas armadas¹⁴⁶, con sus respectivas escalas jerárquicas, determina la necesidad de articularlas en un sistema de correspondencias, desde la ubicación exacta de una personal dentro de la organización militar, con claras relaciones de superioridad-subordinación, principalmente en atención a los deberes de obediencia, es no sólo la esencia misma del estado militar, sino un objetivo principal del ordenamiento castrense.

En relación a sus funciones, los oficiales se dividen en distintas clases: los subalternos¹⁴⁷, que ocupan los primeros grados de la escala jerárquica y abarcan los períodos de especialización y de conducción de pequeñas formaciones no independientes; los jefes¹⁴⁸, nivel en que se tiene mando de las primeras unidades orgánicas y; y los oficiales superiores. Con el grado de Coronel, Capitán de navío o Comodoro se accede al nivel dirigencial de la organización militar, si bien respecto de sectores particulares de la misma (en general, unidades autónomas). En el este nivel encontramos una subdivisión, con la clase denominada de los oficiales generales¹⁴⁹, los cuales resultan la dirigencia superior de la institución militar y los que ejercen el comando de las grandes unidades.

El último grado de la escala de oficiales generales, se halla reservado a los oficiales que sean nombrados para ocupar los cargos de Jefes de Estado Mayor de cada fuerza o el de carácter conjunto.¹⁵⁰

13.2.2. Suboficiales

La categoría de los suboficiales, ha surgido en una época relativamente reciente, distinguiéndose de los grados de tropa como categoría autónoma partir del desarrollo en el tiempo, de un grado que resultaba un colaborador estrecho de los oficiales y que devendría en paradigma de su categoría: el de sargento.

Por dicho origen histórico, se ha desarrollado como una emancipación gradual de los militares de tropa y un progresivo acercamiento a la de los oficiales, por lo que en lugar de revestir características autónomas, ha asimilado en el tiempo las de una u otra, de tales categorías.¹⁵¹

¹⁴⁶ Para una mayor puntualización en la cuestión, ver lo expuesto en el Capítulo III, apartado 1 del presente.

¹⁴⁷ Subteniente, alférez o guardinarina a capitán o teniente de navío, dependiendo de la fuerza.

¹⁴⁸ Mayor o Capitán de corbeta a Teniente coronel, Capitán de fragata o Vicecomodoro, dependiendo la fuerza.

¹⁴⁹ General de brigada a Teniente general en ejército, Contralmirante a Almirante en armada y Brigadier a Brigadier General en fuerza aérea.

¹⁵⁰ Art. 49 inc. 2º, ley 19.101.

¹⁵¹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo IV: Gli Sottufficiali [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_4.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

Durante el siglo XVII, en los países anglosajones, cuando los ejércitos se convirtieron en organizaciones permanentes del Estado, la concesión de los grados constituía una prerrogativa real, usualmente conferida mediante una comisión del rey sobre personas de confianza o especialmente recomendadas. Como normalmente debía esperarse un turno para estas comisiones, en dicho período se desempeñaba cargos menores dentro de las unidades, dándose lugar a los llamados cargos de oficiales no comisionados¹⁵², grados que en la organización militar hispánica fueron llamados primero clases y, posteriormente, suboficiales.¹⁵³

La necesidad, por el desarrollo de la tecnología militar y la complejización de sus formas de organización, condujo a la necesidad de contar con personal especializado y de carácter permanente cada vez a niveles más básicos de la institución militar.

Es por ello que se ha dicho que: *“El suboficial representa un estadio evolutivo del ordenamiento militar y del desarrollo tecnológico de las fuerzas armadas, que adquiriendo en el tiempo una mayor configuración técnico-militar que se traduce en un específico instrumento normativo de reconocimiento y de valorización de dicha categoría”*.¹⁵⁴

En nuestro ordenamiento castrense nacional, hacia 1864, todavía se mantenían las regulaciones españolas, por lo que los suboficiales seguían denominándose clases, eligiéndose de entre la categoría de los soldados. Sus grados eran los de Cabo 1º, Cabo 2º, Sargento 1º y Sargento 2º.

La denominación de clases proviene de la voz latina *classi*, que significa orden, rango, jerarquía. La creación de una categoría o escala intermedia entre la tropa y el cuadro de oficiales, en la forma de un cuadro nuevo y distinto de los anteriores, de suboficiales, tendrá lugar más tarde. En la ley de ascensos de 1882, que reemplazó definitivamente a las “Ordenanzas Españolas”, si bien todavía se mantenía el término de clases. La ley orgánica militar N° 4707 de 1905 determinó una nueva escala jerárquica, compuesta de los grados de cabo, cabo 1º, Sargento y Sargento 1º.

La modificación de la antedicha norma en 1915, determina la creación de la categoría de suboficiales, agregándose a los grados ya existentes el de sargento ayudante.¹⁵⁵

Entendemos que para el reconocimiento autónomo de la categoría, ha gravitado de manera importante la adopción del modelo de conscripción de obligatoria, que al renovar año a año la categoría de la tropa, determinó la necesidad de contar con personal permanente para su instrucción y manejo, incluso a niveles de base.

Es por ello que en sistemas análogos al propio, ha sido definido como *“ el personal auxiliar de las diversas actividades de conducción, adiestramiento y empleo de los medios y es el responsable del entrenamiento técnico y táctico del personal y del material puesto a su cargo ”*.¹⁵⁶

¹⁵² Non commissioned officers (NCO), en inglés.

¹⁵³ Toyos, Sergio, El origen de las graduaciones militares, MUPIM Revista. Órgano informativo y cultural propiedad de la mutualidad del personal de intendencias militares, N° 519, diciembre de 2002, pág. 35.

¹⁵⁴ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo IV: Gli Sottufficiali [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_4.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “Il sottufficiale rappresenta, quindi, lo stadio evolutivo degli ordinamenti militari e dello sviluppo tecnologico delle forze armate, acquisendo sempre più una propria configurazione tecnico-militare, tradotta nel tempo in specifici strumenti normativi di riconoscimento e di valorizzazione della categoria”.

¹⁵⁵ Toyos, Sergio, El origen de las graduaciones militares, MUPIM Revista. Órgano informativo y cultural propiedad de la mutualidad del personal de intendencias militares, N° 519, diciembre de 2002, pág. 37/8.

¹⁵⁶ Ley N° 1.115/97 del Estatuto del personal militar de la república del Paraguay, artículo 99.

13.2.3. Tropa

El militar de tropa constituye la categoría de base de todo el personal militar, y si bien cuentan con estado militar en cualquiera de sus manifestaciones¹⁵⁷ (voluntaria, obligatoria), su relación de servicios será esencialmente distintas atendiendo al sistema de reclutamiento adoptado.¹⁵⁸

En cuanto a las diferencias en cuanto a la prestación del servicio militar en atención a su carácter voluntario u obligado, remitimos a lo ya tratado en el capítulo III.

En cualquier caso, como se ha expresado en el derecho comparado el *“personal de tropa es el elemento esencial de ejecución para las Fuerzas Armadas”*.¹⁵⁹

El origen de la denominación de soldado podemos encontrarla en la baja latinidad, en el término *“solidum”*, que significa sueldo o dinero y del que derivó *“soldatus”*, o persona asalariada. En el antiguo léxico militar español se encontramos acompañada de calificativos que suponen la primera estructuración de jerarquías dentro de la escala de tropa: soldado aventajado y soldado distinguido.

En nuestro servicio militar obligatorio, se hallada el grado de dragoneante, proveniente del antiguo verbo español dragonear, otorgado a los soldados conscriptos que se distinguían por sus virtudes personales y militares, siendo conocidos en el mismo sentido como cabos conscriptos.

Con la desaparición de dicha modalidad de prestación militar, y la adopción del modelo de reclutamiento voluntario de tropa, fue reemplazado por los grados de voluntario de 2º y voluntario de 1º.¹⁶⁰

13.2.4. Alumnos

La superación exitosa de las pruebas de admisión, determina el acceso del concursante al curso o período de formación, con la consiguiente adquisición del estado militar desde su alta en condición de alumno. Tal adquisición determina asimismo, la pérdida de todo otro estado o graduación que tuviese a la admisión del curso.

En su período de formación, el personal no ofrece verdadera y propiamente la prestación militar en virtud de la cual se ha concreta su acceso a la institución armada, siendo una fase preparatoria para ella, donde se adquieren las nociones técnicas y procedimientos para poder desarrollarse en su futuro rol militar.¹⁶¹

¹⁵⁷ Art. 6º, ley 19.101.

¹⁵⁸ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo V: I militari di truppa [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_5.htm

¹⁵⁹ Ley N° 1.115/97 del Estatuto del personal militar de la república del Paraguay, artículo 99.

¹⁶⁰ Toyos, Sergio, El origen de las graduaciones militares, MUPIM Revista. Organó informativo y cultural propiedad de la mutualidad del personal de intendencias militares, N° 519, diciembre de 2002, pág. 36.

¹⁶¹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XII: Il Trasferimenti [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_12.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]:

Revista por tanto, en dicho período en una categoría especial, respecto del personal de cuadros, cual es la de alumnos. Que respecto de los soldados se denomina recluta.

El período o curso de formación puede ser de formación o adaptación (según se trate de personal destinado a cuerpo comando o al cuerpo profesional) o de especialización. Y si bien ambos se hallan estructurados como un único *iter* de estudios, sus exigencias y composición interna serán diversas, de acuerdo a las exigencias institucionales que para cada agrupamiento, especialidad y categoría se requiera.

La categoría de alumnos, comporta una serie de puntualizaciones especiales, respecto de su estado militar.

El personal de alumnos, durante el curso de formación, adquieren un particular lugar en el orden jerárquico militar, teniendo los cadetes, al serle otorgados sus grados (equiparables a los del personal militar subalterno) precedencia respecto de los homólogos correspondientes a los suboficiales, y el personal de aspirantes, sobre sus similares de la tropa. El acceso sobreviviente o alta a la categoría de oficial o suboficial comportan la pérdida de tales grados y de su precedencia, reemplazada por la propia del grado definitivo alcanzado con el egreso.¹⁶²

El personal de alumnos y el de la reserva incorporada no procedente de los cuadros permanentes (convocado o en servicio militar obligatorio) no podrá pasar a situación de retiro; sin embargo, si al ser dado de baja como tal, estuviera disminuido para el trabajo en la vida civil por actos del servicio militar, percibirá una suma en carácter de haber mensual o de indemnización, de acuerdo a lo que se prescriba en la ley.¹⁶³

Todas las fases del proceso de formación o especialización, se hallan dirigidas a posibilitar el empleo del personal en determinado grado o función, por lo que su no superación importa una suerte de condición resolutoria que, en el caso de los alumnos es susceptible de hacer cesar su condición militar.

La superación exitosa del curso de formación o adaptación, según sea el caso, determina la concesión del grado respectivo y la alta en el correspondiente agrupamiento, con la antigüedad correspondiente a la fecha de la disposición que resuelve el egreso y al orden final establecido a la culminación de dicho proceso formativo. Comportando por tanto, una modificación no tanto en la sustancia de su estado militar, como en la relación o régimen de servicio consecuente.

13.3. Agrupamiento por funciones a desempeñar

La ley militar dispone que en relación con las funciones específicas que debe desempeñar, el personal será agrupado en cuerpos, armas y/o escalafones, con las denominaciones que al respecto determine la reglamentación pertinente.

Estas agrupaciones deberán reunir, por principio, distinguiendo a unas de otras, al personal destinado a desempeñar funciones de comando, y al destinado a prestar funciones profesionales. Reservando a los primeros, el comando de fuerzas, unidades o subunidades

¹⁶² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XI: L'accesso ai Ruoli e la Formazione di Base [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_11.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁶³ Art. 68, ley 19.101. La determinación del monto se hace en virtud de los artículos 76, inciso 3º), 77 y 78 de la ley 19.101.

de las Fuerzas Armadas, debiendo ser especialmente, reclutado y adiestrado para tal fin; en tanto el personal reclutado y adiestrado para el cumplimiento de funciones de profesionales no ejercerá comando, pudiendo solamente desempeñar cargos o funciones afines a los de su especialidad.¹⁶⁴

Existen otras funciones como la de dirección, que se deriva del ejercicio del mando y se cumple en los organismos no incluidos anteriormente. Y la función de apoyo o gabinete, que resulta aquella que tiene por finalidad asistir a los titulares de los Comandos en sus funciones de comando o dirección, según corresponda.

Estas dos serán cumplidas por personal de comando, a excepción que se trate de una función especializada propia de un escalafón del cuerpo profesional.

Como nos dice Toyos, en un principio, en nuestro ordenamiento jurídico nacional:

“Los grados militares eran propios del escalafón combatiente (hoy cuerpos de comando). Los denominados cuerpos auxiliares (hoy cuerpo profesional) tenían hacia 1864 una situación dual. Mientras las ordenanzas militares vigentes les acordaban fuero –es decir, estado militar- el presupuesto de 1863/4 los comprendía dentro de la administración civil del Ejército con designaciones para cada jerarquía equivalentes a los distintos grados del escalafón combatiente, los que fueron evolucionado con el tiempo.

“El 9 de mayo de 1965 se dio estado militar al personal de sanidad.

“Algo semejante se presentó en el Cuerpo de Comisarios de Guerra, los que también, disponiendo de grados semejantes a los militares, fueron cambiándolos con el curso del tiempo. No fue hasta bastante avanzado el presente siglo [Siglo XX] que el personal de los servicios [hoy cuerpo profesional] fue equiparado en el nombre de sus grados, con los que usaba el personal combatiente”.¹⁶⁵

La ley 19.101, especifica diferencias en cuanto a grado a alcanzar¹⁶⁶, respecto de personal de oficiales, distinguiendo según se trate en relación a uno u otro cuerpo, en cuanto a la forma de reclutamiento y formación, debiendo el personal superior del cuadro permanente de las fuerzas armadas destinado a desempeñar funciones de comando egresar de las escuelas o institutos militares especialmente destinados a tal fin en cada fuerza armada.¹⁶⁷ En tanto que el destinado a desempeñar funciones profesionales se reclutará mediante los cursos o concursos de admisión que a tal fin se realicen en cada fuerza armada.¹⁶⁸

En tanto el personal que egresa luego de haber cursado satisfactoriamente dichas escuelas o institutos, lo hacen con el grado efectivo¹⁶⁹, en tanto el que provenga de cursos o concursos y que hayan satisfecho las exigencias de dichos cursos o concursos y siempre

¹⁶⁴ Art. 16, ley 19.101.

¹⁶⁵ Toyos, Sergio, El origen de las graduaciones militares, MUPIM Revista. Órgano informativo y cultural propiedad de la mutualidad del personal de intendencias militares, N° 519, diciembre de 2002, pág. 37. Lo entre corchetes nos pertenece.

¹⁶⁶ Ver el apartado referido a ascensos en el capítulo VI.

¹⁶⁷ Art. 27 inc. 1º, ley 19.101.

¹⁶⁸ Art. 27 inc. 2º, ley 19.101.

¹⁶⁹ Art. 28 y 31 de la ley 19.101, para el personal superior y subalterno, respectivamente.

que hayan obtenido el orden de mérito necesario, serán dados de alta "en comisión" con el grado que para cada caso determine la reglamentación de esta ley. el alta "efectiva" se concederá a los tres años desde el alta "en comisión", respecto del personal superior (oficiales)¹⁷⁰ y dos con relación al personal subalterno (suboficiales)¹⁷¹, siempre que el causante haya satisfecho durante dicho plazo las exigencias que se reglamenten.

13.4. Especialidad

Otro factor de complejización y modificación del estado militar, resulta lo atinente a la especialidad, desde que la necesidad de reclutar y formar oficiales con diferentes especialidades, típica de la moderna sociedad postindustrial, y a fin de responder a las cada vez más complejas exigencias operativas, técnicas y de especialidad de las fuerzas armadas, ha determinada la flexibilización de la perspectiva generalista de formación a favor de una de tipo especialista.

Esto trae a nivel jurídico la progresiva diferenciación de la normativa de ascensos y destinos, confiriendo un desarrollo y progresión de carrera diferenciado en razón de la especialidad que se posee.¹⁷²

Las especialidades resultan las prioridades de conocimiento y entrenamiento para las que está preparado determinado personal militar, pudiendo también afirmarse que es la capacidad que indica para qué ámbito de la actuación militar está especialmente preparado el soldado, suboficial u oficial.¹⁷³

Al respecto, la ley 19.101 establece que el personal de las fuerzas armadas podrá poseer una o más especialidades, o bien cambiar de una a otra, según sus aptitudes y siempre de acuerdo con las necesidades orgánicas, según lo determine la reglamentación de esta ley.¹⁷⁴ Pudiendo los cuerpos, armas y/o escalafones, podrán estar integrados por una o más especialidades, de acuerdo con lo que para cada fuerza armada determine la reglamentación de esta ley.¹⁷⁵

Por lo general las distintas reglamentaciones de las fuerzas, sus manuales de clasificación del personal militar superior y subalterno, en donde se halla determinado para cada especialidad, deberes, responsabilidades y requisitos de instrucción, experiencia y adiestramiento, así como los procedimientos para la obtención y/o cambios de ellas.¹⁷⁶

14. Suspensión parcial del estado militar

¹⁷⁰ Art. 29, ley 19.101.

¹⁷¹ Art. 32, ley 19.101.

¹⁷² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo III: Gli Ufficiali [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_3.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁷³ Alli Turillas, Juan Cruz, El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico, prólogo de Ramón Parada Vázquez, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2002, pág. 169.

¹⁷⁴ Art. 18, ley 19.101.

¹⁷⁵ Art. 17, ley 19.101.

¹⁷⁶ Por caso, en los párrafos 70 y 70 del de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

En nuestro ordenamiento cabe la posibilidad de suspender en parte el estado militar, de modo transitorio y por causa disciplinaria.

Así ocurre respecto de los oficiales en los casos que se le impusiera la sanción disciplinaria de suspensión de empleo¹⁷⁷, consiste en la privación temporal de los derechos, prerrogativas y honores propios del empleo, a excepción del derecho a percibir la mitad del sueldo. A este efecto se hará constar en las listas de revista la suspensión de empleo. Sanción no podrá exceder de un año ni ser menor de un mes, ni podrá ser impuesta más que por decreto del Presidente de la Nación mediante una prevención sumaria.

Como puede verse, tratase de una suspensión parcial y en la parte de los derechos del estado militar. Y en lo que respecta a la situación de revista, coloca el personal en pasiva.¹⁷⁸

Durante la suspensión del empleo, no tiene que prestar servicios, si bien su situación de revista continúa siendo de servicio efectivo. Por otra parte, si bien la administración no está obligada a contraprestarle en tal período con lo que pudiese corresponderle en materia de haberes, si debe salvaguardar incluso en esta posición del estatus jurídico militar, las exigencias básicas de mantenimiento del militar y su familia.

De allí que se ha entendido que la suma disminuida que se le abona, es por causa o título asignación alimentaria, no teniendo derecho al tratamiento económico propio y normal del personal militar.¹⁷⁹

Sí permanecen intactos de los deberes, a cuyo fin el militar debe considerarse como su estuviese en servicio. Conserva asimismo su grado, y por tanto, su estado militar, con las salvedades antes enunciadas.

Su sanción correspondiente en la categoría de suboficiales, resulta menos gravosa, si bien suspende algunos atributos del estado militar. Desde que también la sanción de suspensión de suboficial o clase¹⁸⁰ consiste, en privar temporalmente a los mismos de sus funciones e insignias por un tiempo no menor de un mes ni mayor de seis meses, percibiendo los suspendidos sólo medio sueldo durante tal lapso.

15. Pérdida y readquisición del estado militar

La pérdida del estado militar es el acto que determina la separación total y definitiva del agente de los cuadros permanentes de las fuerzas armadas de la Nación. Lleva implícita la pérdida del grado o categoría del funcionario.

Desde que los deberes y derechos que contiene el estado militar, sólo existen a favor del agente por su situación jurídica en las fuerzas armadas, ellos desaparecen o caducan cuando éste deja de formar parte de sus cuadros. Ese dato de la temporalidad exhibe al estado como una simple relación de derecho con respecto exclusivamente a la función y nunca de carácter personal. Por estas circunstancias, el estado militar desaparece cuando el agente se retira de las Fuerzas Armadas, reintegrándose en la vida civil como un simple

¹⁷⁷ Art. 553 CJM.

¹⁷⁸ Art. 38, inc. 3º), apartado d), Ley 19.101. Ver lo que se expresa respecto a dicha situación de revista en el Capítulo VI.

¹⁷⁹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XV: La Sospensione del Rapporto di Impiego [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_15.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁸⁰ Art. 570 CJM.

particular. Esta situación de caducidad de estado militar no siempre es idéntica, pues deben considerarse las causas del alejamiento de la vida castrense, ya sea por efecto de una sanción penal o por cumplimiento automático de las normas que regulan su pérdida. Cualquiera que fuere la circunstancia del retiro o de la baja del agente militar sólo pierde o se limita una situación jurídica y en ninguna forma un título de carácter personal.¹⁸¹

Las causas que originan esta situación, provienen de expresas disposiciones de la ley, que distingue según que el origen de la ruptura del vínculo legal entre el Estado y el agente militar. Sea la consecuencia de un acto de libre manifestación de la voluntad del titular, o bien el resultado de una sanción impuesta al funcionario.

En el primer supuesto, la pérdida del estado militar sobreviene a pedido o solicitud del interesado, mediante la presentación de su renuncia expresa. Las causas comprendidas en el segundo caso se extienden en general, a las normas legales sobre cesantía y exoneración aplicables a todo agente o funcionario de la administración pública, Y en especial con respecto al agente militar, la pérdida del derecho al ejercicio de la ciudadanía, la condena criminal impuesta por los tribunales competentes del Estado, y la acusación por delitos comunes, o por hechos graves sancionados con pena superior a tres años.

La pérdida del estado militar y por lo tanto la separación definitiva del agente del servicio de armas del Estado, tiene efecto jurídico desde el momento en que queda notificado del acto respectivo. Tratándose de la renuncia del titular, tal efecto no se produce hasta tanto la renuncia haya sido aceptada. Teniendo como principal efecto, la cesación de toda posibilidad de prestar bajo cualquier modalidad la función militar o de permanecer en la escala jerárquica de las fuerzas armadas.

La pérdida del estado militar no releva de estar encuadrado en el régimen de reserva fuera de servicio, si se dan las condiciones de idoneidad para tal fin.

Si bien en otros ordenamientos castrenses¹⁸² se halla normada la pérdida del grado con carácter autónomo, no es así en nuestro derecho militar, en el cual se halla contenida dentro de la problemática de la pérdida de estado militar.

Las hipótesis de pérdida del estado militar se hallan taxativamente establecidas en la ley, por cuanto va a incidir en una posición jurídica creada por disposiciones legales.

Como ya se ha expresado, en cuanto a sus causas, puede ser por pedido voluntario de baja, baja dispuesta por autoridad militar, cumplimiento de término, causas disciplinarias y causas penales. Pasaremos ahora, a desarrollar brevemente cada supuestos en particular.

La dimisión voluntaria debe ser aceptada por la administración, siendo irrevocable a partir de tal momento. Este derecho, propio del personal con modalidad de servicio voluntario, no puede ser utilizada en tiempo de crisis, o conflicto bélico, ni cuando se halla bajo actuaciones de justicia militar o cumpliendo pena impuesta por autoridad militar.

Por decisión de autoridad es en los casos de modalidad de prestación obligatoria del servicio, por tiempo indeterminado (reclutamiento forzoso por motivo de conflicto armado, movilización por tiempo indeterminado). Obviamente la autoridad, si bien opera su decisión dentro de un marco de discrecionalidad, no por ello puede ejercerla

¹⁸¹ Fiorini, Bartolomé, Estado Militar, en Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XI, Driskill s.a., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1977, pág. 18/9.

¹⁸² Por caso, en el ordenamiento castrense italiano; vide Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

arbitrariamente por lo que deberá operarse al cesar las causas de peligro público que llevaron a llamar a filas a tales ciudadanos.

El cumplimiento de término en los supuestos de prestación voluntaria temporal o de forzosa temporal, determina la obligatoriedad de la autoridad de disponer la baja (pues el solo cumplimiento del plazo no acarrea *per se*, la pérdida de estado).

La pérdida del estado militar puede darse asimismo como consecuencia, principal o accesoria, de la imposición de una pena disciplinaria o como accesoria de una de naturaleza penal.

Así ocurre cuando al militar le es impuesta la sanción de destitución¹⁸³, aplicable a todo militar, y que consiste en la pérdida definitiva del grado y la baja de las fuerzas armadas. Asimismo el destituido no podrá readquirir estado militar sino en cumde las obligaciones del servicio militar que, como ciudadano, le correspondan. Es decir, su pérdida del estado militar es de carácter definitivo respecto de poder integrar en el futuro de forma voluntaria cualquier cuadro militar, y en los supuestos de prestación obligatoria tan sólo podrá readquirirlo en calidad de soldado.

Tal situación determina asimismo, la pérdida de todo derecho contra el Estado por los servicios militares prestados.

En razón de la gravedad de sus efectos, dicha sanción se aplicará por el Presidente de la Nación previo sumario, en los casos que el código lo estableciere, y no podrá ser impuesta a los oficiales superiores de las instituciones armadas, sino por sentencia de un consejo de guerra.

En razón del carácter obligatorio y por tanto transitorio de su prestación militar, la destitución no se aplicará al personal de soldados, y sus equivalentes, que forme parte de las fuerzas armadas en cumplimiento del servicio militar obligatorio.

La misma puede ser impuesta como sanción principal en los casos que así se halle establecida, y como accesoria respecto del personal que registre condena de tribunal militar o civil por delito doloso a penas de más de tres años de prisión.

En igual forma la sanción de exclusión del servicio¹⁸⁴, aplicable sólo respecto de suboficiales, clases y tropa, al consistir en la baja inmediata de las filas, con prohibición de reintegro, determina la pérdida del estado militar. En este caso las consecuencias resultan menos gravosas que en la destitución, pues la pérdida de los derechos adquiridos en su condición de integrante de las fuerzas armadas, no es total, exceptuándose de tal efecto, la computación de los servicios a los efectos de la obtención del retiro, jubilación, pensión o montepío. Esta sanción sólo podrá ser aplicada por el Presidente de la Nación o el ministro respectivo, previa información.

Asimismo, y en concordancia a lo que hemos postulado en nuestra tesis, la circunstancia de ser el estado militar una especie dentro del estado de ciudadanía, viene a comprobarse en razón que la pérdida de los derechos políticos que hacen a la esencia de dicho estado, acarrea la pérdida del estado militar.

Se ha dicho que ello ocurre pues, libremente aceptados o impuestos, los deberes militares y el especial sacrificio que se les exige en el servicio diario tiene en última instancia su fundamento en el deber de fidelidad propio de todo ciudadano a su comunidad

¹⁸³ Art. 552 CJM.

¹⁸⁴ Art 568 CJM.

política. *“La absoluta fidelidad a las instituciones republicanas es el fundamento de los deberes exigidos por pertenecer a las fuerzas armadas”*¹⁸⁵

La pérdida del estado militar trae como principal consecuencia jurídica, la circunstancia de hacer cesar la relación militar entre el estado y ciudadano, con desaparición tanto de derechos y deberes, como de todo beneficio o carga en expectativa personal del sujeto, no así del que pudieran tener sus familiares, en particular el derecho de pensión, que se transmite a ellos.

La pérdida del estado militar puede ser definitiva o resultar susceptible de ser dejada sin efecto bajo ciertos supuestos.

El reintegro del estado militar, a su vez puede operarse de modo pleno (sin consideración del término de cese) o menos pleno (con consideración del tiempo pasado fuera de filas). Pudiendo igualmente ser automática o a demanda del interesado.

La recuperación del estado militar importa el alta en las Fuerzas Armadas, en las condiciones que la ley prevé para cada caso, con reasunción de los derechos y deberes propios de tal estado.¹⁸⁶

Un distinto supuesto es el de reincorporación para ser procesado por delitos cometidos mientras revistaba en servicio activo militar, la cual no significa restituir el estado militar en sus derechos, honores y prerrogativas, ni obliga a prestar nuevas funciones concernientes a dicho estado.¹⁸⁷

La baja, que implica la pérdida del estado militar, se produce por las siguientes causas¹⁸⁸:

1º) Para el personal del cuadro permanente y para el personal en situación de retiro, por solicitud del interesado.

2º) Para el personal del cuadro permanente “en comisión”, por no ser confirmado por la superioridad al término de su alta “en comisión”, salvo que por los años de servicios militares prestados con anterioridad a la designación “en comisión” tenga derecho a acogerse a los beneficios del retiro.

3º) Para el personal del cuadro permanente que a su solicitud u obligatoriamente es eliminado, teniendo menos de quince años de servicios simples y que no le corresponda haber de retiro de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

El supuesto de baja obligatoria ocurre cuando el personal halla obtenido las calificaciones “inepto para las funciones de su grado”; “no apto para permanecer en actividad”, “no apto para el alta efectiva”, o similares, que determinan la imposibilidad de seguir prestando servicios militares. Se tendrán incursos en tal situación en los casos siguientes:

¹⁸⁵ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “..., l'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane è il fondamento dei doveri dell'appartenente alle Forze armate”.

¹⁸⁶ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁸⁷ CSJN, 10/03/1969, ED, 26-455.

¹⁸⁸ Art. 20, ley 19.101.

a) Al personal comprendido en los supuestos de enfermedad causada por actos del servicio¹⁸⁹, cuando vencido el término de dos años fijado normativamente, continúan en la misma condición y siempre que no le corresponda retiro obligatorio por haber mediado inutilización para el servicio.¹⁹⁰

b) En los supuestos de situación pasiva por el desempeño en el caso del personal superior y, por designación del poder ejecutivo, funciones o cargos no vinculados a las necesidades de las respectivas fuerzas armadas, y no previstos en las leyes nacionales o sus reglamentaciones correspondientes, y que impongan su alejamiento del servicio efectivo, luego de dos años¹⁹¹; o el personal con licencia por enfermedad no causada por actos del servicio o por maternidad en caso de parto distócico, o complicaciones que sobrevengan en relación directa con el mismo¹⁹², luego de dos años; o quienes siendo personal superior con licencia por asuntos personales, luego de los seis meses¹⁹³. En todos los casos cuando vencidos tales términos continúan en la misma condición.

c) El personal castigado con suspensión de empleo, o en prisión preventiva, o condenado a pena de delito que no lleve como accesoria la baja o destitución, cuando a juicio del Jefe de Estado Mayor General de la fuerza correspondiente, y mediando el asesoramiento de la Junta de Calificaciones, estime que no sea conveniente que vuelva al servicio efectivo.

4º) Para el personal del cuadro permanente, por rescisión del compromiso de servicio, en los casos previstos por esta ley y su reglamentación, o cuando al término de dicho compromiso de servicio, este no fuese renovado y no corresponda retiro.

5º) Para el personal de la reserva incorporada en servicio militar obligatorio, por las causas que determinen las prescripciones legales al respecto.

6º) Para el personal del cuadro permanente y para el personal en situación de retiro, por destitución como pena principal o accesoria. además, por ser declarado en rebeldía o por condena emanada de tribunales comunes o federales, a penas equivalentes a las que en el orden militar lleven como accesoria la destitución.

7º) Para el personal del cuadro permanente y cuadro de reserva, por pérdida de los derechos inherentes a la ciudadanía argentina.

8º) Para el personal femenino de estado civil casado, del cuadro permanente con licencia especial, cuando por razones de la actividad profesional o laboral del esposo debe trasladarse a lugares del país o del exterior donde no exista posibilidad de que se le asigne un destino militar, si luego de tres años continua en la misma condición, salvo que por los años simples de servicios militares que tuviere le corresponda haber de retiro.

La concesión de la baja solicitada voluntariamente, por el personal del cuadro permanente y para el personal en situación de retiro, debe hacerse en todos los casos. Tal es la regla de derecho militar¹⁹⁴ que consagra un derecho a favor del solicitante y un deber respecto de la organización militar. Sin embargo, en la misma norma se hallan las siguientes excepciones que permiten denegar el pedido:

¹⁸⁹ Ar. 38, inc. 1º), Apartado b), ley 19.101.

¹⁹⁰ Art. 20 inc. 3º, ley 19.101.

¹⁹¹ Artículo 38, Inciso 3º), Apartado a).

¹⁹² Artículo 38, Inciso 3º), Apartado b).

¹⁹³ Artículo 38, Inciso 3º), Apartado c).

¹⁹⁴ Art. 21, ley 19.101.

- a) Cuando no se haya cumplido con el compromiso de servicios.¹⁹⁵
 - b) En caso de guerra o estado de sitio.
 - c) Cuando la circunstancia permita deducir la inminencia del estado de guerra.
- En todos los supuestos anteriores queda librado al criterio del Poder Ejecutivo otorgarla o no. En el caso del compromiso de servicios, previo reintegro de los montos que la institución estimare ha realizado en razón del tiempo que le falta para cumplir le plazo del mismo.
- d) Cuando el causante se encuentre en encausado, cumpliendo condena o sanción disciplinaria, hasta que desaparezcan dichas circunstancias.

En cuando a la posibilidad de reincorporación, y consecuentemente de devolución del estado militar al personal dado de baja, la ley establece¹⁹⁶ que ello sólo procederá para los casos de personal que la hubiere solicitado voluntariamente y por cese de compromiso de servicios no renovado, únicamente respecto de la fuerza armada de origen, siempre que lo solicite dentro de los dos años de la fecha de su baja, y el Poder Ejecutivo considere conveniente su reincorporación, en base a su historial militar previo y necesidades del servicio.

Se requiere asimismo, una serie de formalidades establecidas reglamentariamente, que apuntan que el solicitante demuestre la pervivencia de las cualidades de capacitación, aptitud física, inexistencia de condenas penales, o conductas reñidos con el buen nombre y prestigio militar. Se requiere asimismo que la baja no halla sido solicitada como medio de eludir un servicio ordenado, o para evitar ser considerado por la Junta de Calificaciones para su eliminación.

Tal reincorporación será dada otorgando al causante el grado y la antigüedad que poseía al momento de su baja, sin computarle el tiempo pasado fuera de su fuerza armada.¹⁹⁷

Asimismo, el personal de baja por causa de destitución como pena principal o accesoria, o por rebeldía o por condena emanada de tribunales comunes o federales, a penas equivalentes a las que en el orden militar lleven como accesoria la destitución, o por pérdida de los derechos inherentes a la ciudadanía argentina, si se prueba ante tribunal competente que su condena fue motivada por error, será reincorporado en las siguientes condiciones¹⁹⁸:

1º) Si la prueba del error, motivo de su baja, se produjera antes del plazo de dos años de la fecha de esta, la reincorporación será en actividad o en retiro, según la cual haya sido la situación del causante cuando se produjo su baja.

2º) Si en cambio se produjera después del plazo de dos años preestablecido, la reincorporación será en retiro, cualquiera haya sido la situación de revista y el tiempo de servicios prestados por el causante cuando se produjo su baja.

¹⁹⁵ Tales compromisos de servicio, son por lo general firmados a cambio de cursos o especializaciones que implican para la institución una carga de importancia, y para el personal, la adquisición de una capacidad nueva, por lo que se demanda a cambio la obligación de prestar servicios militares por un determinado tiempo (de dos a cinco años), a fin que la institución pueda beneficiarse de tal “inversión” que realiza. Ver lo expuesto en apartado 19 del Capítulo VI al respecto.

¹⁹⁶ Art. 22, ley 19.101.

¹⁹⁷ Art. 23, ley 19.101.

¹⁹⁸ Art. 24, ley 19.101.

Si el causante debe ser reincorporado en actividad, la reincorporación se otorgara con retroactividad a la fecha en que fue dado de baja, y se le reconocerá el tiempo pasado de baja como en actividad, servicio efectivo, de manera que no pierda el grado ni la antigüedad que le hubiere correspondido de no haber sido dado de baja, además, se le abonaran todos los haberes que le hubiere correspondido percibir mientras estuvo de baja. Si por la fecha en que se produjere la reincorporación, no fuere posible que el causante cumpliera con las condiciones necesarias para su ascenso al grado inmediato superior, se le darán por cumplidas.¹⁹⁹

Si el causante, estando en actividad cuando fue dado de baja, debe ser reincorporado en retiro, será considerado como el caso del inciso anterior, y previo nuevo computo de servicios, pasado a retiro en la fecha en que se le conceda la reincorporación. Además, se le abonaran todos los haberes que le hubiere correspondido percibir mientras estuvo de baja.²⁰⁰

Si el causante, estando en retiro cuando fue dado de baja, debe por ello ser reincorporado en la misma situación se le reconocerá el tiempo pasado de baja como si lo hubiera pasado en retiro. Además, se le abonaran todos los haberes que le hubiere correspondido percibir mientras estuvo de baja.²⁰¹

La baja del personal superior de las fuerzas armadas y su reincorporación, cuando así correspondiera, será dispuesta por el poder ejecutivo. La del personal subalterno y de alumnos, por la autoridad que determine la reglamentación de esta ley; la reincorporación de este personal será dispuesta por la misma autoridad, salvo en el caso previsto por el artículo 22 de la ley 19.101, en el que será otorgado por el poder ejecutivo.²⁰²

Es causa de cese de servicio el militar que ha quedado inhábil para el servicio incondicionado en razón de alguna enfermedad, circunstancia que puede acarrear el cese del estado militar cuando ella no es imputable al servicio. En caso de ser a consecuencia con los actos del servicio, hace nacer el derecho a un retiro anticipado y especial.²⁰³

Otro supuesto de pérdida de estado militar ocurre cuando cesa la idoneidad del personal militar para el grado que posee, si en dicho momento no tiene los años exigidos por ley para el retiro.²⁰⁴

¹⁹⁹ Art. 25, inc. 1º, ley 19.101.

²⁰⁰ Art. 25, inc. 2º, ley 19.101.

²⁰¹ Art. 25, inc. 3º, ley 19.101.

²⁰² Art. 26, ley 19.101.

²⁰³ “Pensione privilegiata”, se denomina la situación análoga en el derecho militar italiano.

²⁰⁴ Quince años, art. 20 inc. 3º, ley 19.101.

CAPÍTULO VI

Proyección intrainstitucional del estado militar

*“Vosotros
sois hombres del deber, de la disciplina, y si
fuera necesario del sacrificio por el bien
común”*

S.S. Pablo VI

1. La relación jurídico militar

También denominada como relación o régimen de servicio¹, podemos entenderla como el modo en concreto que se actúa el estado militar. No es ya una situación jurídica, con centro en una persona humana, a la que se imputan especiales deberes y derechos, sino que tratase de los vínculos jurídicos que se establecen a consecuencia de una determinada prestación militar. No se trata ahora de una persona, sino de ella con conexión con el Estado y dentro de él, con la fuerza armada en donde cumple su prestación militar, en la forma que fuere.

En la doctrina italiana se lo entiende como el vínculo que se establece entre el Estado y la persona física que desarrolla funciones en su ámbito. Que en el ámbito militar se desarrolla con caracteres propios respecto de las restantes áreas de la administración.²

Estado militar y relación jurídica militar son dos conceptos fuertemente relacionados pero distintos. Remitimos a este respecto a lo ya expresado en el capítulo anterior, cuando analizábamos su naturaleza.

Puede haber relación jurídica de tipo militar sin posesión de estado castrense (enrolamiento, convocatoria a servicio de conscripción, revisión médica de aptitud previa a la incorporación), y posesión de estado sin relación jurídica, o con ella reducida a un nivel residual (domicilio militar opuesto a terceros civiles en el primer supuesto; personal en situación de retiro en el segundo). Pues esencialmente el estado se halla asociado a la posesión de un grado militar, en tanto la relación surge de la prestación de servicios. Difieren en su alcance, en tanto la relación militar es de la persona con el Estado, vía institución militar, dentro de dicha organización. En tanto el estado sitúa al militar dentro de la comunidad política nacional, más allá de la administración estatal. Asimismo, el estado es una situación común y de base a todo el personal militar, en tanto el régimen de servicio se particulariza en atención al tipo de prestación militar, categoría, agrupamiento por función, etc.

¹ En el derecho español, la encontramos con la denominación de relación jurídica militar, pero con varias especies. Así, se habla de relación jurídico-funcionarial militar y de relación jurídica de militarización profesional (Allí Turrillas). Por su parte, en el derecho italiano se denomina de modo uniforme como rapporto di servizio. En cuanto al derecho francés se habla en cambio del statut militaire.

² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_8.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

El estado militar es la faz estática del militar, la relación jurídica integra la dinámica. Por ello circunstancias como el ascenso, destino cargo, no afectan al estado militar, sí en cambio modifican la relación de servicios en el personal del caso.

Cierto es que en la práctica, y en la función de prestación de servicios militares y hacia dentro de la institución militar, la relación o régimen de servicio absorbe a la problemática del estado jurídico³.

Pero tratase de dos conceptos bien distintos, el primero afirmado en la consideración de un sujeto revestido de un grado militar, y su consecuente posicionamiento en la jerarquía castrense; en tanto que el segundo refiere a de la relación que se traba, por causa de la actividad de armas, entre el militar y la administración del estado. Esto no anula que estén estrechamente ligados, al punto que lo principal de la relación jurídica militar no puede darse ni es concebible respecto de personas que carezcan de estado militar. Mientras que la interrupción de la relación de servicio⁴ no va a afectar al estado militar, la pérdida o disminución de este último⁵, afecta a la relación de servicio, en todos los casos, pudiendo incluso hacerla cesar en el primero de los supuestos.⁶

Tal relación resulta el marco jurídico dentro del cual se desarrolla la prestación de servicios militares, representando respecto de la de empleo público, caracteres de muy marcada diferencia, que la sitúan con un contenido propio. La forma de reclutamiento, el estado militar que comportan sus miembros, la incidencia de aspectos como marcada disciplina y orden jerárquico, hacen que se diferencie en buena medida de las relaciones homólogas del medio civil estatal.

Dicho particularismo ha sido reconocido por la Corte Suprema, quien ha expresado que la regulación del servicio en la institución castrense se rige por una normativa propia que la ubica en una situación especial respecto de la Administración Pública⁷.

En sentido análogo la Corte Constitucional italiana ha entendido que en cuanto se trata de la relación de servicio militar, prevalece la normativa castrense respecto de la

³ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Introduzioni [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/introduzione.htm [Consultado: 12 de julio de 2005]: "... in sostanza per i militari vige una doppia relazione giuridica con l'amministrazione, l'una, indipendente dall'impiego, riguardante il grado, l'altra connessa con la costituzione dello speciale rapporto di impiego militare che, nella sua costanza, assorbe quella relativa allo stato giuridico".

⁴ Por caso, al destinarse al militar a otros cargos dentro del Estado no vinculadas a las Fuerzas Armadas (art. 38 inc. 2º apartado b de la ley 19.101), o respecto de la mujer que por razones de la actividad profesional o laboral del esposo debe trasladarse a lugares del país o del exterior donde no exista posibilidad de que se le asigne un destino militar. (Art. 38, inc3º apartado f, ley 19101), por citar dos casos.

⁵ Generalmente por causa disciplinaria, suspensión de empleo, suspensión de suboficial, etc.

⁶ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en fallos "Lestanguet, Víctor Fernando c/ Nación Argentina". 01/01/80 T. 302, p. 1584. En igual sentido Z. 44. XXI. Zaratiegui, Horacio c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/ nulidad de decreto. 05/07/88 T.311, p.1191, y Ferro, Héctor Marcelo c/ Nación Argentina. 01/01/82 T. 304, p. 1710. Puede verse asimismo, en igual línea, Fallos 261:12; 267:325; 302:1584; 303:559; 307:1821. En igual sentido respecto de instancias inferiores Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso Administrativo Federal (en adelante CNCAF), Sala I " Pacheco Miguel A. c/E.N. -Policía Fed.Arg- s/ daños y perjuicios" Causa: 1.141/92, del 14/02/97.

aplicable a la relación de empleo público. Entendiéndola principalmente como una relación de corte disciplinario.⁸⁹

2. Jerarquía

Como nos expresa Marienhoff respecto del concepto¹⁰:

“No se concibe una organización administrativa donde todos los individuos adscriptos a ella -funcionarios y empleados- tuvieran igual rango, lo cual impediría que unos dieran órdenes o directivas y otros las cumplieren. No habría coordinación, imperaría el caos y todo sería inoperante. De ahí la existencia de superiores y de inferiores, vinculados entre sí por una relación de supremacía y de subordinación, respectivamente. Ello determina la llamada jerarquía, instituto esencial en toda eficiente organización administrativa”.

La íntima conexión entre jerarquía, grado y estado militar, se ve recogida normativamente en la definición misma de estado, dada en la ley 19.101:

“Artículo 5º- estado militar es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos, para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de la fuerza armadas. Grado es la denominación de cada uno de los escalones de la jerarquía militar. Jerarquía es el orden existente entre los grados”.

El grado, una vez conferido, coloca al militar en una posición precisa y perfectamente determinada en la escala jerárquica militar y es un elemento connatural al ordenamiento militar, representando un nivel jerárquico positivamente previsto, que brinda un total conocimiento con una certeza plena y sin posibilidad de error o confusión alguno, de las relaciones de superioridad y subordinación respecto de otros, así como con relación a las funciones que se puede desempeñar, y el papel a cumplir dentro de la fuerza armada.¹¹

Es que la necesidad de poder contar con relaciones ciertas e inequívocas de subordinación o superioridad, encuentran su sentido en asegurar el funcionamiento de la institución militar y evitar su parálisis. Especialmente en situaciones de emergencia donde el reemplazo automático, en caso de faltar o morir quien se halla a cargo, resulta vital.

Es por ello que para la precisa ubicación en un orden vertical de parte del personal militar, a la par del grado, el ordenamiento militar regula como parte vital del mismo, el

⁸ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_16.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004];

⁹ sentencia n. 449 del 1999.

¹⁰ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, Pág. 591.

¹¹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004];

concepto de la antigüedad del grado. Que tiene como función el determinar la superioridad dentro del personal militar que posee un mismo grado.

Tal antigüedad tiene relevancia en las siguientes áreas:

a) en materia disciplinaria y de mando constituye unos de los criterios para ejercerlas;

b) en materia de promoción, fija el tiempo mínimo de permanencia en el grado necesario para poder obtener la promoción al grado posterior.

c) en materia de administración de personal, determina en los supuestos por voluntad de la persona, las posibilidades de ser dado de baja, y de retiro con o sin percepción de haber.

Queda claro entonces, que uno de los efectos de la adquisición del estado militar, es el posicionamiento del sujeto en un orden jerárquico. Pero también, resulta un elemento a considerar respecto a la relación jurídica, por las relaciones de subordinación, autoridad, mando, y disciplinarias que de ella se derivan cuando es actuada. Es que parte de la vinculación estrecha entre los conceptos de estado y relación castrense se da, no sólo por las correspondencias entre ellos, sino también por el compartir elementos en común. Resultando la jerarquía uno de ellos.

La jerarquía, *stricto sensu*, se manifiesta en la actividad del Estado, a través del poder de mando o poder jerárquico, en una relación de supremacía de unos funcionarios respecto de otros, y de subordinación es éstos a aquellos.¹²

El orden jerárquico castrense define en todo momento la situación relativa entre militares, en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad.¹³

Es por ello que se ha dicho respecto de su necesidad que: "Un organismo en el cual no existe una jerarquía difícilmente podrá cumplir los fines que se propuso, porque fatalmente caerá en el desorden y en la anarquía".¹⁴

2.1. Superioridad militar

Al estar, por la definición misma de estado militar, imbrincado el personal castrense en un sistema jerárquico, el concepto de superioridad adquiere particular relevancia a los fines de determinar la posición de la persona en particular en dicho orden jerárquico.

En el ámbito militar debe entenderse como sinónimo de mando o autoridad.¹⁵ Resultando de ella, la autoridad y responsabilidad legal, con la que se inviste a un militar para el cumplimiento de funciones, dentro de la organización militar.¹⁶

De tal forma, en nuestro ordenamiento castrense se considerará superior, al militar que tenga con respecto de otro, grado más elevado, o autoridad en virtud del cargo que desempeña, como titular o por sucesión de mando. Y subalterno, respecto de otro, al

¹² Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 592/3.

¹³ Art. 12, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

¹⁴ Bulrich, Rodolfo, Principios generales de derecho administrativo, página 173. Cit por Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 591, nota 166.

¹⁵ De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 156.

¹⁶ Párrafo 47, de la RLA 1, reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea.

militar que tenga grado inferior, o le esté subordinado en virtud del cargo que aquél desempeña, como titular o por sucesión de mando.¹⁷

A tales fines, la ley 19101 define a la superioridad militar como aquello que tiene un militar con respecto a otro por razones de cargo, de jerarquía o de antigüedad. por ello cabe distinguir en cuanto al concepto¹⁸:

a) **superioridad por cargo**, la que resulta de la dependencia orgánica y en virtud de la cual un militar tiene superioridad sobre otro por la función que desempeña dentro de un mismo organismo o unidad militar.

b) **superioridad jerárquica**, es la que tiene un militar con respecto a otro por el hecho de poseer un grado mas elevado a tales fines, de acuerdo al orden y correspondencias establecidas en el anexo 1 y 2 de la ley 19101.

c) **superioridad por antigüedad**, es la que tiene un militar con respecto a otro del mismo grado.¹⁹

En general para establecer la antigüedad dentro del mismo grado, primeramente se tiene en cuenta la fecha de ascenso al mismo. Y a igualdad de ésta, por la antigüedad en el grado anterior. Y así de forma sucesiva hasta alcanzar el orden de mérito de egreso de las escuelas, institutos o cursos de formación.

El personal en comisión será a la fecha de alta, y a igualdad de ésta, por el orden de mérito al ser dado de alta, y a igualdad de éste, la mayor edad.

En el personal en situación de retiro será más antiguo el que hubiere permanecido más tiempo simple de servicios en actividad en el grado, y a igualdad de tiempo simple de servicios en actividad en el grado, la antigüedad se establecerá por la que se tenía en tal situación.

Respecto del personal de la reserva incorporada, no comprendido en el apartado anterior, será más antiguo aquel cuyo tiempo de incorporación en el grado sea mayor. Y a igualdad de tiempo de incorporación en el grado, se determinara por la fecha de ascenso al mismo. A igualdad de fecha de ascenso al grado, será determinada por la antigüedad correspondiente al grado inmediato anterior. A igualdad de ésta, por el orden de mérito obtenido al otorgársele el primer grado; a igualdad de éste, por la mayor edad.

Entre personal de las tres fuerzas armadas, para determinar la antigüedad entre el personal de un grado equivalente, esta se fijara en primer lugar por la fecha de ascenso al grado.

A igualdad de fecha de ascenso al grado, por la antigüedad en el grado anterior. Y a igualdad de antigüedad en el grado anterior, por la mayor edad.

Como efecto jurídico de la superioridad, se halla no sólo el ejercicio de todas las funciones del mando respecto de los subalternos, sino que la sucesión en el mando se producirá siguiendo el orden jerárquico o de antigüedad entre los integrantes de los distintos cuerpos, de acuerdo con lo que prescriben los reglamentos orgánicos respectivos.²⁰

La importancia dada a la puntualización normativa de la cuestión, así como sus diferencias respecto de las distintas categorías de personal militar, no hace sino mostrarnos

¹⁷ Art. 877, Código de Justicia Militar (ley 14.028 y mod.)

¹⁸ Art. 12.

¹⁹ Respecto a la afectación de la antigüedad en virtud de la condición de revista en pasiva o disponibilidad, ver lo expuesto en el Capítulo VI.

²⁰ Párrafo 49, de la RLA 1, reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea.

la importancia del tema para el ordenamiento militar, por una parte, y la existencia de diversas modalidades, fruto de la relación trabada para con el Estado para prestar servicios militares, por otra. Una comprobación, en concreto, de que si bien el estado militar de base es único, la relación de servicios militares de que se trate en la especie, especifica de distinta forma a tales componentes básicos.

2.2. Precedencia

Al margen de la antigüedad relativa del personal del mismo grado y según pertenezca al cuadro permanente o de las reservas de las fuerzas armadas, se establecerá el siguiente orden de precedencia:²¹

- 1º) Personal del cuadro permanente.
- 2º) Personal del cuadro de la reserva, incorporado.
- 3º) Personal del cuadro de la reserva, fuera de servicio.

La precedencia determina que si bien el personal militar cuyo tiempo de permanencia en el grado sea mayor, será más antiguo independientemente del cuerpo al que pertenezca, ante igualdad de fecha de ascenso al grado, será más antiguo el personal formado para las funciones directamente relacionadas al combate.²²

Asimismo, el personal de cadetes tendrá, a equivalencia de grado, precedencia sobre el personal subalterno. Y el personal de aspirantes tendrá a equivalencia de grado, precedencia sobre el personal de conscriptos.²³

Como puede verse, se trata de un instituto típico de derecho militar, que se constituye en excepción a las reglas sobre superioridad, buscando asegurar que el mando recaiga sobre los militares con mayor formación para ejercerlo.

3. Disciplina

El carácter multívoco del concepto, que se refiere tanto al conjunto de todos los deberes que impone al militar su permanencia en el servicio, como al orden y regularidad que deben presidir las funciones militares, y también a la relación de subordinación jerárquica que media entre los integrantes de las fuerzas armadas, resulta la causa de que la disciplina pueda resultar en ocasiones, al decir de Bermúdez Flores, “*una idea confusa, envuelta en la niebla, un concepto indefinible*”.

Respecto de su contenido, la doctrina ha tenido dos posiciones: una clásica que la entiende como un principio inspirador de toda actuación personal en el ámbito militar, de la que derivan todos los lineamientos de conducta o reglas de comportamiento del militar, tanto de sus deberes hacia la Patria, como de aquellos hacia el Estado y su población, y las obligaciones profesionales, entre las que incluye las estrictamente dimanantes de la relación jerárquica (obediencia debida, subordinación, respeto al superior y deferencia al

²¹ Art. 13, ley 19.101.

²² Párrafo 54-1, de la RLA 1, reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea.

²³ Art. 13, ley 19.101.

subordinado). Y la contemporánea, que postula una acepción estricta de disciplina, derivada solamente de la relación jerárquica castrense. Así, el artículo 28 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas españolas (1979) señala que «*la disciplina obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado*», y consecuente con tal previsión normativa, el Código penal militar español de 1985 considera tan sólo delitos contra la disciplina, la sedición militar, el insulto a superior, la desobediencia y el abuso de autoridad. De esta forma, la disciplina se hace descansar exclusivamente en la relación de mando-subordinación.²⁴

Comprende pues, el cumplimiento personal de todas y cada una de las obligaciones militares, la escrupulosa observancia de los reglamentos y ordenanzas que las regulan, la diligente obediencia al superior, el exigente respeto hacia el inferior y el igual.²⁵

De nuestra parte, entendemos que en nuestro ordenamiento militar nacional se ha receptado la doctrina clásica.

Se la entiende como el estado de orden y obediencia existente en el individuo y en el conjunto, que se mantiene por la subordinación y el respeto en el cumplimiento de las órdenes, y la estricta observancia de las leyes y reglamentos militar.²⁶

Pues por la naturaleza especial de la institución militar, el personal militar debe revestir en todo momento la calidad de estar disciplinado. Comprendiéndose en el concepto de la disciplina castrense, múltiples deberes de importancia, como la fidelidad a la Patria, el sometimiento a la Constitución Nacional, la obediencia al superior, la observancia de la ética profesional, el ejercicio correcto del mando, el cumplimiento diligente y puntual de los encargos del servicio, entre otros.²⁷

Se presenta esencialmente en dos aspectos: uno pasivo, de subordinación jerárquica o acatamiento a los mandos, y otro activo, de espíritu de servicio.²⁸

Cabe destacar que la disciplina militar, tiene por propósito asegurar el cumplimiento de obligaciones dentro de un orden jerárquico que es objetivo e impersonal ya que no establece dependencia de una persona respecto de otra, sino la subordinación de unos órganos respecto de otros.

Considerada como el modo y orden de vivir con arreglo a las leyes de la profesión militar, tiene un doble aspecto de manifestación: el interno entre los miembros de la institución armada, y el externo que surge en las relaciones de la institución militar con los demás órganos de la estructura estatal y con la sociedad en general. En consecuencia, la disciplina norma: las relaciones entre el personal militar; el cumplimiento de los deberes de los miembros del ejército; las relaciones de éste con los demás órganos del Estado y la sociedad y la eficacia misma de las instituciones armadas.

Es por ello que se la ha entendido como la verdadera fuerza moral de las fuerzas armadas, puesto que es la base misma de su buen funcionamiento²⁹ y sería impensable una lograr toda eficacia militar sin su presencia³⁰.

²⁴ Millán Garrido, Antonio, en su prólogo a Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.^a edición, revisada y aumentada, Editorial Porrúa, México DF, 1998.

²⁵ De Guzmán Muñoz, Ignacio J, El régimen disciplinario militar. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/procdisci.htm>[Consultado: 21 de diciembre de 2002].

²⁶ Ejército Argentino. Manual del Ejercicio del Mando, 1968, punto 15 (disciplina).

²⁷ Risso Domínguez, Carlos; La Justicia Militar; Tomo I, Ferrari Hnos. Ediciones; Buenos Aires, 1939.

²⁸ Marin y Peña, Manuel, Instituciones militares romanas, colección Enciclopedia clásica N° 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Patronato "Menéndez y Pelayo", Madrid, 1956, pág. 225.

²⁹ CSJN, Fallos 312:1082.

A manera de ejemplo, podrían enumerarse algunos de los valores normativos de la disciplina militar: defensa de la patria; acatamiento a la constitución política; protección de las instituciones; obediencia al superior en mando o categoría; ejercicio correcto del mando; sujeción al régimen del servicio y observancia de la ética profesional.³¹

La disciplina militar siempre ha representado el concreto contenido del servicio militar, constituido justamente por las reglas disciplinarias que se hallan establecidas para cada aspecto en particular de la vida militar. La disciplina militar todo lo abarca: deberes fundamentales, normas de comportamiento, la relación jerárquica, los horarios y turnos del servicio, los períodos de licencia, los permisos, y las consecuentes sanciones en caso de infracción a alguna de ellas.

Esto no quiere decir que todo lo concerniente al régimen de servicio, sea una exclusiva cuestión de la materia disciplinar. Pero sí que se trata de un régimen disciplinar donde gran parte de la relación del militar con la institución se halla informada por este elemento, típicamente castrense.³²

Como nos expresa Marienhoff, la disciplina militar, para los integrantes de las fuerzas armadas, constituye una “regla de vida”, similar a la que caracteriza a las órdenes religiosas. Constituye un complejo de normas que regula el status militar. Resultando esencial para el mantenimiento del orden y cohesión que deben existir en las fuerzas armadas. Más aún: dicha disciplina debe ser severa. Pero de ello no se sigue que tal disciplina pueda funcionar al margen de los principios capitales de nuestro orden jurídico, propio de un Estado de Derecho.

El autor antes citado desarrolla este concepto de la siguiente forma, a partir de una normativa de derecho comparado:

“El artículo 52 de la Constitución italiana dice que el ordenamiento de las fuerzas armadas se amoldará al espíritu democrático de la República. Comentando tal precepto, Bachelet expresa que el espíritu democrático de la República tiene como fundamento de la convivencia social la dignidad de la persona humana, dignidad que debe ser tutelada aun dentro del más intenso rigor de la disciplina militar. No puede haber contraste alguno entre la disciplina de las fuerzas armadas y los principios fundamentales de la Constitución, desde que el militar no deja de ser hombre y ciudadano.

“Algo similar a lo que antecede expresó antaño el ex procurador general de la Nación, doctor Julio Botet, quien dijo al respecto: "...Por más delicado que se considere en el orden militar, todo lo que afecta su organización o disciplina, no es de olvidarse que el ejército se forma de

³⁰ Zaffaroni, Eugenio, y Cavallero, Juan, Derecho penal militar. Lineamientos de la parte general, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1982, pág. 15.

³¹ Vejar Vázquez, Octavio, Autonomía del derecho militar, Editorial Stylo, México, 1948, págs. 15 y sgtes

³² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_16.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004];

*argentinos y que tienen garantías y derechos consagrados por nuestra Carta Fundamental”.*³³

La disciplina castrense, en su esencia, en sus prevenciones y sanciones, incluso en sus señales externas, muestra una notable supervivencia de lo que fue en la institución militar romana. Siendo en sus primeros tiempos, no un elemento propio a las fuerzas armadas, sino natural en el pueblo romano. Es que el concepto de disciplina encajaba perfectamente dentro del espíritu de orden, de sistema, de preocupación por la eficiencia que caracteriza al romano. “La disciplina es factor esencial de la victoria, como la indisciplina conduce a la derrota”.³⁴

El deber de disciplina militar asimismo, determina límites al ejercicio de algunos de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos. Tal disciplina es connatural a la organización jerárquica de las fuerzas armadas, donde las relaciones intersubjetivas se basan en la superioridad o subordinación que determina el grado jerárquico. Jerarquía y subordinación constituyen dos aspectos, objetivo y subjetivo respectivamente, de la disciplina militar, y fundan el deber de obediencia de cada militar en particular. La obediencia militar por su parte, consiste en la ejecución pronta, respetuosa y leal de las órdenes atinentes al servicio.

En este contexto el orden jerárquico militar, representa el principal instrumento de concretización de los deberes atinentes a la relación de servicio, indicativos de la superioridad jerárquica y por tal motivo protegidas por una serie de normas, incluso de naturaleza penal (militar).

La subordinación no sólo alcanza todo lo atinente al ejercicio de la prestación militar, sino que se proyecta asimismo a la vida en sociedad y hasta privada del militar, pero sólo en aquellos aspectos que puedan trascender al ejercicio de la función militar.

Así, encontramos en el artículo 1 de las Reales Ordenanzas españolas para las Fuerzas Armadas, expresa: “*Estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, la disciplina y valor*”. Otros artículos de ese mismo cuerpo legal como son los artículos diez y once entienden que: “*Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada...*” y que “*la disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación*”.

Las normas de comportamiento resultan un especial deber que debe cumplimentar el militar, resultando un deber heredero de una larga tradición castrense, y respecto del cual no existe una diversidad profunda entre las distintas jerarquías, por caso en el saludo o cuidado del uniforme, comunes al propio estado del militar.

Es por ello que el detalle de las normas en este sentido, tienen un contenido detallado y vinculante, con una finalidad concurrente pedagógica.³⁵

³³ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 595.

³⁴ Marín y Peña, Manuel, Instituciones militares romanas, colección Enciclopedia clásica N° 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Patronato “Menedez y Pelayo”, Madrid, 1956, pag. 226/8.

³⁵ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_8.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

En tal orden de ideas, Marienhoff nos expresa que si bien todo funcionario Público debe observar buena conducta y no dañar su reputación, desde que ello repercutir negativamente en el prestigio y eficacia de la función pública, para algunos funcionarios tal deber es más riguroso que para otros. Entre ellos, el militar, que incluso deben requerir autorización para contraer matrimonio, suministrando al respecto los datos personales del futuro cónyuge. De todo esto deduce el autor antes citado que la subordinación, si bien en unos casos es más intensa que en otros, tiene sus razonables límites jurídicos: en ningún caso puede pretenderse una subordinación del funcionario o empleado que vaya más allá del interés de la función pública.³⁶

Es por ello que podemos afirmar, en consonancia con la doctrina comparada, que lo disciplinar castrense, no se reduce a la ejecución de órdenes correspondientes a la relación de servicio, entendiéndose en la moderna evolución del ordenamiento militar, que la disciplina es antes que nada la observancia voluntaria de las normas atinentes al estado militar, en relación a las competencias institucionales asignadas a las fuerzas armadas.³⁷

Como ejemplo de ello, por caso, en la ley italiana N° 382/1978 se establece que la absoluta fidelidad a las instituciones republicanas, constituye el fundamento de los deberes del militar. Fidelidad consagrada con el juramento a la enseña patria.

El cumplimiento del deber atinente a dicho juramento, representa el núcleo esencial de la disciplina militar, empeñando solemnemente al militar a la fidelidad, a la observancia del ordenamiento jurídico estatal, y al cumplimiento con disciplina y honor, de todos los deberes concernientes a la defensa de la Patria y de su orden constitucional.

La importancia de los deberes relativos al juramento se evidencian sobre todo en el empleo del personal militar, con la posibilidad de exigir conductas no sólo que pongan en riesgo la propia vida, sino que incluso impliquen su pérdida. Como asimismo con la observancia de determinadas normas de conducta en todo momento y lugar. Debiendo abstener de actos que comprometan el prestigio institucional, o su neutralidad política.

No puede dejarse de destacar la incidencia fundamental del patriotismo o el civismo, como factor o estímulo de la disciplina, en los ejércitos de ciudadanos. Donde la actividad militar tiene un substrato defensivo, destinado a la preservación del propio pueblo. Es por ello que el militar, substraído momentáneamente o permanentemente a su encuadre como ciudadano civil, está personal y afectivamente interesado en la función de defensa, como una empresa propia. Pues el servicio o prestación militar es para él una función ciudadana, como la de intervenir en la elección de autoridades.³⁸

En tal forma, la moderna disciplina militar se halla encaminada a lograr un espíritu de cumplimiento voluntario del militar respecto de los deberes de su estado, lo cual comporta, de una parte, la obligación de la administración militar de adoptar una específica formación moral en tal sentido, y por otra, importa el preciso deber de cada militar de

³⁶ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3° act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 595/6.

³⁷ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_16.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: Il rapporto di servizio e disciplinare non si riduce però esclusivamente all'esecuzione di ordini gerarchici, perché nella moderna evoluzione degli ordinamenti militari la disciplina è innanzitutto osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali affidati alle Forze armate.

³⁸ Conf. Marin y Peña, Manuel, Instituciones militares romanas, colección Enciclopedia clásica N° 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Patronato "Menéndez y Pelayo", Madrid, 1956, pág. 226/8.

aplicarse en el cumplimiento de los deberes, teniendo siempre en cuenta y consideración el cumplimiento de los fines institucionales.

Este sentido de responsabilidad, en virtud del cual el militar deja de ser considerado como un sujeto pasivo de órdenes y disposiciones, para ser un medio activo a fin de lograr los fines de la institución armada³⁹, resulta una actividad común al estado militar, por lo que no se distingue entre los distintos regímenes de servicio.

Y más aún, hay deberes que persisten luego del cese de servicios e incluso tras la pérdida de estado militar, que reconocen en última instancia su fundamento en dicho juramento, como el deber de secreto respecto de las cuestiones militares de naturaleza reservada.

También tiene influencia en lo concerniente a la formación militar, debiendo el personal como deber, conservar y mejorar los conocimientos profesionales y la capacidad física y psíquica para poder desempeñarse con eficacia en el grado y cargo que le fuera asignado

La temática disciplinaria militar se halla no sólo vinculada, a los aspectos referidos al cumplimiento de determinadas conductas relativas al orden jerárquico, sino también presenta una vertiente de orden penal frente a su incumplimiento.⁴⁰ Es por ello que los comportamientos consistentes en vías de hecho contra el superior, desobediencia, insubordinación, abuso de autoridad, entre otros, se hallan tipificados de forma específica en la normativa penal militar.

4. El mando

El ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias que para cada grado y cargo acuerden las disposiciones legales, resulta un deber inherente al estado militar.⁴¹

Mando es la autoridad que legalmente ejerce el superior sobre sus subordinados, en virtud de su grado y cargo, para dar dirección y unidad a la acción colectiva.⁴²

En virtud del grado, el personal militar tiene subalternos, es decir otro personal que ocupa un lugar debajo del suyo en la escala jerárquica militar. En tanto en virtud del cargo, tiene subordinados, es decir gente que se halla bajo su autoridad.

En términos generales, el ejercicio de las facultades mandatorias, sobre unos y otros, se concreta en lo siguiente⁴³:

³⁹ Ejemplo de ello resultan los deberes de autocapacitarse de acuerdo a su función y posibles destinos institucionales futuros, de mantener los estándares físico-intelectuales adquiridos y aún superarlos, de seguridad en el uso y tenencia de armas o elementos peligrosos, de realizar los actos del servicio con las precauciones o medidas de resguardo que fueran debidas en la situación, y de impedir el daño o hacer cesar el riesgo respecto de instalaciones y materiales militares. También se conecta con ello, la finalidad pedagógica de los reglamentos de disciplina y similares, a la par de su objetivo normativo.

⁴⁰ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_16.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004];

⁴¹ Art. 7º, inc. 3º, ley 19.101.

⁴² Conf. art. 93, Ley N° 1.115/97 del Estatuto del personal militar de la república del Paraguay.

⁴³ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 593/4.

1º) Facultad de dirigir e impulsar la acción del inferior, dando las órdenes pertinentes. Esta potestad de dar órdenes generalmente no surge en forma expresa. del ordenamiento positivo, pero es una consecuencia implícita del poder jerárquico.

2º) Posibilidad de dictar normas de carácter interno, de organización o de actuación, tales como instrucciones, circulares, etc.

3º) Posibilidad para el superior de nombrar los integrantes de los órganos inferiores que le dependan, así como formalizar los contratos en la rama concreta de su competencia.

4º) Posibilidad de avocación de facultades de competencia de dichos órganos.

5º) Facultad de vigilancia, de control o de fiscalización.

6º) Facultad de resolver los conflictos que se produzcan entre órganos inferiores.

Conlleva además, la posibilidad de sancionar, por su sola autoridad, las infracciones de tipo disciplinario que se presentaren, no sólo respecto del personal a sus órdenes, sino de todo otro de menor jerarquía, de conformidad a lo establecido en los reglamentos militares.

Este ejercicio de dichas facultades de mando, exigido por el estado militar se halla condicionado, además de por su grado y cargo, por su agrupamiento y cuerpo.⁴⁴

De esta forma, el personal superior del Cuerpo de Comando ejercerá el mando respecto del personal de cualquier cuerpo. En tanto el superior del Cuerpo de Servicios Profesionales lo hará sobre el personal superior de su cuerpo de menor antigüedad o grado, y sobre el personal superior de cualquier cuerpo que le esté subordinado, es decir se halle bajo su autoridad, y sobre el personal subalterno de cualquier cuerpo.

El personal de cadetes sobre el personal subalterno de cualquier cuerpo, a equivalencia de grado.

El personal subalterno de armas o combatiente tiene mando sobre el personal subalterno de cualquier cuerpo.

El personal subalterno de otros cuerpos, lo tendrá sobre el personal subalterno de su cuerpo y sobre aquel que tenga directamente subordinado.

Todo el personal antes expresado, además ejercerá el mando sobre el personal de tropa.

Las facultades inherentes al mando militar, por ser contenido esencial del estado militar, no pueden perderse, aunque sí nuestro ordenamiento registra una causal de suspensión, en la aplicación de la sanción disciplinaria de suspensión de mando, consistente en la privación temporal de la parte de mando asignada al empleo militar.⁴⁵ Siendo como La suspensión de mando como sanción principal aplicable únicamente a oficiales, no pudiendo extenderse por más de seis meses.⁴⁶

De imponerse como sanción principal y por mayor tiempo de un mes, el afectado percibirá tan sólo dos terceras partes del sueldo correspondiente al empleo. A este efecto la suspensión de mando se hará constar en las listas de revista.⁴⁷ Tal reducción de sueldo no se producirá cuando la suspensión se impone por menos de un mes o cuando se cumple como sanción accesoria.⁴⁸

⁴⁴ Reglamentaciones a la 19101 para el Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

⁴⁵ Art. 564 CJM.

⁴⁶ Art. 565 CJM.

⁴⁷ Art. 566 CJM.

⁴⁸ Art. 567 CJM.

Su imposición accesoria es una consecuencia de la imposición de la sanción de arresto.⁴⁹

Al poder del superior jerárquico, le corresponden los correlativos deberes del personal por él alcanzado, que se denomina de modo genérico, y abarcándolos en conjunto como “subordinación”⁵⁰, la que se manifiesta o expresa de modo principal a través del deber de obediencia, y en menor medida por otros, como el de respeto y cooperación.

La subordinación, a su vez, en la materia disciplinar se integra por sentimientos positivos de adhesión a la patria o al estado (patriotismo o civismo), y al mando (ya en sus escalones superiores, ya en los inferiores y próximos al soldado), y por un sentimiento de signo más bien negativo, que es el temor, de la sanción, proveniente de la ley misma, del mando superior o del inmediato. Otros factores hay, concomitantes con éstos: el aliciente de las recompensas; el espíritu naturalmente inclinado al orden o al sistema en ciertos sujetos o grupos; el propio instinto de conservación, que intuye o adivina en la disciplina un factor de seguridad frente al riesgo, ya provenga éste del enemigo, o de otros orígenes.⁵¹

No todos los órdenes del régimen de servicio, están comprendidos dentro del alcance del poder jerárquico, existiendo determinadas personas que por la posición que ocupan o por la índole de sus actividades, escapan a dicho poder jerárquico y, en consecuencia, al deber de obediencia.

En primer término, el presidente de la República, en cuanto Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas⁵², está exento del poder jerárquico y del deber de obediencia, pues él no tiene sobre sí superior alguno.

Aparte del jefe del ejecutivo, los órganos consultivos (v.g. Juntas de Calificación), los de control (v.g. Inspectorías), quedan fuera de la jerarquía propiamente tal. Así como las personas que realicen funciones o actividades de tipo jurisdiccional (v.g. Jueces militares).

Igualmente quedan exentos del poder jerárquico y, correlativamente, del deber de obediencia, los militares que realicen funciones de asesoramiento estrictamente técnicas, para cuyo ejercicio sólo deben guiarse por sus conocimientos científicos, siendo inconcebible que al respecto algún superior les dé órdenes a dichos funcionarios⁵³ (v.g. Auditores militares).

5. Acto de servicio y orden militar

Se entiende por acto de servicio, 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.⁵⁴

Como se expresaba en la exposición de motivos de la ley 14.029:

⁴⁹ Código de Justicia Militar, art. 561: La sanción de arresto a los oficiales lleva siempre como accesoria la suspensión de mando por el tiempo de su duración.

⁵⁰ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 595.

⁵¹ Marín y Peña, Manuel, Instituciones militares romanas, colección Enciclopedia clásica N° 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Patronato “Menéndez y Pelayo”, Madrid, 1956, pág. 226/8.

⁵² Ver lo expuesto en el Capítulo III del presente respecto de dicho cargo.

⁵³ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 598/9.

⁵⁴ Art. 878, Código de justicia militar.

“Conocidas son las dificultades que ofrece la correcta definición del "acto de servicio”. El anteproyecto, como se acaba de expresar, ha limitado el concepto en razón de la circunstancia agravante que comporta esta situación en la comisión de infracciones militares, vinculándolo con lo específico militar. Ocurre aquí, algo semejante a lo que sucede respecto de la obediencia debida, en lo militar. Más que de una definición el contenido de la misma surge del justo equilibrio entre el conjunto de normas que regulan a los dos polos opuestos, en esa materia, o sea, "abuso de autoridad-insubordinación". De la misma manera, en definitiva, la determinación de sí en un caso dado el militar se hallaba o no en actos del servicio, se ha de basar en el conjunto de normas legales y reglamentarias que regulan la actuación de aquél en cuanto es militar”.⁵⁵

Son actos de servicio, los propios de la especialidad militar⁵⁶, es decir aquellos sujetos a la jurisdicción militar y disciplinaria.⁵⁷ Resultando indistinto la conducta del realizante para el encuadre del mismo y el desarrollo de sus efectos.⁵⁸

Tal acto viene precedido de una orden en dicho sentido, que puede ser particular (impartida por un superior) o general (impuesta por la ley o los reglamentos), como también derivar de una propia decisión del militar, si es dentro de la esfera de sus atribuciones.

El emitir órdenes de servicio u órdenes militares resulta una facultad propia del estado militar⁵⁹, integrándose como parte del ejercicio del mando.

Podemos entender a las órdenes del servicio, como aquellos mandatos o conductas prescriptivas emitida por un superior, en el ejercicio de sus funciones, y en el ámbito de su competencia, cumple con determinados requisitos formales y materiales que, conforme al orden jurídico, en principio la legitiman.⁶⁰

El efecto principal de la impartición de una orden militar, resulta la obediencia debida de ella por parte de su destinatario o destinatarios. Es decir, el no poder sustraerse, en principio, a su cumplimiento, y por tanto, la imposibilidad jurídica que recaigan sobre el ejecutante, los efectos que puedan derivarse de ella, en especial, los de naturaleza antijurídica.

⁵⁵ Cit. Por Igounet (h) y Igounet, Código de Justicia Militar, Ediciones del Jurista, pág. 416.

⁵⁶ Dictamen del Procurador General de la Nación de fecha 15 de octubre de 1956.

⁵⁷ CSJN 7/XI/1956 - La Ley, 12/VI/1957; B.J.M., N- 8-1320, cit por Igounet (h) y Igounet, Código de Justicia Militar, Ediciones del Jurista, pág. 416/7.

⁵⁸ CSJN, Fallos t. 208 p. 263 (“Célico”) y t. 211, p. 349 (“Melitón Cabral”). En este último se afirmó que “...las pensiones militares por inutilización en actos de servicio han sido establecidas por las leyes con prescindencia de que haya o no mediado culpa de la víctima”. Por su parte en Fallos, - t. 228, p. 127, se trató la cuestión en los supuestos de caso fortuito, entendiéndose que tampoco tal especie índice en la calificación del acto de servicio, cuando sucede respecto de una persona que se halla en tareas propias de su función militar.

⁵⁹ Conforme al art. 7º inc. 3º de la ley 19.101. Que la encuadra como deber.

⁶⁰ Du Puit, José, La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano, in Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Lima, 2003, pág. 251. Si bien el citado actor exige que el contenido sea lícito, extremo que meritamos incorrecto pues a los efectos del instituto tan sólo se exige una apariencia de licitud, y respecto del ejecutante.

La obediencia debida a las ordenes está condicionada a que sean dadas en un acto de servicio, lo cual “...exige que se vinculen a las funciones específicas que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas”.⁶¹

Conforme al ordenamiento jurídico militar de nuestro país, las órdenes de contenido ilícito manifiesto no poseen carácter vinculante para el subordinado, que en caso de ejecutarlas no quedará amparado por la eximente de la obediencia debida, extremo pacífico en la jurisprudencia tanto de tribunales castrenses⁶², como en los civiles.

Como nos expresa Du Puit⁶³, desde que un Estado constitucional de derecho, el sistema jurídico en materia de normas públicas tiende a garantizar que el poder estatal sea ejercido dentro de los límites constitucionales y legales, así como a proteger los intereses individuales y colectivos.

Por lo que los mandatos legales, tanto legislativos como administrativos, deben ser manifestaciones del ejercicio legítimo del poder público. En tal contexto, se plantea la cuestión de la obediencia debida a la ley y a los mandatos dictados. Si los límites constituciones y legales no son respetados, los mandatos dictados serán ilícitos y, por tanto, su cumplimiento no es obligatorio. El carácter ilícito puede deberse a que no reúnen las formalidades exigidas, a la falta de competencia y/o a la incorrección de su contenido. Problema más complicado, que sobrepasa claramente la materia tratada, es la desobediencia a las leyes arbitrarias o inconstitucionales.⁶⁴

El desarrollo de esta problemática in extenso, respecto del carácter lícito o no de una orden y la posibilidad de su conocimiento por el subalterno o subordinado militar, será el motivo del siguiente apartado.

6. La obediencia debida militar

A la facultad del superior de mandar, la corresponde el deber del subalterno o subordinado de obedecer. Este deber, si bien común a todas las relaciones de autoridad, asume particular importancia en la esfera militar, en virtud del valor central que la jerarquía y disciplina poseen en el ordenamiento castrense. Pero no por ello resulta ilimitado.

Como se expresa en una norma del derecho extranjero: “Los superiores están habilitados para impartir órdenes a sus subordinados respecto a los asuntos del servicio, debiendo el militar obediencia a dichas órdenes en los asuntos del servicio. Sin embargo, no están obligados a ejecutar las que impongan un comportamiento punible por la ley o el derecho de gentes”.⁶⁵

⁶¹ CSJN. Voto de Dr. Fayt en Fallos 310:1162.

⁶² CSJN, 22/06/1987, voto de los doctores Petracchi y Bacque, ED, 124-311.

⁶³ Du Puit, José, La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano. En Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Lima, 2003, pág. 243.

⁶⁴ Du Puit, José, La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano. En Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Lima, 2003, pág. 243.

⁶⁵ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003) . Art. 32 Ordres et obéissance : 1. Les supérieurs et les aides de commandement qu'ils ont habilités ont le droit de donner des ordres à leurs subordonnés dans les affaires relevant du service. 2 Les militaires doivent obéissance à leurs supérieurs dans les affaires relevant du service. 3 Les militaires n'ont pas à exécuter un ordre lorsque celui-ci leur impose un comportement punissable au sens de la loi ou du droit des gens.

Nos expresa Garrone⁶⁶ que la obediencia debida, resulta sinónima de la expresión “obediencia jerárquica”, siendo la que se rinde al superior jerárquico y trae como consecuencia el eximir bajo ciertas circunstancias de responsabilidad por los hechos ilícitos y delitos que provoca su ejecución, al desplazar la responsabilidad de tales actos materiales hacia aquel que dio la orden.⁶⁷

Como nos dice Marienhoff, en materia de deber de obediencia hay dos criterios dispares: el de la obediencia absoluta y el que admite, en determinadas condiciones y circunstancias, la desobediencia; en este último supuesto el problema consiste en determinar cuándo procede la desobediencia, cuestión que se concreta en el llamado derecho de examen. Pero el derecho a desobedecer es, recalca dicho autor, siempre una excepción, y como tal debe ser considerado.

En la teoría de la obediencia absoluta, la voluntad del agente aparece prácticamente aniquilada por la del superior, resultando entonces el inferior un mero instrumento de la voluntad ajena (*perinde ac cadaver*), que responde al superior en forma casi mecánica. En consecuencia, la ejecución de órdenes ilegítimas lleva a la total irresponsabilidad del inferior. Esta teoría tiene general repudio: ni aun se la acepta dentro de la severa disciplina militar.

En la segunda teoría, el deber de obediencia tiene un límite, pasado el cual aparece el derecho a la desobediencia; por lo que en ella es posible un contralor de legalidad, que se hace efectivo a través del derecho de examen. Ahora bien, ¿qué amplitud tiene ese derecho de examen? En general se acepta que el inferior o subordinado tiene el derecho de control formal (legalidad externa, competencia del superior y del inferior) y de control material, que se vincula al contenido mismo de la orden, lo cual permitirá comprobar si ésta significa o no una violación evidente de la ley. Si la orden no reviste los requisitos formales extrínsecos no es obligatoria para el inferior, y por lo tanto no debe ser obedecida. Su cumplimiento en cambio, le hace pasible de responsabilidad. Es ésta la posición que goza de mayor predicamento.

Existe asimismo la denominada teoría de la reiteración, en virtud de la cual si agente público considera que la orden es contraria a la ley, está en el deber de observarla al superior. Pero si es reiterada, tiene el deber de cumplirla, y su responsabilidad civil o penal queda cubierta por tal confirmación.

La jurisprudencia de nuestro país ha aceptado, como nos dice Marienhoff, la teoría de la legalidad formal y material. Nunca aceptó la tesis de la obediencia absoluta, ni libró de responsabilidad, al que en virtud de una orden jerárquica incurrió en delito.⁶⁸

La obediencia debida como causal de eximición se halla establecida tanto en nuestro Código Penal cuanto en el Código de Justicia Militar.⁶⁹

⁶⁶ Garrone, José Alberto, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986. pág. 595.

⁶⁷ Dayenoff, David E., Código Penal Comentado, AZ editora, 3º edición, Buenos Aires, 1992, pág. 71.

⁶⁸ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3º act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 597/8.

⁶⁹ Al respecto, nuestro Código Penal, en su título V (Imputabilidad): “ Art. 34.- No son punibles: (...) 5) El que opere en virtud de obediencia debida”. Por su parte el Código de Justicia Militar expresa: “ Art.514.- Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de la orden”.

Nos dice Dayenoff⁷⁰ que la doctrina ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de esta causal, que para el sector resulta causal de exclusión de la acción (Soler), en tanto para otro es causa de justificación, e incluso ha llegado a entenderse como una causal de inculpabilidad.

En la doctrina, diversos autores han coincidido en agrupar esta circunstancia eximente entre las causas de justificación, excluyente de la antijuridicidad (Alimena, Manzini, Pessina, Haus y Jiménez de Asúa), si bien ha sido general la formulación de reservas en tal sentido, y incluso es dable observar que ha medida que evoluciona la ciencia penal, los criterios doctrinarios amplían su perspectiva, admitiendo encuadres diversos.⁷¹

Soler⁷² admite como posible que, bajo determinadas circunstancias, la obediencia debida excluya la acción. Nuñez⁷³ en los supuestos de orden lícita, entiende que se trata de un caso particular de ejercicio legítimo del propio cargo.

Carrara expresa que cuando el superior manda con un fin ilícito una cosa que era de su atribución mandar, y el subordinado la cumple creyendo hacer algo lícito, la obediencia debida desaparece como justificante, y debe considerarse como un error de hecho que corresponde las causas de inculpabilidad. Beling por su parte, entendiendo que pueden resultar obligatorias aún ciertas órdenes antijurídicas, entiende que el que obra en virtud de un mandato del superior no hace más que obedecer la ley, y su acto no resulta antijurídico en cuanto le está expresamente mandado por el ordenamiento legal, por lo que actúa en cumplimiento de un deber.⁷⁴

La postura tradicional tanto la doctrina española (Mir Puig, Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, Queralt, entre otros), como la legislación italiana la consideran expresamente como causa de justificación, en tanto especificación del cumplimiento de un deber⁷⁵ (Fiandaca, Musco, Antolisei, Conti).

Desde que, la tipicidad es sólo un indicio de la antijuridicidad del hecho⁷⁶, que puede verse excluida si concurre una causa de justificación.

El principio de la obediencia debida como causa de justificación, cumple una esencial función institucional. Ya que sin él, difícilmente podría mantenerse la subordinación y disciplina no sólo en el ámbito militar, sino en todos los sectores del Estado de fuerte articulación jerárquica (fuerzas de seguridad, policías), desde que sin ella el personal subordinado nunca podría estar seguro que resultar desvinculado por el cumplimiento de órdenes, que sin embargo resultan vitales para la vigencia de la organización estatal, como son las que realizan la fuerza pública.

Cabe destacar que, aun entre los que inscriben a la obediencia debida como causa de justificación, existen distintas opiniones respecto a su naturaleza.

Así, algunos entienden que se trata de una especie particular de la justificación por ejercicio legítimo de un cargo. Otros, la conceptúan como un resultado de la obligación

⁷⁰ Dayenoff, David E., Código Penal Comentado, AZ editora, 3º edición, Buenos Aires, 1992, pág. 71.

⁷¹ Igounet, Oscar (h), *La obediencia debida militar como causal de justificación*, Rev. La Ley Tº 1986-D Sec. Doctrina, pág. 822.

⁷² Soler, Sebastián, Tratado de derecho penal, ed. TEA, t. I, Buenos Aires, 1963, pág. 277.

⁷³ Nuñez, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Tº I, Ed. Lerner, Córdoba, 1976, pág. 412 y sgtes.

⁷⁴ Igounet, Oscar (h), *La obediencia debida militar como causal de justificación*, Rev. La Ley Tº 1986-D Sec. Doctrina, pág. 822.

⁷⁵ Código Penal Italiano, art. 51

⁷⁶ Salvo, claro está, en los casos en los que un elemento normativo del tipo lo exige y adelanta, teniendo así como un elemento de la noción del hecho, el juicio sobre la antijuridicidad del comportamiento del autor.

legal que impone a determinadas personas (militares, policías), un deber específico y estricto de obediencia, por lo que desde tal postura, queda absorbida por la justificante genérica del cumplimiento de la ley.

Una tercera postura la entiende como un error del que se halla obligado a obedecer órdenes, que formalmente y dentro de sus limitados márgenes de inspección, se le presentan como legítimas, por que su accionar resulta de ese error invencible por el obligado a obedecer. Para las posiciones clásicas que entienden a la antijuricidad desde una posición objetiva, tal hecho no sería una causa de justificación, sino de inculpabilidad.

Sin embargo, hay quienes lo entienden como causa de inculpabilidad (Hurtado Pozo, Antón Oneca, De Rivacoba, Vives Anton, Diaz Palos); aunque también hay autores que mantienen posiciones mixtas (Quintero Olivares, Morillas Cueva, Jescheck, Córdoba Roda), sin contar con otras posturas minoritarias.⁷⁷

En la consideración de esta posición, debe apreciarse primeramente que no hay acuerdo en la dogmática penal, en la forma de concebir este aspecto de la teoría del delito. Para la teoría psicológica es claramente una condición, relacionada con intenciones o voliciones que controla el sujeto activo. En cuanto concierne a la teoría normativa, aunque la culpabilidad se halla relacionada a actos, intenciones y otras circunstancias del sujeto activo, no depende de éste, sino de quien formula el llamado juicio de reproche, y de la no exigibilidad de otra conducta, criterio este último que tiene la virtualidad de excluirlo.

En esa "faz negativa de la culpabilidad", se agrupan tanto los eximentes legalmente reconocidos, como el error, la ignorancia, la vis compulsiva, a más de aquellos que no poseen fundamento legal, y que se aglutinan bajo la denominación de "no exigibilidad de otra conducta".

A la obediencia debida se la entiende, para quienes la sostienen como eximente dentro de la culpabilidad, en algunos como una eximente autónoma, para otros como un supuesto particular del error, y por último hay quienes le entienden comprendida dentro de la ya referida "no exigibilidad de otra conducta".⁷⁸

Más allá de las discusiones de su encuadre, frente a la realidad de su existencia jurídica, deben precisarse sus alcances.

En este orden de cosas, comencemos por expresar que la institución militar y los actos de sus miembros, deben respetar la Constitución y el ordenamiento jurídico. Por tanto, no existe en el derecho militar el deber de cumplir órdenes que sean ilícitas, pero tampoco debe pasarse por alto que es sumamente dificultoso, por no decir imposible en la mayoría de los casos, descubrir la tacha de ilicitud en las órdenes con apariencia de ser lícitas.

Pues si bien los militares no están obligados a obedecer ciega y automáticamente los mandatos de sus superiores, la posibilidad de efectuar un control de la legalidad de ellas, especialmente en los grados más bajos de la escala jerárquica, son sumamente reducidas,

⁷⁷ Zúñiga Rodríguez, Laura, La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Revista Nuevo Foro Penal, N° 53, Julio 1991, pág. 333.

⁷⁸ Respecto de la ubicación del error en la teoría del delito, se nos presentan las opciones que analizamos al tratar de explicar su naturaleza, pues puede tratárselo desde la teoría de la culpabilidad como error de prohibición (Bacigalupo, Kaufmann, Soler, Ramayo), dándosele un tratamiento de creencia errónea de estar obrando lícitamente, puede considerarse también que es un caso de error de tipo, porque excluye el dolo del subordinado, desde que el deber de obediencia es un elemento que integra el tipo penal (Muñoz Conde, Bustos).

por lo general sin posibilidad de ir más allá de la comprobación de la autoridad que la imparte.

Existe asimismo, por lo especial de la actividad militar, situaciones operacionales sumamente comunes que pueden ser a la vez, conductas típicas.⁷⁹ Circunstancia que complica aun más, la posibilidad de efectuar una distinción entre lo típico y atípico.

Es el derecho castrense italiano, en donde a nuestro entender se ha marcado con mayor precisión los términos de la obediencia debida y el deber de no obedecer órdenes injustas o ilegales. Es por ello que éste último sólo procede respecto de una orden manifiestamente contraria a las instituciones del Estado o de aquella cuya ejecución constituye en todas las maneras posibles un delito manifiesto⁸⁰. En los demás supuestos debe ser cumplirla y queda amparado bajo el instituto de la obediencia debida.

La solución que resguarda los dos valores en consideración: el respecto al orden legal, por una parte, y las especiales características en que se desenvuelve la tarea militar. Coincidiendo asimismo, con la larga tradición en la doctrina y jurisprudencia nacional, receptada asimismo en la legislación⁸¹, respecto del principio de legalidad del actuar estatal, por lo que en caso de simple duda, o ausencia de constatación manifiesta, la orden deberá cumplirse, quedando quien lo hace, amparado en la obediencia debida.

Pues carecería de finalidad el instituto, si sólo amparase la comisión de ordenes lícitas, donde en realidad no se aplica sino el principio de la antijuricidad por actuar en virtud de un mandato legal; la obediencia debida nace precisamente para resguardar a quien actúa de buena fe de acuerdo a las obligaciones legales que le son exigibles, sin saber cabalmente que se halla efectuando un ilícito.

No se trata entonces de impunidad, sino de resguardar a quienes lo hicieron entendiendo que cumplían la ley. Y por su aplicación, se logra focalizar el reproche penal en quien realmente dio lugar a la existencia de tal ilícito. Ya que el instituto tiene dos partes: una que resguarda al actuante del Estado de buena fe; y la segunda que imputa la conducta delictual material cometida por éste, a quien formuló el mandato antijurídico. Circunstancias esta última, que muchas veces pasa inadvertida o no considera la doctrina.

Por ello se ha dicho que la aplicación del instituto no supone dejar impunes los delitos cometidos, sino variar el centro de imputación hacia otros sujetos.⁸²

Claro está, que el cumplimiento de la orden ilícita, en caso de no ser notorio su carácter ilícito, pero conociéndolo el subordinado, es punible y no puede ampararse en la obediencia debida, sin perjuicio de la aplicación de acuerdo al caso de otra causal de eximición. Pero tal conocimiento deberá ser probado, desde que la presunción de legalidad estatal corre a su favor en este caso.

⁷⁹ Por citar unos pocos ejemplos: bombardeos o disparos a instalaciones o zonas (podría ser daño a propiedad), toma de prisioneros (privación ilegítima de la libertad); ocupación de puntos edificables vitales en el aseguramiento del terreno (violación de domicilio).

⁸⁰ Art. 4º, Ley N° 382 del 11 julio de 1978, denominada “Norme di principio sulla disciplina militare”: “L'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane è il fondamento dei doveri del militare. Il militare osserva con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina ed ai rapporti gerarchici (..) Il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare ai più presto i superiori”.

⁸¹ Por caso para el actuar administrativo del Estado, en el art. 12 de la Ley nacional de procedimientos administrativos.

⁸² CSJN, 22/06/1987. Voto de los Dres. Severo Caballero y Beluscio, considerando 24 ED, 124-306.

7. Obligación de guardar secreto y sigilo

Aun cuando no se halla especificada como norma en sentido positivo, sino por vía de punir su incumplimiento (delito de violación de secretos), resulta claro que el militar se halla obligado por su estado, a no divulgar aquellos asuntos que han llegado a su conocimiento en virtud o con ocasión de su prestación militar, en la medida que ellos deban ser mantenidos en reserva, ya sea por su importancia o en virtud de prescripciones particulares.

Tal obligación existe de modo general respecto de todo asunto cuya difusión pueda perjudicar los intereses de la defensa nacional, aun cuando no exista norma de reserva, y subsiste incluso tras la pérdida del estado militar por la causal que fuere.⁸³

En la doctrina española se diferencia entre el deber de secreto y el de sigilo. Entendiéndose que: “Aun cuando la transparencia administrativa es algo que debe demandarse en una sociedad democrática, es evidente que existen informaciones que no deben participar de dicha publicidad para garantizar la eficacia de la actuación administrativa (defensa, seguridad), para evitar que determinados agentes tengan una posición privilegiada en el mercado, o para garantizar la intimidad de las personas. Es de estos intereses públicos de donde deriva la imposición de estos deberes al funcionario”.

El de secreto implica la prohibición de revelar información y datos que conozca con ocasión de su cargo, y que estén protegidos por una declaración expresa de secreto o de información reservada.⁸⁴ Este deber se recalca expresamente en el caso de los militares y Fuerzas de Seguridad del Estado, que se protege incluso frente a los jueces pues está prohibido, salvo que una ley imponga lo contrario, obligar a declarar a un funcionario cuando no pueda hacerlo sin violar el deber de secreto. La violación de este deber constituye un delito penal, además de dar lugar a la pertinente responsabilidad administrativa militar.⁸⁵

El deber de sigilo, en cambio, se refiere en general a cualquier información que se maneje o se llegue a conocer en virtud de su condición militar. Debiéndose a este respecto, y en términos generales, guardar discreción respecto a la misma para evitar que pueda ser usada con fines privados, o que pueda malinterpretarse respecto de personas ajenas a la institución militar, o que resulte inconveniente darle publicidad por razones de interés público. Se sanciona como falta grave.⁸⁶

⁸³ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003) . Art. 33 Devoir de garder le secret : 1. Les militaires sont tenus de garder le secret en ce qui concerne les affaires dont ils ont connaissance dans le cadre de leurs activités de service, dans la mesure où ces affaires doivent être maintenues secrètes en raison de leur importance ou de prescriptions particulières. 2. Le devoir de garder le secret subsiste après la fin des obligations militaires.

⁸⁴ Información con calificación de seguridad o que por ley deba permanecer anónima (información censal, tributaria, datos referentes a pacientes de centros de salud, datos relativos a la ideología, religión, creencias, raza, vida sexual de las personas, y deber genérico de secreto de los altos cargos del Estado.

⁸⁵ Arts. 634, 636 y 780 del Código de Justicia Militar y 156,157, 222 y 223 del Código Penal.

⁸⁶ Universidad de Málaga. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Diplomatura en Gestión y Administración Pública. Derecho de la función y el empleo público. Tema VIII y IX. Los derechos y los deberes de los funcionarios públicos. Régimen de incompatibilidades. [On line]. Disponible en: <http://www.ieev.uma.es/funcionp/> [Consultado: 20 de agosto de 2005].

8. Evaluación permanente

La propia naturaleza de la función militar, destinada a la defensa armada⁸⁷ de la comunidad nacional, supone para llevar a cabo con éxito su misión requieren contar con militares aptos para el servicio de las armas, puesto que unas Fuerzas Armadas disminuidas en sus capacidades no podrían otorgar la protección que la Nación requiere.

Este espíritu de un servicio de las armas apto, que comprende no sólo la habilidad física, sino también intelectual y de conducta, se refleja en la reglamentación militar, la cual contiene normas jurídicas que disponen que el personal que presta sus servicios en las Fuerzas Armadas debe estar sano, apto y capacitado para el servicio de las armas. A fin de comprobar tales circunstancias en el tiempo, se impone el principio de evaluación permanente del personal, como parte de su régimen de servicio.

La evaluación del personal constituye un momento crucial de la gestión de los recursos humanos de cualquier organización, pública o privada, en relación sobre todo a la capacidad de poder utilizar de modo racional sus recursos. Esto se ve aumentado en su necesidad, cuando se trata de una organización que se articula en un orden jerárquico de tipo rígido, donde una mala selección de la autoridad a cargo determina la afectación de quienes se encuadran en niveles inferiores que le dependen.

Es por ello que la organización militar, ha sido consciente de la necesidad de instrumentar sistemas de selección y evaluación, que lleven a disponer del personal necesario y adecuado a sus necesidades orgánicas. Por lo que la evaluación tiene una finalidad esencialmente operativa, contribuyendo al mejor y más eficaz gobierno del personal, de quienes por otra parte evidencian a través de ella, actitudes, capacidad, competencia y cumplimiento de determinados requisitos.

En el ámbito militar, como consecuencia de su sistema de jerarquía, se reserva al superior la evaluación primaria y continua respecto de su subalterno. Es así como en este ámbito el poder evaluador aparece como una consecuencia de la relación jerárquica. Otra de las derivaciones de esta “evaluación por jerarquía” es que el superior del evaluador, también tiene ingerencia en la cuestión, en esencia como controlador de quien realiza la meritución.⁸⁸

Como se expresa en el derecho español:

“De acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga, el militar de carrera será conceptuado periódicamente por sus cualidades, rendimiento y aptitud mediante calificaciones debidamente ponderadas y contrastadas, que facilitarán la selección de los más aptos, su adecuación a los diferentes puestos, y estimularán al individuo a superarse.

“El calificado tendrá derecho a conocer los datos de sus evaluaciones personales, con las limitaciones reglamentariamente establecidas.

⁸⁷ Ver al respecto, lo expuesto en el Capítulo II del presente.

⁸⁸ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XIII: La Valutazione del Personale Militare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_13.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

*“Será sometido a reconocimiento psicofísico para determinar las condiciones de servicio en que se encuentra con la periodicidad que se determine”.*⁸⁹

En nuestro ordenamiento se halla previsto la conformación de juntas de calificación⁹⁰, como órgano ad hoc para el cumplimiento de dichas tareas en relación a situaciones de vital importancia para la actividad del personal militar.

Su propósito es la evaluación del personal militar a fin de proporcionar a la superioridad encargada de decidir, información respecto a las aptitudes del mismo, a efectos de adoptar decisiones en general y en particular, en los siguientes casos⁹¹:

1º) Ascensos: Para seleccionar entre todo el personal que haya satisfecho los requisitos fijados para ser promovido, quienes reúnen las condiciones necesarias para desempeñarse con eficiencia en el grado o categoría inmediatos superiores y, en su caso, cual es su orden de mérito.

2º) Alta: Para determinar entre un grupo de personas aspirantes a ingresar o ser confirmadas en la Institución, quienes, ordenados según los méritos que acrediten, satisfacen las exigencias fijadas.

3º) Eliminación por aptitud: Para establecer quienes, entre un determinado conjunto de personal, no acreditan la posesión de las condiciones mínimas indispensables para permanecer en la Fuerza y quienes evidencian una limitada o reducida capacidad profesional o eficiencia que los inhabilita para seguir desempeñándose en actividad en su grado.

4º) Permanencia: Para establecer respecto de personal que se halle en alguna situación especial, si mantiene las condiciones necesarias para continuar revistando en la Institución.

5º) Eliminación para producir vacantes: Para determinar quienes, de un grupo de personal que si bien satisfacen las exigencias propias de su jerarquía, ocupan los últimos puestos dentro de un orden de mérito establecido, a los fines de su separación de actividad, produciendo las vacantes necesarias para asegurar una normal renovación de los Cuadros de la respectiva fuerza armada.

6º) Asesoramiento: Para asistir a la superioridad a los fines y en los casos que expresamente se determina (asignación de destinos, designaciones para cursos, altas de personal retirado para prestar servicios, reincorporaciones, etc.).

La evaluación es también, una expresión de un juicio técnico discrecional, que si bien se halla caracterizado por una consideración subjetiva⁹², ella debe partir y asentarse en

⁸⁹ Art. 217, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

⁹⁰ Respecto de la naturaleza y características de tales juntas, véase lo dicho en la parte relativa a ascensos.

⁹¹ Párrafo 67 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

⁹² Encontramos en el derecho italiano numerosos precedentes en este sentido, T.A.R. Puglia, sezione prima, 9 ottobre 2002. Per una lata discrezionalità in materia da parte dell'amministrazione militare: T.A.R. Veneto, prima sezione, 14 aprile 2000; T.A.R. Lombardia, sezione prima, 26 giugno 2002; T.A.R. Piemonte, sezione prima, 16 ottobre 2002. Todos ellos citados en Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XIII: La Valutazione del Personale Militare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_13.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

el juicio “personal, directo e imparcial” de los superiores que han evaluado por tener al personal bajo sus órdenes. A lo que debe sumársele una serie de otras consideraciones objetivas (sanciones, enfermedades, etc.) pues la discrecionalidad administrativa para resultar legítima, debe comportar un juicio de racionalidad y proporcionalidad, vinculada al cumplimiento de lo perseguido en la norma al establecerla.

En el ámbito militar el parámetro de juicio se halla delegado al superior jerárquico, con o sin asesoramiento, dependiendo de la importancia del proceso evaluatorio respecto de la institución, lo cual no es sino una consecuencia lógica del principio de autoridad, cardinal a la organización de la fuerza armada, como ordenamiento esencialmente disciplinado.⁹³

La calificación de ineptitud en su grado o para prestar servicio, conlleva asimismo el pase de la persona a situación de disponibilidad propia⁹⁴, desde la notificación de tal calificación, siendo relevado de todos sus deberes en tanto se tramita su baja o retiro obligatorio.⁹⁵

9. Ascenso

El ascenso constituye una compleja actividad regulada, por la cual la administración militar determina el avance en la carrera del personal militar, a los fines de promover a los más idóneos y con mayores méritos.

Incide respecto del estado militar, modificándolo en cuanto al alcance de sus derechos y obligaciones, que se hallen principalmente ligados al grado. Y sólo a través de dicha circunstancia, es que incide de modo mediato en algún aspecto de la relación de servicio u orgánica.⁹⁶

Su importancia para el gobierno institucional determina que se halla minuciosamente detalladas las actividades de selección a tales fines. Por otro lado, dicha reglamentación de las tareas a realizar, vienen también a tutelar el interés del personal en condiciones potenciales de ascenso, el cual existe desde que la promoción al grado superior comporta una más ventajosa situación jerárquica, jurídica y asimismo económica.

Es por ello que en lo relativo a los procedimientos de los ascensos militares, confluyen un complejo de intereses institucionales y personales, a lo que debe añadirse que elementos tales como la categoría, grado, agrupamiento, especialidad, que en concreto pueden determinar asimismo exigencias especiales, y distintas soluciones en el particular. No siendo dudoso que en la contraposición entre los intereses de la administración militar y los particulares, deben primar los de la primera. Consecuentemente a esto, la administración transita los procedimientos de selección y decide finalmente desde una

⁹³ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XIII: La Valutazione del Personale Militare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_13.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

⁹⁴ Artículo 38, inciso 2º), apartado a) de la Ley 19.101.

⁹⁵ Párrafo 22 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

⁹⁶ En sentido concordante, respecto del derecho militar español, véase Alli Turillas, Juan-Cruz, La profesión militar, colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 305.

posición de superioridad respecto del personal involucrado, resultando sus facultades en todo lo atinente a la cuestión, ampliamente discrecionales.⁹⁷

Lo atinente a los ascensos se halla regulado en el capítulo III de la ley 19.101. Allí se expresa⁹⁸, que con el propósito de satisfacer las necesidades orgánicas de las fuerzas armadas y de los organismos militares conjuntos, se producirán anualmente los ascensos del personal que haya satisfecho las exigencias que determine esta ley y su reglamentación.

El ascenso al grado de teniente general, almirante y brigadier general, se producirá en cualquier época del año, en la oportunidad de cubrirse los cargos que para dichos grados correspondan.

Dispone asimismo la ley que no se concederán, en ningún caso, grados honorarios correspondientes a las Fuerzas Armadas de la Nación.

En vistas de ello es que se ha afirmado, en relación a su finalidad, que los ascensos anuales tiene por objeto satisfacer necesidades orgánicas de la respectiva fuerza armada, y de los organismos militares conjuntos, mediante la promoción de personal capacitado y con el grado que en cada caso corresponda, para cubrir las vacantes existentes en los diferentes niveles.⁹⁹

Los ascensos se producirán normalmente el 31 de diciembre de cada año.¹⁰⁰ Siendo el ascenso del personal superior de las fuerzas armadas concedido por el poder ejecutivo, y previo acuerdo del senado de la nación a la categoría de oficial superior y dentro de ella. El ascenso del personal subalterno de las fuerzas armadas se otorgara en la forma que lo determine la reglamentación de esta ley.¹⁰¹

En la generalidad de los casos, es a cargo de la máxima autoridad de personal de cada fuerza.¹⁰²

Para ser ascendido al grado inmediato superior es necesario, además de contarse con vacantes en dicho grado, cumplir con las exigencias que determine la reglamentación de esta ley y tener en el grado el tiempo mínimo, en años simples de servicios, que establecen los anexos 3 y 4 de la 19.101.¹⁰³

Las vacantes del personal superior son determinadas por la autoridad del caso, fundadas en la correspondiente política de ascenso.¹⁰⁴

De modo general, respecto de los requisitos para el ascenso, podemos expresar, si bien pueden tener una cierta variación en virtud del grado o agrupamiento¹⁰⁵, que se relacionan con tener el personal en el grado el tiempo deseable de permanencia, en años de servicios militares simples, que determine la respectiva política de ascensos; poseer la aptitud psicofísica que para cada grado y agrupamiento se reglamente; haber aprobado los

⁹⁷ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XIV: l'Avanzamento e la Promozione [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_14.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

⁹⁸ Art. 44, ley 19.101.

⁹⁹ Párrafo 50 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

¹⁰⁰ Párrafo 51 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

¹⁰¹ Art. 45, ley 19.101.

¹⁰² Por caso, el Director General de Personal en la Fuerza Aérea. Párrafo 52 inc. 3 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

¹⁰³ Art. 46, ley 19.101.

¹⁰⁴ Párrafo 53 y 54 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

¹⁰⁵ Ver, por caso, el párrafo 55 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

cursos de capacitación, pruebas de suficiencia o exámenes de ascensos que se determinen; haber satisfecho aquellos requisitos que, relacionados con el desempeño de cargos, funciones y actividades, se hallen establecidos; así como el firmar un nuevo compromiso de servicios, en los casos que corresponda.

La calificación de las aptitudes del personal que deba ser considerado, tanto a los efectos de su ascenso como a los de su eliminación, estará a cargo de juntas de calificaciones, las que actuarán como organismos asesores en sus respectivas fuerzas armadas. Las juntas de calificaciones se integrarán y actuarán en la forma que determine la reglamentación de la ley.¹⁰⁶

Tales juntas, como ya se ha visto, son los órganos especiales colegiados de la administración militar llamados a juzgar la idoneidad del personal en condiciones de ascenso a los efectos de atribuirle un orden de mérito. Representa de tal forma, una expresión de la discrecionalidad técnica que caracteriza a la administración militar, pero comportando un avance respecto del sistema que delega la calificación del personal a la sola instancia del superior jerárquico de evaluado.¹⁰⁷

Las primeras de su tipo, en el derecho comparado, se constituyeron para evaluar a oficial, resultando luego de modo progresivo alcanzadas por el sistema las restantes categorías de personal militar. Puede ser permanente o convocarse cuando resulta necesario evaluar personal en condiciones de ascenso. El sistema argentino se ha decidido por este último, asignándoles carácter no permanente.¹⁰⁸

Los grados máximos que el personal de las fuerzas armadas podrá alcanzar por ascensos, según se reglamente, serán los siguientes¹⁰⁹:

1º) el personal de oficiales con funciones de comando en sus respectivas fuerzas armadas: teniente general, almirante o brigadier general. Y el con funciones profesionales en sus respectivas fuerzas armadas: general (de los distintos servicios), contralamirante o brigadier.

2º) personal de suboficiales con funciones de comando: suboficial mayor, y el con funciones profesionales: el que para cada agrupamiento determine la reglamentación de esta ley.

Los grados indicados previamente significan los máximos generales de acuerdo con sus funciones específicas y origen de reclutamiento y no implican que sean ellos para todos los cuerpos, armas y/o escalafones, de acuerdo con los agrupamientos de personal que se reglamenten en cumplimiento de lo prescripto en virtud del principio de especialidad¹¹⁰ establecido en la ley 19.101, se determinará para cada uno de ellos su grado máximo.¹¹¹

¹⁰⁶ Art. 47, ley 19.101.

¹⁰⁷ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XIV: l'Avanzamento e la Promozione [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_14.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004];

¹⁰⁸ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XIV: l'Avanzamento e la Promozione [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_14.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004];

¹⁰⁹ Art. 48, ley 19.101.

¹¹⁰ Art. 16, ley 19.101. Ver el apartado respectivo, dentro del presente Capítulo.

¹¹¹ Art. 48 inc. 3º, ley 19.101.

El ascenso de personal militar del cuadro permanente de las fuerzas armadas, en tiempo de paz, se concederá en todos los casos por antigüedad y/o por selección, según lo determine la reglamentación de esta ley.¹¹²

Desde subteniente, guardiamarina y alférez y desde voluntario 2do y marinero 2do, dentro de sus respectivos agrupamientos y hasta los grados máximos que para cada uno de ellos determine la reglamentación de esta ley.¹¹³

A teniente general, almirante y brigadier general, ascenderán únicamente los generales de división, vicealmirantes y brigadieres mayores que sean nombrados para ocupar los cargos de Jefe de estado mayor de su respectiva fuerza armada o del estado mayor conjunto.¹¹⁴

Asimismo, la ley determina la posibilidad de ascender, respecto del personal de suboficiales, a un grado en la categoría de oficial, cuando fuese tomado como fuente complementaria de reclutamiento¹¹⁵, en la forma y al grado que lo determine la reglamentación de esta ley.¹¹⁶

Por su parte, el ascenso del personal de la reserva incorporada, en tiempo de paz, se regirá por las normas establecidas para el cuadro permanente en esta ley y su reglamentación, en cuanto sean aplicables. Para poder ascender es indispensable haber estado incorporado tantos periodos anuales de instrucción completos en cada grado, como tiempo mínimo se establece para el ascenso del personal del cuadro permanente para el mismo grado y agrupamiento, y satisfacer las demás exigencias que determine la reglamentación de esta ley.¹¹⁷

El ascenso del personal, en tiempo de guerra y durante la movilización para la misma de acuerdo con las disposiciones especiales que al efecto dicte el poder ejecutivo.¹¹⁸

La ley quita la posibilidad de ascenso al personal que se encuentre en una serie de situaciones¹¹⁹, relativas a su revista, por lo que serán analizadas en el capítulo siguiente.

Por último, la ley establece un supuesto de promoción excepcional, respecto de aquel militar que en tiempo de paz, con motivo de acontecimientos extraordinarios que revisten carácter de función de guerra, realice aislado o en ejercicio del mando, un acto heroico que le causare la muerte, podrá ser ascendido, al grado inmediato superior, aun cuando no haya cumplido en su grado el tiempo mínimo para el ascenso que determina esta ley. En todos los casos, el merito extraordinario deberá ser comprobado documentalmente en la forma que reglamente cada fuerza.¹²⁰

¹¹² Art. 49, ley 19.101.

¹¹³ Art. 49 inc. 1º, ley 19.101.

¹¹⁴ Art. 49 inc. 2º, ley 19.101.

¹¹⁵ Artículo 27, ley 19.101: El personal superior del cuadro permanente de las fuerzas armadas, se reclutara: 1º) el destinado a desempeñar funciones de comando: en las escuelas o institutos militares especialmente destinados a tal fin en cada fuerza armada. 2º) el destinado a desempeñar funciones profesionales: mediante los cursos o concursos de admisión que a tal fin se realicen en cada fuerza armada. 3º) como fuente complementaria de las señaladas en los incisos 1º) y 2º) de este artículo: mediante el ascenso a oficial del personal de suboficiales que satisfaga las exigencias que determine la reglamentación de esta ley.

¹¹⁶ Art. 49 inc. 3º, ley 19.101.

¹¹⁷ Art. 50, ley 19.101.

¹¹⁸ Art. 51, ley 19.101.

¹¹⁹ Art. 52, ley 19.101.

¹²⁰ Art. 52 bis, ley 19.101.

10. Movilidad territorial

En el derecho comparado se ha calificado a la transferencia de destino del personal militar o civil del Estado como una modificación de la relación o régimen de servicio.¹²¹

Tal modificación comporta un complejo de diversas situaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, que se involucran en esta fase dinámica de la relación. En esta forma, la transferencia determina para el personal alcanzado, al operarse el mismo, el cese de todas las obligaciones y derechos relativos al cargo o destino que se deja, y la atribución de las nuevas relativas al destino que se pasa a ocupar. Aunque en no pocos casos, el cambio puede operarse únicamente respecto del tipo de tarea a desempeñar o el lugar donde debe llevarla a cabo.

Constituye un momento de acentuada dinamicidad del régimen de servicio, particular a la actividad militar, esencialmente móvil. Dicho carácter explica que la mayoría de los efectos jurídicos que comporta, operen de forma instantánea y sin necesidad de reconocimiento o declaración alguna.¹²²

A la orden de cambio de destino no puede serle opuesta ninguna acción en materia contencioso administrativa. No siendo por tanto, judicialmente controlable.

Ya que la diferencia de las otras relaciones de trabajo públicas, la que comprende al personal militar, en virtud de los términos de en que queda configurado su estado, determina la carencia de todo derecho a cumplir funciones en determinado sitio. De ello se sigue que su transferencia o cambio de lugar de prestación de servicios, es una potestad discrecional de la institución militar, sin más límite, que allí se le otorgue un cargo o función acorde a su jerarquía.

Es por ello que tal acto, involucra una serie de relaciones interorgánicas relacionadas principalmente a las necesidades del servicio, en primer término, y al desarrollo de la carrera del personal, en segundo lugar.

Las leyes y reglamentos militares consagran asimismo una serie de criterios y limitaciones a fin de, por una parte, contemplar determinadas situaciones que resultan atendibles (unidad del grupo familiar, cuando ambos cónyuges son personal militar, etc), y por la otra lograr que una utilización racional del instrumento de la movilidad, en vistas a lograr la mayor eficiencia global de la institución militar.¹²³

¹²¹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XII: Il Trasferimenti [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_12.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004], con cita a G. LANDI - G. POTENZA (1967), Manuale di diritto amministrativo, 448, 475 e 482. E. MORONE (1968), "Impiego pubblico", 278; A. MANTERO (1989), "Impiego pubblico", 1; A. MANTERO (1994), "Trasferimento del lavoratore (impiego pubblico)", 1; L. RAINALDI (1995), "Impiego pubblico", 171; R. JUSO (1999), "Ufficiale", 407. Inoltre: G. VIGNOCCHI - G. GHETTI (1991), Corso di diritto pubblico, 602.

¹²² Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XII: Il Trasferimenti [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_12.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹²³ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XII: Il Trasferimenti [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_12.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

En este sentido encontramos en el derecho castrense español, la siguiente normativa: *“Los destinos, que podrán ser cubiertos con carácter voluntario o forzoso, se proveerán por antigüedad, mérito o elección, con estricto cumplimiento de la legislación vigente y ajustándose a criterios en que prevalezca el interés del servicio, la justicia y la equidad. Contra la designación para un destino, el que se sienta perjudicado podrá interponer recurso en la forma y condiciones legalmente establecidas”*.¹²⁴

11. Situaciones de revista

También denominada como situaciones administrativas, en el derecho español. Entendiéndosela como las diversas modalidades, establecidas por ley, en que puede hallarse la relación orgánica, en virtud de la cual el militar ocupa un puesto determinado en su cuerpo, escala y destino.¹²⁵

De nuestra parte, las entendemos como las distintas formas en que puede hallarse en personal militar, con relación a su obligación de prestar servicios dentro de la institución castrense, deber natural a su estado.¹²⁶

La situación de revista del personal militar está sometida a las leyes y reglamentos que los rigen y, dentro de éstos, al ejercicio razonable de las facultades discrecionales de la autoridad militar. Por su naturaleza, dicho ejercicio no es susceptible en principio, de ser revisado judicialmente, principio sujeto a la inexistencia de arbitrariedad o irrazonabilidad, ya que es precisamente la razonabilidad de los actos de aplicación lo que les confiere validez, permitiendo a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.¹²⁷

El ordenamiento castrense, como nos expresa Alli Turillas, cuenta con diversas particularidades en sus situaciones administrativas, derivadas de las especiales características de la vida castrense.¹²⁸ Resultando ellas, en nuestro derecho militar:

a) **Situación de servicio efectivo**¹²⁹: es la que caracteriza a todo agente militar que se desempeña en el cargo que corresponda al grado o rango. Ocupando el destino que le ha

¹²⁴ Art. 216, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

¹²⁵ Alli Turillas, Juan-Cruz, La profesión militar, colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2000, pág.305. Con cita a Fariña Busto, Sobre las situaciones militares, en REDEM 39 (enero-junio 1982), pág. 110.

¹²⁶ Art. 7º inc. 4º, ley 19.101.

¹²⁷ CNCont. Adm. Fed., Sala III, 15/09/1988, ED, 130- 519.

¹²⁸ Alli Turillas, Juan-Cruz, La profesión militar, colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 305.

¹²⁹ Se da tal supuesto de acuerdo a la legislación militar cuando se halla, en el caso del personal del cuadro permanente que se encuentre: a) prestando servicios en las fuerzas armadas u otras organizaciones militares, o bien cumpliendo funciones o comisiones propias del servicio militar; b) con licencia por enfermedad causada por actos de servicios, hasta dos años; c) con licencia por enfermedad no causada por actos del servicio, hasta dos meses; d) con licencia extraordinaria hasta seis meses, concedidas por los respectivos comandos en jefe, esta licencia se concederá siempre que el causante haya cumplido veinte años simples de servicios, y por una sola vez en la carrera; e) con licencia por maternidad, hasta 90 días. en caso de nacimientos múltiples, esta licencia se ampliara a un total de 110 días; f) en caso de parto distócico, o complicaciones que sobrevengan en relación directa con el mismo, el excepto sobre los lapsos determinado en el apartado e) precedente, se considerara comprendido en el apartado c) de este inciso; g) el personal superior con licencia por asuntos personales, hasta 2 meses (art. 38, inc. 1º, ley 19.101). el personal de alumnos de las fuerzas armadas se

sido designado en unidades, organismos dentro de la institución castrense o fuera de ella, en puestos que deben ser desempeñados por personal militar. En esta situación tiene plena vigencia todo cuanto estatuye el estado militar en materia de obligaciones, incompatibilidades, derechos, deberes. Dentro de ella se encuentran los períodos de licencias ordinarias, permisos, comisiones, así como también los supuestos de licencias extraordinarias o por enfermedad que la ley especialmente contempla.

b) Situación de disponibilidad¹³⁰: en su acepción más estricta, es la que afecta al agente militar que carece de destino y continúa a disposición de su fuerza, o más genéricamente del Poder Ejecutivo. Se trata de un caso de excepción, en que la organización militar hace uso de una facultad, especial y transitoria, de colocarlo fuera de los cargos propios de su plantilla. Lo que supone la suspensión parcial de su estado militar, tanto en relación a su derecho a ocupar un cargo conforme a su grado¹³¹, como de su deber de cumplir funciones militares¹³², manteniéndose el imperio de todas las otras obligaciones impuestas por el estado militar y de todos aquellos derechos que no se vinculen al destino o al ejercicio del cargo en su categoría.

La disponibilidad se hace efectiva desde la fecha de notificación del acto respectivo y no puede extenderse por a más de un año; y si al término de este plazo no se ha producido la reincorporación del agente al servicio activo, pasa a revistar en pasiva.

Es de destacar que nuestro ordenamiento militar, encuadra en la presente situación, también a los supuestos en que la institución castrense se ve privada de la posibilidad de otorgar servicios efectivos a determinadas personas, por hallarse prisionero de guerra o desaparecido. O en uso de licencias por enfermedad, maternidad o extraordinarias por asuntos personal, cuando superan un determinado lapso temporal en tal condición, cada una de ellas.

hallara siempre en situación de actividad, servicio efectivo.(art. 42, ley 19.101) el personal de la reserva incorporada solamente podrá encontrarse en servicio efectivo en los casos previstos por el artículo 38, inciso 1º), apartados a), b) o c). (art. 43, nc. 1º, ley 19.101).

¹³⁰ Se da tal supuesto de acuerdo a la legislación militar cuando se halla, en el caso del personal del cuadro permanente que se encuentre: a) en espera de designación para funciones del servicio efectivo. en esta situación el personal no podrá ser mantenido por un tiempo mayor de un 1 año, cumplido el cual, la superioridad deberá asignarle destino o someterlo a las respectivas juntas de calificaciones. de ser considerado en aptitud para el servicio, deberá asignársele destino; b) el personal superior del cuadro permanente que fuere designado por el poder ejecutivo para desempeñar funciones o cargos no vinculados a las necesidades de los comandos en jefe de las fuerzas armadas y no previstos en las leyes nacionales o sus reglamentaciones correspondientes, y que impongan su alejamiento del servicio efectivo, desde el momento en que tal designación exceda los dos meses, hasta completar seis meses como máximo; c) con licencia por enfermedad no causada por actos del servicio, o por maternidad en los casos del apartado f) del inciso 1º) de este artículo, desde el momento en que exceda los dos meses previstos en el apartado c) del inciso 1º) de este artículo, hasta completar con estas seis meses como máximo; d) el personal superior con licencia por asuntos personales, desde el momento que exceda dos meses hasta completar seis meses como máximo. esta licencia no podrá ser concedida en el mismo grado juntamente con la prevista en el apartado d) del inciso 1º) de este artículo (art. 38, inc. 2º, ley 19.101); e) en condición de prisionero de guerra, y el considerado como desaparecido, hasta tanto se aclare su situación legal. el personal de la reserva incorporada solamente podrá encontrarse en disponibilidad en el caso previsto por el artículo 38, inciso 2º), apartado e). (art. 38 inc. 2º, ley 19.101). El personal de alumnos no puede encontrare en ningún caso en situación de disponibilidad (art. 42, ley 19.101 a contrario sensu).

¹³¹ Art. 8º, inc. 2º, ley 19.101.

¹³² Art. 7º inc. 4º, ley 19.101.

Tratase de formas impropias de disponibilidad, heterogéneas en sus causas, habiendo sido equiparadas por la voluntad del legislador en atención de diversas circunstancias, desde que tal personal no se halla disponible en lo absoluto, respecto de la administración militar. Tienen en común con la disponibilidad en sentido propio, que tratase de circunstancias que escapan a la voluntad del sujeto encuadrado, con la salvedad de algunos supuestos de designación de cargos que sean de aceptación voluntaria.

c) **Situación pasiva**¹³³: constituye un caso especial de imposibilidad para poder la institución militar asignarle cargo o funciones a determinado personal. Puede llegarse a ello por dos vías: por conversión de una situación de disponibilidad impropia disponibilidad, o por habersele impuesto sanciones de tipo penal o incurrir en acciones deshonorosas.

Con más en común con las disponibilidades impropias que las situaciones pasivas, se ha incluido en esta última categoría, el caso especial, fundado en razones de preservación del núcleo familiar, del personal femenino que decide seguir a su cónyuge a un sitio en el que no resulta posible asignarle funciones militares, por carecerse allí de unidades, organismos o cargos castrenses.

El paso a situación pasiva por estar procesado, supone una medida a fin tanto de resguardar a la institución en su imagen pública y prestigio, como de posibilitar un desenvolvimiento imparcial y sin los perjuicios que la disponibilidad para el servicio puede acarrear a la función jurisdiccional.¹³⁴

Y bien resulta obvio que tal procedimiento puede chocar con los intereses de la persona, en especial con el cumplimentar determinadas actividades propias de la carrera

¹³³ Se da tal supuesto de acuerdo a la legislación militar cuando se halla, en el caso del personal del cuadro permanente que se encuentre : a) el personal superior desempeñando, por designación del poder ejecutivo, funciones o cargos no vinculados a las necesidades de las respectivas fuerzas armadas, y no previstos en las leyes nacionales o sus reglamentaciones correspondientes, y que impongan su alejamiento del servicio efectivo, desde el momento que exceda los seis meses previstos en el apartado b) del inciso 2º) de este artículo, hasta completar dos años como máximo; b) con licencia por enfermedad no causada por actos del servicio o por maternidad en el caso del apartado f) del inciso 1º) de este artículo, desde el momento en que exceda los seis meses previstos en el apartado c) del inciso 2º) de este artículo, hasta completar con estos dos años como máximo; c) el personal superior con licencia por asuntos personales, desde el momento que exceda los seis meses previstos en el apartado d) del inciso 2º) de este artículo, hasta completar con estos dos años como máximo; d) castigado con suspensión de empleo durante el tiempo de la sanción, o en prisión preventiva, o condenado a pena de delito que no lleve como accesoria la baja o destitución; e) el personal superior del cuadro permanente que determine el poder ejecutivo, por razones que surjan de sanciones de los tribunales de honor, mientras se tramite su pase a situación de retiro; f) con licencia especial, hasta tres años en los casos del personal militar femenino de estado civil casado, cuando por razones de la actividad profesional o laboral del esposo debe trasladarse a lugares del país o del exterior donde no exista posibilidad de que se le asigne un destino militar. Esta licencia se otorgara según lo establezca la reglamentación de esta ley y sujeta a lo siguiente: 1. no podrá ser acumulada a las licencias extraordinarias o por asuntos personales, debiendo transcurrir como mínimo un plazo de cinco años para el otorgamiento de la licencia establecida en este apartado si se hubiera hecho uso de alguna de estas. 2. Serra concedida una sola vez en el transcurso de la carrera y no tendrá derecho a ella el personal que reviste "en comisión" (art. 38 inc. 1º, ley 19.101). el personal de la reserva incorporada solamente podrá encontrarse en pasiva: en el caso previsto por el artículo 38, inciso 3º), apartado d). (art. 43, inc. 3º, ley 19.101). El personal de alumnos no puede encontrarse en ningún caso en situación de disponibilidad (art. 42, ley 19.101 a contrario sensu).

¹³⁴ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XV: La Sospensione del Rapporto di Impiego [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_15.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

militar y que tienen un límite temporal, o verse retrazado en su progresión de carrera respecto de su promoción, entre otras posibilidades, es indudable que priman los intereses de la institución militar y del Estado en pos de asegurar del modo más claro la dilucidación judicial o administrativa de la cuestión. Pero ello no puede llevar a dejar totalmente de lado el perjuicio que puede acarrear a la persona, contemplando la normativa una serie de excepciones a fin de remediar el tiempo transcurrido en dicha situación.¹³⁵

En estos supuestos, el estado militar, si bien subsiste como en la disponibilidad, en orden a las obligaciones del agente, que no se refieran al ejercicio específico de las funciones, se afecta en su derecho, no sólo respecto de tal cuestión, sino también en lo concerniente a su derecho al haber. Asimismo, la personal se ve afectada en relación a aspectos de su relación de servicio, como la posibilidad de ascenso, en tanto en la disponibilidad, salvo supuesto de resultar voluntaria y por motivos personales, carece de tal efecto.

En relación al cómputo del tiempo de las distintas situaciones de revista, el pasado en servicio efectivo será considerado siempre a los fines del ascenso y del retiro.¹³⁶ Igual temperamento se adopta respecto de quien se halle en situación de disponibilidad, por causa de estar en espera de designación para funciones del servicio efectivo, fuere designado por el poder ejecutivo para desempeñar funciones o cargos no vinculados a las necesidades de los comandos en jefe de las fuerzas armadas, con licencia por enfermedad no causada por actos del servicio, o por maternidad, así como, el que se en condición de prisionero de guerra, y el considerado como desaparecido.

En cambio, no se considerará el tiempo pasado en pasiva para el ascenso ni para el retiro, salvo en el caso del personal que haya revistado en pasiva por estar procesado, y fuere absuelto o sobreseído en la causa que motivara su procesamiento.¹³⁷

Con respecto al ascenso, no podrá ascender el personal que se encuentre en servicio efectivo pero con licencia por enfermedad (fuera causada o no por acto de servicio) o supuestos de licencia extraordinaria. en los casos de enfermedad, cuando acredite poseer la aptitud física que determine la reglamentación de esta ley, podrá ser ascendido con la fecha que le hubiere correspondido hacerlo de no estar en aquella situación. en el caso de no existir vacante el causante ascenderá como excedente, pero siempre manteniendo dentro de su agrupamiento la antigüedad que le corresponda.¹³⁸

En los supuestos de disponibilidad no podrá ascender el prisionero de guerra o el desaparecido¹³⁹, en tanto mantenga dicha condición.

Igual imposibilidad de promoción respecto al grado, se presenta respecto de los que se hallen comprendidos en supuestos de situación pasiva, con la salvedad que quien se encontrara en dicha situación por estar procesado al resolverse su causa por absolución, sobreseimiento o sanción disciplinaria, que a juicio del poder ejecutivo no constituya motivo de postergación, podrá ser ascendido con la fecha que le hubiera correspondido

¹³⁵ Art. 52 inc. 3º, ley 19.101: "...quien se encontrara en pasiva por estar procesado al resolverse su causa por absolución, sobreseimiento o sanción disciplinaria, que a juicio del poder ejecutivo no constituya motivo de postergación, podrá ser ascendido con la fecha que le hubiera correspondido hacerlo de no haber estado procesado. En el caso de no existir vacante el causante ascenderá como excedente, pero siempre manteniendo dentro de su agrupamiento la antigüedad que le corresponda".

¹³⁶ Art. 39, ley 19.101.

¹³⁷ Art. 41, ley 19.101.

¹³⁸ Art. 52, inc. 1º, ley 19.101.

¹³⁹ Art. 52, inc. 2º, ley 19.101.

hacerlo de no haber estado procesado. En el caso de no existir vacante el causante ascenderá como excedente, pero siempre manteniendo dentro de su agrupamiento la antigüedad que le corresponda.¹⁴⁰

Otro efecto que se relaciona a las condiciones de revista, es lo referente a la percepción del haber, en determinados casos.

El personal que se halla en actividad y en servicio efectivo, percibirá en concepto de haber mensual, la totalidad de los haberes previstos por ley que para cada caso particular corresponda y según las exigencias y condiciones que determine la reglamentación de la ley para el personal militar.¹⁴¹

El personal en situación de disponibilidad percibirá la totalidad del haber previsto por ley, que para caso particular corresponda¹⁴², a excepción del que se halle en dicha situación por causal de licencia por asuntos personales¹⁴³, quien percibirá el 75% del haber mensual¹⁴⁴, que para cada caso particular corresponda.

En el caso del personal en situación pasiva, percibirá el haber previsto por ley, salvo en los casos de castigados con suspensión de empleo durante el tiempo de la sanción, o en prisión preventiva, o condenado a pena de delito que no lleve como accesorio la baja o destitución¹⁴⁵, que recibirán lo que determine el Código de Justicia militar en cada caso.

El personal con licencia por razones personales en pasiva percibirá únicamente el 50% de su haber mensual.

Por su parte, el personal femenino con la licencia especial por razones de actividad laboral del esposo¹⁴⁶, no percibirá haber alguno.

En los casos de personal militar en actividad y servicio efectivo¹⁴⁷, que se desempeñase en los cargos de ministro, secretario o subsecretario, con funciones o cargos no vinculados a las necesidades de las respectivas fuerzas armadas, pero que las leyes nacionales o sus reglamentaciones prevean debe desempeñar personal militar, así como el personal superior del cuadro permanente en disponibilidad o pasiva por haber sido designado por el poder ejecutivo para desempeñar funciones o cargos no vinculados a las necesidades militares y no previstos en las leyes nacionales o sus reglamentaciones correspondientes para ser ocupados por militares, percibirán el haber mensual que para su grado y demás condiciones le corresponda, a lo que se sumará el complemento necesario para alcanzar los emolumentos asignados por la ley de presupuesto al cargo que desempeñe, reintegrándose al fisco la cantidad restante. La aplicación de estas prescripciones, en ningún caso privará al personal citado anteriormente, de la percepción del total de los emolumentos que se liquiden en concepto de gastos de representación, que para su cargo corresponda.¹⁴⁸

¹⁴⁰ Art. 52, ley 19.101.

¹⁴¹ Art. 53 y 59 inc. 1º), ley 19.101.

¹⁴² Art. 59 inc. 2º) apartados a) y b), ley 19.101.

¹⁴³ Art. 38 inc. 2º) apartado d), ley 19.101.

¹⁴⁴ Definido por artículo 53 de la ley 19.101.

¹⁴⁵ Art. 38 inc. 3º) apartado d), ley 19.101.

¹⁴⁶ Art. 38 inc. 3º) apartado f), ley 19.101.

¹⁴⁷ Art. 38 inc. 1º) apartado a), ley 19.101.

¹⁴⁸ Art. 60, ley 19.101.

12. Las Jurisdicciones castrenses

En cuanto al contenido esencial del estado militar, recordemos que la ley 19.101 comienza por la enunciación de los deberes que entraña, dado el componente predominantemente obligacional del instituto¹⁴⁹, estableciendo como primero de ellos : "*La sujeción a la jurisdicción militar y disciplinaria y además, para el personal superior, a la jurisdicción de los tribunales de honor*"¹⁵⁰.

No resulta antojadizo dicho orden de enunciación, respondiendo al hecho histórico la sujeción de los militares a la normativa castrense disciplinaria y a las normas penales militares, fue la primera y principal situación, alrededor del cual se estructuró la condición jurídica de los militares. Al punto de confundirse en ocasiones, por vía del denominado fuero militar o de guerra¹⁵¹, no sólo con la propia condición jurídica del militar, sino también con el derecho militar mismo.¹⁵²

Cabe destacar que en sentido amplio, la Jurisdicción Militar toda aquella actividad o función que despliega el Estado para satisfacer los intereses tutelados por el derecho cuando la norma jurídica, este caso la de carácter militar, ha sido violada.¹⁵³

En la base común a todos los militares, como característica típica de su estado militar, encontramos la sujeción de éstos a la normativa militar disciplinaria y a las normas penales militares.¹⁵⁴ Es por ello que la ley 19.101 la impone como el primero de sus deberes esenciales.

La jurisdicción, por su mismo sentido etimológico de "dicción o declaración del Derecho", si bien parece sugerir una función de orden judicial, es lo cierto que existen diversas especies de jurisdicción castrense. Y si bien resulta verdad que, en un sentido habitual, por jurisdicción militar se entiende normalmente la jurisdicción judicial de las Fuerzas armadas, no menos cierto es que por fuera de ella hay una jurisdicción militar gubernativa, que se ejercita en favor del mantenimiento de la disciplina mediante la imposición de correctivos o adopción de medidas propias de la actividad del Mando.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Ver lo expresado al respecto en el Capítulo V del presente, en la parte referida a los caracteres que presenta el estado militar.

¹⁵⁰ Art. 7º, inc. 1º de la ley 19.101.

¹⁵¹ Ver lo expuesto en el Capítulo IV respecto de dicha figura en la evolución del derecho militar y en el Capítulo V en los antecedentes del estado militar.

¹⁵² "... la realidad interdisciplinaria del Derecho militar, que excede de lo penal y lo orgánico-procesal. El Derecho penal militar y, en definitiva, el «fuero de guerra», constituyen —se insiste— una importante parcela, pero no la única del Derecho militar, «todo un sistema normativo que abarca infinidad de cuestiones y que no se agota con las punitivas»". Antonio Millán Garrido, en su prólogo a Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.ª edición, revisada y aumentada, con prólogo de, Editorial Porrúa, México DF, 1998.

¹⁵³ González Ramírez, Jorge; Fernández, Luis; "*Manual de Legislación Militar*"; Depalma Ediciones, Buenos Aires; 1986.

¹⁵⁴ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VII: Il Grado [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_7.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁵⁵ De Querol y Duran, Fernando, Principios de derecho militar español (con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945). Tomo I: Preliminares y derecho orgánico judicial militar, Editorial naval, Madrid, 1948, págs. 18/28.

Es por ello que en cuanto al análisis de la norma, primeramente debemos diferenciar entre la *Jurisdicción Disciplinaria Militar*, que es propia y privativa del Presidente de la Nación en su carácter de Comandante en Jefe de la Fuerzas Armadas (art. 99, inc. 12 de la Constitución Nacional) de la *Jurisdicción Penal Militar* que es una *jurisdicción especial* que se encuentra a cargo de los tribunales militares y emana de la facultad del Congreso Nacional de dictar normas para la organización y gobierno de las Fuerzas Armadas (art. 75, inc. 27 de la CN). Tratándose por tanto esta última, de una jurisdicción creada por ley para establecer la constitución, organización, competencia y procedimiento de los tribunales militares.¹⁵⁶

No obsta a su diferenciación, la circunstancia que no pocas infracciones militares, prima facie resultan indeterminadas en nuestra legislación, toda vez que tienen sanciones alternativas de delito y falta¹⁵⁷. Tal sistema presenta la ventaja de posibilitar la graduación de la sanción a las modalidades del acto y a la persona y la desventaja de la indeterminación, si bien dejando una puerta comunicante para dos categorías de diferencias tan marcadas como las antes dichas.¹⁵⁸

Por su parte, la jurisdicción de honor deriva de las severas obligaciones morales que las instituciones castrenses imponen a sus miembros, y que emanan de la propia naturaleza del estado militar.¹⁵⁹

Sus orígenes pueden rastrearse a la “Re Militari”, contenida en las Constituciones del Emperador Romano Anastasio y en la Ley 9 del Digesto. Las primeras Leyes Militares en España contuvieron el Fuero Español “privilegiado para juzgar a los miembros del Ejército”, y desde entonces se sucedieron Ordenanzas o Cédulas referentes a esta materia, como hemos visto en el capítulo precedente en la evolución del derecho militar.

¹⁵⁶ En este sentido: BIDART CAMPOS, Germán; “Manual de la Constitución Reformada”; Tomo III; Ediar Ediciones; Buenos Aires; 1998; pág. 309; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; “Manual de la Constitución Argentina”; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1999; pág. 135-7; RAMAYO, Raúl; “La jurisdicción o justicia militar y el principio de la división de poderes”; LL, 122, 1183, Sec. Doctrina, pág. 1185; Locane, Laura G.: *Naturaleza jurídica de los tribunales militares*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004, pág. 21/2.

¹⁵⁷ Cabe puntualizar aquí que el tipo de sanción es el identificador en el derecho castrense argentino de si se está en presencia de un delito o una falta disciplinaria (Conf. art. 508 y 509 CJM). Es decir que en el *Derecho Militar* nos encontramos con *Infracciones Militares*, es decir, la violación a los deberes militares que la ley o los reglamentos reprimen con penas o sanciones disciplinarias.

Estas *Infracciones* se clasifican en *Delitos Militares* y *Faltas Disciplinarias*.

Los *Delitos Militares* son violaciones a los deberes militares que tengan pena señalada en el Código de Justicia Militar y demás leyes militares, que no se encuentre comprendida entre las faltas de disciplina; y, además, todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares dicten en tiempo de guerra (art. 508 del Código de Justicia Militar). Sus penas se encuentran enumeradas en el art. 528 del CJM (muerte, reclusión, prisión mayor, prisión menor y degradación). La *Faltas Disciplinarias* constituyen toda violación de los deberes militares, que la ley o los reglamentos reprimen con alguna de las sanciones enumeradas en el art. 549 del CJM (destitución, suspensión de empleo, arresto, suspensión de mando, apercibimiento, confinamiento, exclusión del servicio, remoción de clase, suspensión de suboficiales y clases, recargo de servicio, calabozo y fajas) (art. 509 CJM).

¹⁵⁸ Zaffaroni, Eugenio, y Cavallero, Juan, *Derecho penal militar*. Lineamiento de la parte general, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, pág. 17/8, siguiendo el criterio de Carlos Colombo.

¹⁵⁹ Corino, Carlos, y Andreasen Knud, *El Honor: ¿Cosa del pasado? Acerca de la ética, el honor y el honor militar*, Doctrina N° 18, Centro Aeronáutico de Estudios Estratégicos, Buenos Aires, 1999, pág. 3.

Hecha una diferenciación primaria de ellas, pasaremos a continuación a analizar en particular a cada una.

12.1. Justicia militar

Como expresa Navas Córdoba, la Justicia Militar siempre ha sido un campo de difícil consenso, objeto de controvertidas opiniones, en el que el científico-investigador no ha mostrado un criterio unánime en cuanto a su existencia, carácter, estructura orgánica y, sobre todo, en la extensión de la misma. Y si bien los clásicos como Querol y Durán consideraban que la Justicia castrense era, en el fondo y por su naturaleza, idéntica a la común, la actual doctrina mayoritariamente la califica como especializada.¹⁶⁰

Cabe destacar que hablar de un derecho penal especial, no significa referirse a un “jus singulare” en sentido romano, es decir en beneficio de determinadas personas, pues el derecho militar no sustrae a los militares del derecho penal común por ser militar, sino por violar deberes militares, en tanto que los militares que incurren en delitos comunes que no afectan la defensa nacional, no sólo quedan fuera del derecho penal militar, sino incluso fuera del derecho penal de jurisdicción militar, cayendo bajo el imperio del derecho penal común y aplicable por los tribunales civiles. Tratase de especial pues se aplica a un círculo determinado de personas, atento a las particulares condiciones jurídicas en que ellas se encuentran¹⁶¹ (estado militar).

La “*Jurisdicción Penal Militar*”, en lo que hace al derecho argentino, es una *jurisdicción especial* que se encuentra a cargo de los tribunales militares y emana de la facultad del Congreso Nacional de dictar normas para la organización y gobierno de las Fuerzas Armadas (art. 75, inc. 27 de la CN). Se trata de una jurisdicción creada por ley para establecer la constitución, organización, competencia y procedimiento de los tribunales militares.

Tratase de la “*Jurisdicción Militar*”, entendida en sentido estricto, será ejercida por los tribunales y autoridades militares que el Código de Justicia Militar determine, existiendo diferencias en cuanto a su extensión en tiempo de paz y en tiempo de guerra.¹⁶²

A más de especializada, resulta entre nosotros complementaria¹⁶³ a la penal común.¹⁶⁴, resultando un ordenamiento de tipo especial no riguroso, por lo que se le aplica las normas del derecho penal común, en todo cuanto no se halle establecido en contrario, ni contradiga los principios de su especialidad.

La abolición y la prohibición constitucional de los fueros personales¹⁶⁵ no arrasan la posible subsistencia de la jurisdicción militar como fuero real, es decir “de materia”, o “de

¹⁶⁰ Navas Córdoba, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997, pág. 27.

¹⁶¹ Zaffaroni, Eugenio, y Cavallero, Juan, Derecho penal militar. Lineamiento de la parte general, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, pág. 66/7.

¹⁶² En la actualidad el tiempo de guerra, debe entenderse dicha expresión, en razón de la evolución experimentada en el derecho internacional, como sinónimo de todo conflicto armado en que se hallen participando fuerzas militares argentinas, y aun cuando éstas no revistan la calidad de beligerantes (v.g. Misiones de paz de la Organización de las Naciones Unidas). En este sentido ha sido declarado por la Corte Suprema (Fallos 316:2531) en el caso “Flores Hugo A. s/ infr. art. 84 del Código Penal” del 16/11/1993.

¹⁶³ Ver al alcance de este concepto en el derecho militar, en lo expuesto en el Capítulo IV.

¹⁶⁴ Voz “derecho penal militar”, Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe s.a., Madrid, 1998, pág. 325/6.

¹⁶⁵ Art. 16, Constitución Nacional.

causa" (que no ha sido suprimido), cuyo fundamento radica en la naturaleza de los actos (y no de sus autores) que sirven de base a los procesos ante la justicia militar.

Tal abolición viene a significar que ningún militar goza, por razón de "su estado", de un privilegio de carácter personal¹⁶⁶, de ser juzgado por cualquier causa ante un tribunal determinado, fuera de los comunes. Pero tal supresión de los fueros personales no ha arrebatado a los tribunales militares la competencia para conocer y juzgar infracciones a las leyes que rigen a las fuerzas armadas, como fuero especializado.

La jurisdicción militar, en cuanto materia penal, —fuero castrense, conforme a la denominación de la escuela mexicana— constituye no sólo un componente esencial del orden jurídico-político establecido en la Ley fundamental, sino un elemento cuyo mantenimiento se estima indispensable para asegurar el buen funcionamiento de las fuerzas armadas y, en definitiva, los propios mandatos constitucionales.¹⁶⁷

Bishop¹⁶⁸ ha resumido las razones fundamentales que determinan la existencia de un sistema especializado¹⁶⁹ de justicia militar:

1º) La necesidad de contar con un dispositivo rápido y sumario para el mantenimiento de la disciplina.

2º) El hecho que el dictar una sentencia por los delitos militares puede exigir los servicios de expertos y especialistas militares, por su especialidad.

3º) La circunstancia que las Fuerzas Armadas puedan hallarse estacionadas en el exterior, fuera de la jurisdicción de los tribunales del país.

En este sentido, también se ha expresado que la especial naturaleza del ilícito militar *"comprende generalmente un tipo de juridicidad y culpabilidad compleja, en las que el hecho no es susceptible de juicio ajeno a los profesionales de armas"*¹⁷⁰

Respecto del alcance la jurisdicción militar, hay dos posturas principales: una primera que la extiende a todos los hechos que sean infracciones a la ley militar que rige a las fuerzas armadas, independientemente que se hallen también contemplados en el ordenamiento común, bajo la noción del "acto de servicio", o la más restrictiva que entiende que procede únicamente respecto de los hechos que real y estrictamente dañan a la organización castrense, es decir los esencialmente militares, límite que no se guarda cuando se califican como infracciones militares a delitos comunes que, aunque puedan ser conexos con el servicio castrense, pertenecen al campo general del derecho penal común.

En el derecho extranjero, las legislaciones militares del Reino Unido, así como la de Alemania, Francia y Bélgica, tipifica los delitos militares como delitos especiales en tanto que sus sujetos activos únicamente son los miembros de las Fuerzas Armadas.¹⁷¹

¹⁶⁶ Recordemos que el estado militar, si bien sólo se aplica respecto de personas humanas, es de naturaleza funcional. Ver al respecto lo expuesto en el Capítulo V, en los apartados referentes a naturaleza, caracteres y pérdida.

¹⁶⁷ Bermúdez Flores, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.ª edición, revisada y aumentada, con prólogo de Antonio Millán Garrido, Editorial Porrúa, México DF, 1998, Capítulo VI.

¹⁶⁸ Voz "Derecho militar", en Enciclopedia internacional de las Ciencias Sociales, Madrid, 1974, cit por Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe s.a., Madrid, 1998, pág. 325/6.

¹⁶⁹ Es decir, diferenciado de otros tipos de tribunales.

¹⁷⁰ Exposición de motivos del proyecto de ley de reforma del Código de Justicia Militar argentino de 1978.

¹⁷¹ Blanco, María C., Política de defensa y fuerzas armadas del Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia que: “*Con sustento en la más calificada doctrina se puede afirmar que la naturaleza del delito militar transita por la desobediencia al superior, por el quebrantamiento del juramento a la bandera de subordinación y valor, y por la sustracción a los deberes militares prescriptos en las leyes del honor militar, entre los que prioritariamente aparecen el de fidelidad a la patria y el de sometimiento a la constitución*”.¹⁷²

La organización, jurisdicción y competencia de los tribunales militares argentinos se encuentran previstas en los arts. 1 a 139 del CJM, comprendiéndose en la "*Jurisdicción Militar*" (art. 108 CJM) en tiempo de paz, sólo a los delitos y faltas militares esencialmente militares, considerándose tales todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, prevén y sancionan las leyes militares. En tanto en tiempo de guerra cubre además de ellos, todos los relativos al servicio militar, o producidos con ocasión del mismo, pudiendo abarcar a civiles en los casos que la ley expresamente lo disponga.

Determina el art. 9 CJM que la "*Jurisdicción Militar*" en tiempo de paz es ejercida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, los Consejos de Guerra Permanentes, los Consejos de Guerra Especiales, los jueces de instrucción y demás autoridades que determinan las leyes militares. Siendo sus sentencias apelables ante la justicia federal (art. 445 bis CJM))

Por otra parte, en tiempo de guerra (art. 30 CJM), funcionarán los tribunales permanentes de tiempo de paz, en cuanto lo permitan las necesidades de la guerra, pero sujetos a un procedimiento abreviado en sus tiempos.

Respecto a la ubicación orgánica de los tribunales militares, se encuentran en la doctrina nacional tres posturas principales. La primera, más antigua y más clásica, es la que entiende que no forman parte del Poder Judicial y sí, en cambio, del Poder Ejecutivo¹⁷³. La

Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 13 de julio de 2004.

¹⁷² Juzgado 1ª Instancia Crim. Y Correc. Fed., Nro 4, 27/06/1984, ED, 109-670. Podemos al respecto citar como ejemplos la deserción, el abandono de servicio, las vías de hechos contra el superior, la insubordinación, la desobediencia, el abuso de autoridad, entre otros.

¹⁷³ Risso Domínguez, Carlos; La justicia militar; Tomo I; Ferrari Hnos. Ediciones; Buenos Aires; 1939, pág.. 38. Quien entiende que la justicia militar no tiene relación con el Poder Judicial de la Nación debido a variadas diferencias encontradas entre ellos: fuente constitucional, estructura orgánica, fines perseguidos, entre otras. Asimismo, enfatiza que no se trata de "Justicia" sino únicamente de "Disciplina", entendiendo por tanto a toda la "*Jurisdicción militar*", sin distinciones, como de carácter disciplinario. Esta es además la postura de Aristóbulo del Valle, quien indica que el capítulo de la Constitución Nacional relativo al Poder Judicial de la Nación no hace referencia a la justicia del ejército como institución militar. O de Joaquín V. González, quien sostiene que la jurisdicción militar es distinta de la que ejercen los tribunales de la Nación. También de Agustín de Vedia, que comenta que la jurisdicción militar ha sido dada sin conexión con el orden judicial, por lo tanto, los poderes militar y judicial, son absolutamente independientes uno de otro. Todos ellos citados por Risso en la obra aludida al principio de cita. También se enrola en la presente postura, Emilio Pasini Costadoat, quien señala que la justicia militar es de excepción y, como consecuencia, nada tiene que ver con el Poder Judicial, ya que su fuente constitucional es diferente. Además, los agentes de la jurisdicción militar no ejercen funciones propiamente judiciales sino administrativas (cit por Martínez Muñoz, Ildefonso; Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar; Depalma Ediciones; Buenos Aires; 1977, pág. 321). Clodomiro Zavalía dice que en nuestro país, al igual que en Estados Unidos de América, los tribunales castrenses "no ejercen parte alguna del Poder Judicial, sino solamente una porción de los poderes militares del Presidente de la Nación" (Cit por Ríscoli Román, Oscar; El fuero militar; JA, 1958 - II, 7, pág. 8.). Para José María Bustillo, los tribunales militares no tienen la independencia de los tribunales ordinarios ya que ello sería difícil para el mantenimiento de la disciplina necesaria de la institución militar, por lo tanto, ejercen una función derivada del mando militar que la Constitución Nacional otorga el Presidente de la Nación.(Cit por

segunda de ellas señala que integran el Poder Judicial¹⁷⁴. Y, por último, la tercera de estas posturas considera a dichos tribunales como órganos especiales y extrapoderes, no integrando el Poder Judicial ni tampoco el Poder Ejecutivo¹⁷⁵.

Nuestra *Corte Suprema de Justicia de la Nación* se ha pronunciado con respecto a la naturaleza jurídica de los tribunales militares y ha declarado que dichos órganos no forman parte del Poder Judicial, habiendo 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, y resultando por tanto exclusiva y excluyente con relación al Poder Judicial de la Nación.¹⁷⁶

Asimismo, en el año 1907, el *Ministerio de Guerra*¹⁷⁷ determinó que la Justicia Militar no era poder de Gobierno, sino una función del mando militar atribuido al Presidente de la Nación por la Constitución Nacional.

González Fernández, Carlos; La independencia de los tribunales militares; LL, 51 - 1160, Sec. Doctrina; pág. 1161.). Por último, González Fernández, Carlos; en La independencia de los tribunales militares; LL, 51 - 1160, Sec. Doctrina; pág. 1161, considera que dichos órganos no forman parte del Poder Judicial pero sí de la función de mando del Presidente, a cuya dirección, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, deben obedecer.

¹⁷⁴ Para Rodolfo Rivarola, "La justicia militar, como quiera que se la organice, como quiera que se la conciba en el gobierno de las Fuerzas Armadas de la Nación, es parte del Poder Judicial, como tribunal inferior de la Corte Suprema de Justicia que el Congreso establece en el territorio de la Nación, en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 75 inc. 20, y en la especialidad militar, en inc. 27." (Revista Argentina de Ciencias Políticas, Tº V, pág. 723, cit por Martínez Muñoz, Ildefonso; Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar; Depalma Ediciones; Buenos Aires; 1977, pág. 308). En igual sentido, Manuel Gonnet, Vicente Gallo y Alfredo Palacios, integrantes de la *Comisión Reformadora del Código de Justicia Militar*, sostenían que los tribunales militares "se encuentran en situación análoga a los de la Capital y Provincias, cuando proceden dentro de la esfera de su competencia." (cit por González Fernández, Carlos; La independencia de los tribunales militares; LL, 51 - 1160, Sec. Doctrina; pág. 1160).

¹⁷⁵ Bidart Campos, Germán; Manual de la Constitución Reformada; Tomo III; Ediar Ediciones; Buenos Aires; 1998; pág. 312, para quien al ser la "Jurisdicción Militar" una *jurisdicción especial*, es decir, distinta de la jurisdicción judicial común propia de los tribunales del Poder Judicial, los tribunales militares constituyen "órganos extrapoderes", lo cual significa que no integran el Poder Judicial ni tampoco el Poder Ejecutivo. Sólo se trata de tribunales de la Constitución Nacional y *jueces naturales* (aunque fuera del Poder Judicial). Incluso entiende que dichos órganos podrían funcionar constitucionalmente sin la revisión de sus sentencias ante la Cámara Federal de Apelaciones (según lo establece la ley 23.049 del año 1984) pero dejando abierta la vía para una procedencia del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El mismo autor en "Los tribunales militares y la Constitución"; Ediar Ediciones; Buenos Aires; 1985; pág. 118, señala asimismo que no contradice la interpretación de que los tribunales militares no forman parte del Poder Judicial, pero sí refuta la que los hace dependientes del Poder Ejecutivo ya que la "Jurisdicción Penal Militar" ejercida por los tribunales castrenses no proviene de la Jefatura del Presidente de la Nación ni se halla subordinada a ella. Por su parte, Sinópoli, Santiago; (La justicia militar no es justicia administrativa. La prescripción en los delitos militares; ED, 131 - 539), comparte lo expuesto por Bidart Campos en cuanto a que forman una *jurisdicción especial*, con calidad de *fuero real* y con sustento en el art. 75, inc. 27 de nuestra Carta Magna. Y agrega que el hecho de que las sentencias de los tribunales militares sean revisables por la Jurisdicción Judicial, no implica que el Fuero Militar tiene calidad de Justicia Administrativa. En tanto Ramayo, por su parte, entiende que la "Jurisdicción Penal Militar" no tiene naturaleza administrativa sino judicial y contiene características de independencia; en tanto que la "Jurisdicción Disciplinaria Militar" sí posee naturaleza administrativa. Asimismo, agrega que le corresponde al Congreso Nacional decidir el mantenimiento de una "Jurisdicción Militar" independiente del Poder Judicial o una que se integre al mismo, inclinándose dicho autor por la primera hipótesis. (Ramayo, Raúl; El Poder Judicial y la Justicia Militar; ED, 120 - 912; pág. 917 - 8.).

¹⁷⁶ "Hernández", Fallos, 149: 175; "Quiroga", Fallos, 101: 359; "González Victorica", Fallos, 241: 342, entre otros.

¹⁷⁷ Risso Domínguez; La justicia militar; Tomo I; Ferrari Hnos. Ediciones; Buenos Aires; 1939, pág. 36.

En el derecho extranjero, la *Corte Suprema de los Estados Unidos*¹⁷⁸ ha dicho que los tribunales militares no ejercen ninguna función correspondiente al Poder Judicial sino sólo una porción del poder militar del Poder Ejecutivo. Además, las sentencias y otros procedimientos de dichos órganos no son susceptibles de apelación ni revisión por parte del Poder Judicial de los Estados Unidos.

El alcance de la jurisdicción militar puede medirse por su facultad de reincorporar personal a los efectos de su juzgamiento, pero como ha expresado la jurisprudencia:

*“La reincorporación que dispone el art. 232 del reglamento de justicia militar, de todo militar que se hallare de baja o en situación de retiro, para ser procesado por delitos cometidos mientras revistaba en servicio activo, no significa restituir el estado militar en sus derechos, honores y prerrogativas, ni obliga a prestar nuevas funciones concernientes a dicho estado”.*¹⁷⁹

12.2. Jurisdicción disciplinaria militar

Siendo la disciplina militar, el “nervio vital” de la institución castrense, en el campo de la ordenación jurídico-militar surge la norma sancionadora que la protege y conserva.¹⁸⁰

La *Jurisdicción Disciplinaria Militar*, por su parte, es de naturaleza administrativa, derivando del art. 99 inc. 12 CN, y resultando exclusiva del Poder Ejecutivo, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.¹⁸¹ Quien la ejerce por sí y por delegación en sus agentes del mando militar¹⁸², debido a la complejidad y amplitud, tanto la actividad del Poder ejecutivo como de la materia militar.¹⁸³

Por lo tanto, no podemos hablar de violación al art. 109 CN ya que el Presidente de la República no actúa como juez sino tan sólo como superior que aplica sanciones disciplinarias a sus subordinados, en el área militar del Estado.¹⁸⁴

Es por ello que resulta un error el uso indistinto que se produce del término "*Justicia Militar*", cuando se lo aplica tanto para referirse al "*Derecho Disciplinario Militar*" y a la "*Potestad Disciplinaria Militar*".¹⁸⁵

¹⁷⁸ Martínez Muñoz, Idelfonso, *Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar*; Depalma Ediciones; Buenos Aires; 1977, pág. 312.

¹⁷⁹ CSJN, 10/03/1969. ED, 26-455.

¹⁸⁰ Vejar Vázquez, Octavio, *Autonomía del derecho militar*, Editorial Stylo, México, 1948, págs. 16.

¹⁸¹ Ver respecto del ejercicio de este cargo militar en cabeza del primer magistrado civil de la república, lo expuesto en el Capítulo II del presente.

¹⁸² Art. 120 CJM: "*Corresponde, en todo tiempo, al Presidente de la Nación y a sus agentes de mando militar, la aplicación, de acuerdo a las disposiciones de este Código y los reglamentos, de las sanciones disciplinarias (...)*".

¹⁸³ Martínez Muñoz, Idelfonso, *Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar*; Depalma Ediciones; Buenos Aires; 1977, pág. 301/2.

¹⁸⁴ Locane, Laura G.: *Naturaleza jurídica de los tribunales militares*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004, pág. 22. En igual sentido, Martínez Muñoz, Idelfonso, *Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar*; Depalma Ediciones; Buenos Aires; 1977, pág. 318.

De tal forma, la jurisdicción disciplinaria militar indicando es ejercida por los superiores en el mando hasta llegar al Comandante en Jefe de las FFAA, es decir, el Presidente de la Nación (art. 99, inc. 12 CN).¹⁸⁶ Dicho ejercicio no sólo es parte natural del contenido del estado militar, sino que resulta de carácter obligado.¹⁸⁷

Así, se ha expresado en derechos extranjeros fundados sobre análogos principios al nuestro que: “*resulta ser una constante histórica la preocupación por la protección de la disciplina militar mediante el establecimiento de normas que procurasen la adhesión a la misma y, en caso de quebrantamiento, la inmediata reparación a través del ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas a los mandos militares.*”¹⁸⁸

Por otra parte, es natural consecuencia de la facultad presidencial de disponer de las Fuerzas Armadas y arbitrar su organización (art. 99 inc. 14 CN), el entender en todo lo que a disciplina respecta.

En consonancia con ello, el art. 120 del Código de Justicia Militar, ley 14028 y mod., establece que las facultades disciplinarias respecto del personal militar serán ejercidas por el Presidente de la Nación, tanto por sí como a través de sus delegados en el mando militar, refiriéndose a los cuadros de oficiales y suboficiales de las FFAA.

En el ordenamiento castrense, las faltas disciplinarias se castigan por la sola autoridad del superior¹⁸⁹, con arreglo a su propio juicio y dentro de sus facultades disciplinarias.¹⁹⁰ Pudiendo imponerse las sanciones disciplinarias se hará en la forma y extensión, con la salvedad de lo dispuesto en materia de faltas por el Código de Justicia Militar, o lo que establezcan los reglamentos que al efecto dicte el Presidente de la Nación. Los cuales determinarán también la clase y la porción de sanción que corresponde imponer a cada uno según la categoría y grado dentro de la escala jerárquica.¹⁹¹

En materia de sanciones, se presenta asimismo una aplicación diferenciada por categorías, no pudiendo aplicarse, respecto de los oficiales¹⁹², otras sanciones disciplinarias que las de destitución¹⁹³, suspensión de empleo¹⁹⁴, suspensión de mando¹⁹⁵, arresto¹⁹⁶ y apercibimiento¹⁹⁷.

¹⁸⁵ Martínez Muñoz, Idelfonso, Derecho Militar y Derecho Disciplinario Militar; Depalma Ediciones; Buenos Aires; 1977, pág. 307.

¹⁸⁶ Ekmedjian, Miguel Ángel; Tratado de Derecho Constitucional; Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 669/70.

¹⁸⁷ Art. 7º inc. 3º, ley 19.101.

¹⁸⁸ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica española 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

¹⁸⁹ Sinópoli (El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 251/4), entiende que “... 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 magistratura”. De nuestra parte entendemos que la frase “por la sola autoridad del superior” debe entenderse no en el sentido de poder imponer sanciones sin causa, sino que la facultad de hacerlo deriva directamente de la posición superior en la relación jerárquica, dada por el grado. Independientemente de que exista entre sancionador y sancionado alguno dependencia orgánica.

¹⁹⁰ Art. 109 CJM.

¹⁹¹ Art. 550 CJM.

¹⁹² Art. 551 CJM. Lo que no implica que en los casos de las sanciones de apercibimiento, arresto y destitución no pueden serles aplicables a otras categorías militares. Ver al respecto la cita a cada una de ellas.

¹⁹³ Ver lo expresado respecto de ella en el Capítulo V como causal de pérdida del estado militar.

Otras sanciones, aplicables al resto del personal, resultan las de confinamiento¹⁹⁸, exclusión del servicio¹⁹⁹, suspensión de suboficial²⁰⁰, remoción de clase²⁰¹, recargo de servicio²⁰², calabozo²⁰³, y fajinas²⁰⁴.

12.3. Jurisdicción de honor

¹⁹⁴ Ver lo expresado respecto de ella en el Capítulo V como causal de suspensión parcial del estado militar.

¹⁹⁵ Ver lo expresado respecto de ella en el presente capítulo en la parte de mando.

¹⁹⁶ Código de Justicia Militar (CJM), art. 558: La facultad de imponer arresto al inferior es inherente a todo empleo militar, dentro de los términos que para cada uno, señalen los reglamentos decretados por el Presidente de la Nación. Art. 559. La sanción de arresto consiste en la simple detención de la persona arrestada, en domicilio particular, buque de guerra, cuartel o establecimiento militar. 560. Cuando el arresto se cumple en buque, cuartel o establecimiento militar, la autoridad militar que lo ordenó podrá disponer que el arrestado, si es suboficial, clase o individuo de tropa, permanezca detenido en la guardia, y si es oficial, en el alojamiento propio. Podrá también prohibirle que reciba visitas, a su juicio, si ese rigor fuese necesario para la eficacia de la sanción. Art. 561. La sanción de arresto a los oficiales lleva siempre como accesoria la suspensión de mando por el tiempo de su duración. Art. 562. Los individuos de tropa en arresto serán ocupados en fajinas y, tanto ellos como los suboficiales y clases, podrán ser utilizados para el servicio, cuando fuere necesario a juicio del oficial de quien dependen. Art. 563. El máximo de la sanción de arresto será de seis meses y el mínimo de veinticuatro horas.

¹⁹⁷ Código de Justicia Militar (CJM), art. 573: El apercibimiento consiste en la formal amonestación al militar, dejándose constancia de ello en su foja de servicios.

¹⁹⁸ Código de Justicia Militar (CJM), art. 554: La sanción de confinamiento consiste en prestar servicios en los cuerpos de disciplina o en las unidades estacionadas en las islas, o puntos fronterizos de la República. Art. 555: La sanción de confinamiento se impondrá únicamente a los suboficiales, clases e individuos de tropa, y su duración será de cuatro meses a cinco años. Esta sanción se aplicará por el Presidente de la Nación previo sumario, en los casos establecidos en esta ley. Art. 556: En el tiempo de duración que se asigne a la sanción de confinamiento, no se incluye el que faltaba al infractor para cumplir su compromiso o su obligación de servicio, el cual, una vez, cumplida la sanción, debe llenarse en la misma unidad o cuerpo disciplinario y a razón de un día de servicio en él, por dos de los que le faltaban integrar. Art. 557: Los confinados sólo percibirán medio sueldo, durante el término de la sanción. Exceptúanse de esta disposición a los que cumplen en cuerpos de disciplina, su tiempo de servicio, quienes percibirán sueldo íntegro.

¹⁹⁹ Ver lo expresado respecto de ella en el Capítulo V como causal de pérdida del estado militar.

²⁰⁰ Ver lo expresado respecto de ella en el Capítulo V como causal de suspensión parcial del estado militar.

²⁰¹ Código de Justicia Militar (CJM), art. 569: La sanción de remoción de clase consiste en retrogradar a los sargentos y cabos o sus equivalentes, en uno o más grados, quienes deberán continuar en el que se les fije o como soldados, en su caso, hasta la terminación de su compromiso de servicios. (N.A. como puede verse resulta aplicable únicamente a los suboficiales subalternos, y no a los grados superiores de dicha categoría). El removido, antes de la terminación de su contrato pero después de tres meses de habersele aplicado la sanción, podrá recuperar un grado, si la causa de la remoción no hubiere sido de suma gravedad.

²⁰² Código de Justicia Militar (CJM), art. 571: El recargo de servicio consiste en prolongar la permanencia en las filas, por mayor tiempo del que establece la ley de reclutamiento o el compromiso de servicios, en su caso. Esta sanción no excederá de dos años y no podrá imponerse sin que medie, en cada caso, una resolución del Presidente de la Nación, salvo lo establecido por los artículos 719 y 721 de este Código. (N.A. hipótesis de desertión del servicio militar obligatorio).

En tiempo de guerra podrán dictar dicha resolución los comandantes en jefe, de ejércitos o escuadras en operaciones, gobernadores de plazas fuertes y jefes con mando independiente.

²⁰³ Código de Justicia Militar (CJM), art. 572. La sanción de calabozo consiste en recluir al autor de la falta. Esta sanción no podrá exceder de tres meses debiendo sacarse al infractor diariamente para ejercicios y fajinas. Los suboficiales y clases no saldrán más que para ejercicios. (N.A. como puede apreciarse, se diferencia del arresto por lo agravado de sus condiciones de cumplimiento).

²⁰⁴ Código de Justicia Militar (CJM), art. 574. Las fajinas consisten en el recargo en los trabajos de limpieza del cuartel o establecimiento militar o en cualquier otro trabajo material de utilidad para el servicio; su duración no podrá exceder de un mes.

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley militar²⁰⁵ confiere al Poder Ejecutivo la facultad de crear con carácter permanente, y reglamentar la competencia, composición y procedimientos de los tribunales de honor, a los cuales estará sujeto todo el personal militar superior que tenga derecho al uso del uniforme y al título del grado. Pudiendo, previo parecer de un tribunal de honor, privar del goce del título del grado y uso del uniforme a cualquier oficial cuando, a su juicio, así convenga al decoro de la jerarquía. Los oficiales ya retirados o que pasen a retiro como consecuencia de la sanción máxima de dicho tribunal, no tendrán otros derechos, en cuanto a su estado militar, que el de percibir un haber de retiro.

En cuanto a la regulación general de la materia, podemos puntualizar que se entiende al honor como *“la cualidad moral que obliga al más severo cumplimiento del deber, respecto de los demás y de sí mismo”*. Primando sobre cualquier otro valor de tipo material, y hasta respecto de la vida misma, resultando un legado que sobrevive y trasciende a través de las generaciones, configurando el magno patrimonio espiritual de familias, instituciones y pueblo.

En la introducción misma del reglamento conjunto de los tribunales de honor de las Fuerzas Armadas, se pone de resalto la importancia de la cuestión en el marco del derecho castrense: *“El honor es la mayor virtud que debe poseer un militar. Mantenerlo sin mancha y sin tacha es el deber más sagrado de todo miembro de las Fuerzas Armadas. Observar en todo momento una conducta ejemplar es la mejor defensa del propio honor”*.

Reafirma asimismo, la norma en análisis que:

“El honor militar es de insita competencia y responsabilidad del personal militar, el que en consecuencia, es único ejecutor de su custodia y juzgamiento, por ser el patrimonio ético fundamental de las Instituciones Militares y de la profesión castrense; ello impone una severa conciencia y la estricta preservación de la ética profesional”.²⁰⁶

La jurisdicción y competencia del honor militar, prevista en la Ley para el Personal Militar -Ley 19.101, se ejerce por los Tribunales que dicho Reglamento determina.²⁰⁷

²⁰⁵ Art. 95, ley 19.101.

²⁰⁶ Artículo 1.01. del Reglamento conjunto de los tribunales de honor de las Fuerzas Armadas.

²⁰⁷ Artículo 1.02. del Reglamento conjunto de los tribunales de honor de las Fuerzas Armadas. Se halla establecido un tribunal de honor de carácter colegiado y permanente para oficiales y jefes para cada fuerza armada más uno de carácter conjunto, además de un tribunal superior para cada arma y uno conjunto (Artículo 2.02 del Reglamento conjunto de los tribunales de honor de las Fuerzas Armadas). El tribunal superior de honor juzga en única instancia a los Oficiales Superiores que perteneciendo a distintas Fuerzas Armadas (el conjunto) o de una misma (el de su respectiva fuerza) estén implicados en el mismo hecho, como así también, a los Oficiales de cualquier jerarquía que resulten involucrados en la causa. Asimismo, juzgará en última instancia los casos apelados del Tribunal de Honor para Jefes y Oficiales correspondiente a su órbita.

La dependencia de los tribunales conjuntos son del ministerio de defensa (Decreto 1.055/92.). Y los de cada fuerza dependen de su respectivo jefe de estado mayor general.

Existen asimismo, otros organismos en materia de honor, denominados comisiones de honor, con la misión estudiar y averiguar exhaustivamente los hechos sometidos a su consideración, a fin de esclarecerlos en forma debida. Así como la de informar si corresponde que los hechos investigados sean considerados por un Tribunal de Honor. (Artículo 3.01 del Reglamento conjunto de los tribunales de honor de las Fuerzas Armadas)

Respecto a la cuestión se ha afirmado desde la jurisprudencia castrense española, la existencia de un honor militar dotado de características específicas, del que se deriva la exigencia de un plus de moralidad a los militares, que no vulnera el derecho a la igualdad. Entendiéndose que el honor según la acepción más cabal de esta palabra es la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales. Tiene honor, en consecuencia, quién observa un comportamiento inspirado por unas exigencias morales más rigurosas a las que sirven de pauta al común de los hombres. El honor así entendido, no es, por supuesto, patrimonio de persona o grupo alguno, pero existen cuerpos y clases en el Estado a cuyos miembros puede serles exigido un cierto honor, es decir, una más alta moralidad, incluso a través de la vía coactiva del Derecho disciplinario, bien por la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían.²⁰⁸

El honor militar, se relaciona significativamente con el cumplimiento del deber, siendo, antes que ninguna otra cosa, la depurada actitud moral que ha de servir de presupuesto en el militar, junto al amor a la Patria, la disciplina y el valor, para el más exacto cumplimiento del deber, siendo éste el sentido primordial del honor militar, se comprende sin dificultad cuan equivocado está el recurrente al argüir que su acción no fue contraria al honor militar porque no era capaz de empañar la reputación de la Institución. *«Doctrina que tiene singular encaje en este caso, en cuanto patentiza que la exigencia de determinadas conductas en orden a la dignidad y al honor a ciertos individuos e incluso sectores sociales no supone la quiebra del principio de igualdad».*

Es por tanto constitucionalmente aceptable, que los conceptos de honor de los militares, del Arma o Cuerpo al que pertenecen o de los Ejércitos, se empleen como elementos configuradores de tipos sancionadores que permiten limitar el ejercicio de derechos fundamentales y provocar la separación definitiva del servicio militar, siempre que se precisen a la luz de los valores y preceptos constitucionales y se apliquen teniendo en cuenta, sobre todo, las altas funciones que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente encomendadas. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la realización de conductas deshonrosas tanto en la vida profesional como en la social, ya sea que sucedan tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes.²⁰⁹

Sin embargo, la aplicación de estos conceptos debe ser cuidadosa, por cuanto el honor admite a lo largo de los tiempos y sociedad, variaciones en su ponderación, y además adviniendo que estos conceptos se refieren a *“conductas (...) no siempre definidas con toda precisión (...) ya que están en su mayoría descritas en términos de gran amplitud o subjetividad, lo que aun planteando problemas desde el punto de vista del principio de legalidad y de seguridad jurídica, no deja de estar justificado, dentro de ciertos límites (...)”*²¹⁰, ya expresados con anterioridad.

Dependen de las respectivas autoridades que resolvieron su constitución (Artículo 3.02 del Reglamento conjunto de los tribunales de honor de las Fuerzas Armadas).

²⁰⁸ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de España, dictada el 6 de octubre de 1989.

²⁰⁹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia Nº 151/1997, de 29 de septiembre. RA 3983/1994. BOE 260, de 20 de octubre.

²¹⁰ Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de España, dictada el 31 de octubre de 1994.

Respecto a que se halla limitada en su alcance al personal militar superior²¹¹, no puede derivarse de ello que la obligación de mantener una conducta honorable sólo sea una exigencia respecto de los oficiales. Todo el personal militar, con independencia de su grado, por los propios principios y valores que se desprenden de su estado militar, se halla obligado en todo tiempo y lugar a manejarse con honor. Desde que la prestación o función militar, en sí, conlleva tal exigencia por la magnitud del encargo y la confianza que el colectivo deposita en sus ciudadanos en uniforme.

El honor por otra parte, resulta algo insito a la dignidad de la persona humana. Circunstancia a la que se le suma, en el caso de los militares, la honra propia de su actividad, fundada en el espíritu de sacrificio por su comunidad. Es por ello que todo militar posee honor, y se halla obligado a ajustar sus conductas de acuerdo a tales exigencias.

Es entonces que la jurisdicción de honor no debe ser nunca interpretada en el sentido de negar la honorabilidad a las categorías no alcanzadas por ella. Pues tales categorías quedan sujetas en sus violaciones de honor al procedimiento disciplinario común. Resultando únicamente un plus de exigencia, fundado en el carácter de dirigenal que invisten los oficiales, y que se traduce en lo jurídico en resultar agentes de mandos del presidente de la Nación respecto de las cuestiones castrenses. Ello lleva a establecer sobre los oficiales un control especial en los aspectos éticos de la actividad militar. A fin de asegurar la mayor calidad posible del principio de supremacía civil. Ya que toda falta deshonrosa de sus delegados en el mando, termina en mayor o menor grado, afectando la capacidad de comando que el Presidente arbitra a través de dicha categoría castrense.

Dicho control especial se instrumenta a través de una instancia especializada para resolver respecto de la gravedad de hechos susceptibles de ser considerados como infracciones al honor, con las apropiadas garantías de investigación, debate y prueba inherentes al debido proceso.

Resultan transgresiones al honor alcanzadas por la presente jurisdicción, todos los actos y omisiones imputables a Oficiales que lesionen su propio honor, o el ajeno, o afecten el patrimonio ético de las Instituciones Militares y de la profesión castrense y sus tradiciones.²¹²

²¹¹ Art. 7º, inc. 1º, ley 19.101.

²¹² Artículo 1.03. del Reglamento conjunto de los tribunales de honor de las Fuerzas Armadas. Se considerarán conforme a tal norma, transgresiones al honor, entre otras, las siguientes: 1. Faltar a la palabra o a las normas que el honor impone; 2. Observar conducta equívoca o que deje dudas acerca de la honorabilidad que corresponde a un Oficial; 3. Incurrir en actos de deslealtad para con las Instituciones o camaradas de las Fuerzas Armadas; 4. Faltar a la verdad o dar informes inexactos que perjudiquen a camaradas, considerándose como agravante cuando sea en detrimento de subalternos; 5. Ofender a un camarada en forma que implique afrenta o menosprecio; 6. No adoptar oportunamente las correspondientes medidas encaminadas a dejar a salvo el honor lesionado; 7. Sustraerse maliciosamente al cumplimiento de las deudas u otras obligaciones contraídas, u obtener ventajas en forma desdorosa; 8. Verter intrigas o versiones que perjudiquen el buen nombre, reputación o prestigio de camaradas; 9. Encubrirse en el anónimo para hacer críticas a camaradas y/o resoluciones o proyectos de sus superiores; 10. Hacer con cualquier finalidad publicaciones o declaraciones que afecten la jerarquía o cargos militares, siendo tanto más grave el hecho, cuanto más elevado sea el grado o cargo del afectado por la publicación o declaración, y el de quien las haga; 11. Hacer uso de estupefacientes o ingerir bebidas alcohólicas en forma inmoderada en circunstancias que perjudiquen el buen nombre del Cuadro de Oficiales; 12. Presentarse en público o prestarse a publicaciones en forma que no condiga con la corrección que corresponde al prestigio del Personal Superior de las Instituciones Militares; 13. Realizar actividades de las que resulte desdoro para su persona o desprestigio para las Fuerzas Armadas; 14. Utilizar el título del grado en forma desdorosa; 15. Integrar o haber integrado grupos o entidades que por su doctrina o

Los Tribunales de Honor tienen por objeto juzgar a los autores de hechos que presuntamente lesionan el honor. Siendo su actuar independiente de la investigación penal o disciplinaria que se lleve a cabo, si bien puede esperarse a ésta.²¹³ No haciendo uno cosa juzgada respecto del otro, en cuanto a su resolución, desde se juzgan cuestiones distintas.²¹⁴

La resolución del Tribunal de honor²¹⁵ puede absolver al imputado por no haber ocurrido los hechos, o acaecidos no constituyen una falta al honor, en cuyo caso se dejará expresa constancia en la resolución que queda a salvo su buen nombre y honor. Las faltas tanto leves como graves conllevan una formal amonestación y exhortación a rectificar dichas conductas. Si la falta o faltas demuestran en sí, y de forma manifiesta, una total carencia de honor, la resolución implicará la descalificación del imputado como persona de honor. Sanción que trae aparejada la recomendación de privación del uso del grado y uniforme²¹⁶, que de ser aceptada, resulta una causal de cese del estado militar, a excepción del derecho a percibir haberes.

13. Deber de fidelidad

El deber de fidelidad es el primero y principal del estado militar, aunque no se halla establecido en la ley militar, desde que surge de modo directo de la norma constitucional.

Así en el art. 21 de la Constitución Nacional encontramos que el deber de los ciudadanos de armarse lo es “...*en defensa de la Patria y de esta Constitución*”. Con lo que la norma señala no sólo el fin de la defensa, no sólo el establecimiento de esta categoría de “ciudadanos armados”, para su resguardo, sino que fija los valores a los que deben su lealtad, incluso a costa de su vida.

En el derecho militar español, encontramos en sentido concordante que: “*El militar está obligado a respetar la Constitución y a cumplir ejemplarmente los deberes generales de todo ciudadano*”²¹⁷. Debiendo en función de dicho deber: “*Estar siempre dispuesto a defender a la Patria, incluso con la ofrenda de su vida cuando fuera necesario, constituye el primero y más fundamental deber de todo militar. Este supremo deber ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en estas Reales Ordenanzas*”.²¹⁸

Asimismo, el deber de fidelidad tiene relaciones con otros elementos propios de la función militar, como se destaca en esta norma del derecho castrense italiano donde se expresa que:

acción, aboguen, hagan pública exteriorización o lleven a la práctica, actividades que lesionen los principios del honor, o sean contrarias a los fundamentos morales de las leyes y reglamentos militares o afecten la unidad espiritual de las Fuerzas Armadas.

Debe tenerse presente además que, constituyendo el honor la más alta cualidad moral de un militar, no puede considerárselo vulnerado por hechos de escasa importancia. En consecuencia, los procedimientos que determina este Reglamento sólo deben seguirse en aquellos casos que por su carácter así lo justifiquen (artículo 1.04. Regla de valoración del honor).

²¹³ Artículo 1.06. Concurrencia de delitos e infracciones con transgresiones al honor.

²¹⁴ Pues en tanto el tribunal judicial juzga la comisión o no de delitos, el de honor entiende respecto del acaecimiento de actos u omisiones que puedan afectar el honor de los implicados.

²¹⁵ Artículo 4.13. Resolución.(segunda parte)

²¹⁶ Artículo 4.14.

²¹⁷ Art. 168, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²¹⁸ Art. 186, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

*“La fidelidad absoluta a las instituciones de la república es el fundamento de los deberes del militar. El militar observa con sentido de responsabilidad y consciente participación todas las normas atinentes a la disciplina y a la relación jerárquica (...) El militar al cual se le haya impartido una orden manifiestamente contraria a las instituciones del Estado o aquella cuya ejecución constituye en todas las maneras un delito manifiesto, tiene el deber de no acatar la orden y de informar lo más rápido posible a su superior.”*²¹⁹

En esta norma se pone de manifiesto, luego del cumplimiento de sus funciones hasta el sacrificio de la vida propia, las otras dos consecuencias jurídicas más importantes que se relacionan al deber de fidelidad: la subordinación a la disciplina militar, es decir a sus reglamentaciones, a sus mandos y a las órdenes del servicio que ellos impartan, por una parte, y por la otra el deber de rechazar tomar parte del cumplimiento de cualquier acto que vaya en contra del orden constitucional, las leyes de que él se derivan, o las autoridades que se han conformado de acuerdo a la regulación constitucional.

14. El grado militar

Por circunstancias de eficiencia de la organización militar, el personal castrense se halla encuadrado en una serie de posiciones (grados), articulados verticalmente, de carácter cerrado (sólo pueden ser creados por ley, resultando un *numerus clausus*, cierto y limitado), y de obligado tránsito (el acceso al grado superior sólo puede hacerse desde el nivel inmediato inferior), que tiene la virtud jurídica de emplazar al militar en la escala jerárquica.

El poseer un grado por el militar es, a la vez, un derecho, un deber y un presupuesto de su estado militar. Resultando la denominación de los distintos grados, resultan privativas de las fuerzas armadas.²²⁰

Por resultar el elemento cuyo conferimiento da nacimiento al estado militar, y que se halla asociado a su permanencia, no resulta raro entonces que en múltiples aspectos del contenido esencial del estado militar se le haga referencia, resultando objeto tanto de imposición cuanto de medida de deberes y derechos.

La propiedad del grado y el uso de su denominación, con las limitaciones que prescribe la ley, se constituye en un derecho esencial del estado militar.²²¹

El militar se halla sujeto a un “estado jurídico” que se constituye, modifica, suspende y cesa en base a lo dispuesto en la ley. Por lo que si bien no puede afirmarse que ella reconoce al personal un derecho a la estabilidad en el empleo, si puede hablarse al

²¹⁹ Art. 4º, Ley Nº 382 del 11 julio de 1978, denominada “Norme di principio sulla disciplina militare”: “L'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane è il fondamento dei doveri del militare. Il militare osserva con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina ed ai rapporti gerarchici (..) Il militare al quale viene impartito un ordine manifiestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifiestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare ai più presto i superiori”.

²²⁰ Art. 12, inc. 2º in fine, ley 19.101.

²²¹ Art. 8, inc. 1º, ley 19.101.

menos (como lo hace la doctrina comparada), de una tendencia a resguardar y retener al personal.²²²

Asimismo, la ley militar consagrada la prohibición absoluta de otorgar grados de carácter honorario, a persona alguna y bajo ninguna circunstancia.²²³ Lo que se entronca, tanto con al proscripción constitucional de título de nobleza²²⁴, o similares, como en la necesidad de asegurar una propiedad del grado militar vinculada a la efectiva participación en la función de la defensa, como integrante de las fuerzas armadas.

En lo atinente al estado militar, el grado militar no sólo determina su nacimiento, sino que resulta además un individualizador específico del personal castrense, el primero y más esencial de ellos. Usamos ese término en sentido de identificar a la persona, en este caso el militar, en cuanto a su condición de titular de derechos y obligaciones.²²⁵

Respecto de la consideración del grado militar como una propiedad, debe primeramente destacarse, que la realidad del derecho de nuestros días, ha producido una creciente intangibilidad de los objetos susceptibles de regulación jurídica, mal denominada a veces como “desmaterialización”²²⁶. Circunstancia que con relación al derecho de propiedad²²⁷ ha sufrido importantes modificaciones en su concepción, fruto del antedicho devenir económico-social-cultural, que se traduce en, a la par de las formas de propiedad clásica respecto de objetos corpóreos, situar otras en que el derecho reposa sobre unos intangibles; situación que es fuente de la necesidad de nuevos modos de protección.²²⁸

Dicha propiedad ha sido entendida en nuestra jurisprudencia como una garantía, en primer término a favor del militar, y en última instancia de la sociedad nacional toda, en el sentido que la adquisición y pérdida del grado militar, resulta una cuestión que debe regirse con arreglo a lo dispuesto en las leyes militares.²²⁹ Hallándose sustraída de las facultades discrecionales del ejecutivo. Lo que implica que no tenga éste facultades de otorgarlo o quitarlo, pero siempre será dentro de lo que la ley le determine.²³⁰

²²² “Principio alla tendenziale stabilità del posto”, lo denomina la doctrina italiana.

²²³ Art. 44 in fine, ley 19.101: “No se concederán, en ningún caso, grados honorarios correspondientes a las fuerzas armadas de la Nación”.

²²⁴ Art. 16 CN.

²²⁵ Salvat, Raymundo M.: Tratado de derecho civil argentino (Parte general), quinta edición aumentado y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931, pág. 313.

²²⁶ Al respecto, puede verse Carranza Torres, Luis, “Materialidad de los Títulos Valores llamados Inmateriales o Informáticos”. Ponencia presentada a las Segundas Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina (Buenos Aires, 1 y 2 de setiembre de 1994). Publicada en Favier Dubois, Eduardo M. (h) y Sandler, Max M. (directores), Negocios sobre partes, coutos, acciones y otros títulos societarios. Ad Hoc, Universidad Notarial Argentina, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1995, pág. 253 y 347.

²²⁷ Empleamos el vocablo como categoría jurídica, dentro de la cual el derecho de dominio establecido en el Código Civil resulta una de sus especies.

²²⁸ Carranza Torres, Luis, “Libertad de expresión, libertad de información y derecho de propiedad intangible”, El Derecho, N° 11.271, Año XLIII, del 03 de junio de 2005, pág. 2.

²²⁹ CSJN, Fallos 189:209.

²³⁰ “Aun cuando el grado militar sea una propiedad, reviste caracteres propios que distinguen ese derecho de la propiedad común y se encuentra, además, sometido a las limitaciones establecidas en las mismas leyes militares, a las que deben su origen. Entre ellas se encuentra la que reconoce autoridad al presidente de la Nación para destituir, es decir, para privar del Estado militar con todos los derechos, prerrogativas y honores propios de cada empleo, con la única excepción de los oficiales superiores que no pueden ser destituidos sino por sentencia de Consejo de guerra”. CNFed., Sala I Cont Adm., Causa L 1005, 16/08/1979, en autos “Luraschi, Osvaldo E. C/ Estado Nacional (comando en Jefe de la Armada Nacional)”.

En sentido concordante, en el derecho militar español encontramos que: *“El empleo militar, conferido con arreglo a la Ley, constituye una propiedad con todos los derechos establecidos. Sólo podrá perderse por renuncia voluntaria, en virtud de sentencia firme de Tribunal competente o pérdida de la nacionalidad española”*.²³¹

Claro está que aun cuando el grado militar sea una propiedad, reviste caracteres propios que distinguen ese derecho de la propiedad común, y se encuentra además sometido a las limitaciones establecidas en las mismas leyes militares a las que debe su origen.²³²

El grado es, en esencia, una habilitación para el desempeño de determinado nivel de actuación en la jerarquía militar. Siendo la medida en concreto del estado militar, en cuanto ejercicio de facultades, desempeño de cargos, uso de uniforme y otorgamiento de honores.

Resulta asimismo, una fuente de obligaciones de conducta, dentro y fuera de la institución militar, y en especial, respecto de los militares de menos antigüedad y grado. Es por ellos que se ha expresado: *“El militar revestido de un grado debe ser ejemplo del cumplimiento de sus deberes y orientar en tal sentido el comportamiento de sus subordinados y subalternos”*.²³³

La propiedad del grado se acredita con el registro del acto estatal por el cual se lo confiere, pudiendo asumir la forma de diploma, orden, o simplemente constar en los registros militares, en todos los casos de acuerdo a lo establecido por las reglamentaciones castrenses. En el caso de los oficiales, la autoridad emisora del mismo, en uso de facultades propias o por vía de delegación, resulta el presidente de la Nación, en razón de resultar ellos los delegados específicos de su mando militar.

En cuanto al uso de la denominación del grado, se halla en principio su ámbito natural, en el desempeño de los actos del servicio castrense. Y aun cuando la reglamentación militar prohíbe el poder utilizarlo al personal cuando desempeñe en actividades ajenas al servicio, con excepción de las docentes²³⁴, lo cierto es que el uso social ha extendido su práctica, como uno de los rasgos identificatorios de los militares en las actividades públicas en general.

En algunos países y épocas, como por caso en el Brasil del siglo XIX con la guardia nacional, o los estados del sur de Estados Unidos hasta mediados del siglo XX, el grado militar alcanzado por una persona, pasaba a formar parte de su denominación habitual en el medio civil, incluso luego de concluidos sus servicios militares.²³⁵

Pero el grado no es sólo la medida de los derechos otorgados desde el estado militar, sino que posee asimismo, un componente de deber, que reside en el hecho de resultar forzada su aceptación para el personal militar, de igual forma que pasa con las distinciones o cargos, cuando fueran concedidos por autoridad competente de acuerdo con las disposiciones legales.²³⁶

²³¹ Art. 209, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²³² CSJN, Fallos 148:157.

²³³ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_16.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004];

²³⁴ Párrafo 36 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²³⁵ La novela de Gabriel García Márquez, “El coronel no tiene quien le escriba”, es asimismo ejemplo de esta tendencia.

²³⁶ Art. 7, inc. 2º, ley 19.101.

Resulta claro que si la existencia misma del estado militar depende de la ubicación en la jerarquía de una persona de las fuerzas armadas, la concesión de grados o todo otro elemento de similar valía a los efectos de su actuación práctica, resulte de obligada aceptación, toda vez que tal situación, como hemos visto en la parte de la adquisición de estado y de sus caracteres, opera por fuera de la voluntad del individuo.

En el derecho extranjero encontramos normas en sentido análogo, del deber de todo personal castrense de poseer un grado y ejercer una función.²³⁷

En cuanto a los distintos tipos de distinciones militares, que tratamos aquí desde que la ley militar los equipara al grado, en cuanto a su relación respecto de los deberes y derechos del personal, es interesante destacar que en Roma, el otorgamiento de una recompensa militar, traía en la mayoría de los casos, efectos ciertos en la vida cívica y de comunidad. Por caso, la concesión de una corona cívica, de ramas de encima, que cualquier soldado podía ganar por salvar de peligro de muerte a un ciudadano romano, daba derecho a ser recibido de pie, aun por los senadores, en juegos y teatros, u otros lugares de concurrencia pública, entre otras ventajas.²³⁸

Esto demuestra que lo militar era una parte de lo cívico, en consonancia con el carácter de servicio patriótico que suponía la prestación militar. Idea que en lo esencial, llega desde dicho ordenamiento a nuestro actual derecho militar.

En igual forma, la idea del reconocimiento como parte de los derechos de la actividad castrense, resulta clara en nuestro ordenamiento, de allí que “*los honores militares que para el grado y cargo correspondan, de acuerdo con las disposiciones legales*”, constituyen igualmente un derecho inherente al estado militar, hallándose esto establecido de forma expresa.²³⁹

Como vemos en el derecho extranjero²⁴⁰, existe como contrapartida de los esfuerzos que destacan en el personal militar, un verdadero deber de parte del Estado al que sirven de reconocer tales situaciones.

15. El uniforme militar

El uso de prendas y signos distintivos por parte del personal militar ha sido tradicionalmente, la respuesta a la necesidad de identificarse en el campo de batalla, y modernamente, se ve reforzado como consecuencia del principio de actuación pública del Estado en lo interno, y por la exigencia de cumplir con el principio de distinción entre

²³⁷ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003) . Art. 15 Obligation de revêtir un grade ou une fonction : « *Tout militaire peut être tenu de revêtir un grade et d'exercer un commandement ou une fonction. Il doit accomplir les services correspondants et les tâches hors du service y afférentes* ».

²³⁸ Marin y Peña, Manuel, Instituciones militares romanas, colección Enciclopedia clásica N° 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Patronato “Menéndez y Pelayo”, Madrid, 1956, pág. 249.

²³⁹ Art. 8, inc. 4º, ley 19.101.

²⁴⁰ Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre, art. 197: “*Los militares serán premiados con las recompensas a que se hayan hecho acreedores por su valor, capacidad para el mando, actuación distinguida en el cumplimiento del deber, eficacia ejemplar, constancia e intachable conducta en el servicio, abnegación por la colectividad u otros actos meritorios.*” Art. 197, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

combatientes y personas civiles, en el derecho internacional aplicable a los conflictos armados.²⁴¹

Pero la utilización de la indumentaria e insignias, se halla asimismo asociado al honor de pertenecer a la institución militar, y es en tal sentido que nuestra legislación castrense lo recoge, como un derecho inherente y principal del estado militar, consistente en:

*“El uso del uniforme, insignias, atributos y distintivos propios del grado y función, de acuerdo con las disposiciones legales, siempre que no exista inhabilitación legal para ello”.*²⁴²

Al igual que ocurre respecto del grado, el Poder Ejecutivo Nacional podrá privar al personal superior en actividad del uso del uniforme, previo fallo del Tribunal de Honor. Asimismo, los uniformes, insignias, atributos y distintivos aprobados para el uso del personal militar de las fuerzas armadas, son privativos de ellas, quedando prohibido en consecuencia su uso a cualquier otro personal, institución o empresa pública o privada.²⁴³

En otras legislaciones lo encontramos en su doble vertiente contemporánea de derecho y deber:

*“Los militares tienen derecho a vestir el uniforme; su uso será obligatorio en todo acto de servicio, a no ser que la autoridad militar ordene lo contrario o dispense de su utilización. Con arreglo a las disposiciones vigentes para cada caso se podrá prohibir el uso del uniforme en el ejercicio de actividades ajenas al servicio”.*²⁴⁴

16. Desempeño de encargos del servicio

Resulta un deber esencial al estado militar, *“el desempeño de los cargos, funciones y comisiones del servicio, ordenados por autoridad competente y de acuerdo con lo que para cada grado o destino prescriban las disposiciones legales”.*²⁴⁵

La disposición del personal militar, en virtud de este deber inherente al estado militar, reviste los caracteres de resultar indeterminada en tiempo y espacio. Comprendiendo no sólo el deber de aceptar las funciones internas dentro de la institución militar que se le indique (compatibles a su grado), sino también respecto de la realización de las órdenes que se impartan en cualquier lugar y tiempo. Es por tanto, además, una

²⁴¹ Conforme al Convenio relativo al trato de prisioneros de guerra, firmado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en su art. 4 y al Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), firmado en Ginebra el 8 de junio de 1977, los combatientes deben distinguirse de la población civil cuando participen de un combate u otra operación militar preparatoria. “Los miembros de las Fuerzas Armadas regulares y de las asimiladas a ésta se distinguen normalmente por su uniforme. Los miembros de otras fuerzas armadas tienen un signo distintivo fijo y llevan sus armas a la vista”. De Mulinen, Frédéric, Manual sobre el derecho de la guerra para las fuerzas armadas, Comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1991, pág. 12.

²⁴² Art. 8, inc. 3, ley 19.101.

²⁴³ Párrafo 37 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²⁴⁴ Art. 188, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²⁴⁵ Art. 7º, inc. 4º, ley 19.101.

disposición personal hacia la institución, continuada en el tiempo e indeterminada en cuanto al lugar de cumplimiento o espera de las tareas que se le encomienden.²⁴⁶

Ahora bien, el desempeño de cargos como deber del estado militar, tiene como correlato el derecho, que surge de ese mismo estado del personal a que le sea asignado un cargo que corresponde al grado, de conformidad con las disposiciones legales.²⁴⁷

Concluido su período de formación de base, propio a cada categoría y función, la institución militar comienza a emplear a su personal, asignándole un destino. Ello equivale a individualizarle con carácter vinculante respecto de la persona, una sede de servicio y una tarea en ella, relacionada a su categoría y especialización.

El empleo del personal militar debe guardar relación a su grado, por derecho inherente a su estado, pero no debe perderse de vista que, con la sola limitación que le sea dado un destino y función acorde a su grado, la asignación de funciones es un acto discrecional de la organización militar.

Asimismo dicho empleo, se concreta a lo largo del tiempo de prestación de servicios militares, en una serie sucesiva de procedimientos de transferencia de destino²⁴⁸, de acuerdo a las necesidades de la institución militar.²⁴⁹

Pues a diferencia de los oficios privados, y hasta de las condiciones de servicio de la administración pública civil, el personal militar no tiene derecho a un lugar de desempeño de actividades fijo. Tampoco tiene limitación horaria en la prestación del mismo. Puede ser, por tanto, variada de un lugar a otro y mantenido en servicio por tiempo indeterminado.

Tal disponibilidad permanente se halla justificada en la necesidad que el Estado disponga con la mayor libertad de su elemento militar.²⁵⁰

A los efectos de individualizar cuáles resultan los cargos que corresponden a cada grado, los diversos niveles de las fuerzas armadas se hallan vinculados a un grado mínimo o deseable. Buscándose de esta forma que la jerarquía y especialidad del personal que se designe para el desempeño de funciones y comisiones del servicio, resulten compatibles con la importancia y naturaleza de las tareas a cumplir.²⁵¹

De modo general, y sin entrar en la casuística, por no corresponder con el objeto de la presente, podemos decir que para el desempeño de cargos, funciones y comisiones del servicio, deberá existir siempre un nombramiento, designación u orden previa²⁵², de autoridad competente, correspondiendo al poder ejecutivo el nombramiento de los cargos

²⁴⁶ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VIII: Il Servizio Permanente [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_8.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

²⁴⁷ Art. 8, inc. 2, ley 19.101.

²⁴⁸ Denominados genéricamente como pases, en el derecho militar argentino.

²⁴⁹ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XII: Il Trasferimenti [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_12.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

²⁵⁰ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm> [Consultado: 29 de febrero de 2004]: "Oui, il est souhaitable que les militaires soient soumis à un statut particulier, mais le particularisme des temps anciens est en grande partie totalement dépassé du fait même de l'évolution générale de la société".

²⁵¹ Párrafo 11 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²⁵² Párrafo 14 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

superiores de la pirámide militar (Jefatura de Estado Mayor y comandos principales), o los que le dependan directamente (edecanes).

Existen asimismo cargos como los de edecán, ayudante o los que implican un destino en el extranjero que se hallan sujetos a una limitación temporal, por lo general de dos años. Adicionalmente los cargos de edecanías y ayudantías sólo pueden ser desempeñados un número limitado de veces en la carrera militar.

Los cargos con dependencia del ministro de defensa o que impliquen la titularidad de organismos conjuntos, serán designados por dicho ministro.

Cuando la designación recae en las autoridades políticas, generalmente es a propuesta de la fuerza respectiva, salvo para el caso de los jefes de estado mayor que quien propone al presidente es el propio ministro de defensa.

Todo otro cargo militar fuera de los antedichos será designado por resolución de la autoridad militar de la respectiva fuerza, quien podrá delegarla de acuerdo a la reglamentación interna de cada una de ellas.

El cese de funciones se produce al nombrar, designar u ordenarse un nuevo titular del cargo, debiendo realizarla la autoridad competente.

En la reglamentación castrense se halla establecido la posibilidad de solicitar cambio de destino, limitado a razones de salud propias o de un familiar a cargo. Puede asimismo permutarse destino, para funciones que no requieran un nombramiento o designación, entre personal de clasificación análoga, con autorización de sus respectivos jefes.²⁵³

Está también contemplado, como facultad de los superiores directos²⁵⁴, a la administración militar, el relevo por ineptitud de sus subordinados. Pudiendo suspenderlo en sus funciones mientras se resuelve tal solicitud.

De admitirse el relevo, se informa al órgano de personal de la fuerza, pasando dicho personal a revistar en situación de disponibilidad, desde el momento en que fuere suspendido de sus funciones, debiendo ser tratado por la Junta de Calificaciones correspondiente en forma automática e inmediata, a los efectos de considerar su permanencia en filas.

Respecto a la forma en que ha de desempeñarse los cargos militares, encontramos en los derechos extranjeros, regulaciones al respecto que, por resultar compatibles con nuestro ordenamiento, hemos de comentar aquí.

Se entiende en ellas que la formación permanente en lo militar, humanístico y técnico y el mantenimiento de la aptitud física deberán ser preocupación constante del que ejerce la profesión de las armas. Debiendo los mandos estimular y facilitar por los medios a su alcance las actividades de sus subordinados encaminadas a tales fines.²⁵⁵

Asimismo, el militar deberá orientar su carrera conjugando destinos y cursos, de acuerdo con las exigencias del servicio y sus propias aptitudes.²⁵⁶ Debiendo el militar de carrera debe tener un deseo constante de promoción a los empleos superiores, que las plantillas fijadas legalmente le permitan alcanzar. La falta de interés en perfeccionar las condiciones requeridas para merecer el ascenso, “es muestra de poco espíritu militar”.²⁵⁷

²⁵³ Párrafos 18, 19 y 20 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²⁵⁴ Párrafo 21 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²⁵⁵ Art. 212, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²⁵⁶ Art. 213, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²⁵⁷ Art. 214, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

Cuando estuviere destacado en cursos, comisiones o unidades con mando orgánico no nacional, así como en maniobras combinadas en territorio nacional o extranjero, todo militar observará en su trato con los miembros de otros Ejércitos las mismas reglas de comportamiento que rigen en las Fuerzas Armadas nacionales.²⁵⁸

17. Principio de supremacía e incompatibilidades

Entre los deberes esenciales del estado militar, se halla el consistente en la “no aceptación ni el desempeño de cargos, funciones o empleos, ajenos a las actividades militares, sin autorización previa de autoridad militar competente”.²⁵⁹

Como puede verse, se trata de una obligación de contenido negativo, que reclama del militar un comportamiento omisivo. Alcanzando únicamente al personal en actividad, no así al en condición de retiro.

Es de destacar que fuera del derecho militar, en las normas civiles que regulan el ejercicio de diferentes profesiones encontramos no pocas veces, la referencia al presente principio. Como por caso, en el art. 3º inc. 4º de la ley 23.187, que sujeta el ejercicio de la abogacía en el ámbito de la Capital Federal, respecto de personas con estado militar, a lo que disponga las normas militares.²⁶⁰

Aquí ha de hablarse de lo que se denomina principio de supremacía de la prestación militar, respecto de toda otra actividad del personal castrense, carácter que el derecho militar argentino comparte con otras legislaciones por caso, la española. En la que se dispone que: “El militar de carrera en situación de actividad estará en disponibilidad permanente para el servicio. El ejercicio de cualquier otro cargo o profesión estará limitado por el régimen de incompatibilidades fijado en las disposiciones vigentes”.²⁶¹

Otras legislaciones²⁶², más restrictivas en la cuestión, hablan directamente de una incompatibilidad casi absoluta, entre el servicio militar con cualquier otra situación de trabajo u ocupación, entendidos estos términos en sentido amplio. Su razón se basa en que el personal militar debe poner al servicio del Estado, todas sus capacidades físicas e intelectuales en el cumplimiento de los deberes propios de la prestación militar.

Tal concepción parte asimismo, de considerar a la prestación militar como de carácter profesional en el sentido no ya de habitualidad, sino de permanente, resultando por tanto incompatible con el ejercicio de toda otra, con la sola excepción de las actividades en la vida civil que fueran necesarias para la actualización de los miembros del cuerpo profesional, por caso los médicos.

En el derecho militar italiano, tal incompatibilidad en sustancia veda cualquier otra actividad extracastrense de tipo lucrativo y carácter continuado. Abarcando asimismo la actividad de tipo autónomo, o formando parte de una sociedad. Quedan excluidas en cambio, las de carácter gratuito que no obstaculicen el debido cumplimiento de los deberes militares, así como las lucrativas de carácter ocasional, bajo igual parámetro.

²⁵⁸ Art. 191, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²⁵⁹ Art. 7º, inc. 5º, ley 19.101.

²⁶⁰ Art. 3º, ley 23.187: “No se podrá ejercer la profesión de abogado en la Capital Federal en los siguientes casos: a) por incompatibilidad: (...) 4. Los miembros de las Fuerzas Armadas e integrantes de sus tribunales, de sus cuadros u organizaciones (...) cuando las normas que regulen a dichas instituciones así lo dispongan”.

²⁶¹ Art. 221, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²⁶² Por caso, la italiana.

Tal incompatibilidad es respecto del personal militar y no por su situación de empleo, por lo que se extiende no sólo a las situaciones de servicio activo, sino también a los supuestos en que la relación de empleo militar se halla temporalmente suspendida.²⁶³ Aunque cabe señalar que tal postura de corte absoluta, ha sido puesta en debate desde la doctrina, con vistas a su flexibilización, principalmente respecto de militares que poseen una profesión universitaria.²⁶⁴

En la posición opuesta, el derecho castrense suizo establece como derecho a favor del militar en servicio, el cobrar una indemnización por la pérdida de ganancia que tal situación le trae respecto de sus ocupaciones privadas, la que se establece en cuanto a su medida por ley.²⁶⁵

Por ello en nuestra legislación castrense argentina adopta una postura intermedia, merced a la cual resulta posible el desempeño de cargos, funciones o empleos ajenos a las actividades militares, el personal en actividad, deberá solicitar autorización para desempeñar funciones o ejecutar tareas de cualquier orden, ajenas a las requeridas por necesidades de la institución militar, sean o no remuneradas, siempre que no mediere designación de autoridad competente.²⁶⁶

El principio es proclive a la aceptación, de no mediar perjuicio al cumplimiento de sus actividades militares. La autorización dada será en todos los casos, condicional a la ausencia de obstáculos para el servicio. Es por ello de carácter precario y revocable en todo tiempo por razones del servicio, a juicio discrecional de la autoridad militar.

Asimismo, en la normativa se especifica los casos en que no se hará lugar a tal autorización, principalmente en supuestos en que la actividad lesiona la ética militar, su imparcialidad de juicio, su lealtad a los deberes castrenses, o porque supone un doble empleo en el aparato estatal²⁶⁷.

²⁶³ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo VIII: Il Servizio Permanente [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_8.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: "Congelato" es el término utilizado en la fuente. Como ocurre en los supuestos de aspettativa, y sospensione dall'impiego, en el ordenamiento castrense italiano.

²⁶⁴ Rossi, Domenico, L'aggiornamento della normativa: limiti attuali e prospettive. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004, pág.13.

²⁶⁵ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003) . Titre troisième Droits et devoirs des militaires. Chapitre 1 Droits généraux. Art. 30 Indemnité pour perte de gain. 1º) Le militaire en service a droit à une indemnité pour perte de gain. 2º) L'indemnité pour perte de gain est réglée par la loi.

²⁶⁶ Párrafo 23 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²⁶⁷ Párrafo 26 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina). Siendo los mismos: 1º) Cuando dichas actividades se relacionen con representaciones, gestorías o patrocinios de personas o entidades de existencia real o jurídica que sean proveedores, contratistas o concesionarios de las Fuerzas Armadas, o que gestionen provisiones, contratos, concesiones o privilegios con los mismos; 2º) Cuando se prevea vinculación con entidades o personas que mantengan relaciones comerciales con las Fuerzas Armadas o pudiera reportar directa o indirectamente beneficios emergentes del patrocinio, representación, peritaje, etc., en juicios que los mismos mantengan contra aquella o contra la Nación; 3º) Cuando se trate de funciones que originen subordinación o dependencias, de una entidad o persona de carácter civil, oficial o privada, siempre que sea incompatible con la jerarquía del personal, a juicio de la autoridad que deberá conceder la autorización; 4º) Cuando sean incompatibles con la ética y profesión militar; 5º) Para ejercer cargos o empleos remunerados en el orden nacional, provincial, comunal o empresas del Estado, sin que esta prohibición alcance a las tareas docentes.

Se halla aceptado, también bajo condición de no afectar el servicio y con carácter precario, la realización de tareas docentes en establecimientos civiles, y el efectuar estudios o cursos, en dicho ámbito²⁶⁸.

18. Abstención de actividad política

Otra conducta de contenido negativo que se impone al militar como deber en virtud de su estado militar, es la “no aceptación y el desempeño de funciones publicas electivas y la no participación, directa o indirecta, en las actividades de los partidos políticos”.²⁶⁹

Dicha prohibición abarca al personal en actividad, no siendo extensible a los retirados.

Como se ha expresado desde la normativa militar española, dicho deber conlleva a que en ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo.²⁷⁰

Las prohibiciones mencionadas, no limitan la normal vinculación que deberá mantener el personal militar, en virtud del cargo, con las autoridades constituidas y otras personalidades, con prescindencia de la relación política que ellas puedan poseer.²⁷¹

Necesaria derivación de la abstención de actividades políticas, es el principio de neutralidad de los militares en la materia. Que lleva a entender que:

“Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, no tolerando aquellas que se refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas”.²⁷²

Es por ello que las fuerzas armadas deben mantenerse en toda circunstancia, fuera de las luchas y los debates políticos, pues la prohibición abarca no sólo la pertenencia, sino cualquier grado de participación, como el asistir a reuniones y manifestaciones de asociaciones y organizaciones políticas, el llevar a cabo propaganda a favor o contra partidos, asociaciones o candidatos. Por su parte, los candidatos a cargos electivos con estado militar (como podría suceder en nuestro país respecto de retirados), no pueden realizar actos de proselitismo dentro de ámbitos militares.²⁷³

²⁶⁸ Párrafo 28 a 30 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²⁶⁹ Art. 7º, inc. 6º, ley 19.101.

²⁷⁰ Art. 180 in fine, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²⁷¹ Párrafo 32 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²⁷² Art. 182, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²⁷³ En tal forma ha sido recogido por la legislación italiana en su Ley Nº 382 del 11 de julio de 1978, (publicada en Gazeta Oficial Nº 203 del 21 de julio de 1978) “Norme di principio sulla disciplina militare”, espresándose en su artículo 6: “Le Forze armate debbono in ogni circostanza mantenersi al di fuori delle competizioni politiche. Ai militari che si trovano nelle condizioni previste dal terzo comma dell'articolo 5 è fatto divieto di partecipare a riunioni e manifestazioni di partiti, associazioni e organizzazioni politiche, nonché di svolgere propaganda a favore o contro partiti, associazioni, organizzazioni politiche o candidati ad

Nuestra legislación castrense determina asimismo que dicha prohibición al personal en actividad, abarca a más de lo antes expresado, el ocupar cargos directivos o administrativos, asumir representaciones, inscribirse o figurar como adherente o afiliado, pública o reservadamente, en partidos políticos o agrupaciones de tal carácter; actuar o participar en actividades proselitistas; mantener vinculaciones públicas o políticas militantes; Usar en su vestimenta civil, distintivos o emblemas públicamente reconocidos como pertenecientes a agrupaciones políticas.²⁷⁴

19. Compromiso de servicio

En el orden de enunciación de la ley del personal militar, el último de los deberes del estado militar se halla constituido por “*la firma de un compromiso para prestar servicios por los lapsos y en las circunstancias que determine la reglamentación de esta ley*”.²⁷⁵

El compromiso de servicios resulta un acto jurídico convencional bilateral, propio y específico del derecho militar, por medio del cual el personal militar de carácter voluntario, se compromete a servir en la institución armada por un tiempo determinado en años, y como contraprestación a la realización de la institución militar de un hecho o acto que le beneficia (admisión, permanencia, ascenso, curso de capacitación). Su no cumplimiento por causal imputable al sujeto firmante (pedido de baja o retiro), hace nacer en la fuerza armada del caso, el derecho a ser indemnizada por los perjuicios, calculado sobre la base de la inversión que se ha realizado respecto de tal personal y el tiempo faltante de cumplir.

En virtud de su firma, la prestación militar voluntaria se transforma en obligatoria, por el período en ella definido.

20. Derecho al haber

La percepción de los haberes que para cada grado, cargo y situación corresponda, de acuerdo con las disposiciones legales.²⁷⁶, constituye otro de los derechos inherentes al estado militar. Así como la percepción del haber de retiro para sí y la pensión militar para sus deudos, de acuerdo con las disposiciones legales.²⁷⁷

Roma durante sus primeros tiempos, la prestación militar era no remunerada ni se obtenía contraprestación alguna de parte del Estado, hasta el siglo III a.C. en que el fisco tomó a su cargo el pago del equipo y la soldada.²⁷⁸

elezioni politiche ed amministrative. I militari candidati ad elezioni politiche o amministrative possono svolgere liberamente attività politica e di propaganda al di fuori dell'ambiente militare e in abito civile. Essi sono posti in licenza speciale per la durata della campagna elettorale. Ferme le disposizioni di legge riguardanti il collocamento in aspettativa dei militari di carriera eletti membri del Parlamento o investiti di cariche elettive presso gli enti autonomi territoriali, i militari di leva o richiamati, che siano eletti ad una funzione pubblica, provinciale o comunale, dovranno, compatibilmente con le esigenze di servizio, essere destinati ad una sede che consenta loro l'espletamento delle particolari funzioni cui sono stati eletti ed avere a disposizione il tempo che si renda a ciò necessario”.

²⁷⁴ Párrafo 31 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

²⁷⁵ Art. 7, inc. 7, ley 19.101.

²⁷⁶ Art. 8, inc. 5º, ley 19.101.

²⁷⁷ Art. 8, inc. 6º, ley 19.101.

²⁷⁸ Gran Enciclopedia Rialp Ger, Tomo VIII, voz ejército, Ediciones Rialp s.a., Madrid, 181, pág. 418.

La paga de los soldados, o *stipendium*, fue introducida por primer vez en el 406 a.C. durante el sitio de Veyes, para compensar a los hombres por la pérdida de sus ingresos habituales a lo largo de diez años de sitio.²⁷⁹

En nuestros días, carecería de todo asidero legal, imponer un servicio tan estricto en cuanto sus tareas, todas ellas de carácter más o menos riesgoso, indeterminado en cuanto a su lugar de cumplimiento y en cuanto al tiempo que de continuo pueden estar dedicados a ellas, como resulta la función militar, sin que el Estado correlativamente asumiese como deber a su cargo el hacer gozar a dicho personal castrense de una retribución acorde a la prestación que se les exige.

El alcance del derecho al haber lo encontramos desarrollado en otras legislaciones, donde se entiende que:

“El militar de carrera tendrá derecho a una retribución justa, equitativa y acorde con la preparación, la responsabilidad y la entrega absoluta que su quehacer profesional exige. Será fijada su analogía con los criterios que rigen en la Administración Civil del Estado y teniendo en cuenta las peculiaridades de la carrera militar.

*Los haberes son personales y sólo podrán ser retenidos o embargados en virtud de procedimiento judicial”.*²⁸⁰

Como consecuencia de dicho derecho, existe el de no tener que asumir el militar, los costos de los desplazamientos o similares cuando deba movilizarse, en virtud de actos del servicio. La relación entre ambos aspectos es tal, que en algunas legislaciones se halla normado en un mismo artículo.²⁸¹

A los efectos de su análisis, podemos distinguir en la materia de haberes, los relativos al personal en actividad, en retiro y lo atinente a la pensión militar. Trataremos a continuación al primero y último, dejando lo que respecta al de retirados, por razones de mayor claridad expositiva, cuanto tratemos *in totum* la problemática de dicha situación militar.

20.1. Haberes de actividad

El personal en actividad, percibirá el sueldo, suplementos generales, suplementos particulares y compensaciones que para cada caso determine la ley del personal militar y su reglamentación, así como aquellas otras asignaciones que por otras disposiciones legales correspondan a este personal. normas que deberán adecuarse a lo que fije anualmente la ley de presupuesto de la Nación.

La suma de aquellos conceptos que perciba la generalidad del personal militar en actividad, cuya enumeración y alcance se determinan en la reglamentación respectiva, se

²⁷⁸ Enciclopedia Barsa. Tomo VI, voz ejército, pág. 425.

²⁷⁹ Cornell, Tim y Matthews, John, Roma. Legado de un imperio. Volumen I, Ediciones folio, Barcelona, 1996, pág. 42.

²⁸⁰ Art. 220. Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²⁸¹ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003) : Art. 29 Entretien. 1. Les militaires en service reçoivent de l'Etat la solde et la subsistance. L'Etat pourvoit à leur logement et prend à sa charge leurs déplacements de service. 2. L'Assemblée fédérale édicte les dispositions relatives à la solde, à la subsistance, au logement et aux voyages de service (art. 149).

denominara haber mensual. El personal que deba prestar servicios en el extranjero percibirá su sueldo, suplementos generales, suplementos particulares y compensaciones, con aplicación del "coeficiente de conversión" sobre el total o parte de él, según lo determine la reglamentación de la ley.²⁸²

Se entiende por sueldo la asignación mensual que en tal concepto y con dicha denominación, fija la Ley de Presupuesto para cada grado de la jerarquía militar y con exclusión de todo otro emolumento.²⁸³

Los suplementos generales son una modalidad de remunerar, consistente en la agregación de una suma dineraria determinada al haber, fundada en la posesión por el beneficiario de determinada circunstancia de la vida castrense que resulta común a todo el personal militar²⁸⁴. De forma concordante, también se hallan previstos suplementos de particulares, a fin de retribuir al personal, que se halla en determinadas circunstancias que no son extensibles a la generalidad del personal militar.²⁸⁵

La ley establece asimismo, una norma de resguardo del sueldo militar, disponiendo que cualquier asignación que en el futuro resulte necesario otorgar al personal en actividad, cuando dicha asignación revista carácter general deberá acordarse, en todos los casos, en el rubro sueldo.²⁸⁶

Se halla dentro de las facultades del poder ejecutivo podrá crear, además, otros suplementos particulares en razón de las exigencias a que se vea sometido el personal como consecuencia de la evolución técnica de los medios que equipan a las fuerzas armadas, o por otros conceptos.²⁸⁷

²⁸² Art. 53, Ley 19.101. Capítulo IV. Haberes.

²⁸³ Art. 55, Ley 19.101. Capítulo IV. Haberes.

²⁸⁴ Ley 19.101, art 56: Suplementos generales. Los suplementos generales correspondientes al personal en actividad serán: 1º) el suplemento por tiempo minimizo cumplido: que lo percibirá a partir del momento que cumpla el tiempo minimizo de servicios correspondientes para su grado y agrupamiento y en el monto que determine la reglamentación de esta ley. 2º) el suplemento por antigüedad de servicios que lo percibirá en cada grado y en el monto y condiciones que determine la reglamentación de esta ley. 3º) el suplemento por grado máximo: que lo percibirá el personal comprendido en el artículo 16 inciso 2º) de la presente ley que, habiendo alcanzado el grado máximo permitido para su agrupamiento, excepto general de división o suboficial mayor o sus equivalentes, haya cumplido el tiempo mínimo establecido para dicho grado al personal con funciones de comando y en el monto que determine la reglamentación de esta ley. este suplemento no anula percepción del señalado en el inciso 2º) de este artículo.

²⁸⁵ Ley 19.101, art 54: Suplementos particulares. Los suplementos particulares correspondientes al personal en actividad serán: 1º) el suplemento por actividad arriesgada: que lo percibirá quien desarrolle actividades que impliquen normalmente un riesgo, y que será de la naturaleza, monto y condiciones que determine la reglamentación de esta ley; 2º) el suplemento por título terciario: que lo percibirá quien para el desempeño de sus funciones haya debido obtener un título terciario, universitario o no universitario, afín con las actividades a desarrollar, costado por sí mismo y sin interrumpir la prestación de sus servicios, o con anterioridad a su ingreso a las fuerzas armadas. este suplemento Serra del monto y condiciones que determine la reglamentación de esta ley; 3º) el suplemento por alta especialización o el suplemento por zona o ambiente insalubre o penoso: que lo percibirá quien tenga a su cargo tareas que signifiquen alta especialización y sean cumplidas sin perjuicio de las que por su agrupamiento le corresponda, o cuando desempeñe sus tareas en ambientes o zonas insalubres o penosas. estos suplementos serán del monto y condiciones que determine la reglamentación de esta ley.

²⁸⁶ Art. 54, ley 19.101.

²⁸⁷ Art. 57, inc. 4º, ley 19.101.

La legislación militar prevé también, que el personal que deba realizar gastos extraordinarios, deberá ser compensado por ello, en la forma y condiciones que determine la reglamentación de la ley.²⁸⁸

20.2. Haber de pensión. Derecho de pensión de deudos

Es aquí donde la proyección del estado militar salen de la persona que lo inviste, y alcanzan a otras personas que si bien carecen de él, tienen determinada relación con el militar.

A diferencia de la pensión civil, no resulta la muerte del personal militar la causa del nacimiento del derecho, sino la pérdida de su estado militar. Siendo el único aspecto del mismo, que sobrevive a la extinción de dicha situación jurídica.

El personal militar que resulta hábil para hacer nacer respecto de sus familiares el derecho a la pensión militar es²⁸⁹:

- 1º) El personal del cuadro permanente (superior, subalterno y alumnos), en cualquier situación de actividad.
- 2º) El personal de la reserva, mientras esté incorporado o cuando a consecuencia de un acto de servicio tuviese una disminución en su capacidad para la vida laboral civil.
- 3º) El personal de la reserva fuera de servicio, siempre que sea procedente de los cuadros permanentes y con derecho a un haber de retiro de acuerdo con lo prescrito por esta ley.

La ley militar, asimismo, establece un orden de prelación propio respecto de los familiares del personal militar con derecho a pensión, que se aparta del orden sucesorio del derecho civil, a fin de recoger las particularidades propias del ámbito militar. Comenzando en la esposa, siguiendo en línea descendente hasta los nietos, luego la madre viuda o padre viudo, y por último a los hermanos.²⁹⁰

²⁸⁸ Art. 58, ley 19.101.

²⁸⁹ Art. 81, ley 19.101.

²⁹⁰ Tienen el derecho a pensión: 1º) La esposa, siempre que, en virtud de sentencia emanada de autoridad competente, no estuviere separada o divorciada por su culpa y el esposo septuagenario o incapacitado definitivamente para el trabajo y siempre que en virtud de sentencia emanada de autoridad competente, no estuviera separado o divorciado por su culpa. 2º) Los hijos y también las hijas cuando sean solteras, nacidos dentro o fuera del matrimonio o adoptivos, menores de edad, y los mayores incapacitados definitivamente para el trabajo. 3º) Los nietos y también las nietas cuando sean solteras, que sean hijos legítimos, huérfanos de padre y madre, hayan sido estos últimos hijos matrimoniales o extramatrimoniales del causante, menores de edad, y los mayores incapacitados definitivamente para el trabajo; o cuando siendo mayores y hasta los veintiséis años, cursen regularmente estudios de nivel terciario, no universitario o universitario. Si fueren huérfanos de padre o madre, también tendrán derecho en todos los casos precedentemente mencionados, conforme a lo siguiente: a) Si el que sobrevive fuere la madre, ésta deberá carecer de medios propios de subsistencia, conforme lo determine la reglamentación de la presente ley; b) si el sobreviviente fuere el padre, a más del requisito del apartado anterior, deberá encontrarse definitivamente incapacitado para el trabajo. 4º) Los hijos y también las hijas cuando sean solteras, nacidos dentro o fuera del matrimonio o adoptivos, mayores de edad y hasta los veintiséis años, mientras cursen regularmente estudios de nivel terciario, no universitario o universitario. 5º) Las hijas nacidas dentro o fuera del matrimonio o adoptivas, que siendo solteras hubiesen convivido con el causante en forma habitual y continuada durante los diez años anteriores

Pero desde los nietos en adelante, tal derecho se halla supeditado a que carezcan de medios propios de subsistencia, y hayan estado total o parcialmente a cargo del militar fallecido o dado de baja, la muerte de éste o su baja hubiere reducido en un cincuenta por ciento o más sus medios de subsistencia, aunque pudieran demandar derechos alimentarios a terceros. No aplicándose tales exigencias en el caso de deudos del personal por causa de

inmediatos a su deceso o baja, si en ese momento tuvieran cumplida la edad de cincuenta años. 6º) Las hijas nacidas dentro o fuera del matrimonio o adoptivas que, siendo viudas, separadas o divorciadas por culpa exclusiva del esposo en virtud de sentencia emanada de autoridad competente, se hallaren incapacitadas definitivamente para el trabajo. 7º) La madre viuda, separada o divorciada sin culpa, y/o el padre, legítimo o natural, septuagenario o incapacitado definitivamente para el trabajo. 8º) La madre natural que no hubiere contraído matrimonio o fuere viuda en el momento de fallecer el causante, o enviudare con posterioridad. 9º) Los hermanos y también las hermanas cuando sean solteras, menores de edad. 10º) Los hermanos y también las hermanas cuando sean solteras, mayores de edad, incapacitados definitivamente para el trabajo. 11º) Las hermanas viudas, cuando se hallaren incapacitadas definitivamente para el trabajo. (art. 82, ley 19.101). La concubina, por su parte, tiene los derechos que la legislación común le consagra.

Respecto de las concurrencias el haber de pensión se concederá al: 1º) Cónyuge supérstite en concurrencia con los hijos y nietos. 2º) Cónyuge supérstite en concurrencia con los hijos, no existiendo nietos. 3º) Cónyuge supérstite, en concurrencia con los nietos, no existiendo hijos. 4º) Cónyuge supérstite, en concurrencia con los padres, no existiendo hijos, ni nietos. 5º) Cónyuge supérstite, no existiendo hijos, nietos, ni padres. 6º) A los hijos, en concurrencia con los nietos no existiendo Cónyuge supérstite. 7º) A los hijos, no existiendo Cónyuge supérstite ni nietos. 8º) A los nietos, no existiendo Cónyuge supérstite ni hijos. 9º) A los padres, no existiendo Cónyuge supérstite, hijos, ni nietos. 10º) A las hermanas y/o hermanos, no existiendo Cónyuge supérstite, hijos, nietos, ni padres (Art. 86, ley 19.101). Si uno de los concurrentes falleciere o perdiera su derecho a pensión, su parte acrecentará la de sus cobeneficiarios. (Art. 88, ley 19.101).

En cuanto a su distribución: 1º) En caso de concurrencia del cónyuge supérstite e hijos nacidos dentro del matrimonio o adoptivos y nietos, corresponderá la mitad al cónyuge supérstite y la otra mitad, se distribuirá entre los hijos por partes iguales, asignándose a los nietos la parte de pensión que le hubiere correspondido a su padre o madre si viviesen, aunque estos no tuviesen derecho a la misma y entre ellos por partes iguales. Si la concurrencia fuere con hijos nacidos fuera del matrimonio, se asignará a éstos la parte que les corresponda por aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 8 de la ley 14.367, y los hijos de éstos recibirán en conjunto la parte que a sus padres premuertos le hubiere correspondido, conforme a lo expresado en la última parte del párrafo anterior. 2º) En caso de concurrencia del cónyuge supérstite e hijos nacidos dentro del matrimonio o adoptivos, la mitad corresponderá al cónyuge supérstite y la otra mitad se dividirá por partes iguales entre los hijos. Si la concurrencia fuere con hijos matrimoniales y extramatrimoniales la mitad del haber de pensión correspondiente a los hijos se regirá por aplicación análoga del artículo 8º de la ley 14.367. Si la concurrencia fuere sólo con hijos extramatrimoniales, la citada mitad se distribuirá entre éstos por partes iguales. 3º) En caso de concurrencia del cónyuge supérstite y nietos, la mitad corresponderá al cónyuge supérstite y la otra mitad se distribuirá entre los nietos, por estirpes y, en su caso, de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo del inciso 1º del presente. 4º) En caso de concurrencia del cónyuge supérstite y los padres del causante con derecho a pensión, los dos tercios del haber de pensión corresponderán al cónyuge supérstite y el tercio restante a los padres. 5º) En caso de concurrir solamente el cónyuge supérstite, el haber de pensión le corresponderá íntegramente a él. 6º) En caso de concurrencia de hijos y nietos, el total del haber de pensión se distribuirá entre ellos y considerando a los nietos como representando a su padre, a los efectos de determinar la porción que corresponda, y aplicándose en su caso lo dispuesto por el artículo 8º de la ley 14.367. 7º) En caso de concurrencia de hijos nacidos dentro del matrimonio y adoptivos, el haber de pensión se dividirá por partes iguales entre los mismos. Si también concurrieran hijos nacidos fuera del matrimonio se procederá por analogía con lo prescrito en el artículo 8º de la ley 14.367. 8º) Si sólo concurren nietos, el total del haber de pensión se distribuirá entre ellos por estirpes y, en su caso, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8º de la ley 14.367, y dentro de cada estirpe por partes iguales. 9º) En caso de concurrencia del padre y madre con derecho a pensión, el haber de pensión corresponderá íntegramente a éstos por partes iguales. 10º) En caso de concurrencia de hermanas y/o hermanos con derecho a pensión, el haber de pensión les corresponderá íntegramente por partes iguales (Art. 87, ley 19.101).

accidente en virtud de acto del servicio incapacitante por más de un 66% para la vida laboral civil, respecto de alumnos y personal de servicio militar obligatorio.²⁹¹

Con la sola excepción de la madre soltera o viuda y el padre septuagenario o incapacitado definitivamente para el trabajo²⁹², se concurre a ejercitar su derecho a pensión con arreglo a la situación existente al día del fallecimiento o de la baja del causante, no pudiendo con posterioridad al mismo concurrir a ejercitar ese derecho, cuando no lo tuvieron en aquel momento.²⁹³

Asimismo, el derecho a pensión se pierde en forma irrevocable²⁹⁴, cuando la causa o algún requisito esencial que la ley tuvo en miras al concederlo, desaparece. Con la sola excepción de la adquisición de estado religioso, que sólo la suspende en tanto tal situación jurídica se mantenga.²⁹⁵

Los haberes de pensión se liquidarán desde la fecha del fallecimiento o de la baja del causante, sin perjuicio de aplicarse las disposiciones legales pertinentes en materia de prescripción cuando así corresponda. Si el derecho a la pensión se hubiere originado con posterioridad al fallecimiento o a la baja del causante, la pensión se liquidará desde la fecha en que se produjo el hecho que motivó el derecho a ella. Si otro familiar justificara un derecho a participar de una pensión ya concedida, el beneficio se otorgará desde la fecha de presentación de su solicitud.²⁹⁶

Asimismo, y tal como lo ha expresado la jurisprudencia:

*“El estado toma a su cargo la asistencia de los deudos del militar fallecido en actos de servicio con la liberalidad adecuada, en el entendimiento de que a la condición militar debe acordársele, por su naturaleza, dicha prerrogativa”.*²⁹⁷

Resulta un beneficio inembargable y no responde por las deudas contraídas por el causante, salvo en los casos de alimentos y litis expensas, u obligaciones a favor de la Nación o del Instituto de Ayuda Financiera para el pago de Retiros y Pensiones Militares, cualesquiera fueren las causas. Todo haber de pensión es personal y será nula la cesión o

²⁹¹ Art. 83, ley 19.101.

²⁹² Art. 82, inc. 7º y 8º, ley 19.101.

²⁹³ Art. 84, ley 19.101.

²⁹⁴ por fallecimiento en todos los casos; respecto del cónyuge supérstite, el día que contrajere nuevas nupcias; por la desaparición de los requisitos referidos a edad o estado civil determinantes de su otorgamiento y goce, a partir de la fecha en que ello ocurra; respecto de hijos y nietos solteros, el día que cumplan los veintiséis años de edad, o en la fecha de finalización o abandono de los estudios si ello hubiera ocurrido antes; y respecto de aquellos cuya carencia de medios de subsistencia sea condición de su otorgamiento, desde el día que se compruebe que poseen medios propios de subsistencia suficientes que hagan innecesaria la pensión; por ausentarse del país sin autorización del Jefe del Estado Mayor General de la respectiva fuerza armada, salvo las excepciones que determine la reglamentación de la ley; por tomar estado religioso y mientras dure tal situación; por condena a la pena de inhabilitación absoluta, con carácter de principal o de accesoria, pudiendo renacer el derecho en los casos de rehabilitación, conforme a lo dispuesto sobre el particular por el Código Penal de la Nación; o por condena a la pérdida de los derechos inherentes a la ciudadanía argentina; por vida deshonesto del o de la pensionista, comprobada mediante información administrativa (Art. 85, inc. 1º a 5º y 7º a 8º, ley 19.101).

²⁹⁵ Art. 85, inc. 6º, ley 19.101.

²⁹⁶ Art. 90, ley 19.101.

²⁹⁷ CSJN, 01704/1975. ED, 61-570.

traspaso que se pretenda hacer de él por cualquier causa que sea.²⁹⁸ Es móvil, sufriendo por tanto las variaciones que resulten como consecuencia de los aumentos o disminuciones que se produzcan en el haber mensual y suplementos generales, del grado con que fue calculado.²⁹⁹

21. Personal en situación de retiro

Respecto del personal militar, actividad es la situación en la cual el personal militar tiene la obligación de desempeñar funciones dentro de las instituciones militares o cubrir los destinos que prevean las disposiciones legales y reglamentarias. En tanto retiro es la situación en la cual el personal militar sin perder su grado ni estado militar, cesa en las obligaciones propias de la situación de actividad, salvo los casos previstos en esta ley y su reglamentación.³⁰⁰

En el derecho romano existían tres formas de licenciamiento o de abandonar la institución militar: la honrosa, al cumplir el tiempo de servicio o por concesión especial; por invalidez, al pasar a ser menos idóneo para el servicio por motivos físicos o psíquicos; y la deshonrosa, cuando se es expulsado del ejército por cometer algún delito.³⁰¹

El militar honrosamente licenciado se denominaba veterano, siendo el más lejano antecedente del personal en situación de retiro de nuestros días, implicando su situación una serie de privilegios, tanto de consideración social, como fiscales y hasta penales. Frecuentemente a los licenciados por invalidez también se les consideraba honrosamente licenciados

En Roma existía un registro en el que se inscribían todos los soldados licenciados honrosamente.

Los soldados romanos, a partir de Mario, solían recibir al licenciarse, junto con la ciudadanía los que no la tuvieran, un premio consistente bien en tierras, bien en dinero, bien en ambas cosas. Si bien durante la República tales gratificaciones no estuvieron establecidas con carácter permanente, dependiendo de la situación política y del peso de cada general, la obtención de estos beneficios para sus veteranos.

Augusto institucionalizó los haberes de los soldados mediante la creación del erario militar, consistente en un fondo de pensiones que permitía a la administración imperial hacer frente, de forma sistemática, a sus obligaciones con los veteranos, el que no se nutría de aportaciones de los soldados, ni tampoco con aportaciones directas del ejército, sino de lo recaudado en concepto de la *Vicesima hereditatium*, impuesto censal del cinco por ciento sobre las herencias de los ciudadanos y de la *Centesima rerum venalium*, impuesto del uno por ciento sobre la venta de mercancías.³⁰²

²⁹⁸ Art. 91, ley 19.101.

²⁹⁹ Art. 94, ley 19.101.

³⁰⁰ Art. 5, in fine, ley 19.101.

³⁰¹ Digesto 49.16.13.3: “Missionum generales causae sunt tres: honesta causaria ignominiosa. Honestae est, quae tempore militiae impleto datur: causaria, cum quis vitio animi vel corporis minus idoneus militiae renuntiatur: ignominiosa causa est, cum quis propter delictum sacramento solvitur. Et is, qui ignominia missus est, neque Romae neque in sacro comitatu agere potest. Et si sine ignominiae mentione missi sunt, nihilo minus ignominia missi intelleguntur”.

³⁰² Cañas Navarro, Aspectos jurídico-censales en el Ejército romano, Revista de Historia Militar Nº 90 [Online]. Disponible desde <http://personal.telefonica.terra.es/web/ihycm/revista/90/>. [Consultado: 23 de marzo de 2004].

Como nos expresa Sarceda³⁰³:

“Si intentamos definir al retiro por analogía con la jubilación, podemos referirnos a la circunstancia de que ambos implican una situación de hecho consistente en la cesación de la prestación del servicio activo. No obstante, a diferencia de la jubilación -cuya única consecuencia es él haber-, en el retiro, el cumplimiento o no de ciertos recaudos extras genera diferentes derechos y obligaciones, entre los cuales se incluye la posibilidad o no de gozar del consabido haber”.

El retiro puede cumplirse sin derecho al haber, circunstancia que es incompatible con la esencia de cualquier régimen jubilatorio. Persiste además en tal situación un estado militar con particularidades propias, que pone en cabeza del retirado deberes y derechos de orden castrense.

En cuanto a sus efectos al interior de la institución militar, el retiro se reputa como definitivo, por cuanto cierra el ascenso y produce vacante en el grado y agrupamiento a que pertenencia el causante en actividad, pudiendo solo podrá volver a la actividad en caso de convocatoria.³⁰⁴ La que se llevará a cabo excepcionalmente durante el estado de guerra o cuando las circunstancias permitan deducir la inminencia del estado de guerra y en caso de emergencia nacional, debiendo ser dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional.

También a diferencia de la jubilación, no es incompatible con el ejercicio de otras tareas en el ámbito civil, e incluso de carácter castrense, desde que el personal militar en situación de retiro podrá ser llamado a prestar servicios para desempeñarse en cargos o funciones que no están previstos expresamente para el personal militar en actividad.³⁰⁵ La aceptación de dichos cargos y funciones será voluntaria, teniendo carácter de excepción, si los efectivos del personal militar en actividad no fuesen suficientes para cubrir las necesidades orgánicas o cuando, por la índole de las tareas a cumplir, resulte conveniente que sean desempeñadas por personal militar en retiro. No pudiendo ocupar en ningún caso, cargos que impliquen el ejercicio de funciones de comando.

Es por ello que el retiro se no encuadra en el concepto de jubilación, entendida ésta como *"una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario, como contraprestación de su actividad laboral, una vez cesada ésta y como débito de la comunidad por dicho servicio"*³⁰⁶, y sólo se la puede asimilar al derecho al goce del beneficio si excluimos, de las cercanías de éste, el conglomerado de derechos y obligaciones impuestas a los retirados por las normativas orgánicas. Por lo que se ha entendido que los regímenes de retiro no son un mero capítulo de las leyes previsionales, ya que, por el contrario, se presentan como sustancialmente inescindibles de las respectivas leyes orgánicas³⁰⁷.

³⁰³ Sarceda, Ricardo, Derecho previsional militar y de seguridad, Tomo I Retiros, Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 1/2

³⁰⁴ Art. 61, ley 19101.

³⁰⁵ Art. 62, ley 19.101.

³⁰⁶ CSJN, "Fallos", 265-256, 279-359, 293-26, 300-84, 305-1-292. Cit por Sarceda, Ricardo, Derecho previsional militar y de seguridad, Tomo I Retiros, Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 2.

³⁰⁷ CSJN, "Fallos", 295-439. Cit por Sarceda, Ricardo, Derecho previsional militar y de seguridad, Tomo I Retiros, Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 3.

El personal militar de cuadro permanente podrá pasar de la situación de actividad a la de retiro, a su solicitud o por imposición de esta ley; pudiendo ser el retiro voluntario u obligatorio, los que podrán ser a su vez, con derecho al haber de retiro o sin él.³⁰⁸

El derecho al haber de retiro surge como consecuencia de la prestación de un número determinado de años de servicios militares, y de otras causales especiales, diferenciándose en las hipótesis de retiro obligatorio y voluntario, siendo en este último caso más gravosos los requisitos.³⁰⁹

En cuando al retiro voluntario, el personal superior y subalterno del cuadro permanente podrá pasar a situación de retiro a su solicitud, cuando haya computado quince o más años de servicios militares simples y haya cumplido el compromiso de servicio.³¹⁰

El retiro obligatorio abarca diversas hipótesis, que si bien resultan heterogéneas en cuanto a sus causas (accidentes, condenas penales, etc) tiene en común denominador de emplazar a la persona alcanzada, en una situación de inhabilidad (física, moral, por haber alcanzado grado máximo de carrera y no exigir otro cargo para cubrir que en el que acaba de cesar, por necesidad institucional de seleccionar para producir vacantes) para continuar prestando servicios militares activos en el cuadro permanente.³¹¹

³⁰⁸ Conf. Art. 64, ley 19.101. En relación a ello, el pase del personal de la situación de actividad a la de retiro será dispuesto por el poder ejecutivo o la autoridad en la cual este delegue tal facultad, en los casos de retiro obligatorio. el retiro voluntario y la prestación de servicios en situación de retiro y su cesación, serán dispuestos por el respectivo jefe de estado mayor general, según corresponda, previo asesoramiento, en el caso de la prestación de servicios en situación de retiro, de los organismos que determinen al efecto las respectivas reglamentaciones jurisdiccionales (Art. 63, ley 19.101.). Los trámites de retiro obligatorio por inutilización absoluta no podrán ser suspendidos. cuando el causante se encuentre procesado en jurisdicción militar podrá suspenderse el tramite de retiro voluntario u obligatorio. en este ultimo caso simultanea y automáticamente queda suspendido el computo de tiempo de servicio. los demás tramites de retiro solo podrán ser suspendidos por el poder ejecutivo, en forma general para todo el personal, durante el estado de guerra o de sitio, o cuando las circunstancias permitan deducir la inminencia del estado de guerra (Art. 65, ley 19.101).

³⁰⁹ Art. 75, ley 19.101. El personal superior y subalterno, del cuadro permanente tendrá derecho al haber de retiro cuando: 1. En el retiro voluntario: tenga computados como mínimo veinticinco años simples de servicios militares, tenga como mínimo un año de antigüedad en el grado, a excepción de los oficiales en los grados de general o equivalente, y haya cumplido el compromiso de servicio. 2. En el retiro obligatorio, haya pasado a esta situación por: a) Inutilización para el servicio. b) Estar comprendido en el artículo 24, cuando según sus prescripciones debe ser reincorporado en retiro. c) Causas no comprendidas en los apartados anteriores de este inciso y tenga computados quince años de servicios militares simples.

³¹⁰ Art. 66, ley 19.101.

³¹¹ Art. 67, ley 19.101. Siendo las causales las siguientes: 1º) el teniente general, almirante y brigadier general que ocupen los máximos cargos de sus respectivas fuerzas, cuando cesaren en los mismos, salvo que soliciten su retiro; 2º) cuando fuere necesario producir vacantes, los oficiales superiores y oficiales jefes que obtuvieron las ordenes de meritos más bajos; 3º) los que merezcan calificaciones como "Inepto para las funciones de su grado", "Eliminado para producir vacantes" o "No apto para permanecer en actividad" u otras que de acuerdo con la reglamentación de esta ley, determinen su pase a retiro; 4º) el personal dado de baja por condena ante un tribunal que trae aparejado destitución, o por pérdida de los derechos de la ciudadanía, cuando se pruebe ante tribunal competente que su condena o pérdida fue motivada por error, y no pueda ser reincorporado en actividad, por haberse superado el plazo de dos años (art. 24 ley 19.101) desde el acaecimiento del acto o no se hallar en condiciones de volver a actividad; 5º) el personal con licencia por enfermedad causada por actos del servicio por hasta dos años (apartado b), inciso 1º), art. 38), cuando, vencido el término de la licencia que les ha sido concedida, no se encuentran en condiciones de retornar el servicio efectivo; 6º) los comprendidos en situación de revista pasiva, por ocupar cargo no relacionados a las Fuerzas Armadas, por licencia por enfermedad no relacionada con el servicio, con licencia por asuntos personales, o con licencia especial para el personal femenino por no contar en el lugar que el esposo trabajó

El personal de alumnos y el de la reserva incorporada no procedente de los cuadros permanentes (convocado o en servicio militar obligatorio), no podrá pasar a situación de retiro; sin embargo, si al ser dado de baja como tal, estuviera disminuido para el trabajo en la vida civil por actos del servicio militar, percibirá una suma en carácter de haber mensual o de indemnización, de acuerdo a la naturaleza de dicha incapacidad.³¹²

El derecho al haber de retiro se pierde, indefectiblemente, cuando el militar, cualquiera sea su grado, situación de revista y tiempo de servicios computados es dado de baja. Es decir por pérdida del estado militar. Si el causante tuviera miembros de familia con derecho a pensión, éstos gozarán de dicho haber de pensión, salvo que la baja haya sido dispuesta a solicitud del causante.³¹³

La percepción del haber de retiro y los beneficios previsionales emergentes de la ley 20572, no son acumulables, debiéndose optar por alguno de ellos, con carácter definitivo. De no ejercerse la misma por parte del causante o su derecho habientes, se entenderá de pleno derecho que se ha optado por el beneficio previsional civil.³¹⁴

Sí podrá acumular a su haber de retiro, una jubilación emergente de regímenes para trabajadores autónomos o en relación de dependencia, no pudiendo la suma de los haberes de las prestaciones acumuladas, superar el haber mensual y suplementos generales máximos del grado de General de Brigada. A tal efecto, cuando corresponda, se reducirá, exclusivamente, el haber del beneficio civil hasta que, adicionado al de la prestación militar que perciba el beneficiario, alcance el límite señalado salvo que de ese modo aquel beneficio quedara reducido a un monto inferior al mínimo legal. Supuesto en que el haber del beneficio civil será igual al mínimo que otorgue el régimen previsional de que se trate.³¹⁵

La diferencia entre estado militar y régimen de servicio, adquiere especial importancia a los efectos de explicar lo referente a la situación del retiro, en que el personal cesa definitivamente en el régimen de servicio (evaluaciones, ascensos, destinos, entre otros tópicos), pero no por ello pierde el grado que ha adquirido, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Por ello el militar retirado es un centro de imputación jurídica que constituyen un estado militar particular, que conserva determinados contenidos del estado militar general, o propio de la actividad militar.

Se trata el suyo de un estado militar atenuado, desde que no se halla obligado a la prestación de funciones militares.³¹⁶

con destino militar, cuando, vencido el término fijado por los mismos, continúan en la misma condición y siempre que no corresponda la baja por tener más de quince años de servicios simples; 7º) El personal castigado con suspensión de empleo durante el tiempo de la sanción, o en prisión preventiva, o condenado a pena de delito que no lleve como accesoria la baja o destitución, cuando, no puedan volver al servicio efectivo; 8º) El personal superior del cuadro permanente que determine el poder ejecutivo, por razones que surjan de sanciones de los tribunales de honor, deba pasar a situación de retiro.

³¹² Art. 68, ley 19.101.

³¹³ Art. 80, ley 19.101.

³¹⁴ Art. 80 bis inc. 1, ley 19.101.

³¹⁵ Art. 80 bis inc. 2, ley 19.101.

³¹⁶ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XX: Il Congedo [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_20.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: "Il militare che cessa dal servizio permanente e viene collocato in congedo non per questo recide ogni legame con l'amministrazione militare. La differenza tra rapporto di impiego e stato giuridico assume una sua rilevanza specifica nel momento in cui devono essere illustrate le categorie di

Tal atenuación³¹⁷ se da principalmente en cuanto a sus deberes, pero también respecto a sus derechos que guardan relación con la prestación de funciones militares.

Continúa siendo obligatoria la sujeción a la jurisdicción militar y disciplinaria, en lo pertinente a su situación de revista, y además, para el personal superior, a la jurisdicción de los tribunales de honor.³¹⁸ Ya que el estado militar de los retirados, los sujeta a las normas legislativas que gobiernan las fuerzas armadas, con arreglo a lo dispuesto en la Constitución Nacional, que atribuye al Congreso la facultad de formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de aquéllas, cuyo ejercicio solamente está limitado por la prohibición de legislar sobre fueros personales. Y en mérito a esa atribución, el Congreso ha dictado el Código de Justicia Militar y ha podido establecer en qué casos los militares retirados quedan sometidos a la jurisdicción castrense, en virtud de determinadas infracciones que afectan o pueden afectar los intereses superiores de la disciplina.³¹⁹ Acaso éste sea el deber de mayor importancia que sigue manteniendo.

Ha dicho, en virtud de ello, la jurisprudencia:

“El personal militar en situación de retiro conserva -mientras no solicite la baja- su estado militar, esto es, la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos para el personal que ocupa un lugar en las jerarquías de las Fuerzas Armadas (arts. 5to., 6to. Y 10, ley 19101) y tiene como contrapartida la obligación de sujetarse "a la jurisdicción militar y disciplinaria en lo pertinente a su situación de revista, y además, para el personal superior, a la jurisdicción de los tribunales de honor", (arts. 109, inc. 5to. Cód. De justicia militar y 9no. Inc. 1ro., 95 y 96, ley 19101)”³²⁰

Por el contrario, en lo que respecta a la aceptación y ejercicio de funciones del servicio militar, pasa a resultar voluntaria. Resultando obligatoria sólo en los casos de convocatoria, situación ésta en la que únicamente podrá ejercer funciones de comando.³²¹

Carece de facultades disciplinarias, salvo en el caso que desempeñe funciones del servicio militar, en que las tendrá solamente con respecto al personal directamente a sus ordenes.³²² Ello no obsta a que pueda solicitar la imposición de sanciones disciplinarias, al mando del organismo de destino de quien desea sancionar.³²³

militari in congedo, poiché se il militare interrompe definitivamente il rapporto di impiego, non per questo perde il grado sino ad allora acquisito, con tutte le conseguenze giuridiche ad esso riconnesse. Il militare in congedo, in effetti, è un centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive che costituiscono uno stato giuridico particolare, per tale motivo conserva per determinati effetti lo status di militare.

“Si tratta di uno status attenuato, poiché l’interessato non è nella pienezza delle funzioni militari, con tutti i diritti e i doveri connessi, ma partecipa soltanto di alcuni obblighi e gode ancora di alcune prerogative formali”.

³¹⁷ Por ello la ley 19.101, en su artículo 9, habla que “para el personal en situación de retiro regirán las siguientes limitaciones y extensiones a los deberes y derechos prescriptos por los artículos 7º y 8º de esta ley” (los relativos a los deberes y derechos del estado militar).

³¹⁸ Art. 9, inc. 1º, ley 19.101.

³¹⁹ CSJN, Fallos 236:588 (“Raviolo Audisio”).

³²⁰ CSJN, 29/06/1989, ED 134-631.

³²¹ Art. 9, inc. 2º, ley 19.101.

³²² Art. 9, inc. 3º, ley 19.101.

³²³ Párrafo 41 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

Asimismo, puede desempeñar funciones públicas o privadas, ajenas a las actividades militares siempre que sean compatibles con el decoro y la jerarquía militar, con excepción del personal, con una disminución laboral mayor al 76%, que no podrá desempeñar actividad laboral alguna en la administración pública nacional, provincial o municipal.³²⁴

En todos los casos, no podrá desempeñar funciones públicas o privadas que de algún modo lesionen la jerarquía militar y el decoro que debe caracterizarla.³²⁵

No puede usar la denominación de su grado, uniforme, insignias, atributos o distintivos, en acto o giras de carácter comercial o político, ni en manifestaciones públicas, salvo aquellas expresamente permitidas por las reglamentaciones vigentes.³²⁶

En relación a ello se halla asimismo establecido que cuando el personal en retiro deba utilizar el título del grado que posee, aclarará su situación de revista, agregando la letra (R) cuando sea por escrito y verbalmente en los demás casos.³²⁷

22. Reserva

Como encontramos en la obra de Cabanellas³²⁸, respecto del uso de término en el ámbito militar: “*Si la voz reserva se pluraliza en táctica y estrategia, se singulariza siempre para referirse a determinadas situaciones administrativas*”. Entendiéndose en tal caso su alcance, como referido a una parte de las fuerzas armadas cuyo personal se encuentra en una especial situación respecto de la prestación militar.³²⁹

Hemos visto la naturaleza de su composición en el capítulo V y tratado los aspectos relativos a la reserva incorporada, conjuntamente con el personal del cuadro permanente, en lo atinente a su régimen de servicio. Por lo que resta ahora referirnos al componente de la misma que se halla fuera de servicio.

Ella representa la parte de la reserva en el sentido que habitualmente se da al término en materia de personal militar, es decir, la constituida por el personal que no está en servicio activo, pero que puede ser llamado a filas o movilizado en tiempo de guerra u otra situación excepcional.³³⁰

Cabe recordar que para la persona de la reserva, su pase a situación fuera de servicio implica la pérdida del estado militar.³³¹ Sin embargo, a diferencia de la baja que supone su cese total y absoluto, dicha causa de cese no extingue por completo el complejo de deberes y derechos que conforman el estado militar, manteniéndose algunos de ellos de modo residual, con un carácter sumamente acotado.

³²⁴ Art. 9, inc. 4º, ley 19.101.

³²⁵ Párrafo 42 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

³²⁶ Art. 9, inc. 5º, ley 19.101.

³²⁷ Párrafo 43 de la RLA1 (Reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea Argentina).

³²⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre. Con el asesoramiento y consulta de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Tomo IV. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, pág. 293.

³²⁹ De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 144.

³³⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre. Con el asesoramiento y consulta de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Tomo IV. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, pág. 291/2.

³³¹ Art. 10, ley 19.101.

Es por ello que en la ley de personal militar, a continuación de asignarle al pase a condición fuera de servicio, el efecto jurídico extensivo del estado militar, expresa:

*“El personal de la reserva, aun cuando no tenga estado militar por encontrarse fuera de servicio, estará sujeto a las sanciones especiales que esta ley establece para los casos de conducta incompatible con la conservación del grado. Asimismo, tendrá la obligación de cumplir con las exigencias que determinan las leyes de la nación tendientes a su instrucción y adiestramiento”.*³³²

De ello se deriva que mantiene un derecho al uso del grado, acotada a sus relaciones con la autoridad militar, no pudiendo usarlo en circunstancias ajenas a ella, debiendo a continuación del grado debe agregar la palabra "reserva"³³³

Tal derecho tiene como correspondencia, el estar sujeto a un régimen disciplinar específico, destinado en lo sustancial, no a sancionar a la persona, sino a establecer si su conducta resulta compatible con el formar parte de las reservas de las FFAA. Por lo que las sanciones no resultan susceptibles de afectar a la persona en sí, sino a sus derechos respecto del grado y de mantenerse en la reserva.

Se halla obligado asimismo el reservista, a la realización de ciertas actividades de instrucción y adiestramiento, a regirse por lo estipulado en la Ley de Servicio Militar y su Reglamentación. En tales casos o cuando vista uniforme, se hallará sujeto a la jurisdicción disciplinaria militar, con las salvedades que su régimen especial imponga.

³³² Art. 11, ley 19.101.

³³³ Párrafo 45, de la RLA 1, reglamentación de la ley 19.101 para la Fuerza Aérea.

CAPÍTULO VII

Proyección extrainstitucional de estado militar, en el campo del derecho público

En algunas ocasiones se alistaba en las legiones a no ciudadanos (peregrini); en este caso, se les concedía ipso facto la ciudadanía romana, si bien de forma virtual, que no era efectiva hasta la fecha de su licenciamiento. El contenido jurídico de esta "ciudadanía virtual" no es bien conocido. No se olvide que los ciudadanos, por el hecho de encontrarse sirviendo como soldados, perdían muchos de los derechos implícitos en la condición de ciudadano; por ello, no es fácil determinar la diferencia jurídica entre un "ciudadano virtual" en el ejército y un verdadero ciudadano sirviendo, asimismo, en las fuerzas armadas.

Leon Homo

1. Definición de funcionario público. Inclusión del personal militar en ella

El Estado, y todas las personas jurídicas públicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines, resultan una estructura orgánica, que por ser tal, expresan su voluntad a través de personas físicas que los integran, quienes constituyen los llamados órganos personas u órganos individuos. La voluntad expresada por dichas personas físicas, se imputa a la persona jurídica de que forman parte. Entonces, los funcionarios y los empleados públicos son esos órganos personas u órganos individuos, de los cuales el Estado, en vistas de su calidad de persona jurídica, se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas, para la realización de los fines públicos propios de él. Es por ello que se ha dicho que los funcionarios son elementos ineludibles de todo el Estado oficial, y que la acción del Estado se traduce en actos de funcionarios.¹

La íntima relación formal y conceptual entre los calificativos de función pública y funcionario público justifican su examen sucesivo. El término función, desde el léxico usual y aun el vocabulario filosófico, no puede sino significar lo unitario, actividad, ejercicio, relación entre cada parte y el todo. Que la función es pública no sólo quiere decir que ella es referida a los órganos del Estado, sino que también se refiere al destinatario o

¹ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 186/7.

beneficiario de la actividad funcional: la sociedad como una totalidad o en sus sectores, dependiendo del tipo de prestación brindada.²

Como nos expresa Garrone, la noción conceptual de funcionario público y de empleado público puede considerarse desde dos puntos de vista: uno amplio, referido al Estado, en general, en que funcionario público y empleado público es toda persona que realice o contribuya a que se lleven a cabo funciones esenciales y específicas del Estado, es decir fines públicos propios del mismo. Y otro limitado, a la administración pública en particular, en donde resulta toda persona que realice o contribuya a que se realicen funciones esenciales y específicas propias de la administración pública, considerada ésta en sentido sustancial, material u objetivo.³

El conjunto de personas al servicio de las entidades estatales constituye el funcionario público, y su actividad se rige por normas y principios especiales.⁴

Los términos funcionario público o empleado público, en materia penal, designan a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.⁵

Siguiendo los argumentos de Ricardo Núñez debe destacarse que *"...en lo que al derecho penal atañe, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público...es la participación en el ejercicio de funciones públicas..."* A diferencia del derecho administrativo, en el cual el empleado público no participa en la función pública, mediante la facultad delegada de manera permanente o accidental de *"...formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público..."*. En tal sentido, a los fines del artículo 77 del Código Penal, entiende dicho autor, los términos "funcionario público" y "empleado público" resultan equiparables, siendo el único requisito exigido por dicha norma el de participar del ejercicio de la función pública, ya sea por nombramiento de autoridad competente o elección popular. Ya que no atiende a que se invista a la persona de una calidad jurídica determinada, sino que atribuye el mencionado "status" al sujeto que de algún modo participa del ejercicio de la función pública. De hecho se lo aplica tal calificativo a quien por cargo no lo tiene -mero empleado- cuando participa de tal función.⁶

Vale decir que en el concepto de funcionario o empleado público quedan incluidas todas las personas que realicen o contribuyan a que se realicen funciones administrativas propiamente dichas, por cualquiera de los tres órganos esenciales del Estado (Legislativo, Judicial y Ejecutivo). De ahí, también, que tanto puede haber función pública o empleo público en la actividad común u ordinaria de la administración, como en la actividad militar de ella, sin perjuicio de que ambos tipos de actividad estén disciplinados por regímenes jurídicos diferentes o especiales. Los tratadistas franceses, fieles a su concepción básica,

² Bascuñan Valdés, Aníbal, voz Funcionarios Públicos, Diccionario Jurídico Omeba, Tomo XII, Driskill s.a., Buenos Aires, 1977, pág. 1043/5.

³ Garrone, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 186.

⁴ Bascuñan Valdés, Aníbal, voz Funcionarios Públicos, Diccionario Jurídico Omeba, Tomo XII, Driskill s.a., Buenos Aires, 1977, pág. 1046. Con cita a Sayagués Laso, Tratado de derecho administrativo, T 1, Montevideo, 1953.

⁵ Art. 77 del Código Penal.

⁶ Núñez, Ricardo, El significado del concepto 'funcionario público' en el Código Penal, J.A. 1970, pág. 544/6. En sentido similar CN Crim y Corr. Fed., Sala I, 13/11/1997 "Conforti", Causa nro. 29.140 Reg. nro. 959 J.3 - S.6; Sala II, causa nro. 8345, "Roldán", reg. nro. 9163 del 30/06/1992 y causa nro. 7943 "Molinas", reg. nro. 8730 bis del 24/04/1992.

refieren la actividad del funcionario o del empleado al funcionamiento de un servicio público.⁷

Desde esta óptica administrativa, podemos expresar que el funcionario público es aquella persona que desempeña una función, un cometido de carácter público. Hallándose caracterizado por la existencia de un nombramiento legal por acto administrativo, permanencia en un puesto y adscripción a una plantilla de escala y cuerpo, percepción de un sueldo o asignación fija con cargo a los presupuestos del Estado y los profesionales de su función.⁸

Como nos dice Garrone⁹, el concepto de funcionario público o de empleado público no se caracteriza por la índole de la designación o forma de ingresar a la administración pública, sino, ante todo, por la realización o cumplimiento de funciones esenciales y específicas propias de la administración pública, o por la contribución a que tales funciones sean realizadas. De ahí que el concepto de referencia no sólo comprenda al funcionario de jure, sino también al de facto, cuyo estudio corresponde entonces al derecho administrativo. Puede tratarse de un funcionario público o de un empleado público, tanto cuando el origen de su investidura sea de jure como de facto: en ambos casos habrá relación de función o de empleo público. El funcionario de facto, a pesar de esta calidad, no deja de ser funcionario.

Puede haber, entonces, funcionarios o empleados públicos que ejerzan sus funciones en forma permanente, temporaria o accidental.

Tampoco constituye una nota característica esencial de la relación de función o de empleo públicos, la gratuidad o la onerosidad con que son prestados los servicios.

En el orden administrativo, la distinción o diferencia entre funcionario y empleado es la siguiente, de la cual derivan las demás consecuencias anotadas al efecto por la doctrina, advertencia ésa que es fundamental: funcionario es el que actúa en jerarquía de cierto nivel superior, en tanto que empleado es el encuadrado en niveles jerárquicos de menor trascendencia con relación al funcionario. No es posible ni recomendable señalar una línea fija de separación entre el funcionario y el empleado, pues ello depende del caso concreto, del organismo administrativo de que se trate, etcétera. Pero el criterio expuesto es idóneo para justificar que existe una diferencia entre funcionarios y empleados públicos.

En este contexto, siendo que la defensa nacional constituye uno de los fines esenciales del Estado¹⁰ y desde esta perspectiva da vida a una rama específica de la administración pública, con muy diversas matizaciones pero coincidiendo con su núcleo esencial, los tratadistas modernos configuran como a la “Administración militar”, como una rama especial de la administración, inserta en el derecho constitucional —en cuanto dice razón de sus principios programáticos— y en el derecho administrativo —en cuanto a su organización y caracteres.¹¹

La misma función militar, es un término amplio que tradicionalmente se entendía como comprensivos de todos los aspectos que diferencian a los militares de los civiles.¹²

⁷ Garrone, José, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 186/7.

⁸ Alli Turillas, Juan-Cruz, *La profesión militar*, colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 99.

⁹ Garrone, José, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 187.

¹⁰ Ver al respecto lo expuesto en el Capítulo II.

¹¹ *Diccionario Jurídico Espasa Calpe*, Espasa Calpe s.a., Madrid, 1998, pág. 445/6.

¹² De Bordeje Morencos, Fernando, *Diccionario militar estratégico y político*, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 76.

Pero las actuales tesis «administrativas» generalizadas en la actual doctrina europea, encuadran a las fuerzas armadas como insertas, si bien en un plano particular, en la Administración del Estado.¹³

Pues como hemos visto en el capítulo tercero, respecto de la naturaleza de las fuerzas armadas, ya sea que se analice la cuestión desde la perspectiva de las teorías «sociológicas» (las fuerzas armadas son un órgano social, una sociedad perfecta) o «jurídica», (concepción de las fuerzas armadas bien como servicio público, bien como institución), ambas concluyen dentro de la estructura del Estado, pues si bien, al decir de Bermúdez Flores, el carácter institucional de la fuerza militar se da desde el momento en que son una organización fundamental y permanente del Estado¹⁴; y si es una estructura servicial de la comunidad, ella resulta tal cuando tiende a la concreción de determinados objetivos bajo la absoluta subordinación del Estado.

Resulta posible mantener varias posturas en relación a la relación de las Fuerzas Armadas pero con el resto del estado, que en lo sustancial se reducen a dos.¹⁵

La más clásica de ellas, consideraba a las Fuerzas Armadas como una entidad separada y perfectamente diferenciada del resto de la ciudadanía. Los militares se distinguían por su propia naturaleza del funcionario civil, según esta postura, por unas notas en las que se mezclaban consideraciones jurídicas, sociológicas y éticas. Se encontraba sometido profesionalmente a una disciplina más estricta, obedecía incondicionalmente las órdenes de sus superiores; las sanciones que se le imponían se aplicaban de forma inmediata y ejemplar, y estaba dispuesto a sacrificar su propia vida en defensa de su Patria.

Esta opinión, someramente esbozada, podría ser acertada, pero un estudio pausado y reflexivo de las afirmaciones anteriores nos ofrece ciertas matizaciones. Así, por ejemplo, la disciplina es considerada de variada forma por las distintas Fuerzas Armadas de nuestro entorno cultural, y de esta diversidad nacen diferencias en cuanto a los tipos susceptibles de sanción, la sanción misma y las actividades que se les permiten ejercer de cara al resto de la sociedad. Un ejemplo nos aclarará esta cuestión: la vida cotidiana en unas Fuerzas Armadas de larga historia, como las británicas, en las que las normas disciplinarias son muy rígidas y la tradición tiene un gran peso, puede ser muy diferente a la que se desarrolla en las israelíes, más abiertas, flexibles y modernas en cuanto a su cultura organizativa.

La más moderna la incardina como un sector especial del estado, reconociendo a los militares como funcionarios públicos del estado, si bien sometidos a un régimen especial.

Aquí se aprecia la importancia de las distintas posiciones respecto de la naturaleza de las Fuerzas Armadas, tratada en el capítulo III, y en especial la importancia del dilema institucional/ocupacional, que allí se expusiese por vía de los conceptos de Escribano Testaut; trascendencia que reside en que ha habido un grupo de autores, que desde el modelo institucional, han rechazado la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas como Administración Pública y, consiguientemente, negado la atribución del carácter de

¹³ Millán Garrido, Antonio, en el prólogo a la obra de Bermúdez Flores, Renato, *Compendio de derecho militar mexicano*, 2.^a edición, revisada y aumentada, Editorial Porrúa, México DF, 1998.

¹⁴ Bermúdez Flores, Renato, *Compendio de derecho militar mexicano*, 2.^a edición, revisada y aumentada, con prólogo de Antonio Millán Garrido, Editorial Porrúa, México DF, 1998, Capítulo ocho.

¹⁵ Alía Plana, Miguel, *El militar y la libertad de expresión*. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/libexpresion.htm> [Consultado: 14 de julio de 2004].

funcionarios públicos a los militares, rechazando la extensión de los principios constitucionales sobre la Administración y la Función Pública a la función militar.¹⁶

Pero como nos expresa el autor antes citado:

*“... la defensa de los valores y principios institucionales de las Fuerzas Armadas no tiene por qué derivar en la negación de la inclusión de las Fuerzas Armadas en la Administración Pública. Observando que desde una perspectiva constitucional, no hay ninguna incompatibilidad o contradicción entre la forma de caracterización institucional y la inclusión de las Fuerzas Armadas dentro del complejo organizativo que recibe la denominación de Administración Pública. Ello es abonado, desde la jurisprudencia española por caso, en las consideraciones del propio Tribunal Constitucional, en el sentido que no resulta aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y la del derecho militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa. Y en la sentencia 123/88 puntualizó que las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen... su carácter de Administración Pública, y en muy diversas resoluciones se ha referido a los militares profesionales con la expresión funcionarios militares”.*¹⁷

Esta posición implica situarse en un punto medio entre los extremos, entendiendo por una parte, que no cabe duda que el militar debe tener un régimen jurídico específico para un mejor cumplimiento de su misión, como se reconoce expresamente en nuestra propia Carta Magna, que refrenda las singularidades de las Fuerzas Armadas. No obstante, dicho ordenamiento no puede ser ajeno a los planteamientos que con carácter general definen a la función pública, y del sistema educativo general estatal en lo que respecta a su formación, por lo que contemporáneamente se ha tratado de compatibilizar en lo posible el régimen militar con las disposiciones legales que regulan los anteriores.

Pues el Estado Nacional y aún la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional, teleológica y ética.¹⁸

De tal forma, sin olvidar la especificidad de lo militar, se debe conyugarlo con los principios generales a la administración del Estado.¹⁹

Máxime cuando lo que hoy entendemos por administración pública es fruto reconoce antiguos orígenes que podemos remontarlos hasta Roma misma, cuando por la reforma de Diocleciano, se produce la separación de las funciones civiles del Estado y las militares a fines de siglo III d.C., estructurando para la gestión de las primeras, una organización

¹⁶ Escribano Testaut, Pedro, La carrera militar tras la ley 17/1989. En: Defensa. Revista internacional de ejércitos, armamento y tecnología. Año XXII, número 254, junio de 1999, pág. 21.

¹⁷ Escribano Testaut, Pedro, La carrera militar tras la ley 17/1989. En: Defensa. Revista internacional de ejércitos, armamento y tecnología. Año XXII, número 254, junio de 1999, pág. 21.

¹⁸ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 190:103; 223:147; 227: 157, entre otros.

¹⁹ Ver al respecto, Ley española N° 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999. Exposición de motivos, apartado IV.

jerárquica enteramente civil²⁰. Pero no es sino hasta la edad moderna que se le reconoce por tal nombre²¹.

La función pública civil del siglo XIX se construyó sobre la base de un acusado paralelismo con la militar. Aun hoy puede afirmarse que el estatuto jurídico del personal militar ha afrontado problemas, y articulado técnicas de gestión, con unos criterios que pueden iluminar la resolución de los quebraderos de cabeza con los que se enfrenta la administración.²²

Es por ello que en nuestra jurisprudencia nacional, resulta pacífica la consideración de la institución castrense, en una “*situación especial dentro de la Administración Pública, tanto por su composición como por las normas que la gobiernan*”²³. Resultando la natural derivación de dicha postura, que los militares participen de la concepción vigente de funcionario público, si bien afectados en su régimen por las particularidades que tienen su origen y razón de ser en las particulares misiones que las Fuerzas Armadas han de desempeñar en cumplimiento de los mandatos conferidos a ellas por la Constitución y demás leyes.²⁴

Ya que una persona resulta funcionario cuando se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente, sin que pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba a su ingreso, pudiendo ella modificarse por las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien, al entrar al servicio de la Administración, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcionarial.²⁵

Ello, trasladado a la esfera de lo militar, trae aparejado que independientemente de su grado, del carácter voluntario o no de sus servicios, del la temporalidad o permanencia de ellos, todo personal militar reviste el carácter de funcionario público, desde que todos ellos “... *realizan una clara función pública, quizá la más pública, por soberana de todas cuantas existen: el manejo de la violencia legítima del Estado*”.²⁶

El militar participa entonces de todos los requisitos propios de la definición de funcionario público sin querer, ni poder, con ello, dejar de lado otros componentes propios y específicos del régimen funcionarial que le da, precisamente, todo un elenco de

²⁰ Mommsen, Theodor, *Disegno del diritto pubblico romano*, trad. de Pietro Bonfante, CELUC, Milán, 1973, pág. 418.

²¹ Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 146.

²² Escribano Testaut, Pedro, *La carrera militar tras la ley 17/1989*. En: *Defensa. Revista internacional de ejércitos, armamento y tecnología*. Año XXII, número 254, junio de 1999, pág. 20.

²³ CSJN en fallos “Lestanguet, Víctor Fernando c/ Nación Argentina”. 01/01/80 T. 302, p. 1584. En igual sentido Z. 44. XXI. Zaratiegui, Horacio c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/ nulidad de decreto. 05/07/88 T.311, p.1191, y Ferro, Héctor Marcelo c/ Nación Argentina. 01/01/82 T. 304, p. 1710. Puede verse asimismo, en igual línea, Fallos 261:12; 267:325; 302:1584; 303:559; 307:1821. En igual sentido respecto de instancias inferiores CNCAF, Sala I “ Pacheco Miguel A. c/E.N. -Policía Fed.Arg- s/ daños y perjuicios” Causa: 1.141/92, del 14/02/97.

²⁴ Fariña Busto, Luis, *Sobre las situaciones militares*, Revista Española de Derecho militar N° 39 (enero-junio 1982), pág. 108. Cit por Alli Turillas, Juan-Cruz, *La profesión militar*, colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 100.

²⁵ Conf. Supremo Tribunal Constitucional de España, Sentencia 99/1987, del 11 de junio [RTC 1987, 99]. Cit por Alli Turillas, Juan Cruz, *El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 156.

²⁶ Alli Turillas, Juan Cruz, *El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 152.

peculiaridades pues “*El carácter funcional y el valor institucional-vocacional no están, ni debe estar, reñidos*”.²⁷

Con base en tal especificidad, desde la consideración del derecho administrativo, forman por tanto, una categoría propia dentro del más amplio grupo formado por los distintos tipos de funcionarios del Estado. Diferenciándose de los funcionarios civiles, en cuanto a su contenido concreto y modo de llevarla a cabo, pero con la misma vinculación esencial: servir al Estado.²⁸

Podemos entonces decir que el estado militar conlleva otro efecto, no reglado por la ley 19.101: el de atribuir la condición de funcionario público (militar) a quien lo inviste.

Si bien los militares resultan funcionarios del estado, no se benefician de los mismos derechos de que sus contrapartes civiles, no pueden ser elegibles para cargo públicos electivos y no tienen la misma participación en la vida de la comunidad nacional.²⁹

En sentido inverso, tienen facultades como en lo disciplinario, mucho más extendidas que sus contrapartes civiles, por la necesidad de mantener en todo momento, una disciplina clara en los ambientes militares.³⁰

2. Atribuciones compartidas con otras clases de funcionarios.

El militar, como funcionario público, resulta asimismo fedatario de los hechos ocurridos en su presencia y que se relacionan con la materia militar. Proyectando el efecto de tales aseveraciones, como fe pública, incluso más allá de la institución militar y en un pie de igualdad al dado por cualquier otro funcionario del Estado.

Es por ello que sus aseveraciones merecen fe por provenir, precisamente de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, debiéndosela aceptar en tanto no es destruida por prueba en contrario.³¹ Ya que existe dilatada jurisprudencia en el sentido que resulta procedente el aceptar las declaraciones del funcionario público, en quien se ha depositado la fe pública y el ejercicio de la función jurisdiccional, administrativa o de policía, mientras no aparezca evidente que ha incurrido en tal falsedad o en un simple error.³²

Asimismo, en circunstancias especiales, el funcionario militar despliega competencias que normalmente estarían a cargo de otras categorías de funcionarios.

²⁷ Alli Turillas, Juan-Cruz, La profesión militar, colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 99.

²⁸ Alli Turillas, Juan Cruz, El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 154/6.

²⁹ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm> [Consultado: 29 de febrero de 2004]: “... *ne bénéficient pas des mêmes droits que les autres fonctionnaires en matière d'éligibilité et de participation à la vie de la communauté nationale*”. Como se verá más adelante, al tratar los derechos constitucionales del militar, éste se halla restringido en especial en los derechos de tipo político, extendido en sentido amplio, como los de libertad de expresión, agremiación, derecho de petición, sufragio pasivo, y derecho de huelga, entre otros.

³⁰ Tales diferencias, implícitas en nuestro ordenamiento constitucional, resultan manifiestas en otros. Como por caso el Español, donde en el art. 25.3 de su Constitución, se prohíbe a la Administración civil (y a contrario sensu se autoriza a la militar), imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de la libertad de una persona.

³¹ CNCiv., Sala E, 22/03/1968. ED, 25-251.

³² CNCiv., Sala D, 21/10/1974. ED, 60-334.

Es así como la fe publica que el Soberano otorga a algunos funcionarios para atender la seguridad jurídica, se traslada a determinados miembros por una atribución legal de facultades ante la imposibilidad de la presencia ordinaria de los primeros. A fin de resguardar el cumplimiento por parte del Estado de actos necesarios de importancia, a fin de permitir el libre ejercicio de los derechos personales o económicos, cuando situaciones de excepción impiden el normal funcionamiento de los mecanismos del Estado.³³

Locane³⁴, nos expresa a este respecto que el ordenamiento jurídico nacional ha reconocido a la autoridad militar, plenos poderes fedatarios en relación a los actos civiles de las personas ocurridos en su presencia, en circunstancias en que resultan la única autoridad del Estado disponible.

Así, en los nacimientos en alta mar y a bordo de un buque de guerra³⁵, se acreditan por copias auténticas de los actos que por tales accidentes deben hacer los escribanos de dichos barcos. Si en tal buque no existiere escribano, la constancia deberá extenderse por el comandante³⁶.

En cuanto a la forma de las actas, debe tenerse en cuenta la bandera del buque, ya que se trata de un principio general del Derecho internacional, y así lo aclara la última parte del artículo en cuestión (“en las formas que prescriba la respectiva legislación”).

Como bien aclaran Bueres y Highton, no es imposible la hipótesis de un nacimiento en un buque de guerra. *“La intervención en operaciones bélicas, en evacuación de zonas de desastre, o en auxilio de naves en emergencia, pueden determinar el transporte de mujeres en dichas naves. Con mayor razón en la actualidad en que personal femenino integra los cuadros de las instituciones militares de la República.”*³⁷

A estas facultades se le agregan las que como oficial público tienen los militares que se halla a cargo del manejo de una aeronave o buque.

En este sentido, la Ley de Navegación N° 20.094, en su art. 123 establece que *“en su carácter de oficial de Registro Civil, el capitán extiende en el diario de navegación las actas de los nacimientos (...) que ocurran a bordo (...) ajustando su cometido a lo dispuesto en la ley respectiva de la Capital Federal y en las complementarias que resulten aplicables”*. Asimismo, el art. 126 de la ley citada señala que el capitán deberá entregar copias autenticadas de las partidas a la autoridad marítima o consular que corresponda, en el primer puerto de escala.

Por su parte, el Código Aeronáutico (Ley 17.285), en su art. 85 indica que el comandante de la aeronave tiene la obligación de registrar en los libros correspondientes los nacimientos que ocurran a bordo, remitiendo copia a la autoridad competente.

³³ Conf. Raffaini, Ernesto M, El militar como funcionario público. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 17 de agosto de 2005, pág. 1.

³⁴ Locane, Laura G., El militar en relación al derecho privado. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. 1/5.

³⁵ Art. 81 Código Civil.

³⁶ Rivera, Julio César (Director); “Código Civil Comentado” (Títulos preliminares – Personas); Rubinzal – Culzoni Editores; Santa Fe; 2004; Pág. 369.

³⁷ Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial; Tomo 1; Hammurabi Ediciones; Buenos Aires; 1995; Pág. 476.

Por su parte, el decreto-ley 8204/63 prescribe que se inscribirán en el libro de nacimientos, los que ocurran en buques o aeronaves de bandera Argentina o lugares bajo jurisdicción nacional. Agrega que la autoridad encargada de llevar el registro de los hechos acaecidos a bordo, está obligada a solicitar la inscripción del nacimiento mediante copia de la inscripción que deberá hacerse llegar al Registro dentro de los cinco días hábiles posteriores al arribo.

La autoridad militar, se halla facultada asimismo, para dar fe y registrar los nacimientos que ocurran bajo su jurisdicción, estando en una situación de campaña fuera del territorio nacional.³⁸

En estos casos, dichos nacimientos se prueban por los certificados de los respectivos registros, según lo determinado en los reglamentos militares (aunque se ha señalado que los reglamentos militares nada dicen al respecto³⁹). Se interpreta que no ha sido posible realizar la denuncia correspondiente al Registro Civil; por lo tanto, el nacimiento se acredita por las constancias que se levanten oficialmente en dichas circunstancias.

Vale aclarar que cuando la norma expresa “militares en campaña” se refiere al personal masculino (y sus esposas) o femenino (si lo hubiere) que forman parte de una fuerza en operaciones fuera de la República Argentina, ya que de tratarse de militares destinados en comisión ante país extranjero, se aplica el art. 81 CC.

Respecto a las defunciones que ocurran por causa de guerra, en sus jurisdicciones o estando en campaña.⁴⁰

En el caso de los militares muertos en combate, respecto de los cuales no ha sido posible realizar los asientos correspondientes. Se observan aquí tres requisitos legales: estado militar de la persona; muerte ocurrida en acción de guerra; e imposibilidad de hacer el asiento requerido en los casos normales.

Ante esta situación, la muerte de dicha persona se acredita con la certificación expedida por el “Ministerio de Guerra”, es decir, actual Ministerio de Defensa (Ley 22.550), partiendo de la individualización del cadáver; caso contrario, deberá recurrirse al art. 108 o a la Ley 14.394, según corresponda.

Los funcionarios del Ministerio de Defensa deben denunciar ante el Registro civil respectivo todo fallecimiento de militar en acción de guerra, debido al carácter centralizador (de la prueba de los hechos y actos jurídicos referentes al principio, fin, estado y capacidad de las personas) que poseen dichos registros (decreto-ley 8204/63). Mas, ante la imposibilidad de realizar los mismos, los asientos del Ministerio valdrán como prueba principal, dejando constancia de la imposibilidad, expresando las causas.

Vale aclarar que si ha mediado una simple omisión en hacer la denuncia ante el Registro respectivo, las constancias del Ministerio valdrán como prueba supletoria, haciéndosela valer en el pedido de declaración judicial de la muerte de la persona.

El siguiente supuesto es el del fallecimiento en cuarteles o fortalezas, entre otros casos (art. 106). En estos casos, la muerte se probará por las constancias de los respectivos establecimientos, “*sin perjuicio de las pruebas generales*”.

³⁸ Art. 84, Código Civil.

³⁹ Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias”; op. cit. en nota n° 3; Pág. 479.

⁴⁰ Arts. 105, 106 y 107, respectivamente, del Código Civil.

En primer lugar, esta norma es contraria al carácter centralizador que poseen los Registros. Además, las autoridades de dichos establecimientos, sean públicos o privados, deben hacer la denuncia ante el Registro correspondiente (decreto-ley 8204/63).

Por lo tanto, estaríamos ante una situación similar a la del caso anterior. Es decir, ante la imposibilidad de realizar la denuncia ante el Registro respectivo, las constancias emitidas por los directores de dichos establecimientos valdrán como prueba principal del deceso, ya que las autoridades tienen el carácter de oficiales públicos a esos fines. Pero si se tratare tan sólo de una simple omisión, valdrán como prueba supletoria, marcando la necesidad de la declaración judicial de la muerte.

Por último, nos encontramos con el art. 107 y el fallecimiento de los militares dentro de la República o en campaña, y la de los empleados “en servicio del Ejército” (entendiéndose, los de las tres fuerzas).

Esta norma se refiere a la muerte del militar, consecuencia de la lucha armada, pero que tiene lugar en los hospitales o ambulancias⁴¹, por lo tanto, sin aplicación en tiempo de paz, durante el cual rige el principio general en materia de acreditación del fallecimiento de las personas⁴².

En este caso también es necesario realizar la denuncia ante el registro correspondiente (decreto-ley 8204/63)⁴³. Pero, de no habérsela hecho, ya sea por imposibilidad o por omisión, la prueba emanada de los directores de hospitales o jefes de ambulancias es principal, siendo innecesario acudir al art. 108⁴⁴.

Asimismo, el militar a cargo de una embarcación o aeronave, tiene, a más de las facultades como oficial público, las funciones de orden público, conque lo inviste la ley como delegado de la autoridad pública, en materia de seguridad, inmigratoria, sanitaria, que son dadas para mantener el orden jurídico en el buque y para la seguridad y salvación del buque, personas y carga. Abarcando con ellas, no sólo a militares, ya subordinados por el ordenamiento castrense, sino a los civiles a bordo, respecto de los cuales no tendría, en otras condiciones, facultad alguna.

La ley le ha investido de atributos, conforme a las situaciones que puedan plantearse a bordo, para que pueda sobrellevarlas con éxito, partiendo de la base de que es el jefe de una comunidad pequeña y aislada y como tal, debe saber trabajar en equipo y bajo el principio de autoridad.

En todos los casos, la forma de asentar tales sucesos será en principio la establecida en los reglamentos militares, debiendo dentro del menor plazo posible y siguiendo la

⁴¹ Como hace notar Abásolo, que en el artículo 107 la “... inentendible referencia a los registros de las ambulancias se debe a una mala traducción: el Esbozo no se refiere a ambulancias, sino que habla de «hospitales fijos o ambulantes»...” (Abasolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sarfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 45).

⁴² Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias”; op. cit. en nota n° 3; Pág. 544.

⁴³ En idéntico sentido el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, dispone en su Artículo 127: “El jefe de cualquier cuerpo o destacamento militar, tiene obligación de dar parte al Jefe del Registro Civil, de los muertos que haya habido en campaña, o en otro acto del servicio, especificándose la filiación”.

⁴⁴ Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias”; op. cit. en nota N° 3; pág. 544.

cadena de mando respectiva, ponerse en conocimiento de la autoridad civil de registro que corresponda.

Asimismo, en virtud de la ley 17.671, se halla facultada la autoridad militar a la retención de los documentos nacionales de identidad del personal que se incorpore a sus filas en virtud de un servicio militar obligatorio.⁴⁵

3. Atribuciones especiales con relación al Estado derivadas de su condición militar.

A diferencia de los funcionarios civiles del Estado, los militares tienen un bloque de legalidad diferente. Pues no sólo se hallan sujetos al propio derecho nacional, sino que además deben adecuar su conducta al derecho internacional, en especial el aplicable a los conflictos armados⁴⁶, pues como se ha dicho:

*“Los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos hacen parte del derecho consuetudinario de los pueblos; en consecuencia, su imperatividad es independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a dichos instrumentos. Por otro lado, tal obligación humanitaria no se funda en la reciprocidad, pues ella es exigible por cada una de las partes sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo por la otra parte, dado que el titular de tales garantías es el tercero no combatiente y no las partes en conflicto. En consecuencia, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, en especial los miembros de la Fuerza Pública, están obligados a respetar estas normas de derecho internacional humanitario, que preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser nunca desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”.*⁴⁷

En sentido concordante, encontramos en el derecho castrense español que: *“Todo militar está 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”.*⁴⁸

Asimismo el militar, por causa de sus funciones, tiene atribuciones especiales en los teatros bélicos en los que toma parte, de obligar con sus actos al Estado en pleno, frente a determinados supuestos. Tal es el caso de la firma de capitulaciones, treguas, armisticios y otros actos similares propios de los conflictos armados. Facultades que se originan en los usos y costumbre de la guerra, ya de la era antigua.

Como nos dice Swinarski:

⁴⁵ Art. 14, inc. c, ley 17.671.

⁴⁶ Contenido principalmente en los usos y costumbres de la guerra universalmente aceptados y en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977.

⁴⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 18/05/1995. ED, 164-436.

⁴⁸ Art. 170, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

*“Según las fuentes que poseemos para conocer el derecho internacional, ya existían, hacia el año 1000 antes de Cristo, reglas sobre los métodos y los medios para conducir las hostilidades, por un lado, y por otro lado, algunas normas tendentes a la protección de ciertas categorías de víctimas de los conflictos armados. Aun fuera del marco del derecho consuetudinario, conviene recordar gran número de tratados internacionales bilaterales y multilaterales que contienen normas de ese tipo. Nos referimos, sobre todo, a tratados de paz, acuerdos internacionales de capitulaciones, rendiciones y ciertos acuerdos de cese de hostilidades; como, por ejemplo, los tratados de armisticio”.*⁴⁹

Sobre territorios ocupados militarmente y en tiempo de guerra, la autoridad militar concentra el poder del Estado en la medida necesaria para hacer frente a la situación de conflicto o emergencia, dejándose de lado la división de poderes de tiempos ordinarios, por lo que puede ejercer, por caso, atribuciones legislativas vía los denominados bandos militares.

Como nos expresa Zaffaroni y Cavallero⁵⁰, bando significa, en palabras de Astrosa Herrera, mandato, ley o edicto de orden superior, publicado en solemnidad. Resultando por tanto en nuestro derecho los bandos militares aquellas órdenes o mandatos que resultan leyes en sentido material, debiendo ser configurados con las solemnidades del caso y dictados por determinadas autoridades militares en tiempo de guerra o similar, a fin de sancionar como delitos hechos atentatorios a la seguridad de las tropas y materiales o para proveer al mejor éxito de las operaciones, establecer la policía de dichas zonas, o asegurar el orden público y evitar el saqueo, violación, incendio u otros estragos.

En la ley N° 23.554 de defensa nacional, se halla previsto que para el caso de guerra o conflicto armado internacional el Presidente de la Nación podrá establecer teatros de operaciones, delimitando las correspondientes áreas geográficas. El comando de cada teatro de operaciones será ejercido por el oficial superior de las Fuerzas Armadas que designe al efecto el Presidente de la Nación, de quién dependerá en forma directa e inmediata.⁵¹

En dichos teatros de operaciones, en principio las autoridades civiles mantendrán la plena vigencia de sus atribuciones, salvo en caso de aplicarse el art. 6° de la Constitución Nacional⁵² en aquellos supuestos en los que las circunstancias lo hicieran estrictamente indispensable. En la hipótesis de adoptarse la medida referida, el Poder Judicial mantendrá la plenitud de sus atribuciones.⁵³

Asimismo, el Poder Ejecutivo nacional con aprobación previa del Congreso de la Nación, podrá declarar zona militar a los ámbitos que, por resultar de interés para la defensa nacional, deban ser sometidos a la custodia y protección militar. En caso de guerra

⁴⁹ Swinarski, Christophe, Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Clases dictadas en la II Sesión de Cursos Interdisciplinarios sobre Derechos Humanos organizados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. [On line]. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList104/AB9CC2D8F00E3B48C1256DE10054E4EF> [Consultado: 10 de septiembre de 2005].

⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio, y Cavallero, Juan, Derecho penal militar. Lineamientos de la parte general, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, pág. 94/5.

⁵¹ Art. 28, ley 23554.

⁵² Es decir se decreta la intervención federal a los efectos de repeler una invasión extranjera, y de sostener o reponer autoridades locales.

⁵³ Art. 29, ley 23554.

o conflicto armado de carácter internacional o ante su inminencia, tal declaración estará sujeta a la posterior ratificación del Congreso de la Nación.⁵⁴

4. Alcance de normas de la administración común

Aquí debemos considerar una cuestión divisible en dos aspectos fuertemente concatenados: uno hasta dónde las normas aplicables a la administración pública general pueden trasladarse al ámbito castrense. Y el segundo, sobre qué bases puede rechazarse la aplicación de dicha normativa.

A este respecto, resulta aplicable lo dicho por Godoy, respecto de la autonomía de los distintos sectores del derecho o ramas jurídicas, en el sentido que con el empleo del término autonomía, se corre el peligro de propagar la falsa creencia de que el Derecho se halla constituido por partes autosuficientes cuando la realidad hace que sea menester tomar en cuenta el derecho de un determinado Estado nacional, en una visión total de conjunto o sistema jurídico, a fin de comprender de la mejor manera no solamente su estructura, sino también los conceptos y las instituciones que toque analizar como contenido del mismo⁵⁵.

Pues como nos dice Videla Escalada⁵⁶ el sostener que la especialidad de una rama del derecho consiste en hallarse regida ella por principios propios y totalmente desvinculada de las restantes disciplinas jurídicas, debe ser enérgicamente rechazado, por cuanto el derecho constituye una realidad que tiene unidad substancial, y se basa sobre una estructura única, la del denominado derecho común. Lo que impide una emancipación total de las diversas ramas que lo integran, las cuales sólo significan una especialización científica originada en la adaptación a necesidades especiales, impuestas por una actividad también singular.

Por otra parte, como se ha desarrollado en el capítulo IV, el derecho militar presenta en la actualidad un carácter de especialidad frente al ordenamiento común, aspecto que se mantiene respecto de la normativa administrativa. Podemos por ello afirmar que, disfrutando de una diferenciación (ya sea que le digamos autonomía o especialidad), dentro de la unidad general del derecho, por cuanto se rige por principios propios y posee institutos, conceptos y objetos también propios. Por lo que resulta procedente, la aplicación en su área de toda normativa de la administración general que se condiga, o por lo menos no se enfrente con los principios que estructuran jurídica y organizacionalmente la materia castrense. Y a la inversa, no procederá aplicar, por más que se trate de una norma de alcance general, cuando aquellas que no resulten compatibles con dichos principios.

En la doctrina y jurisprudencia hemos hallado algunos ejemplos de lo antes dicho.

Duval, por caso, entiende que en virtud del principio de igualdad ante la ley, no sólo resulta inconstitucional, sino absolutamente injustificado, que bajo la invocación de su particularismo, excluir únicamente a los militares, de los beneficios generales que se otorguen a la administración pública (v.g. aumentos salariales, entre otros).⁵⁷

⁵⁴ Art. 30, ley 23.554.

⁵⁵ Godoy, Norberto J; Teoría General del Derecho Tributario (Aspectos esenciales), Abeledo-Perrot, Bs As, 1992, pág. 93.

⁵⁶ En su Tratado de Derecho Aeronáutico, tomo I, pág. 47 y sgtes (Victor P. de Zabala Editor, Buenos Aires, 1973), en que se trata una problemática similar respecto de tal rama jurídica.

⁵⁷ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm>

En la jurisprudencia nacional se ha expresado que “*El decreto-ley 6754/43 sobre inembargabilidad de sueldos, salarios, jubilaciones y pensiones del personal del Estado, no hace distinciones entre las diversas clases de funcionarios y empleados; por consiguiente, los integrantes de la Gendarmería Nacional, se hallan incluidos en sus disposiciones*”.⁵⁸

Se ha dicho asimismo que:

“Al no advertirse una infracción a un deber propio del militar impuesto por su cargo, sino que se trata de declaraciones vertidas ante la prensa y dirigidas a la opinión pública sobre hechos de interés público, que exceden el ámbito estrictamente castrense y se proyectan de tal modo a la comunidad, que la ofensa al honor del militar no es distinguible del agravio al honor de cualquier funcionario público, o al del ciudadano común, corresponde intervenir a la Justicia Federal y no a la militar”.⁵⁹

Resulta asimismo un punto de contacto de trascendencia entre los funcionarios públicos civiles y militares, lo atinente a la responsabilidad de sus actos. Cuestión por la cual en la cual el militar, a más de lo ya expresado respecto de las jurisdicciones castrenses⁶⁰, tiene las propias de los funcionarios públicos en el ámbito penal, civil y administrativo.⁶¹

Otro punto de aplicación lo encontramos en que el acceso al empleo militar debe sujetarse al principio de idoneidad en el cargo público, establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional; entendiéndose desde la doctrina el deber de asegurar la efectividad de los principios de mérito y capacidad, revistiendo al respecto particular relevancia el que la enseñanza militar propicie una formación de los miembros de las Fuerzas Armadas acorde con los principios que la norma suprema establece.⁶²

5. Reglamentación de los derechos ciudadanos respecto de los militares

5.1. Aspectos generales de la cuestión

En palabras de Ugo Cascella⁶³, no vamos a tratar aquí el papel del militar como sujeto activo u obligado por la defensa de los derechos de los demás (el *output*), sino que su

[Consultado: 29 de febrero de 2004]: “*Oui, il est souhaitable que les militaires soient soumis à un statut particulier, mais le particularisme des temps anciens est en grande partie totalement dépassé du fait même de l'évolution générale de la société*”.

⁵⁸ CNCom., Sala B, 07/02/1968. ED, 22-256.

⁵⁹ CSJN, 13/08/1991. Voto en mayoría de los doctores Petracchi, Belluscio y Nazareno. ED, 147-350.

⁶⁰ Ver lo expuesto al respecto en el Capítulo VI.

⁶¹ No nos explayamos a este respecto, por cuanto es materia propia de las respectivas ramas del derecho involucradas, por cuanto la cuestión no exhibe, como se ha dicho, ningún particularismo respecto del personal militar.

⁶² Fernández Segado, Francisco, El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo, Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pág. 153 y sgtes.

⁶³ Cascella, Ugo, Aspectos problemáticos de la justicia militar a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (Reflexiones a la luz del caso Perote Pellón contra España del Tribunal Europeo de Derechos

núcleo de atención va a versar sobre el militar como sujeto pasivo o titular de derechos (el *input*).

En primer término debe recordarse que si bien ningún derecho reviste el carácter de absoluto, los límites a ellos son de dos clases: unos límites son generales y comunes a todos los ciudadanos. Pero también, hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites específicos, más estrictos, en razón a la función que desempeñan.⁶⁴

Cabe destacar que la especial naturaleza que conlleva la adquisición y mantenimiento del estado militar, se refleja a nivel personal, desde el campo del derecho público, y en relación a las facultades de los sujetos, en limitaciones o restricciones a determinados derechos fundamentales de quienes poseen dicha condición castrense.

Una muestra de esta concepción la encontramos en el derecho militar suizo, cuya ley federal sobre el ejército y la administración militar⁶⁵ establece que el militar, aun en servicio goza de los mismos derechos constitucionales y legales que en la vida civil, siendo únicamente admisibles las restricciones que implique tal función. Resultando el Consejo federal el órgano competente para dictar las disposiciones respecto de los derechos y deberes de los militares.⁶⁶

Resultaría por otra parte, un contrasentido que, siendo la condición de militar una especie dentro de la más amplia de la de ciudadano, el encuadre de una persona en la primera determinara una anulación en la práctica de los derechos inherentes a esta última. Lo que no desmerece el hecho que la particularidad de la misión militar determine condiciones especiales para el goce de ellos. Y sin pasar por alto que la situación de carácter estatutario y la concepción tradicional de la disciplina castrense ha redundado no pocas veces en un estado de libertad más restringida que el de los restantes ciudadanos.

Es de destacar que en no pocos ordenamientos jurídicos se halla un expreso reconocimiento que el militar disfruta de todos los derechos reconocidos a los ciudadanos. Si bien su ejercicio es limitado o vedado en algunos supuestos particulares, por la misma condición militar, o para garantizar el desenvolvimiento de las competencias propias de las Fuerzas Armadas.⁶⁷

Humanos), [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc> [Consultado: 20 de febrero de 2004].

⁶⁴ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 371/1993, de 13 de diciembre. RA 2469/1991. BOE 16, de 19 de enero de 1994.

⁶⁵ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003).

⁶⁶ Titre troisième Droits et devoirs des militaires. Chapitre 1 Droits généraux. Art. 28 Droits constitutionnels et légaux : 1º) En période de service militaire, les militaires bénéficient des mêmes droits constitutionnels et légaux que dans la vie civile. 2º) Des restrictions sont admissibles uniquement dans la mesure où l'instruction ou l'engagement spécifique l'exigent. 3º) Le Conseil fédéral édicte les dispositions fixant les droits et les devoirs des militaires.

⁶⁷ En este sentido encontramos el art. 169 de las Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre: "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 el derecho castrense italiano, el art. 3, Legge 11 luglio 1978, N° 382 (Gazz. Uff., 21 luglio, n. 203). Norme di principio sulla disciplina militare: "Ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini. Per garantire l'assolvimento dei compiti propri delle Forze armate la legge impone ai militari limitazioni nell'esercizio di alcuni di tali diritti, nonché l'osservanza di particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali. Lo Stato predispone misure effettive volte a tutelare e promuovere lo sviluppo della personalità dei militari nonché ad assicurare loro un dignitoso trattamento di vita"; en el derecho militar francés, e art. 6, Loi N° 72-662 portant statut général des militaires. (del 13 de julio de 1972.

En este sentido, encontramos en el derecho militar español, encontramos que: *“La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. Ningún miembro de los Ejércitos podrá hacer objeto a los demás, ni sufrir él mismo maltrato de palabra u obra, ni cualquier otra vejación o limitación indebida de sus derechos”*.⁶⁸

Es que el reconocimiento de estos derechos no excluye, la posibilidad de establecer en su ejercicio determinadas limitaciones derivadas de la condición de militar y en razón de las necesidades que surgen de los fines que la prestación militar pretende asegurar a su comunidad política.

Como nos dice Sinópoli ⁶⁹, la reglamentación especial a que se sujetan los derechos de los militares, resulta un proceder que hunde sus raíces en la historia, encontrándose ya en las antiguas democracias griega y romana que en diversas forma, trataron de apartar a los guerreros, del quehacer político de coyuntura, 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. Esto llevó a elaborar marcos muy restrictivos, por lo que con el advenimiento de los regímenes liberales en Occidente, se comenzó a plantear si los militares debían o no disfrutar de los mismos derechos y libertades publicas que el resto de los ciudadanos.

Así, de una perspectiva inicial de un desconocimiento de casi cualquier derecho en cabeza de los militares, se evolucionó a un reconocimiento progresivo de sus derechos fundamentales, con la sola limitación de determinados aspectos referidos a su ejercicio y establecidos expresamente en las leyes.⁷⁰

5.2. Su fundamento

Los argumentos que sustentaban las teorías restriccionistas, derivaban 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. Pudiéndose agrupar, de acuerdo al autor ante citado que seguimos en esta parte, en cuatro tópicos principales en virtud de los cuales se considera posible restringir los derechos fundamentales del personal militar:

a) **Principio de supremacía civil:** desde que los militares deben acatamiento y lealtad al poder político emanado de la voluntad popular, la plena vigencia de este principio es irreconciliable 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

BOEM 300, 332 et 651): “Les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Toutefois, l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint dans les conditions fixées par la présente loi”.

⁶⁸ Art. 171, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

⁶⁹ Sinópoli, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 240/3.

⁷⁰ Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_8.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

la voluntad política de aquélla. De este modo, a las Fuerzas Armadas, 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 políticas.

b) **Principio de neutralidad política:** la naturaleza imparcial de las fuerzas armadas, como expresión de su naturaleza de custodias de la comunidad política toda, sin posibilidad de distinciones, reclama que el militar se abstenga de realizar 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.

c) **La disciplina militar como requisito esencial** para el logro de una capacidad de actuación adecuada a los fines que la sociedad política le reclama a la institución militar, no se aviene con métodos de funcionamiento en que pueda discutirse de modo amplio y permanente las decisiones, o someter a éstas a un examen o crítica de continuo.

d) **Principio de unidad de conducción:** en cuanto 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 y políticas.

Si bien estos principios antes enunciados se hallan presentes, en mayor o menor medida como justificantes en la materia, su incidencia en los distintos ordenamientos resulta variable, así como su interpretación y composición en conjunto, lo que ha dado lugar a distintos paradigmas contemporáneos. Acudimos a Cervera⁷¹, a los efectos de sistematizar las actuales teorías en que se basa la justificación de un “*estatuto restrictivo de los derechos humanos de los soldados*” en la actualidad:

- a) **Teoría de la comunidad separada:** Propia del derecho militar estadounidense, elaborada a partir de resoluciones de su Corte Suprema. Se entiende en esta concepción que lo militar “*constituye una comunidad especializada gobernada por una disciplina separada de la de los civiles*”, por lo que, la jurisdicción civil debe abstenerse de intervenir en actos internos de las fuerzas armadas por la diversidad de las disciplinas.
- b) **Teoría del ordenamiento interno:** Esta teoría, de origen italiano, postula que el ordenamiento militar esta separado del orden general de la sociedad civil y posee principios propios y especiales de los del resto de la sociedad civil y aunque las fuerzas armadas sean un sector mas de la administración pública requieren un tratamiento excepcional.
- c) **Teoría de la sujeción especial:** La doctrina alemana (luego recepcionada en España) que elaboró esta teoría destaca que el ciudadano se relaciona

⁷¹ Cervera, Rodrigo, Estudio comparado del derecho de libertad de expresión de los militares y su incidencia sobre el fuero militar. Opinión. *Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos*. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. [On line]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/cedip/docs1/o_fm_rc.htm [Consultado: 09 de septiembre de 2005].

con el gobierno desde una distinta posición; puede relacionarse como un administrado simple en relaciones de una sujeción general o indiferenciada; pero cabe también la posibilidad de que se relacionen con una mayor intensidad, la que justificaría un cierto grado de restricción de sus derechos humanos y fundamentales que es lo que sucede con los militares.

Más contemporáneamente, se ha desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una práctica interpretativa de los derechos constitucionales del militar, y los condicionamientos o restricciones de ellos, orientada a favor de una configuración democrática de las Fuerzas Armadas, cuanto que se erigen en un mecanismo de garantía de los derechos y libertades fundamentales en su defensa del orden constitucional y del orden internacional, de la soberanía y la integridad territorial en la era de la globalización. En tal forma, el espíritu democrático que debe impregnar a los militares, se convierte así en un reflejo de la sociedad democrática a la que ellos mismos deben servir.⁷²

Como nos dice Alía Plana⁷³, es posible mantener varias posturas en relación con los derechos fundamentales que se pueden reconocer a los militares. Y de hecho, respecto de un mismo país y derecho militar, ha habido más de una de ellas, de modo sucesivo o concomitante.

De acuerdo con la concepción clásica, las Fuerzas Armadas debían permanecer al margen del resto de la ciudadanía y de toda ideología política concreta. El militar estaba obligado a ejecutar todo tipo de órdenes, con independencia del juicio moral que se desprendiera de ellas. Se convertía así en un sujeto puramente pasivo, el instrumento del poder político, fuera éste cual fuera. La contemplación de este modelo nos trae a la memoria del autor la conocida expresión de Vigny, para quien el Ejército de su tiempo, hijo de la Revolución Francesa y del militarismo napoleónico era mudo y ciego.⁷⁴

Tal pasividad fue considerada en Francia como uno de los pilares esenciales de lo que se ha llamado moral militar, y uno de los medios destinados a asegurar el respeto permanente a las instituciones políticas. El Ejército debía ser por tanto el gran mudo para que la República funcionase.⁷⁵

Además de la supuesta estabilidad política, y la correlativa defensa contra un posible pretorianismo, se aducía otra razón para mantener a las Fuerzas Armadas segregadas jurídicamente fuera de la vida civil: la necesidad de controlar y limitar el

⁷² Cascella, Ugo, Aspectos problemáticos de la justicia militar a la luz del convenio europeo de derechos humanos. (Reflexiones a la luz del caso Perote Pellón contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc> [Consultado: 20 de febrero de 2004].

⁷³ Alía Plana, Miguel, El militar y la libertad de expresión. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/libexpresion.htm> [Consultado: 14 de julio de 2004].

⁷⁴ Puede consultar en extenso dicho pensamiento en De Vigny, Alfredo, Servidumbre y grandeza militar, Círculo Militar, Buenos Aires, 1956.

⁷⁵ Senechal, Michel, Droits politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées, con prefacio de Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées, París: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1964, pág. 6. Fruto de tal postura es la denominación de *la grande muette* para denominar al ejército activo. Ver al respecto lo expuesto en el Capítulo V con relación a los antecedentes y evolución del concepto de estado militar.

ejercicio de la violencia estatal, que en caso de guerra o situaciones similares es ejercida por las Fuerzas Armadas de forma monopolística.

Con el fin de evitar el ejercicio abusivo de este poder y su proyección contra el resto de la sociedad a la que sirven las Fuerzas Armadas se pretendía hacer del militar un ciudadano diferente, al que se reconocían facultades profesionales que el ciudadano común o el funcionario no poseían, pero también unas servidumbres y cargas, morales, jurídicas y sociológicas que constituían una merma cierta en el ejercicio de sus derechos y libertades.

Así, se le privaba de cualquier intervención en cuestiones políticas, el derecho de voto y la posibilidad de ser elegido para cargos representativos. Esta postura ideológica se resumía con la conocida frase de Hauriou⁷⁶ sobre la necesidad de acantonamiento jurídico del Ejército, expresión que ha tenido gran éxito entre los constitucionalistas que han estudiado este tema. Con el fin de conseguir este aislamiento jurídico e incluso social, se enunciaron dos principios: el establecimiento de una organización propia y autónoma respecto a la del resto del Estado, por un lado; y la privación de lo que se podría llamar vida política. Así, Dugit señaló que el ejército ideal debía ser una máquina inconsciente que el Gobierno pudiera poner en movimiento con sólo apretar un botón eléctrico.⁷⁷

Este modelo ha producido históricamente dos efectos en las Fuerzas Armadas, al entender de Alía Plana: uno interno y otro externo. El primero fue el nacimiento del ejército militarista, asociado con la recluta de masas, volcado sobre sí mismo y con tendencia a la incompetencia. El aislamiento ha sido estudiado por Levy, para quien es uno de sus aspectos más fascinantes de los ejércitos de masas. Según este autor, el fenómeno se hace más riguroso a medida que aumenta el nivel de su modernización, como una consecuencia directa de su mejor preparación y adiestramiento.⁷⁸ A ello se deben sumar las especiales condiciones de vida que impone el servicio y la dificultad de integración en los modos de vida ordinaria. El segundo efecto del que hablamos, de carácter externo, fue una consecuencia lógica de la limitación de actuación que entrañaba el acantonamiento: el intento de romperlo y de intervenir en la vida política a través del ejercicio unilateral de la fuerza contra el mismo Estado que se la había otorgado.⁷⁹

La visión actual en occidente resulta diametralmente distinta a la antes expuesta. Surge ella, luego de lo que Cohen ha dado en llamarla "la revolución militar", que se asocia como fenómeno con la constitución del orden mundial de la Posguerra Fría, a raíz de los cambios internacionales acontecidos tras la caída del imperio soviético en 1989.

Pero aún antes de ello, encontramos en este sentido nuevas formas de considerar el *status* del personal militar, como en la alemania federal de la postguerra, donde se ha desarrollado el concepto de *Innere Führung*, o "ciudadanos en uniforme". El que permite transferir los principios básicos de un estado democrático de derecho a las fuerzas militares, sin quitar a éstas operacionalidad ni eficiencia en el cumplimiento de sus tareas.

De acuerdo con la postura clásica gala, los miembros del gran mudo eran también pequeños mudos. Pero en la moderna dogmática de los derechos humanos, los militares, en tanto son ciudadanos, son también titulares de las libertades fundamentales. Otra cosa es que por razón del servicio especial que prestan a la comunidad vean limitado su ejercicio.

⁷⁶ Hauriou, Maurice, Précis de droit constitutionnel, Sirey, París: 1965, pág. 6. (2e edición de 1929, reimpresa por el C.N.R.S., Paris, 1965).

⁷⁷ Dugit, Leon, Traité de droit constitutionnel, Galimard, Paris, 1960, pág. 594.

⁷⁸ Lopez Henares, Vicente, "Problemas jurídico-políticos del poder militar, planteamiento institucional y estatuto", Revista Española de Derecho Militar, ns. 31-32 (enero-diciembre de 1976), p.18.

⁷⁹ Oehling, Herman, La función política del Ejército, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1967.

Respecto a la amplitud de ejercicio de tales derechos y libertades fundamentales, en el caso del militar, se deberá tener en cuenta que éste, en cuanto es un miembro con una función particular en la sociedad, definida por unos rasgos propios, está sometido a unos principios especiales que prevalecen sobre los generales, vigentes para el resto de la gran sociedad. Estos principios especiales se resuelven en el establecimiento de ciertos límites en el ejercicio de la libertad de expresión y no en la titularidad, que se reconoce de forma expresa e inequívoca. Básicamente, los límites que serán examinados más adelante, giran en torno a dos consideraciones: sometimiento funcional de las Fuerzas Armadas a la autoridad civil, única posible en la democracia, y la pertenencia a una estructura jerarquizada y autoritaria, por su propia función y fines.

Precisamente el cumplimiento de esta misión justifica la imposición de ciertas limitaciones en el ejercicio de sus derechos. Por su condición de ciudadano, deben limitarse a lo estrictamente necesario para el interés público y determinadas siempre por la ley, ya que el principio de legalidad en la limitación del ejercicio de cualquier derecho fundamental, es una exigencia de las sociedades democráticas y del Estado de Derecho. Así, según esta visión, no debe producirse una disociación entre los miembros de las Fuerzas Armadas, profesionales o no, y el resto de los ciudadanos del Estado, ya que tanto sus componentes como sus funciones, tienen su razón de ser en la prestación de un servicio a dicha comunidad. De ahí que se haya deducido como conclusión directa que no sea precisa su esterilización política, su aislamiento absoluto bajo una campana que le impida relacionarse con el resto de la sociedad. Sólo es preciso establecer ciertas restricciones cuya razón de ser estriba precisamente en ese especial y fundamental servicio que prestan las Fuerzas Armadas.

Como expresa Cervera⁸⁰, en el ámbito del derecho comparado es una tendencia consistente y generalizada la de expansión y garantía de los derechos fundamentales de los miembros de las fuerzas castrenses. En el transcurso del siglo XX progresivamente se ha afianzado un conjunto de salvaguardas a las libertades de los soldados, incluso mediante técnicas de tutela constitucional.

En la última parte del siglo XX, los cambios luego del derrumbe de la Unión Soviética, han acentuado la necesidad de fomentar la participación de la totalidad de la ciudadanía en los asuntos de la polis, como medida para afianzar las formas democráticas de gobierno. Se parte de la base de considerar el militar como un ciudadano más, igual al resto, y por consiguiente, con los mismos derechos fundamentales.

Por caso en Italia, en donde la Corte Constitucional ha afirmado que si bien se halla fuera de discusión que los militares tienen los mismos derechos que los otros ciudadanos de la república, tal materia no debe ser considerada de modo desvinculado con el régimen de servicio que vincula al militar para con el Estado, del complejo de derechos y de deberes que lo distinguen y de las garantías que el ordenamiento jurídico prevé.⁸¹

⁸⁰ Cervera, Rodrigo, Estudio comparado del derecho de libertad de expresión de los militares y su incidencia sobre el fuero militar. Opinión. *Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos*. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. [On line]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/cedip/docs1/o_fm_rc.htm [Consultado: 09 de septiembre de 2005].

⁸¹ Sentencia N° 449 del 1999. Cit en Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_16.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004]: “... che sia fuori discussione il riconoscimento ai singoli militari dei diritti fondamentali,

Esa tendencia jurisprudencial, legislativa y doctrinal de ampliar y asegurar institucionalmente las libertades de los miembros de las fuerzas armadas, se expresa en el derecho comparado principalmente, en tres técnicas o métodos de tutela⁸²:

- a) **La garantía constitucional expresa:** Es la propia carta magna garantiza de forma explícita la igualdad de derechos entre los ciudadanos y los militares, como es el caso de la constitución austriaca de 1920 que estatuye en su artículo 7 punto 2 *"se garantiza a los empleados públicos, incluyendo a los individuos pertenecientes al ejército federal, el ejercicio sin restricción de sus derechos políticos"*.
- b) **El silencio constitucional y los límites implícitos:** Esta técnica seguida por Francia, Italia⁸³, Portugal, Bélgica y Suecia, entre otros países, se caracteriza por no establecer ninguna peculiaridad respecto a la condición del soldado, si bien tolerando genéricamente restricciones cuando exista una eventual colisión con las necesidades institucionales de las fuerzas armadas. En este sistema se inscribe asimismo, nuestro ordenamiento constitucional nacional.
- c) **Precisión en la Constitución de los límites a los derechos de los militares:** La técnica es especialmente aplicada por Alemania que mediante reformas a su ley fundamental o Constitución.⁸⁴ El Tribunal Constitucional Alemán, ha señalado que *"la ratio legis del artículo 17 es –además de la garantía efectiva de los derechos fundamentales para los soldados– que, en interés de la eficacia del ejército, algunos derechos fundamentales de los soldados estén sometidos a una mayor limitación que la que está permitida para las personas civiles"*, siendo por lo tanto tales límites a los derechos, calculables y previsibles.

5.3. El límite del límite

Las limitaciones respecto a determinados derechos en virtud del estado militar no pueden ser absolutas, dado que deben inscribirse en el marco de un Estado democrático, cumplimentando unos cánones que, a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, consisten en el respeto de los principios de legalidad (las medidas limitativas han de estar previstas por la ley), de proporcionalidad (las medidas restrictivas deben constituir medios

che loro competono al pari degli altri cittadini della Repubblica, aggiunge che in questa materia non si deve considerare soltanto il rapporto di impiego del militare con la sua amministrazione e, quindi, l'insieme dei diritti e dei doveri che lo contraddistinguono e delle garanzie (anche di ordine giurisdizionale) apprestate dall'ordinamento".

⁸² Cervera, Rodrigo, Estudio comparado del derecho de libertad de expresión de los militares y su incidencia sobre el fuero militar. Opinión. *Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos*. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. [On line]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/cedip/docs1/o_fm_rc.htm [Consultado: 09 de septiembre de 2005].

⁸³ Por ejemplo, el artículo 52 de la Constitución italiana señala que la prestación del servicio militar no perjudica la posición del ciudadano, ni el ejercicio de sus derechos políticos.

⁸⁴ Artículo 17, agregado por la reforma de 1956. Que ya hemos tenido oportunidad de analizar en el Capítulo V, en la parte de la evolución del concepto del estado militar, por lo que allí remitimos respecto de su análisis detallado.

adecuados al fin perseguido) y de necesidad democrática (esas medidas tienen que ser imprescindibles para el mantenimiento del orden democrático).⁸⁵

El concepto de restricción, recalca Robert Alexy no implica una noción compleja en la cual se deben suponer dos cosas, el derecho y su restricción, sino que debe ser comprendido como una noción compacta, en la cual existe el derecho con un determinado contenido, que será fijado a partir de los límites que al mismo le sean impuestos por otras normas. Los derechos fundamentales son denominados como "derechos fundamentales *prima facie*" y son caracterizados como normas que exigen, la mayor libertad de acción en la medida posible, pero que no implican posiciones absolutas que no pueden ser restringidas⁸⁶

Alía Plana⁸⁷, siguiendo a Corrales Elizondo, une la justificación de las restricciones en los derechos con la necesidad de exigir a los militares unos deberes especiales, que si bien guardan relación con los propios de todo funcionario público, en este caso adquieren perfiles muy definidos: la lealtad, la fidelidad, la neutralidad, los cuales a su vez se relacionan con otros superiores, y quizás un tanto extraños para el lector no acostumbrado a los temas militares: la Patria y los principios fundamentales de la Nación. La Patria como concepto, indiscutiblemente, pertenece al acervo histórico, cultural, jurídico, psicológico y sentimental de las Fuerzas Armadas. Otra cosa son los principios fundamentales de la Nación, de muy difícil definición e incluso de naturaleza metajurídica, consagrados tanto en el texto constitucional en sí como en especialmente en el preámbulo. Que definen los valores superiores del ordenamiento jurídico, tales como la libertad, la justicia, la igualdad, la unión nacional, el pluralismo político, la soberanía popular y la forma de gobierno republicana federal.

Como ha podido apreciarse a lo largo del presente, el estado militar es, en esencia, un plus de obligaciones y derechos que se suman, pero no entorpecen ni se contradicen a los elementos generales de la condición de ciudadano. Es por ello que, en un caso determinado, un tribunal entendió que dicho estado militar no dispensa de la carga pública de prestar declaraciones como testigo, pues el modo en el que revisten los ciudadanos durante el período que prestan servicios de conscripción, no les impide comparecer como testigos.⁸⁸

De la doctrina de la Corte Suprema, se advierte una línea pacífica en el sentido que los militares también son titulares de iguales derechos fundamentales que el resto de la ciudadanía, por más que atendiendo a su estatuto particular queden sometidos a un *plus* de limitaciones; lo cual en ningún modo constituye una discriminación, por cuanto media una circunstancia objetiva y razonable para diferenciar, al hallarse ellos en una situación que no es análoga (dada la disciplina castrense) ni comparable al resto de ciudadanos.⁸⁹

⁸⁵ Cascella, Ugo, Aspectos problemáticos de la justicia militar a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (Reflexiones a la luz del caso Perote Pellón contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc> [Consultado: 20 de febrero de 2004].

⁸⁶ Alía Plana, Miguel, El militar y la libertad de expresión. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/libexpresion.htm> [Consultado: 14 de julio de 2004].

⁸⁷ Alía Plana, Miguel, El militar y la libertad de expresión. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/libexpresion.htm> [Consultado: 14 de julio de 2004].

⁸⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala III, resolución del 14/10/1977 en autos "Gismondi, FedericoH. C/ Tentori, Aleardo", publicado en Zeus, 978-14-121.

⁸⁹ Ver al respecto la noción de estado militar en la jurisprudencia nacional, expuesta en el punto 6 del capítulo V.

Tal como expresa la ley federal suiza sobre el ejército y la administración militar (LAAM) en su artículo 28.1.: “*En su periodo de servicio militar, los militares se benefician de los mismos derechos constitucionales y legales que en la vida civil*”. Y a continuación, en el art. 28.2. se agrega: “*Las restricciones son admisibles únicamente en la medida que la instrucción o las exigencias específicas lo requieran*”.

En la actualidad, resulta superado el concepto francés respecto de concebir al estado militar como una forma de retraer a los militares de la sociedad de la que forman parte. Resultando las Fuerzas Armadas, una institución más entre las muchas que forman el entramado social, y por tanto sus miembros, unos ciudadanos más por regla general, titulares de iguales derechos y libertades fundamentales que los demás. De forma correlativa, están obligados a cumplir ciertos deberes, regulados en lo que se denomina estado militar, determinado por pertenecer a una fuerza armada cuya misión consiste en asegurar la protección de la comunidad nacional. El cumplimiento de esta misión es la única causa que puede justificar la imposición de límites al ejercicio de sus derechos fundamentales.⁹⁰

Como nos dice Cervera: “*De una manera general se puede decir que las limitaciones a los derechos fundamentales de los soldados, a su vez han sido sujetas a restricciones, de forma que es legítimo hablar de la limitación de los límites a los derechos de los soldados*”, siendo los medios empleados para contener las limitaciones a los derechos de los militares, los siguientes⁹¹:

- a) Legalidad y motivación tanto de las decisiones judiciales como de las leyes: Por ejemplo el Tribunal Constitucional Español puntualiza en una sentencia de 1981 que en una restricción al libre ejercicio de los derechos constitucionales debe explicitarse el fin por el cual se sacrificó o limitó el derecho. En otra sentencia el mismo Tribunal señala que “*no basta que el límite que constriñe los derechos fundamentales tenga una justificación, sino que esta debe ser expresada por el legislador cuando lo establece*”.
- b) Proporcionalidad de la limitación: Debe existir una concordancia entre la severidad de la limitación impuesta a los derechos fundamentales y el fin perseguido de mantenimiento de los intereses de la institución castrense.
- c) La limitación a los derechos fundamentales del militar debe ser indispensable para la preservación de otro bien constitucional tutelado. Tal y como lo expresó el Tribunal Constitucional Español en sentencia de 1981.
- d) La limitación debe ser de la mínima intensidad posible, protegiéndose la cláusula de “*favor libertatis*”, tal y como lo estableció la Corte Constitucional Italiana en resolución de 1990.

⁹⁰ Alía Plana, Miguel, El militar y la libertad de expresión. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/libexpresion.htm>[Consultado: 14 de julio de 2004].

⁹¹ Cervera, Rodrigo, Estudio comparado del derecho de libertad de expresión de los militares y su incidencia sobre el fuero militar. Opinión. *Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos*. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. [On line]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/cedip/docs1/o_fm_rc.htm [Consultado: 09 de septiembre de 2005].

- e) Garantía de contenido esencial de los derechos: Conforme a este criterio, nunca las restricciones impuestas a un derecho pueden llegar hasta el extremo de desnaturalizarlo o privarlo de contenido.

6. Los derechos en particular

6.1. Derecho a la vida

Sagües⁹² entiende a este derecho como expreso, derivándolo del texto del art. 29 de nuestra Constitución. La Corte Suprema lo ha entendido como “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”⁹³. Asimismo, está captado por el art. 33, como derecho natural supraconstitucional.

Si bien lo referente a la vida tratase de un derecho constitucional y personalísimo, desde que posibilita el ejercicio de los demás derechos, no resulta absoluto, siendo uno de sus límites el art. 21 de la Constitución Nacional que, “... *al imponer a los argentinos el deber de armarse “en defensa de la Patria y de esta Constitución”, está indirectamente permitiendo el sacrificio de la vida, para tutelar los dos bienes que se indica*”.⁹⁴

El derecho a la vida adquiere por tanto en el militar, una especial significación. No sólo porque una parte central de su compromiso para con la sociedad a la que sirve, pasa por poner a disposición de ella su existencia misma en su defensa, debiendo en consecuencia morir si fuese necesario, para garantizar la existencia o los intereses vitales de la comunidad política. También, de un modo más habitual y sin llegar a tales situaciones límites, guarda relación con lo que se ha dado en denominar espíritu de sacrificio.

Es así que voluntariamente, el militar no sólo renuncia a las mayores comodidades que una vida libre puede proporcionar, sino que en razón del contenido mismo de la prestación militar (entrenamientos de riesgo, manejo de armas, explosivos, etc), la pone de continuo en compromiso, para mantener su aptitud para operar en un ambiente de violencia organizada generalizada como son los conflictos armados.

Reflejo de la centralidad y sacralidad que el valor vida tiene en nuestra comunidad, es que las obligaciones militares que la ponen en compromiso se adquieren mediante juramento.

Es la más trascendente y extensa renuncia a un derecho fundamental que se halle prevista en cualquier ordenamiento jurídico. Resultando un deber que es un requisito propio y específico de la condición militar.⁹⁵

⁹² Sagües, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, Tomo 2, 2º edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 259.

⁹³ CSJN, Fallos, 302:1284 (“Saguir y Dib”). En igual sentido Fallos 310:112 (“Baricalla de Cisilotto”).

⁹⁴ Sagües, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, Tomo 2, 2º edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 260.

⁹⁵ En el ordenamiento español, se lo ha regulado con toda minuciosidad, normándose (Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. *Publicada en el BOE, número 119, de 19 de mayo de 1999*: Artículo 3. Juramento o promesa ante la Bandera de España) que : 1. *Todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España, de la forma que se establece en este artículo. Dicho juramento o promesa será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera, de militar de complemento y de militar profesional de tropa y marinería.*

Como se ha expresado por la doctrina: “*En el juramento se asumen por honor, las obligaciones militares que antes se habían asumido jurídica-administrativamente*”.⁹⁶ Determinando su omisión en prestarlo, a modo de una condición resolutoria, la pérdida de la condición militar.

6.2. Libertad física. Aplicación del hábeas corpus

Tanto la disciplina como las sanciones ante su incumplimiento, es considerada de variada forma por las distintas Fuerzas Armadas del mundo, aún dentro de un mismo entorno cultural. Generando una particularidad en cuanto a los tipos susceptibles de sanción, la sanción misma y las actividades que se les permiten ejercer de cara al resto de la sociedad.⁹⁷

Se ha entendido en la cuestión que los procedimientos seguidos para asegurar la disciplina de las fuerzas militares de un Nación, se halla en directa correlación con el tipo y los valores de la sociedad que tales fuerzas deben defender.⁹⁸

El régimen disciplinario militar tiene por finalidad velar por la disciplina y en esta forma “... *garantizar la observancia de la Constitución, (...) y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico...*”⁹⁹

2. El acto de juramento o promesa ante la Bandera de España será público y estará revestido de la mayor solemnidad. Se ajustará a la siguiente secuencia:

—El jefe de la unidad militar que tome el juramento o pro-mesa ante la Bandera pronunciará la siguiente fórmula:

«¡Soldados! ¿Juráis por Dios o prometéis por vuestra conciencia y honor, cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado, obedecer y respetar al Rey y a vuestros jefes, no abandonarlos nunca y, si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?»

A lo que los Soldados contestarán:

«¡Sí, lo hacemos!».

—El que tomó el juramento o promesa replicará:

«Si cumplís vuestro juramento o promesa, la Patria os lo agradecerá y premiará, y si no, mereceréis su desprecio y su castigo, como indignos hijos de ella», y añadirá: «Soldados, ¡Viva España!» y

«¡Viva el Rey!», que serán contestados con los correspondientes “¡Viva!”.

—A continuación, los Soldados besarán uno a uno la Bandera y, posteriormente, como señal de que España acepta su juramento o promesa, desfilarán bajo ella.

3. En la fórmula, el término «Soldados» podrá sustituirse por el que convenga para su adecuación a los que vayan a prestar el juramento o promesa.

⁹⁶ Alli Turillas, Juan Cruz, El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico, prólogo de Ramón Parada Vázquez, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2002, pág. 146.

⁹⁷ Alía Plana, Miguel, El militar y la libertad de expresión. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/libexpresion.htm> [Consultado: 14 de julio de 2004].

⁹⁸ R.A. McDonald, The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law 1 C.F. JAG J. 1, 1 (1985). Cit por Pitzul, Jerry y Maguire, John, A Perspective on Canada's Code of Service Discipline, **artículo aparecido** Journal of Military and Veterans Law [On line]. Disponible en: <http://www.wm.edu/SO/MLJ/canadafinal.htm> [Consultado: 29 de septiembre de 2002]. (29 de septiembre de 2002): “It has been suggested that “the procedures for disciplining the military forces of a nation are a direct reflection of the society that the forces were created to defend.” To the extent that this hypothesis may be considered valid, one might expect the study of the evolution of military law not only to explain the rationale for the creation of a Code of Service Discipline, and its various provisions, but to also reveal something about the particular society concerned - its origins, traditions, experiences of war and legal history”.

⁹⁹ artículo 1 de la LORDFAS española.

La disciplina como valor inherente al personal militar, sigue informando su propio régimen sancionador. Cuando un funcionario público incurre en infracción disciplinaria, está cometiendo una infracción administrativa perfectamente delimitada y tipificada; si el infractor disciplinario es militar, su falta es contra la misma disciplina, que se podrá concretar en una u otra actitud o acción, pero que en cualquier caso siempre nos lleva a la inobservancia de la disciplina propia a la que cualquier militar está sujeto, de ahí la importancia de comenzar hablando de la disciplina. Asimismo la disciplina será practicada y exigida como norma de actuación y tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, y obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado.¹⁰⁰

Pues como se ha dicho, la disciplina es posiblemente el valor más elevado que ha de observar el militar, y que, lejos de ser una virtud meramente enunciativa o una reminiscencia romántica, obliga de modo concreto y personal a todos y cada uno de los militares y tiene su manifestación en actos concretos de disciplina y a sensu contrario, tiene su sanción en actos concretos de indisciplina. La razón de ser de la disciplina no es otra sino la necesidad que existe en los ejércitos de estar siempre preparados (*ad utrumque paratus*) y dispuestos para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, y eso pasa por no adocenarse durante los tiempos de paz, los cuales hoy en día, afortunadamente, son cada vez más prolongados.¹⁰¹

En esta materia, nuestro máximo tribunal tiene como uno de sus fallos angulares en la cuestión al dado los dos recursos extraordinarios interpuestos con motivo del caso “Fasola Castaño don Francisco. – Recurso”, fallado ambos el 10 de junio de 1936.¹⁰²

Allí las entiende como derivación de las facultades que la propia Constitución Nacional atribuye al Congreso la facultad de dictar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de las fuerzas militares de tierra y de mar en tiempo de paz y de guerra y la que otorga al Presidente de la República la calidad de comandante en jefe de dichas fuerzas, autorizándolo para que disponga de ellas y corra con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.

Resalta asimismo, que por el hecho de su incorporación a los cuerpos armados, los ciudadanos sin perder su derecho a la protección de las leyes civiles y generales, asumen obligaciones especiales quedando sometidos a ciertas formas de contralor en la conducta y en su vida a las cuales no se hallaban sujetos en aquella condición. Siendo la fundamental de tales obligaciones es la de obedecer a las disposiciones de los códigos y leyes militares, admitiendo para el caso de violación o desconocimiento la procedencia de las sanciones que la legislación castrense habilita, por los cauces y con las formas particulares que ella establece.¹⁰³

Obviamente, tal particularidad de medios sancionatorios y de formas de imposición de ellos, no releva de la exigencia general a todo el ordenamiento jurídico de superar los tests de legalidad y de razonabilidad exigidos por el orden constitucional, a los efectos de

¹⁰⁰ De Guzmán Muñoz, Ignacio J, El régimen disciplinario militar, [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/procdisci.htm> Consultado: 21 de diciembre de 2002].

¹⁰¹ De Guzmán Muñoz, Ignacio J, El régimen disciplinario militar, [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/procdisci.htm> Consultado: 21 de diciembre de 2002].

¹⁰² Fallos 175: 172 y 175:157, respectivamente.

¹⁰³ CSJN, Fallos 175:176.

considerarlas conformes a derecho¹⁰⁴, pudiendo los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.¹⁰⁵

En virtud del “sometimiento a disciplina militar”, ya sea por propia voluntad o como carga pública, resulta constitucionalmente lícito, en aras de una más enérgica disciplina -que el propio legislador ha considerado necesaria para el cumplimiento de sus fines, la imposición de sanciones de privación de libertad.¹⁰⁶

Como dice Sinópoli:

*“Lo concerniente a la privación de libertad de los militares, motivada por la imposición de una sanción disciplinaria, resulta 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 internacionales 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”.*¹⁰⁷

¹⁰⁴ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 251/4.

¹⁰⁵ Cfr. Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala III, sentencia dictada el 15 de septiembre de 1998 in re "Vercellotti, O.H. e. Estado Mayor General del Ejército"; en La Ley, t. 1998-E, pág. 512. Citada por el autor individualizado en la nota anterior.

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 194/1989, de 16 de noviembre. RA 1340/1987, 612/1988 (acumulados). BOE 291, de 5 de diciembre. Voto particular discrepante que formulan los Magistrados don Carlos de la Vega Benayas y don Eugenio Díaz Eimil en los recursos acumulados 1340/1987 y 612/1988.

¹⁰⁷ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 253/4.

Puede concluirse de lo antes expuesto, y tal y como se desprende los fallos de la Corte, que las exigencias del estado militar van más allá del hecho de prestar servicios en las Fuerzas Armadas. Debiendo de quien lo posea, una subordinación especial y distinta de la del ciudadano común frente a las potestades del Estado.

En la doctrina legal española se ha entendido que la prohibición a la Administración civil de imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, establecida en el art. 25.3 de la Constitución española, lleva a interpretar a *sensu contrario*, que la Administración militar se halla facultada para imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.¹⁰⁸

La constitucionalidad de imponer sanciones militares privativas de la libertad, ha tenido las consecuencias jurídicas en la doctrina de nuestra Corte Suprema, la que entendió que en virtud de ello: *“No procede revisar por la vía del recurso de habeas corpus lo actuado ante las autoridades y tribunales militares, cuando éstos han procedido dentro de su privativa jurisdicción”*.¹⁰⁹ Por lo que: *“El hábeas corpus no procede si la privación de la libertad se originó en una causa seguida ante juez competente, lo que ocurre en el caso de quien se halla detenido a disposición de un tribunal militar y sometido a proceso conforme a las normas del Código de Justicia militar”*.¹¹⁰ Siendo también la falta de agotamiento de las vías administrativas específicas a la situación en la órbita castrense, una *“... valla optativa para juzgar la procedencia de las cuestiones invocadas como agravamiento arbitrario de las condiciones de detención; razón por la cual corresponde rechazar la acción de Habeas Corpus”*.¹¹¹

En cuanto a su alcance, comprende a toda persona que tenga estado militar, independientemente de se halla prestando servicio activo o en retiro. Pues:

“Las disposiciones de la ley 14.029 (Código de Justicia Militar) a que se refieren los arts. 108 y 109 establecen el ámbito de la jurisdicción militar en todo tiempo y, por lo tanto, el fuero real o de causa, por cuanto alcanza a los militares en actividad y retiro y también a los civiles, solamente en razón de infracciones expresamente determinadas, que por afectar la existencia de la institución militar sus leyes prevén y sancionan. Este fuero real se extiende a los militares retirados, pero tiene límites precisos, taxativamente fijados por el art. 109, inc. 5, ap. c), del Código de Justicia Militar. Es la naturaleza de ciertas infracciones que lesionan gravemente la disciplina militar la que los somete a la jurisdicción castrense. No es óbice para ello la condición jurídica del retirado, por cuanto la ley les ha conferido el estado militar”.¹¹²

¹⁰⁸ Tribunal Supremo de España. Sala Quinta, de lo Militar. Sentencia del 3 diciembre de 2001. “Calvo Cabello, José Luis”. [Rº Casación contencioso-disciplinaria 17/2001]. Conf. jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 21/1981, del 15 de Junio.

¹⁰⁹ CSJN, Fallos 181:229 (“Corbatta”).

¹¹⁰ Corte Suprema, Fallos 310:216 (“Carmona, Justo Pastor, interpone recurso de hábeas corpus en favor de Raúl Humberto Gómez Fuentealba”). 01/10/87. En igual sentido, Fallos 310:2005 (“Zariquiegui de Seara, Norma Ilda”). 01/10/87.

¹¹¹ C.N. Crim. Sala X Valdovinos, Vila s/ hábeas Corpus (J Instr. 4. sec. 111.). H. Corpus N° 359, Vice Comodoros Lynch y Ricciardelli. Boletín de Jurisprudencia. Año 1989. N 3.

¹¹² Corte Suprema, Fallos 236:588 (“Raviolo Audisio, Héctor A., y otros”). 01/01/56.

6.3. Libertades de pensamiento, de expresión y de información

Si bien la libertad de expresión resulta un valor indiscutido en la sociedad democrática de nuestros días, también encontramos que respecto de los militares, existen toda una serie tanto de normas como de decisiones de los propios tribunales de justicias, que reglamentan de modo distinto y más estricto que respecto de las personas civiles, el uso de tal derecho. Y que como nos dice Matthews¹¹³, en la práctica constriñen la libertad de expresión de los militares cuando lo obligue la necesidad militar. Un problema serio emerge, a juicio del autor antes citado, del hecho de que, al interpretar la ley del caso, los tribunales nunca han definido con precisión hasta qué punto debe la necesidad militar extenderse, para justificar el coartar de la libertad de expresión garantizada en la Declaración de Derechos.

Que un militar no pueda ser privado de sus derechos esenciales, no obsta a que el ejercicio de ellos tenga notables modificaciones respecto de las personas sin *status militaris*. Así se ha expresado en la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien estudió en el caso si las medidas disciplinarias impuestas a unos militares con ocasión de unos escritos publicados en una revista de carácter castrense y en los que se vertían una serie de críticas frente a la institución militar habían vulnerado o no la libertad de expresión de los demandantes. Respecto de tal extremo, el Tribunal Europeo no consideró que se hubiera vulnerado tal derecho fundamental, razonando: *“El Tribunal constata que los demandantes han contribuido en un momento que reinaba cierta tensión en el cuartel, a editar y difundir un escrito (...). En estas circunstancias, el Tribunal Superior Militar puede haber tenido fundadas razones para estimar que aquellos habían intentado minar la disciplina militar y que era necesario para la defensa del orden aplicarles las sanciones controvertidas. El Alto Tribunal militar no perseguía, pues, privarles de su libertad de expresión, sino únicamente reprimir el abuso en que habían incurrido al ejercer dicha libertad”*.¹¹⁴

Dicho lo cual, pese a las modulaciones y restricciones que pueden tener los militares por razón de su condición y dada la disciplina característica de la organización en la que operan, también son sujetos de derechos fundamentales. Así ocurre, por ejemplo, como se ha avanzado, con la libertad de expresión (artículo 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos). Interpretando esta disposición convencional el Tribunal de Estrasburgo, ha afirmado de manera taxativa que los derechos consagrados en el Convenio se aplican a cualquier persona independientemente de su situación subjetiva, aunque su estatuto pueda modular su concreto ejercicio. Así, en el caso Grigoriades contra Grecia de 25 de noviembre de 1997 declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la libertad de expresión no se detiene a las puertas de los cuarteles, sino que también los militares gozan de ella, por más que su condición lleve aparejado un plus de limitaciones: la libertad de expresión *“se aplica tanto a los militares como al conjunto de otras personas dependientes de la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, como el Tribunal ha señalado anteriormente, el Estado puede imponer restricciones a la libertad de expresión si existe*

¹¹³ Matthews, Loyd J, La Libertad de Expresión de los Profesionales de la Fuerza Aérea, *Air & Space Power Journal - Español* "la Libertad de Expresión de los Profesionales de la Fuerza Aérea", (Tercer Trimestre 2000), pags. 69-81, [On line]. Disponible en: <http://www.airpower.maxwell.af.mil/apjinternational/apjiesp.html> [Consultado: 15 de abril de 2003].

¹¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Engel y otros contra País Bajos del 8 de junio de 1976, apartado 101 de la sentencia.

*una amenaza real para la disciplina militar; el funcionamiento eficaz de un ejército no se concibe sin unas reglas jurídicas destinadas a impedir socavar esta disciplina”*¹¹⁵

En esta misma línea, se ha entendido que si bien los militares disfrutan del derecho a la libertad de expresión, que el funcionamiento eficaz de la institución militar difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos. Debiendo por ello, atenderse en cuanto a la fijación de sus contornos, a las características particulares de la condición militar y sus efectos en la situación de miembros individuales de las Fuerzas Armadas, así como sus específicos deberes y responsabilidades.¹¹⁶

Debe destacarse que las opiniones o creencias filosóficas, religiosas o políticas que cada militar tiene son libres. Pues lo que se limita o sujeta a especiales condiciones es la expresión del pensamiento, y no el pensamiento mismo. Ni los actos del ámbito personal, si de ello no se sigue una afectación de la moral o la disciplina¹¹⁷

Los tribunales tradicionalmente han protegido la seguridad operacional y miran con desaprobación cualquier manifestación de parte de los militares que represente una genuina amenaza al mantenimiento del orden y de la disciplina. Pero los tribunales nunca han confrontado cara a cara ni resuelto de manera precisa y sin ambigüedades el problema de hasta qué punto la expresión de los integrantes de las fuerzas armadas puede ser censurada solamente por no estar de acuerdo con las políticas de su Fuerza o del gobierno, como se ve con frecuencia últimamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esta falta de límites claros de los árbitros jurídicos supremos, en cuanto a la libertad de expresión, ha ocasionado a los militares profesionales un serio problema, puesto que ellos son los que más saben en materia de los requisitos de la defensa nacional y se hallan potencialmente en condiciones de hacer los aportes de más autoridad y credibilidad al debate de la defensa nacional. Detlev Vagts¹¹⁸ ha presentado el caso clásico en favor de permitir a los oficiales militares de las naciones democráticas decir lo que piensan públicamente respecto a las políticas de defensa nacional:

“ Al prevenir que opiniones no oficiales puedan competir en el mercado militar de las ideas, concedemos un peligroso monopolio al dogma

¹¹⁵ Caso Grigoriades contra Grecia del 25 de noviembre de 1997, apartado 19 de la sentencia.

¹¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 8 de junio de 1976 en el caso “Engel y otros”, Fundamentos de Derecho 54 y 99 a 103.

¹¹⁷ En esta sentido, encontramos en el derecho militar francés (Loi N° 72-662 portant statut général des militaires. Du 13 juillet 1972. BOEM 300, 332 et 651), las siguiente normativa: Article 7. *Les opinions ou croyances, philosophiques, religieuses ou politiques sont libres. Elles ne peuvent cependant être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. Cette règle ne fait pas obstacle au libre exercice du culte dans les enceintes militaires et à bord des bâtiments de la flotte.*

Les militaires en activité de service doivent obtenir l'autorisation du ministre lorsqu'ils désirent évoquer publiquement des questions politiques ou mettant en cause une puissance étrangère ou une organisation internationale.

Une instruction ministérielle déterminera dans quelles conditions les militaires pourront, sans autorisation préalable, traiter publiquement de problèmes militaires non couverts par les exigences du secret. Ces dispositions s'appliquent à tous les moyens d'expression, notamment aux écrits, conférences ou exposés.

Article 8. *L'introduction dans les enceintes et établissements militaires ainsi qu'à bord des bâtiments de la flotte de toute publication, quelle que soit sa forme, pouvant nuire au moral ou à la discipline, peut être interdite dans les conditions fixées par le règlement de discipline générale dans les armées.*

¹¹⁸ Vagts, Detlev F., Free speech in the Armed Forces, *Columbia Law Review* 57 (1957), pág. 191.

oficial, lo que puede producir un estancamiento y una ineficiencia que difícilmente estamos en capacidad de soportar en esta época de cambios rápidos y peligrosos. Al impedir que oficiales de mentalidad independiente puedan decir lo que piensan, fomentamos la pereza mental; privamos al Departamento de la Defensa, al Congreso y a los electores de una valiosa fuente de información; y amenazamos reducir aún más el pequeño grupo de oficiales americanos que hacen aportes perdurables al pensar militar”.

Recordemos por caso, en el ejército francés, el concepto de ofensiva móvil, impuesto luego de su derrota con Prusia en 1870, y que se mantuvo como una especie de dogma de actuación hasta las primeras fases de la primera guerra mundial. Este sacrificaba todo lo que pudiese demorar el avance del ejército (artillería pesada, dotación de provisiones y municiones, etc) en aras de permitir una mayor movilidad. Era la única postura al respecto que se enseñaba en el sistema militar francés, cualquiera fuera el instituto al que se concurriera. El militar galo de tales épocas, trabajaba en ella durante toda su carrera, pero sólo en su aplicación, y quienes le formulaban objeciones eran sistemáticamente relegados.

La falta de la discusión, en los círculos apropiados y por las vías correctas, de sus fortalezas, debilidades y utilidad, dio como resultado que en 1914 fueran aun el modo de ir a la guerra, a pesar de haber pasado casi medio siglo desde su formulación en un mundo de vertiginoso cambios técnicos que en el área militar no fueron menos.

Al estallar la guerra, el sistema mostró su total inutilidad, a un costo de la pérdida de altísimo de vidas y recursos, en las primeras fases del conflicto, cuando tropas con lo mínimo indispensables combatieron a un ejército alemán dotado de amplias reservas y muy superior en medio de apoyo de fuego pesados.

Y si bien, adoptando una estrategia de defensa en el terreno, completamente distinta del sistema, pudo detener el avance germano en la batalla del Marne, Francia casi pierde la guerra, por prohibir la discusión de los aspectos técnicos del proceder militar.

Claro está, aun en los aspectos técnicos, los militares siguen estando en posesión de un status particular que ubica los actos de su vida dentro de un ámbito caracterizado por la disciplina. Por lo que tal posición que pone en juego una diversidad de fuertes pero estrechamente centradas obligaciones y lealtades propias. Cómo aliviar la tensión resultante entre las exigencias internas de satisfacer por una parte, la obligación constitucional del derecho de libre expresión con la exigencia también constitucional de subordinación del militar a las autoridades civiles democráticamente electas, ha sido y sigue siendo el thema decidendum por excelencia en el presente asunto.

Eymar ha destacado que el creciente desarrollo de la civilización tecnológica ha incidido de forma indudable sobre el orden político, y ello ha supuesto un desplazamiento de la base y de los métodos del ejercicio del poder. Este ha dejado de ser una dominación sobre las personas, para convertirse en una dominación sobre sistemas en los que se articulan cosas y personas. Esto quiere decir que las órdenes o decisiones en el ámbito político o militar están cada vez más mediatizadas por las legalidades de las cosas o máquinas. En consecuencia, se hace también cada vez más difícil el mantenimiento o la adopción de esquemas voluntaristas. Las órdenes o decisiones militares han de contar en mayor o menor grado y de forma creciente, con asesoramientos previos o informes técnicos sobre su viabilidad. En otras palabras, el inferior en posesión de conocimientos técnicos

habría de participar necesariamente mediante la discusión con el mando, en la elaboración de las órdenes o decisiones, pudiendo llegar a juicio de dicho autor, dentro de ciertos límites a la impugnación, en el caso de que esas órdenes estuvieran en abierta contradicción con la *ratio* técnica.¹¹⁹

Por otra parte, sin libertad de expresión y sin la garantía de los demás derechos de participación, la democracia se torna imposible, siendo el binomio democracia-libertad de expresión se asocia con la racionalidad en la toma de decisiones, amparada por los principios de legalidad y de seguridad jurídica. De acuerdo con lo anterior, y teniendo a la vista la libertad de expresión como un derecho fundamental de todo ciudadano, cabe preguntarse hasta qué punto el militar profesional puede gozar de este derecho reconocido.

En el ámbito internacional, y de forma análoga a lo establecido en la doctrina de nuestra Corte Suprema, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha entendido¹²⁰ que la libertad de expresión no resulta un derecho absoluto y que son admitidas las restricciones a ella siempre y cuando las mismas sean establecidas con arreglo a ciertos requisitos. Con similares criterios a los desarrollados en numerosas oportunidades por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha estipulado que para que un Estado pueda adoptar una medida restrictiva se deberán demostrar cuatro los requisitos para que esta imposición de responsabilidades ulteriores sea legítima: (i) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, (ii) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; (iii) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas; y (iv) que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.

La Corte Interamericana ha estipulado también que las medidas restrictivas deben ser interpretadas en consonancia con el artículo 29 c) de la Convención y que por lo tanto existe la obligación de, al momento de ser tomadas las medidas, tener en cuenta las garantías que derivan de la forma democrática de gobierno, por las cuales las justas exigencias de la democracia deben ser tenidas en cuenta en el estudio de toda restricción realizada a la libertad de expresión. Las medidas deben por lo tanto no solo tener como finalidad la protección de alguno de los fines legítimos establecidos por las Convención sino que además la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión debe "*juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas*"¹²¹, debiendo ser la restricción "*necesaria en una sociedad democrática*".

Al respecto, Sinópili destaca 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

¹¹⁹ Eymar Alonso, Carlos, Libertad de expresión y disciplina en las Fuerzas Armadas, en VV.AA., Libertades públicas y Fuerzas Armadas, en VV.AA., Estudios sobre el proyecto de Constitución, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.; y García Pelayo, Manuel, Burocracia y Tecnocracia, Madrid: Alianza, 1974, p. 46.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 19 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

¹²¹ Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Washington, D.C., 1995.

*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 integradas y del que forman parte; y, finalmente, ha de mostrarse estrictamente neutral en la pugna entre las distintas opciones partidistas”.*¹²²

Como puede apreciarse no es una, sino varias razones las que justifican imponer a la libertad de expresión del militar determinadas condiciones de ejercicios y ciertas restricciones.

La Corte Suprema estadounidense en el caso "Parker v. Levy"¹²³, al analizar la facultad de los poderes públicos para limitar la libertad de palabra de los militares que se encontraban prestando servicio, entendió que:

*" Si bien los integrantes de las fuerzas armadas no están excluidos de la protección otorgada por la Primera Enmienda, la diferente naturaleza de la comunidad y de la misión militar requiere una aplicación diferente de esa protección. La fundamental necesidad de obediencia y la consecuente necesidad de imponer la disciplina, puede hacer permisible dentro de las fuerzas armadas aquello que sería constitucionalmente inaceptable fuera de aquéllas ... "*¹²⁴ .

Ello pues: "...Las fuerzas armadas dependen de una estructura de comando que a veces debe destinar a los hombres al combate, no sólo arriesgando sus vidas, sino también implicando, en última instancia la seguridad de la nación misma. El discurso que está protegido en la comunidad civil puede, sin embargo, llegar a socavar la efectividad de la respuesta a las órdenes. Si ello ocurre no queda protegido constitucionalmente..."¹²⁵ . A ello cabía agregar que la subordinación de las fuerzas armadas al poder civil, que constituye el requisito indispensable del sistema republicano de gobierno, exige la prescindencia de aquéllas en actividades de carácter político¹²⁶ .

Por su parte, nuestra Corte Suprema ha entendido que las restricciones a la libertad de expresión alcanzan igualmente a los militares en situación de retiro. Entendiendo que si el militar retirado pretende ejercer el derecho a la libre expresión sin que tenga que rendir cuenta a la superioridad de sus declaraciones sobre temas vinculados a la conducción actual de las Fuerzas Armadas, debe solicitar su baja.¹²⁷

¹²² Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 263.

¹²³ USSC, 417 U.S. 733.

¹²⁴ USSC, 417 U.S. 758.

¹²⁵ USSC, 417 U.S. 759.

¹²⁶ USSC, "Greer v. Spock", 424 U.S. 428; "Parker v. Levy" , 417 U.S. 760.

¹²⁷ CSJN, Fallos 312:1082 ("García"). Voto de los Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt. Por su parte, los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Baqué, en minoría, entendieron que no se advertía que pudiera ser aplicadas la restricción en materia de expresión por la prensa a los militares en situación de retiro, pues si bien poseen estado militar y se hallan por tanto sujetos a la jurisdicción castrense disciplinaria, no existía a su respecto el "insoslayable interés estatal" en restringir

En los distintos ordenamientos castrenses se aprecia en la materia, profundos cambios tanto en el reconocimiento, como en la extensión de la tutela de la libertad de expresión de los militares. Muy distante de la afirmación de Alfredo de Vigny en 1835 de entender que *"el ejército debe ser ciego y mudo"*. Circunscribiéndose en las restricciones a la libertad de expresión de los militares se concretan solamente en el respeto del principio de supremacía civil, y del secreto militar, por regla general.¹²⁸

Respecto al secreto oficial, la Corte Suprema de Estados Unidos ha declarado la admisibilidad de la censura previa, en tales casos, pero no bajo la sola invocación genérica de razones de seguridad o de defensa nacional, sino que deben concretar las razones y someterlas a un tribunal de justicia para limitar la libertad de expresión de un militar. En Alemania mediante la *"soldaten gesetz"* o ley del soldado de 1956, así como la Ley Austriaca de 1990 establecen régimen de autorización previa, pero solo en materia de secretos militares.

En cuanto al contenido del ejercicio de la libertad de expresión, en Alemania se suaviza la obligación de sigilo por la Ley de 1956, al autorizarse la difusión de información que sea evidente, de público conocimiento o de escasa relevancia. En una sentencia del Tribunal de España dada en 1993, se entiende que *"el problema consiste en determinar los límites a la libertad de expresión de modo que, garantizadas por una parte la disciplina y la neutralidad política de las fuerzas armadas por otra, no se reduzca a sus miembros al puro y simple silencio"*. Por su parte, la Corte Constitucional Italiana en sentencia de 1985 señala que *"la pacífica manifestación del disenso de los militares con respecto a la autoridad militar... promueve el desarrollo en sentido democrático del ordenamiento de las fuerzas armadas"*. En una tendencia que reduce el concepto tradicional de disciplina a la obediencia de la orden, no implicando su quebrantamiento el sostener, sin afectar el principio de jerarquía militar, una opinión en contrario.

Como se ha expresado en el derecho militar de otros países, todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad.¹²⁹

Es por ello que el militar tiene derecho a la libertad de expresión, pero necesitará autorización previa para su ejercicio de sus superiores cuando trate de cuestiones que

sustancialmente su libertad de expresión, toda vez que aquél no "está destinado al combate" deforma tal que la expresión de sus opiniones pueda poner en peligro "la seguridad de la nación misma». Es así que, al desaparecer las vitales razones por las cuales el Estado puede restringir sustancialmente la libertad de expresión de los militares en actividad, recobra este derecho su amplia presunción de legitimidad. La mayoría, por el contrario, encontró razonable que no se hagan distinciones entre el personal militar en actividad y el retirado, en la medida en que el prestigio de que pueda gozar este último entre sus camaradas de armas o sus ex subordinados, podría con sus expresiones o su ejemplo estimular actitudes que comprometen la estricta disciplina, tan necesaria en los ejércitos, con grave daño de la eminente función que a éstos les cabe en todo tiempo por mandato constitucional.

¹²⁸ Cervera, Rodrigo, Estudio comparado del derecho de libertad de expresión de los militares y su incidencia sobre el fuero militar. Opinión. *Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos*. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. [On line]. Disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/cedip/docs1/o_fm_rc.htm [Consultado: 09 de septiembre de 2005]. A Quien seguimos en la exposición de la normativa de los distintos países.

¹²⁹ Art. 177, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

puedan perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas.¹³⁰

Hay una trasgresión a la libertad de expresión cuando con su uso se “*pone públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete al buen funcionamiento del servicio*”. Resultando constitucional que el legislador pueda imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de sus altos fines constitucionales, una especial e idónea configuración.¹³¹

6.4. Derecho de petición a las autoridades

Como nos dice Sinópoli, 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 considera 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.

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. 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 castrense 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).¹³²

En el caso español, que resulta aplicable asimismo a nuestra realidad jurídica, la delimitación del ámbito subjetivo de titulares del derecho de petición se realiza

¹³⁰ Art. 178 de las Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre. Postura confirmada en cuanto a su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional de España, en Sentencia N° 371/93, **de 13 de diciembre**. RA 2469/1991. BOE 16, de 19 de enero de 1994, entre otras.

¹³¹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia N° 371/1993, de 13 de diciembre. RA 2469/1991. BOE 16, de 19 de enero de 1994. Conf. jurisprudencia de Sentencias N° 69/1989, fundamento jurídico 2.º), N° 81/1983, fundamento jurídico 3.º y N° 97/1985, fundamento jurídico 4.º.

¹³² Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 59/60.

extensivamente, entendiendo que abarca a cualquier persona natural o jurídica prescindiendo de su nacionalidad, como cauce de expresión en defensa de los intereses legítimos y como participación ciudadana en las tareas públicas, pudiendo ejercerse tanto individual como colectivamente. Con la sola limitación que para los miembros de las Fuerzas o Institutos armados, o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar, se deriva directamente de la Constitución, y determina que aquellos solo pueden ejercer el derecho individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.¹³³

Si bien el militar tiene la carga, impuesta por las reglamentaciones militares de, antes de peticionar, realizar “una detenida reflexión” sobre la cuestión involucrada, quien se considere con suficiente motivo para reclamar, “debe hacerlo antes de murmurar sobre la causa de su descontento, e incurrir en falta por ello”.¹³⁴

Es así que en el derecho castrense argentino, los militares tienen el derecho, consagrado por las reglamentaciones militares, de peticionar ante sus superiores, casi sin limitación de materia, ya sea para que se les conceda algo a lo que se entienden con derecho, como para que se deje sin efectos determinados procederse que los perjudican, incluso los efectos que se revisen sanciones disciplinarias que se les haya impuesto. En este último supuesto se denomina recurso y en los anteriores, reclamo a la petición. Que en todos los casos debe realizarse de forma individual, en términos respetuosos, encaminarse por su cadena de mando y dentro de determinado plazo. Los principios que rigen en esta materia buscan preservar en todo momento la disciplina y la autoridad del superior, el cual debe inspirar su decisión en fines superiores -por encima del caso particular-, tales como la justicia y la equidad.¹³⁵ Pues “dar la razón a quien la tiene es un medio de robustecer la disciplina”.¹³⁶

6.5. Derecho de sufragio y demás derechos políticos

Sucre Heredia, ante la pregunta de sí puede hablarse de derechos civiles de los militares, responde afirmativamente desde una perspectiva moderna. Sólo en Roma la ciudadanía se extendía a lo militar por la confusión entre sociedad civil y el Estado. Este y pueblo eran sinónimos (Kriegel). Cuando aparece el Estado moderno -el paso de la sociedad natural a la sociedad civil- ocurre el cambio. Como argumentan Bobbio y Bovero, ocurren dos momentos: el *pactum societatis*, por medio del cual un grupo de personas deciden de común acuerdo vivir en sociedad; y el *pactum subiectionis*, por el cual esos individuos se someten a un poder común, es decir, se transforman de un *populus* en una *civitas*.

Concluye pues que lo único que tienen en común lo civil y lo militar es, entonces, la condición de ciudadanos -porque han creado la ciudad política- pero en donde las tareas desde el punto de vista de la administración de lo público se hallan separadas. La administración de la violencia -parte del contrato social- queda en manos del Estado y de la

¹³³ Ley Orgánica española 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, en sus fundamentos y art. 1.2.

¹³⁴ Párrafo 601, inc. 1º y 614 inc. 1º y 2º del RAG 11, Reglamento del régimen del servicio para la Fuerza Aérea Argentina.

¹³⁵ Sinópoli, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 60.

¹³⁶ Párrafo 602, RAG 11, Reglamento del régimen del servicio para la Fuerza Aérea Argentina.

organización creada para ello: las Fuerzas Armadas, para defender a la ciudad. Lo civil administra lo político compitiendo por el poder del Estado, mediante otra organización: los partidos políticos, para definir a la ciudad. En otras palabras, se define a la ciudad como una trilogía: lo político administra la ciudad, lo militar defiende la ciudad, y la sociedad civil define lo que es la ciudad.

Al tener en común lo civil y lo militar el pertenecer a una ciudad -en otras palabras, la modernidad hace posible la profesión militar, pero separada de lo civil-, se puede reformular el tema. No luce pertinente hablar de "derechos civiles de los militares", sino de "derechos políticos de la ciudadanía civil" y de "derechos políticos de la ciudadanía militar". Los primeros, definen la polis; los segundos, defienden la polis.¹³⁷

En este sentido, frente al voto militar ha habido dos tendencias, en buena parte de iberoamérica, una la clásica francesa que plantea que los militares deben estar absolutamente al margen de la política, por quedar reservada para los civiles, y la contemporánea estadounidense, donde la Fuerza Armada, a más de la defensa y la seguridad nacional, debe comprometerse con la instauración de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.¹³⁸

Sucre Heredia parte de una premisa inicial: los derechos políticos de la ciudadanía militar, comienzan con la subordinación de los profesionales de las armas a los civiles. Respecto del derecho al voto, aun en el presente no todas las constituciones permiten el voto militar. De acuerdo a una investigación realizada por Resdal, siete constituciones permiten el voto militar: Argentina (CN. art. 37 y Ley 19.101 art. 7), Chile (CN art. 7), México (CN art. 35), Nicaragua (Ley Electoral arts. 122 y 191), Paraguay (CN arts. 172-175), Uruguay (CN arts. 77, 91, 92, y 100), y Venezuela (CN art. 330). Seis textos fundamentales lo prohíben: Colombia (CN art. 219), Ecuador, Guatemala (CN art. 248), Honduras, Perú (CN art. 34), y República Dominicana (CN art. 88). En el caso venezolano, sin embargo, este derecho al sufragio de los uniformados puede llamarse "restringido", porque se limita sólo al acto de votar, pero no se le permite participar en las actividades que activan los mecanismos de participación política, algunas de las cuales pueden no ser proselitistas (referendum, plesbicitos, etc).¹³⁹

Pero como nos dice Guerra Martinière, con derecho a sufragio o sin él, es muy difícil mantener al margen de la vida política del país a los miembros de la Fuerza Armada, debido a que es prácticamente imposible, casi podría decirse antinatural, conseguir que un sector de la población se abstenga de interesarse por los problemas nacionales, más todavía cuando se trata de quienes deben encargarse en forma prioritaria de la defensa nacional. El argumento de restringir el voto al militar, aludiendo al carácter de la institución de ser sus miembros obedientes, no deliberantes y apolíticos, es *“convertir a cada uno de sus integrantes en simple eco de la jerarquía y no reconocerles su capacidad de personas libres”*. Siendo que además el derecho a voto es parte de las características de la

¹³⁷ Sucre Heredia, Ricardo, Derechos civiles de los militares. ¿Realidad o ficción?. Universidad Simón bolívar. Instituto de Altos Estudios de América Latina. [On line]. Disponible en: <http://www.iael.ve/92/92-8.pdf> [Consultado: 02 de abril de 2005], pág. 140/1.

¹³⁸ Guerra Martinière, Margarita, Del voto militar. En: Elecciones vol.2 N° 2. Lima : Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, dic. 2003, pág. 135.

¹³⁹ Sucre Heredia, Ricardo, Derechos civiles de los militares. ¿Realidad o ficción?. Universidad Simón bolívar. Instituto de Altos Estudios de América Latina. [On line]. Disponible en: <http://www.iael.ve/92/92-8.pdf> [Consultado: 02 de abril de 2005], pág. 141.

democracia liberal y, por ello, debe ampliarse a todos los ciudadanos hábiles, sean civiles o militares.¹⁴⁰

Por lo que la privación del voto al personal militar, no luce acorde a la evolución jurídica del presente, incluso no resulta muy compatible con los principios sentados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En vistas de lo antes dicho, en la mayoría de los países han sido superados hoy en día los modelos basados en la segregación del militar, resultando su ejercicio del derecho de sufragio pasivo plenamente reconocido por los distintos ordenamientos castrenses. De esta forma, cualquiera que sea su procedencia y grado, los militares pueden ejercer el derecho de voto en iguales condiciones que el resto de sus conciudadanos. Contemporáneamente se ha avanzado en las legislaciones electorales europeas, con la adopción de medidas positivas, a los efectos de superar las dificultades que pueden derivarse del hecho, tan frecuente, 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. De tal forma, en Suiza los militares pueden servirse del propio Correo Militar para emitir su voto; en Bélgica está prevista la instalación en los establecimientos militares de un colegio electoral por cada mil electores que allí presten servicio; en Italia y Alemania los militares pueden votar en los colegios electorales donde se encuentren por razón del servicio.¹⁴¹

En el derecho electoral argentino siempre fue un derecho pacíficamente reconocido, si bien con exclusión de las situaciones “bajo bandera”¹⁴², tanto de conscripción obligatoria como de alumnos de institutos militares, por tratarse de las categorías más marcadamente disciplinarias del universo militar, con sistema de vida internada, que se entendía no se compadecía con la necesaria cuota de información que debe tener un ciudadano para efectuar una decisión electoral conciente.

A Guerra Martinière no le convence la exclusión del personal militar del voto pues:

“... se equipara al personal que está al servicio de la Nación con quienes, por incapacidad, trasgresión de las leyes o irresponsabilidad, han visto limitados sus derechos ciudadanos. Los fundamentos de los que se valen para sancionarlos son, en verdad, discutibles, pues se habla — como en el caso de los monjes— de la obediencia que deben guardar los militares hacia el superior, al punto de anularse la voluntad propia; y también del grado de politización que podría introducirse en los cuarteles si se les restituyese el derecho al voto. (...) La integridad de la persona humana es lo que está en juego y, en ese sentido, habría que desconfiar no sólo del personal castrense, sino de todo funcionario que podría presionar a sus subordinados en cuanto a la intención de voto y politizar las dependencias estatales. Lo mismo podría decirse del empresario que quisiese obligar a sus trabajadores a respaldar a tal o cual candidato, con lo cual podría torcerse la voluntad de ese sector de

¹⁴⁰ Guerra Martinière, Margarita, Del voto militar. En: Elecciones vol.2 N° 2. Lima : Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, dic. 2003, pág. 125 y 133.

¹⁴¹ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 255/6.

¹⁴² Art. 3 inc. c) del Código electoral Nacional, previo a la reforma de la ley 24.094.

*población ya que, si bien con el voto secreto hay cierta seguridad de la independencia al momento del acto electoral, de todas maneras queda la presión moral que se puede ejercer sobre quien depende de otro. De allí que las mismas razones para suspender el derecho a voto de los miembros de la Fuerza Armada podrían aplicarse, en mayor o menor medida, a sectores bastante amplios de civiles”.*¹⁴³

Merced a la reforma de la ley 24.094 que suprimió tal exclusión, hoy en día la totalidad del personal militar tiene reconocido su derecho activo al sufragio.

Relacionado a esto, el incumplimiento de las obligaciones militares forzosas, sigue siendo una causal de suspensión del derecho a voto¹⁴⁴, hasta que se haya cumplido con el recargo que las disposiciones vigentes establecieron.

En lo que hace al derecho de sufragio pasivo, este se halla prohibido al personal en actividad en virtud de los deberes inherentes al estado militar¹⁴⁵, y que por tal causa, hemos tratado ya en el capítulo VI, a donde remitimos.

Tal imposibilidad de ser electos para cargos o puestos políticos representativos suele justificarse en una serie de causas de incapacidad o inelegibilidad y de incompatibilidad. Suponiendo las primeras, impedimentos jurídicos para el acceso al mandato, provocando la nulidad de la elección; resultando las segundas, por el contrario, 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 empleados entienden necesaria tal limitación a los efectos de garantizar la pureza del sufragio y la efectiva separación de poderes; asegurar la propia independencia de 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 prevalega o abuse del mandato; y la dificultad o imposibilidad, de hecho, de desempeñar a un mismo tiempo ambas actividades.¹⁴⁶

Para Guerra Martinière¹⁴⁷, parecería que su exclusión ha partido de la identificación de los miembros individuales de la institución con ésta, que tiene caracteres específicos y esenciales como la subordinación y el no resultar deliberante. Pero, así como la institución no tiene, ni puede tener, un pensamiento político, “*cada miembro de aquella puede mantener sus propias aficiones y su propia postura política, por lo tanto cada militar, a título personal, podría participar en actividades políticas fuera de los cuarteles*”.

Pero como nos expresa Sinópoli:

“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

¹⁴³ Guerra Martinière, Margarita, Del voto militar. En: Elecciones vol. 2 N° 2. Lima : Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, dic. 2003, pág. 124/6.

¹⁴⁴ Art. 3 inc. h, Código Electoral Nacional.

¹⁴⁵ Art7, inc. 5, ley 19.101.

¹⁴⁶ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 256/7.

¹⁴⁷ Guerra Martinière, Margarita, Del voto militar. En: Elecciones vol.2 N° 2. Lima : Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, dic. 2003, pág. 119.

*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 campana 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”.*¹⁴⁸

En España, el militar que quiera presentarse a una candidatura electiva, debe abandonar la función pública, aunque sea transitoriamente mediante una excedencia voluntaria, con reserva de puesto de trabajo. En caso de no ser elegidos o al cesar en el cargo, debe el militar, al cesar en el cargo, quedar en excedencia voluntaria al menos durante dos años¹⁴⁹ (si son elegidos, posteriores al cese del mandato). Todo ello con objeto de garantizar la transparencia del proceso electoral.¹⁵⁰

En sentido contrario, y a modo de ejemplo de la realidad de nuestra región, encontramos en la Constitución de Nicaragua¹⁵¹, que prohíbe a los militares desarrollar actividades político partidistas, ni desempeñar cargo alguno en organizaciones políticas. Tampoco pueden optar a cargos públicos de elección popular si no hubieren renunciado de su calidad de militar en servicio activo, por lo menos un año antes de las elecciones en las

¹⁴⁸ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 256/7.

¹⁴⁹ Art. 7.4 LOREG.

¹⁵⁰ Universidad de Málaga. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Diplomatura en Gestión y Administración Pública. Derecho de la función y el empleo público. Tema VIII y IX. Los derechos y los deberes de los funcionarios públicos. Régimen de incompatibilidades. [On line]. Disponible en: <http://www.ieev.uma.es/funcionp/> [Consultado: 20 de agosto de 2005].

¹⁵¹ En su art. 94.

que pretendan participar. La de Venezuela, en este aspecto¹⁵², veda a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad, optar a cargo alguno de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.¹⁵³

Como podemos ver, dos son las posturas actuales respecto del derecho de sufragio pasivo del militar. Abarcando la cuestión discutida al personal en actividad, por cuanto hay en general acuerdo en concederla a el retirado. Respecto de dicho sector en activo, existen ordenamientos que directamente lo prohíben y aquellos que lo permiten pero imponiendo severas limitaciones que cuanto menos, llevan a la interrupción del estado militar del electo. Encontrándose nuestro ordenamiento nacional, como ya se ha visto, encuadrado en el primer grupo.

Otra cuestión respecto de la participación política del militar, ha surgido contemporáneamente con la inclusión en las constituciones de la región latinoamericana de los denominados institutos de democracia directa o semidirecta, tales como la consulta popular, el referéndum y la revocatoria de mandatos. Discutiéndose si el militar puede o no tomar parte de ellos.

A este respecto, nos dice Sucre Heredia¹⁵⁴ que en estos casos, a diferencia del anonimato del sufragio, la participación en una solicitud de consulta popular, o una revocatoria, requiere identificarse. Y si bien entiende que “... *no tendría nada de extraño que un militar -en tanto ciudadano- pueda firmar la petición, sin hacer activismo o proselitismo político, que lo tiene prohibido, pero sí firmar un dispositivo de participación ciudadana (...) y estaría actuando en tanto ciudadano porque participa en la gestión de los asuntos públicos de su interés (art. 62 CN¹⁵⁵)*”.

Sin embargo, la Dirección Sectorial de Justicia Militar de ese país se ha pronunciado en sentido adverso a tal posibilidad, entendiendo que los militares no pueden participar en la fase de activación de los mecanismos de participación política, sino sólo en la fase de sufragio. Expresando que: “*Todos los miembros activos de la Fuerza Armada Nacional, indistintamente del grado o categoría, tienen derecho al sufragio, pero con las limitaciones señaladas expresamente por la ley y las que derivan de la condición militar, estando de tal forma impedidos de participar en los procesos de captación y preparación de sufragios, pues su participación en ellos se debe materializar sólo a los efectos de ejercer el derecho al voto*”¹⁵⁶

¹⁵² En su art. 330.

¹⁵³ Georgetown University y Organización de Estados Americanos. Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Carrera Militar. *Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*. [On line]. Disponible en: <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Seguridad/Armadas/carrera.html>. [Consultado: 12 de septiembre de 2005].

¹⁵⁴ Sucre Heredia, Ricardo, Derechos civiles de los militares. ¿Realidad o ficción?. Universidad Simón bolívar. Instituto de Altos Estudios de América Latina. [On line]. Disponible en: <http://www.iael.ve/92/92-8.pdf> [Consultado: 02 de abril de 2005], pág. 142.

¹⁵⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 62: Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

¹⁵⁶ Sucre Heredia, Ricardo, Derechos civiles de los militares. ¿Realidad o ficción?. Universidad Simón bolívar. Instituto de Altos Estudios de América Latina. [On line]. Disponible en: <http://www.iael.ve/92/92-8.pdf> [Consultado: 02 de abril de 2005].

No dejamos de advertir que en la cuestión, resulta vital en qué forma se considere, el acto de suscribir un pedido de consulta popular o similar que requiera identificarse. Si es tomado como una especie del derecho a petición, estaría prohibido al personal militar, en tanto si resulta un ejercicio de sus derechos derivados del derecho a voto, es decir de su condición de elector activo, la respuesta debería resultar afirmativa.

6.6. Intimidad

Tal como se ha expresado: «*el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada*»¹⁵⁷ e «*(...) impide las injerencias en la intimidad "arbitrarias o ilegales", como dice claramente el art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos*». ¹⁵⁸

Es por ello que se ha regulado en derecho militar español que: “*La intimidad personal y familiar de los militares, así como su domicilio y correspondencia, son inviolables. No se pueden intervenir ni interferir sus papeles, comunicaciones o documentos particulares. Cualquier tipo de registro, investigación o intervención deberá ser ordenado por la autoridad judicial o militar con atribuciones para ello*”. ¹⁵⁹

Dado que salvo contadas excepciones, como la del derecho a no ser sometido a torturas, los derechos fundamentales no son absolutos, no cabe negar de entrada la posibilidad de la realización de conductas contrarias a derecho, o en contrario de los fines tenidos en miras a las estructuras las Fuerzas Armadas, pueda, en determinadas circunstancias, constituir un límite al ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar. Así se lo reconoce en los convenios internacionales de derechos humanos¹⁶⁰, donde a la par del derecho de toda persona «*al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*» frente a toda «*injerencia de la autoridad pública*», legaliza tal injerencia cuando esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Es por ello que se ha marcado que no puede sostenerse el carácter íntimo y personalísimo de la actitud y conducta observada por el recurrente, cuando es susceptible de afectar no sólo a su propia personalidad sino también al prestigio de la Institución militar a la que pertenece.¹⁶¹

Ello puede darse cuando se ve afectado, la jerarquía, el honor militar, la disciplina, la organización interna o la eficacia en la realización de las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas.¹⁶²

En nuestro país, la jurisprudencia ha entendido que puede accederse a la privacidad del personal “*en la medida necesaria para evaluar sus aptitudes*”, entendiendo asimismo

¹⁵⁷ Tribunal Constitucional de España. Sentencia N° 117/1994, fundamento jurídico 3.º).

¹⁵⁸ Tribunal Constitucional de España. Sentencia N° 110/1984, fundamento jurídico 8.º).

¹⁵⁹ Art. 174, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

¹⁶⁰ Tanto el europeo (art. 8º) como la convención americana (art. 12º).

¹⁶¹ Tribunal Supremo de España, Sala Quinta. Sentencia dictada el 31 de octubre de 1994., fundamento jurídico 2º.

¹⁶² Tribunal Constitucional de España. Sentencia N° 151/1997, de 29 de septiembre. RA 3983/1994. BOE 260, de 20 de octubre.

que la situación jurídica, en el caso de los militares su estado militar, “*implica algunas restricciones a la intimidad en beneficio de los fines propios de la institución*”.¹⁶³

6.7. Libertad de matrimonio

El *status militaris* ha influido desde antiguo en lo referente a la posibilidad de contraer matrimonio. Ya en el derecho militar romano¹⁶⁴, con las reformas de Augusto, prohibió el contraer matrimonio a los milites, con un grado inferior al de centurión, que no podían celebrar justas nupcias, lo cual se traducía en que los hijos habidos de estas uniones resultaban ilegítimos, y no eran inscritos en el registro establecido por las leyes Aelia Sentia y Papia Popea.

Para evitar que la muerte del padre soldado perjudicara a sus hijos naturales, era frecuente sustituir el registro, que les estaba vedado, por una declaración ante testigos en la que se afirmaba la paternidad del hijo, a fin de su posterior introducción en el censo de ciudadanos romanos, cuando su padre fuera honrosamente licenciado.

Una cuestión a destacar en esta relación, era que no sólo la adquisición del *status militaris* traía de suyo la imposibilidad jurídica de mutar el estado de familia, sino que los estudiosos se inclinan por entender, tal adquisición suponía, respecto de los casados, la disolución del vínculo matrimonial.

Esto se deduce del hecho que los hijos habidos antes del alistamiento eran legítimos y como tal podían apuntarse en el registro correspondiente, los habidos después del alistamiento, con personas que se había casado antes de su ingreso, eran tenidos por ilegítimos.

Como nos dice Cañas Navarro, la idea que el ingreso en el ejército supusiera la ruptura del vínculo matrimonial no resulta extraña al pensamiento jurídico de la época en Roma, en donde se lo consideraba como una situación de hecho. Que cesaba al alistarse el marido y dejar de convivir con su esposa.

La rigurosidad de tales disposiciones fue atenuándose en el tiempo, y como un descendiente lejano, en la actualidad lo único que queda de ella (en nuestro ordenamiento jurídico) es el requisito del militar de solicitar autorización, el personal de oficiales y suboficiales, para contraer enlace.

El fundamento de esta normativa viene de fines del siglo XIX¹⁶⁵ con similares disposiciones a las vigentes y su razón de ser se vincula con principios de organización y funcionamiento de las instituciones armadas que en la primera mitad del siglo XX no veían con buenos ojos, ni conveniente para el servicio y hasta para los mismos interesados el matrimonio de los militares en los primeros años de sus carreras, recién egresados de institutos militares.¹⁶⁶

¹⁶³ CSJN, 17/12/1996, en autos “B, R. E. c/ Policía Federal Argentina”, LL 1997-D-253. Si bien en la especie tratábase de un personal policial, lo allí decidido resulta de plena aplicación a la esfera de lo castrense, más estricta aún en la relación personal-institución.

¹⁶⁴ Cañas Navarro, Pedro, Aspectos jurídico-censales en el Ejército romano, Revista de Historia Militar Nº 90. [On line]. Disponible en: <http://personal.telefonica.terra.es/web/ihycm/revista/90/> [Consultado: 28 de febrero de 2004].

¹⁶⁵ Hallándose reflejadas en el Código de Justicia Militar de 1895.

¹⁶⁶ Torres, Ismael, y Furia, Lilian, La autorización para contraer matrimonio, Revista de la Escuela Superior de Guerra Aérea Nº 214, 1º cuatrimestre de 2002, pág. 73.

Y si bien, como hemos dicho antes, la prohibición de contraer enlace no se verificó en nuestro ordenamiento, si se halla presente en la actualidad en otras legislaciones, tales como la brasileña¹⁶⁷, la cual si bien en principio remite a la legislación civil, luego pasa a prohibir el matrimonio de personal militar en la categoría de guardiamarina y de aspirante a oficial, salvo casos excepcionales. La prohíbe asimismo en plazas especiales, de cualquier edad, sujetas a órganos de instrucción o aquellas en cuyas condiciones de ingreso se haya exigido la calidad de soltero.

Torres y Furia, citan al marqués de Chambray, sobre la justificación de estas restricciones, siendo sus palabras una muestra en la cuestión, del modelo de status militaris consagrado a partir de la revolución francesa, con la formación en Francia de la Armée Nationale: “... exige la milicia el celibato; el que pertenece a ella no ha de tener otra esposa que su bandera, ni otros hijos que sus soldados, ni otra idea que la de cumplir sus deberes. Ha de ser tan grande el amor a la Patria en el militar que ocupe por entero su alma, en la que no ha de quedar hueco para los afectos familiares”.

Hoy en día, existen ordenamientos que incluso han morigerado la exigencia del permiso previo, dejando de ser ésta una regla general, para constituirse en un supuesto puntual respecto ante determinadas calidades del futuro cónyuge. Tal es el caso de Francia¹⁶⁸ donde sólo debe pedirse autorización cuando éste es extranjero, militar en actividad, o cuando el solicitante preste servicio en el extranjero. En los Estados Unidos se lo requiere únicamente al personal destinado en el extranjero, y en la ley de personal militar paraguaya basta con una simple comunicación.¹⁶⁹

Por su parte, en el derecho español, se reconoce el derecho del militar a contraer matrimonio y fundar una familia, sin que su ejercicio se halle supeditado en principio a una autorización especial, ni pueda ser limitado salvo en circunstancias extraordinarias previstas en las leyes. Es preceptivo, no obstante, dar conocimiento a su jefe de haberlo efectuado.¹⁷⁰

En nuestro ordenamiento jurídico, el contraer enlace sin haber sido autorizado de conformidad con la legislación vigente¹⁷¹, no invalida en nada el vínculo, pero se constituye en la órbita militar en una falta a la disciplina grave, que lleva a aparejada la pérdida del estado militar por vía de la sanción de destitución.

¹⁶⁷ Ley 6880, Art. 144. O militar da ativa pode contrair matrimônio, desde que observada a legislação civil específica. § 1º Os Guardas-Marinha e os Aspirantes-a-Oficial não podem contrair matrimônio, salvo em casos excepcionais, a critério do Ministro da respectiva Força. § 2º É vedado o casamento às praças especiais, com qualquer idade, enquanto estiverem sujeitas aos regulamentos dos órgãos de formação de oficiais, de graduados e de praças, cujos requisitos para admissão exijam a condição de solteiro, salvo em casos excepcionais, a critério do Ministro da respectiva Força Armada. § 3º O casamento com mulher estrangeira somente poderá ser realizado após a autorização do Ministro da Força Armada a que pertencer o militar. Art. 145. As praças especiais que contraírem matrimônio em desacordo com os §§ 1º e 2º do artigo anterior serão excluídas do serviço ativo, sem direito a qualquer remuneração ou indenização.

¹⁶⁸ Article 14. (ley N° 72-662, modificada por ley del 30-10 1975.): Les militaires peuvent librement contracter mariage. Doivent, cependant, obtenir l'autorisation préalable du ministre : 1º Lorsque leur futur conjoint ne possède pas la nationalité française, les militaires en activité de service ou dans une position temporaire comportant rappel à l'activité, à l'exception des personnels servant au titre du service national ; 2º Les militaires servant à titre étranger.

¹⁶⁹ Torres, Ismael, y Furia, Lilian, La autorización para contraer matrimonio, Revista de la Escuela Superior de Guerra Aérea N° 214, 1º cuatrimestre de 2002, pág. 77.

¹⁷⁰ Art. 183, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

¹⁷¹ arts. 681 del Código de Justicia Militar y 348 de la Reglamentación para la Justicia Militar para el Ejército.

Es por ello que se ha expresado que la norma castrense en cuestión no importa una restricción al derecho de contraer matrimonio, ni al de elegir libremente al cónyuge, sino que imponen el cumplimiento de ciertos recaudos en forma previa, que atienden a la eventual trascendencia que pueda tener ese acto -de naturaleza estrictamente personal- en el desempeño funcional de las personas que revisten estado militar.¹⁷²

La singularidad de una institución como las fuerzas armadas, y la especialísima finalidad constitucional que le viene asignada, prestan sustento a la normativa que exige la autorización para que los miembros de dichas fuerzas contraigan matrimonio, en la explicación que nos brinda Bidart Campos.¹⁷³

Pues como expresa el autor antes citado, el casarse no es un acto recluso en la intimidad o privacidad, pues con él se emplaza un estado de familia con proyección social hacia terceros. No es un acto privado, si bien si es personalísimo y lo referente a los motivos de la decisión de contraerlo con una determinada persona, integra la intimidad del sujeto.

Nuestra Corte Suprema¹⁷⁴ ha entendido que tal “... restricción a la libertad no puede ser cuestionada en su constitucionalidad en tanto deviene de las particulares características inherentes al estado militar”¹⁷⁵.

En este orden de cosas, destacó en una reafirmación de una pacífica doctrina del Tribunal, que los derechos consagrados en la Constitución Nacional no son absolutos sino susceptibles de razonable reglamentación¹⁷⁶, de modo tal que su ejercicio puede verse sujeto a las restricciones razonables que determine el legislador, restricciones que derivan de la protección de otros derechos constitucionales o de otros bienes constitucionalmente protegidos.

Por lo que no toda diferencia de trato, implica discriminación pues nada impide un trato diferente cuando las circunstancias son distintas, siempre que el distingo no sea arbitrario o persecutorio¹⁷⁷. Siendo la obligación que impone el derecho militar -exceptuando a los soldados- de solicitar autorización para contraer matrimonio, una limitación específica para personas integrantes de una institución como el Ejército Argentino, cuyos objetivos de defensa y de seguridad son constitutivos del Estado Nacional, como se expresa en el Preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto señala entre sus finalidades la de “proveer a la defensa común”.¹⁷⁸

Tales restricciones en el ejercicio de derechos personalísimos, hallan su justificativo en la situación especial en que se encuentran ciertas categorías de personas, y son admisibles constitucionalmente por cuanto no impiden al integrante de las fuerzas armadas el contraer matrimonio o elegir libremente a su cónyuge, sino que imponen la obligación de

¹⁷² Fallos 319:1180. Voto de los Dres. Moliné O'Connor y López.

¹⁷³ Bidart Campos, Germán, El derecho de los militares a contraer matrimonio, El Derecho Tº 156, pág. 7.

¹⁷⁴ CSJN, Fallos. Cabe destacar que en la presente resolución integraron tal postura los Dres. Moliné O'Connor (en disidencia parcial), Augusto C. Belluscio, Anotnio Boggiano, Guillermo López (en disidencia parcial), Gustavo Bossert (por su Voto), Julio Victor Reboredo (por su voto), y Santiago Kiernan. Por su parte los Dres. Gabriel Chauovsky y Alberto Mansur votaron en disidencia.

¹⁷⁵ Corte Suprema. Mag: Belluscio, Boggiano, Moliné O'Connor. Vot: Fayt, Nazareno. Dis: Levene, Cavagna Martínez, Barra, Petracchi. G. 126. XXIII. Gabrielli, Mario Carlos c/ Estado Nacional. 01/11/92 (Tema sobre denegación de autorización para contraer enlace)

¹⁷⁶ CSJN, Fallos: 296:372; 300:67; 312:318.

¹⁷⁷ CSJN, Fallos: 312:840, entre otros.

¹⁷⁸ CSJN, Fallos 319:1173.

requerir autorización previa a sus superiores, exigencia que no consiste en una mera formalidad pues entraña la sumisión al régimen disciplinario previsto por la institución para el caso de que el oficial contrajese matrimonio con persona no autorizada.

Asimismo, el derecho de las fuerzas armadas a no autorizar la celebración del matrimonio no ha sido reglado en leyes o reglamentaciones, lo cual permite inferir que es acentuado el grado de discrecionalidad que el legislador ha dado a la institución en la estimación subjetiva -pero legal, jamás extralegal- de los antecedentes y condiciones del candidato a ingresar a la familia militar. El ejercicio de tal derecho no es absoluto sino funcional, es decir, orientado a la protección del bien jurídico que legitima la existencia de la restricción a la libertad de casarse. Por su parte, ha sido reglado el régimen de sanciones a aplicar en el supuesto de que el casamiento tuviese lugar sin la debida autorización -art. 681 del Código de Justicia Militar- y también se advierte un margen de discrecionalidad en la graduación de la sanción (destitución o suspensión de empleo no menor de seis meses si es oficial).

6.8. Derechos de reunión y de asociación

Mutatis mutandi, las mismas circunstancias que autorizan la restricción de la libertad de expresión del militar, justifican la demarcación de sus contornos respecto del derecho de reunión y asociación. Estando ambos fuertemente influenciados, atento resultar similares situaciones, desde que uno y otro no son sino la especie informal y temporaria la organización con visos de permanencia de un colectivo humano.

A nivel internacional los Convenio de Derechos Humanos prevén la posibilidad de restringir el ejercicio de estos derechos a los militares, y en el mismo sentido se pronuncian las constituciones de Alemania y de Dinamarca.¹⁷⁹

Pero en principio debemos decir que el estado militar no resulta incompatible con los derechos de reunión o asociación, sino con determinada especie de ellos, que puedan comprometer la disciplina, o la neutralidad política de la institución militar.

De este modo, las reuniones, manifestaciones públicas u organizaciones 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.

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. En los Estados Unidos está prohibida la actividad política partidaria de los militares, al igual que en Francia e Italia. 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

¹⁷⁹ Sinópoli, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 267/8.

de consejero o experto, y en ningún caso pueden intervenir de uniforme, ni expresar públicamente en actividades partidarias invocando su condición de militar.¹⁸⁰

En similar sentido, encontramos en el derecho militar francés la prohibición de adherir a agrupaciones de carácter político o sindical, entendiéndose que resulta el superior militar el encargado de, a través de la vía jerárquica, canalizar todo problema relativo al servicio que tuvieren sus subalternos. El personal proveniente de la reserva debe abstenerse de realizar actividades de tal tipo, en tanto se halle incorporado.¹⁸¹

En derecho español, se halla vedado el derecho de reunión a los militares si es con fines políticos, precisando de autorización de los superiores para cualquier otro fin. Sin embargo puede asistir a manifestaciones y reuniones políticas siempre que vaya de paisano y no haga uso de su condición de militar. Siendo tal regulación, derivación de las necesarias condiciones de independencia y neutralidad de estos colectivos.¹⁸²

¹⁸⁰ Sinópoli, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 270/1.

¹⁸¹ Loi N° 72-662 portant statut général des militaires. *Du 13 juillet 1972*. BOEM 300*, 332* et 651: Article 9. Il est interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique.

Sous réserve des inéligibilités prévues par la loi, les militaires peuvent être candidats à toute fonction publique électorale ; dans ce cas, les dispositions des trois derniers alinéas de l'article 7 ne leur sont pas applicables et l'interdiction d'adhésion à un parti politique prévue par le premier alinéa du présent article est suspendue pour la durée de la campagne électorale.

Les militaires de carrière et les militaires servant en vertu d'un contrat, qui sont élus et qui acceptent leur mandat, sont placés dans la position de service détaché prévue à l'article 54 ci-après.

Article 10. (Modifié : loi du 22-12-1999.): L'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l'adhésion des militaires en activité de service à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire.

Il appartient au chef, à tous les échelons, de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance.

Les militaires peuvent adhérer librement aux groupements non visés par l'alinéa 1er du présent article. Toutefois, s'ils sont en activité, ils doivent rendre compte à l'autorité militaire des fonctions de responsabilité qu'ils y exercent. Le ministre peut leur imposer d'abandonner lesdites fonctions et, le cas échéant, de démissionner du groupement. Les militaires servant au titre du service national ou exerçant une activité dans la réserve opérationnelle qui seraient membres de groupements politiques ou syndicaux avant leur incorporation ou leur rappel à l'activité peuvent y demeurer affiliés. Ils doivent, toutefois, s'abstenir de toute activité politique ou syndicale pendant leur présence sous les drapeaux.

En similar sentido respecto de esta última parte, encontramos en el derecho militar uruguayo, la Ley N° 14.157 (Denominada Decreto-Ley por Ley N° 15.738) Ley orgánica militar. Publicada D.O. 5 mar/974 - N° 19226: Artículo 114.- La condición de reservista en instrucción impone los deberes y confiere los derechos siguientes: A) deberes fundamentales: 4) Abstenerse de actividades políticas estando en funciones de carácter militar o en uso de uniforme.

¹⁸² Universidad de Málaga. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Diplomatura en Gestión y Administración Pública. Derecho de la función y el empleo público. Tema VIII y IX. Los derechos y los deberes de los funcionarios públicos. Régimen de incompatibilidades. [On line]. Disponible en: <http://www.ieev.uma.es/funcionp/> [Consultado: 20 de agosto de 2005]. Como expresa Sinópoli (*El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 268), 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.

Ya que en virtud del principio de neutralidad política, cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional, debe ser respetada por los componentes de los Ejércitos, implicando ello el deber del militar de mantener su neutralidad, no participando en actividades políticas o sindicales, y no tolerando aquellas que se refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá por tanto, estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas.¹⁸³

En nuestro país, las reglamentaciones militares se enmarcan dentro de las corrientes prohibitivas, vedando toda participación de reunión u organización de tal tipo al personal en actividad. Pudiendo tenerla (actividad política o sindical) por fuera de las fuerzas armadas el personal retirado¹⁸⁴ Entendemos asimismo que en los casos en que al personal militar se le haya concedido autorización para desempeñar una función fuera de la militar, y este empleo tuviese necesariamente para su desarrollo la sindicalización obligatoria, queda cubierta tal situación por la autorización, de haberse informado, pero impone una conducta al militar de no comprometer con sus actos, los deberes a que se halla sujeto en virtud del estado militar, no pudiendo por caso, tener cargos en tal sindicato o presentarse a elecciones.

Semejante postura nos merece el caso especial de los militares del cuerpo profesional, a los que se les exige como condición previa de su empleo militar, el tener una determinada profesión (abogado, médico, etc) que para estar habilitada en su ejercicio, requiere en no pocos casos, la colegiación obligatoria a un colegio profesional. En tales casos, desde que resulta un requisito dicha habilitación por parte de la administración, no será necesaria autorización expresa para colegiarse, quedando comprendido en las mismas limitaciones, que el supuesto de autorización para tener un empleo civil.

En materia de sindicalización de militares, Francia, e Italia siguen criterios prohibitivos, sin perjuicio de permitirse la continuidad en la afiliación de aquellas personas a las que les incumba 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 éstos 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. En cambio en Bélgica, los militares pueden integrarse a asociaciones de carácter personal autorizadas o en organizaciones sindicales representativas de otros funcionarios públicos, criterio al que también siguen 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.¹⁸⁵

La prohibición de constituir organizaciones de tipo sindical o político, encuentra su necesidad, en conceptos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, en la incompatibilidad de tal especie de agrupaciones, con las características de neutralidad y

¹⁸³ Art. 182, Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

¹⁸⁴ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 273.

¹⁸⁵ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 274/5.

cohesión que debe revestir la institución militar, como asimismo en virtud del marcado carácter disciplinario que presenta su régimen de servicio.¹⁸⁶

Es por ello que los militares no tienen, asimismo, derecho de sindicación ni de negociación colectiva, en la que respecta a su actividad castrense.¹⁸⁷ Cualquiera sea su situación, ya fuera en actividad o retiro.

Sí pueden organizarse y constituir asociaciones “con fines lícitos”, conforme al artículo 14 de nuestra Constitución Nacional. Debiendo ser entendida dicha licitud, respecto del personal militar, en el sentido de no afectar los deberes explícitos e implícitos que conlleva su estado militar. Dicho límite, por lo ya dicho acerca del contenido de la situación jurídica militar respecto del personal en actividad y en retiro, en los capítulos V y VI, será distinta en cada caso. Teniendo su límite en acotado a las que, en palabras de la jurisprudencia y legislación¹⁸⁸ española, no posean “carácter reivindicativo”.

No resulta una asociación de tipo reivindicativo, aquella que persiga la satisfacción de intereses económicos y sociales de sus miembros, si no se constituye en contrapoder frente a la Administración militar, ni pretenda -más allá del estricto ámbito subjetivo de sus socios- la defensa o promoción de los intereses propios de los militares.¹⁸⁹

Es que el asociacionismo de tipo sindical, 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, genera múltiples dificultades a la hora de compatibilizar el quehacer militar con la actuación sindical activa. No compadeciéndose 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.¹⁹⁰

Cabe destacar, recogiendo el parecer del Tribunal Constitucional español, que en lo atinente a los militares, lo que interesa respecto del derecho de asociación (qué es un género), se limita a prohibir ciertas modalidades específicas, referidas a aquellas asociaciones con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos

¹⁸⁶ Sentencia N° 449 del 1999. Cit en Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare. Capitolo XVI: Il Rapporto di Servizio e Disciplinare [On line]. Disponible en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento/Capitolo_16.htm [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

¹⁸⁷ Universidad de Málaga. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Diplomatura en Gestión y Administración Pública. Derecho de la función y el empleo público. Tema VIII y IX. Los derechos y los deberes de los funcionarios públicos. Régimen de incompatibilidades. [On line]. Disponible en: <http://www.ieev.uma.es/fucionp/> [Consultado: 20 de agosto de 2005].

¹⁸⁸ Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre, artículo 181: Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. 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.

Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social.

¹⁸⁹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 219/2001, 31 octubre. P.: Cachón Villar, Pablo Manuel. [R° Amparo 4077/1997].

¹⁹⁰ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 272.

políticos y las asociaciones empresariales. Pero más allá de la común pertenencia a este género amplio nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos de la prohibición de integrarlo por parte del personal militar. Siendo una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente, y muy especialmente de su esencial vinculación con la acción sindical que, se plasma en el ejercicio del derecho de huelga, en la negociación colectiva y en la adopción de medidas de conflicto colectivo. Siendo suficiente reparar en tales medios de acción a disposición de los sindicatos para comprender que la Constitución española haya permitido que la ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que están sometidas a la disciplina militar.¹⁹¹

Por su parte, el Convenio OIT 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948, se establece que será la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.¹⁹²

En el Convenio 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva encontramos idéntica cláusula.¹⁹³

Por otra parte, la república Argentina, al ratificar mediante ley N° 23.544¹⁹⁴ el Convenio 154 sobre el fomento de la negociación colectiva, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el día 19 de junio de 1981, formuló al adherir la siguiente reserva:

*"La República Argentina declara que el Convenio 154 sobre "el fomento de la negociación colectiva", adoptado por la conferencia general de la organización Internacional del Trabajo el día 19 de junio de 1981, no será aplicable a los integrantes de sus fuerzas armadas y de seguridad, en tanto que, en el ámbito de la administración pública, se hará efectivo en oportunidad de entrar en vigencia la nueva legislación que regulará el desempeño de la función pública, en la cual se fijarán las modalidades particulares para la aplicación del aludido convenio, que será considerado por el Honorable Congreso de la Nación en el término de trescientos sesenta y cinco (365) días computados a partir de la promulgación".*¹⁹⁵

Por su parte en el art. 1, inc, 2 de dicho convenio se establecía que la legislación o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.

¹⁹¹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 219/2001, 31 octubre. P.: Cachón Villar, Pablo Manuel. [R° Amparo 4077/1997]

¹⁹² Art. 9 Párrafo 1.

¹⁹³ Art. 5.º inc. 1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

¹⁹⁴ Boletín Oficial del 15 de Enero de 1988.

¹⁹⁵ Art. 2º, ley 23544.

Esto se condice con las cláusulas que en varios de los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado, se halla limitado el ejercicio el derecho de los militares a asociarse y a formar sindicatos. Así, el artículo 16 del Pacto de San José de Costa Rica habilita a los estados partes a 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. Con igual sentido pueden citarse el 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 24.658.¹⁹⁶

6.9. Derecho de huelga

“El ejercicio del derecho de huelga es incompatible con el estado militar”, encontramos regulado en el derecho francés.¹⁹⁷ Similar previsión prohibitiva aparece también en la Constitución del Brasil¹⁹⁸.

La aparición del estado militar como instituto jurídico, tuvo entre otras consecuencias, la encuadrar a la prestación militar dentro del ámbito de lo público, y concretamente en el marco de un servicio vital al Estado, que no admitía interrupciones de ningún tipo o especie, cualquiera fuera la causa o reclamo.

Anteriormente, las interrupciones de la prestación militar, especialmente en guerra, por incumplimientos en las obligaciones a cargo del Estado, se habían registrado en diversas épocas, afectando a varias naciones. De ellas, por resultar en tales fechas parte de un mismo ordenamiento castrense, que nos alcanzaba, mencionaremos las ocurridas en el ejército español en Flandes entre 1572 a 1604, espacio temporal en el que se sucedieron 45 motines, por causa de reclamos de pagas atrasadas o malos abastecimientos, muchos de ellos de más de un año de duración. Tales medidas de reclamos por sus derechos, llegaron a ser un componente más de la vida militar y constituyeron al entender de Parker¹⁹⁹, uno de los primeros capítulos en la historia de las negociaciones de las condiciones laborales. Y a la vez, una de las causas principales de la pérdida para España de dichos territorios y de que la guerra se extendiese en el tiempo, volviendo estériles las victorias en el campo de batallas, al recuperar el enemigo posiciones durante los períodos de los reclamos.

Su término se producía con un convenio entre el Estado y los amotinados por el cual el primero se obligaba a pagar los sueldos atrasados, o cumplir las obligaciones del caso y dejar a los soldados en libertad.

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. Por otra parte, la suspensión de la actividad laboral en las Fuerzas Armadas no

¹⁹⁶ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 274/5.

¹⁹⁷ Article 11, Loi N° 72-662 portant statut général des militaires. *Du 13 juillet 1972*. BOEM 300*, 332* et 651: “L'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire”.

¹⁹⁸ Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares: (...) § 5.º Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

¹⁹⁹ Parker, Geoffrey, *The Army of Flanders and the Spanish Road, 1567-1659. The logistics of Spanish Victory and Defeat in the Low Countries*. Wars, Cambridge University Printing, Cambridge, 1972, Cap 8.

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 desertión. Desde que en lo atinente a la defensa nacional no hay un interés particular, sino que por el contrario, 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.²⁰⁰

En el orden internacional, Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por nuestro país mediante ley 23.054, establece en su artículo 16 la procedencia de la veda del derecho de huelga a los miembros de las Fuerzas Armadas. En igual sentido podemos citar al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos (ley 23.313) y al Protocolo Adición al a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Ley 24.658).²⁰¹

7. Responsabilidad internacional

La aprobación el 17 de julio de 1998 en Roma de la creación de una Corte Penal Internacional (CPI)²⁰², ha supuesto por vez primera la instauración en sede internacional de

²⁰⁰ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 276/280.

²⁰¹ Sinópoli, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 245.

²⁰² De la extensísima bibliografía al respecto, hemos seguido en para desarrollar la presente cuestión, de modo general a Roberts, David Lloyd, *Instrucción a las fuerzas armadas para que respeten el derecho internacional humanitario*, Revista Internacional de la Cruz Roja No 142, 1 de julio de 1997, pp. 459-473; Deop, Xabier, *La Corte Penal Internacional: un nuevo instrumento internacional*, Revista cidob d'afers internacionals, 51-52, diciembre 2000-enero 2001; Colard, Daniel, *La création d'une cour pénal internationale permanente pour juger les crimes les plus graves*, in Défense Nationale, Octubre 1998, pág. 92 y sgtes; Tepavac, Milan, *Establishment of a Permanent International Criminal Court*, 49 *Review of International Affairs* 25-26 (1068/1069, 15 May/15 June 1998); Blais, Giorgio, *La Corte Penale Internazionale: Una figlia di molti padri*, in Rivista Aeronautica, n.6-novembre/dicembre 1998, pág.12 y sgtes; Tochilovsky, Vladimir, "Rules of Procedure for the International Criminal Court: Problems to Address in Light of the Experience of the Ad Hoc Tribunals", 46 *Netherlands International Law Review* (1999, no.3), págs.343-360; Tomuschat, Christian, "A System of International Criminal Prosecution is Taking Shape", 50 *International Commission of Jurists. The Review*(1993), págs. 56-70; Tallgren, Immi, "Completing the 'International Criminal Order': the Rhetoric of International Repression and the Notion of Complementarity in the Draft Statute for an International Criminal Court", 67 *Nordic journal of international law* (No. 2, 1998), pags. 107-137; Sur, Serge, "Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité", 103 *Revue générale de droit international public* (No. 1, 1999), págs. 29-45; Doermann, Knut, Doswald-Beck, Louise, y Kolb, Robert, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Port Chester (NY), 2002); Perrakis, Stelios, Quelques considerations sur le cadre fonctionnel de la Cour Criminelle Internationale: perspectives et réalités, 51 *Revue hellénique de droit international* (no. 2, 1998), págs. 423-430; Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet, Alain, *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000; Hortatos, Constantine P., *Individual criminal responsibility for human rights atrocities in International Criminal Law and the creation of a permanent International Criminal Court*, Ant. N.Sakkoulas Publishers, Athens 1999; Ambos, Kai (coord), *La nueva justicia penal supranacional . desarrollos post-*

una responsabilidad perfectamente determinada, y ante una jurisdicción definida y permanente, tanto respecto de funcionarios nacionales civiles como militares.

En base a dicho convenio se internacionaliza, si bien de forma subsidiaria a las jurisdicciones nacionales, el juzgamiento ante un tribunal preconstituido, de crímenes de agresión²⁰³, genocidio²⁰⁴, contra la humanidad²⁰⁵ y de guerra²⁰⁶.

Roma, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002; Miskowiak, Kristina, *The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation*, DJOF Publishing, Copenhagen, 2000; Ambos, Kai y Guerrero, Oscar Julian (comps), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Editor Antonio Milla, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

El *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, dedicó uno de sus números (v.6, no.4, 1998) a la cuestión de la Corte Penal Internacional, conteniendo los siguientes artículos: Ambos, Kai, *Guest Editor's Foreword* (pages 3-8); Jarasch, Frank, *Establishment, Organization and Financing of the International Criminal Court (Parts I, IV, XI--XIII)* (pages 9-28); Bergsmo, Morten, *The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11--19)* (pages 29-47); Kaul, Hans-Peter, *Special Note: The Struggle for the International Criminal Courts Jurisdiction* (pages 48-60); Sunga, Lyal S., *The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court (Part II, Articles 5--10)* (pages 61-83); Schabas, William A., *General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III)* (pages 84-112); Behrens, Hans-Jörg, *Investigation, Trial and Appeal in the International Criminal Court Statute (Parts V, VI, VIII)* (pages 113-125); Kreß, Claus, *Investigation, Trial and Appeal in the International Criminal Court Statute (Parts V, VI, VIII)* (pages 126-144).

Se ha tenido en consideración, además, los siguientes documentos: "Statute of the International Criminal Court", 6 *International Human Rights Reports* 232-284 (January 1999)(A/CONF.183/9, 17 July 1998).; *The Rome Statute fo the International Criminal Court*, dado en Roma, el 17 de julio de 1998; A/CONF.183/C.1/L.76 and Addendums 1 through 14); UN Diplomatic Conference concludes in Rome with decision to establish permanent International Criminal Court (UN Press Release, L/ROM/22, 17 July 1998).

²⁰³ La Corte extenderá su jurisdicción sobre "los más graves crímenes que conciernen a la comunidad internacional en su conjunto", entendiendo por tales el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, así como la agresión. No obstante, la Corte sólo podrá ejercer su competencia sobre la agresión cuando se haya modificado el Estatuto, por así haberse previsto a la firma del Estatuto.

²⁰⁴ La definición de genocidio que ofrece el Estatuto (art. 6) es la misma contenida en la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de 9 de diciembre de 1948 (artículo III), que define este crimen como un conjunto de actos cometidos con la intención de destruir en todo o en parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso. El crimen de genocidio se caracteriza por dos elementos: uno subjetivo, consistente en la voluntad de destruir total o parcialmente uno de los grupos humanos enumerados y, otro objetivo, consistente en la comisión de alguno de estos actos, tanto en tiempo de paz como de guerra: a) matar miembros del grupo; b) atentar gravemente a la integridad física o mental de miembros del grupo; c) someter intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que ocasionen su destrucción física total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) transferencia forzosa de niños de un grupo a otro.

²⁰⁵ Los crímenes contra la humanidad consisten en una serie de actos enumerados en el artículo 7 y que vamos a exponer a continuación. Sin embargo, para que los actos en cuestión sean considerados crímenes contra la humanidad deben haber sido cometidos de conformidad con un ataque "generalizado o sistemático" que incluya "la comisión múltiple de actos" y que éstos se lleven a cabo "de conformidad con la política de un Estado o de una organización".

Los actos que constituyen crímenes contra la humanidad, si se dan las condiciones que acabamos de mencionar, son los siguientes: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o transferencia forzosa de población; e) encarcelamiento u otra privación severa de la libertad en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución, embarazo o esterilización forzosa u otra forma de violencia sexual de comparable gravedad; h) persecución contra un grupo o colectividad identificable fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos en conexión con alguno de los crímenes sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de *apartheid*, consistente en la comisión de actos inhumanos de naturaleza similar a los anteriores cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de sistemática opresión y dominación por un grupo racial sobre otro grupo o grupos raciales

y cometidos con la intención de mantener ese régimen; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos a la salud mental o física.

²⁰⁶ El artículo 8 del Estatuto concede jurisdicción a la Corte sobre una lista exhaustiva de crímenes de guerra, de los cuales, 34 corresponden a conflictos armados internacionales y 16 a conflictos armados internos. La jurisdicción de la Corte se extenderá "en particular" cuando los crímenes de guerra sean cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes.

En lo que se refiere a los conflictos armados de carácter internacional, el Estatuto distingue entre violaciones graves de los convenios de Ginebra de 1949 y entre otras serias violaciones de las leyes y costumbres aplicables en el marco del derecho internacional.

El primer grupo de crímenes lo constituyen los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por estos convenios: homicidio intencionado; tortura o tratos inhumanos, incluidos experimentos biológicos; causar conscientemente grandes sufrimientos o graves atentados a la integridad física o a la salud; destrucción y apropiación masiva de bienes no justificada por necesidades militares y ejecutadas de manera ilícita y arbitraria; obligar a un prisionero de guerra u otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; privar intencionadamente a un prisionero de guerra u otra persona protegida de los derechos a un juicio regular e imparcial; deportación o transferencia ilegal o confinamiento ilegal; toma de rehenes.

En cuanto a los crímenes consistentes en otras violaciones graves de las leyes y las costumbres de la guerra, los hemos clasificado de esta forma: a) Crímenes contra personas protegidas en poder del enemigo o del ocupante: realizar mutilaciones físicas o experimentos médicos o científicos de cualquier clase que no estén justificados por un tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona afectada y que causan la muerte o grave peligro para la salud de la persona en cuestión; declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales del Estado enemigo; obligar a los nacionales del Estado enemigo a combatir directamente contra su propio país; cometer atentados contra la dignidad personal, en particular tratos humillantes y degradantes; cometer violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada u otra forma de violencia sexual que constituya una grave violación de los convenios de Ginebra; alistar o llamar a filas a niños de menos de quince años en las fuerzas armadas nacionales o hacer que tomen parte directa en las hostilidades.

b) Empleo de métodos de guerra prohibidos por el derecho internacional: matar o herir a combatientes que han depuesto las armas; hacer uso indebido de las banderas de tregua, de la bandera o insignia militar o uniforme del enemigo o de Naciones Unidas y de los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra (Cruz Roja, Media Luna Roja y Sol y León Rojos) con resultado de muerte o heridas graves; matar o herir a traición a personas pertenecientes al país o al ejército enemigo; declarar que no se dará cuartel; destruir o confiscar los bienes del enemigo, a no ser que responda a necesidades imperiosas de la guerra; emplear armas venenosas, gases asfixiantes o venenosos y líquidos o materiales análogos; balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano y, en fin, otras armas que provoquen sufrimientos innecesarios y que se incluyan en un anexo al Estatuto por medio de una enmienda; utilizar la presencia de civiles u otras personas protegidas como escudos humanos; utilizar el hambre de civiles como medio de guerra privándoles de los bienes indispensables para su supervivencia.

c) Ataques intencionados contra objetivos no militares: ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no tomen parte en las hostilidades; ataques contra bienes que no son objetivos militares; ataques contra personas o bienes involucrados en la asistencia humanitaria o en misiones de mantenimiento de la paz; ataques con conocimiento de que van a causar incidentalmente muertes y heridas a civiles, o daños a bienes de carácter civil, o daños severos al medio ambiente que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa prevista; ataques o bombardeos de ciudades o edificaciones que están indefensos y no constituyan objetivos militares; ataques contra edificios dedicados a la religión, educación, arte o fines caritativos, monumentos históricos, hospitales y lugares donde halla enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; pillaje de una ciudad o lugar; ataques contra edificios, materiales, unidades y transportes médicos y personal que emplee los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de acuerdo con el derecho internacional.

Aunque esta lista de crímenes es amplia y supera a la establecida en el Estatuto del TPY (art. 3), algunos de ellos difieren de los Convenios de Ginebra o del Protocolo (I) de Nueva York. Así, por ejemplo, en lo relativo a los ataques que causen pérdidas civiles incidentales, se hace referencia a los ataques que afecten a la población civil de forma "claramente" excesiva en relación con la ventaja militar "general", términos que no figuran en el artículo 57.2.b del Protocolo (I) de Nueva York del que deriva este crimen.

Si bien con anterioridad, han existido otros tribunales penales internacionales, como los de Nuremberg y de Tokio, creados por los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, para enjuiciar crímenes de guerra cometidos los perdedores de ésta, o más recientemente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó dos tribunales ad hoc, para enjuiciar los crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia desde 1991 y en Rwanda a lo largo de 1994, ellos no revestían el carácter de permanentes, sino que fueron creados ex post facto para juzgar determinados crímenes.

Con arreglo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, ésta se caracterizará por ser una institución de carácter permanente, subsidiaria de las jurisdicciones penales nacionales, dotada de personalidad jurídica internacional y vinculada a Naciones Unidas.

Esto marca claras diferencias respecto de los anteriores tribunales internacionales ad hoc que se han establecido hasta la fecha.

El carácter de permanente, a más de resultar un elemento de disuasión frente a la intención de cometer un crimen internacional o de guerra, satisface la exigencia de un tribunal previo al hecho, que en numerosas jurisdicciones nacionales integra la garantía del debido proceso, y que no había podido conseguir hasta el presente en la esfera internacional

La actuación de la Corte se limita en relación a los uso de armas y medios ofensivos, a la lista de armas prohibidas en el presente o ha prohibirse en un futuro, no contando con una cláusula que abarque todas las armas que provoquen sufrimientos innecesarios y los posibles añadidos se subordinan a una enmienda del Estatuto. De esta forma, la Corte no podrá juzgar como un crimen autónomo la utilización de armas nucleares, químicas o bacteriológicas, explosivos de napalm, etc.

En cuanto a los conflictos armados internos, el Estatuto distingue entre violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y entre otras violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra.

La primera categoría de crímenes comprende los siguientes actos cometidos contra personas que no toman parte activa en las hostilidades, incluyendo miembros de las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o cualquiera otra causa: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, en particular homicidios de cualquier tipo, mutilaciones, tratamientos crueles y tortura; b) los atentados contra la dignidad personal, en particular tratos inhumanos y degradantes; c) la toma de rehenes; d) las condenas dictadas y sentencias ejecutadas sin juicio previo, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas generalmente como indispensables.

La segunda categoría de crímenes comprende los siguientes actos: a) Crímenes contra personas protegidas en poder del enemigo: ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relativas al conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de los civiles razones militares imperiosas; someter a una persona en poder de la otra parte del conflicto a mutilación física o a experimentos médicos o científicos que no estén justificados por un tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona afectada ni en su interés y que cause la muerte o graves peligros para su salud; cometer violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación de los Convenios de Ginebra; llamar a filas o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales o hacer que tomen parte directa en las hostilidades.

b) Empleo de métodos de guerra prohibidos por el derecho internacional: matar o herir a traición a un combatiente enemigo; declarar que no se dará cuartel; destruir o confiscar los bienes del enemigo a no ser que responda a necesidades imperiosas del conflicto.

c) Ataques intencionados contra objetivos no militares: ataques contra la población civil; ataques intencionados contra edificios, material, unidades médicas y transportes de quienes usen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; ataques contra personas o bienes involucrados en asistencia humanitaria o en misiones de mantenimiento de la paz; ataques contra edificios dedicados a la religión, educación, arte, ciencia o fines caritativos, monumentos históricos, hospitales y lugares donde se encuentran enfermos, siempre que no sean objetivos militares; pillaje de una ciudad o lugar.

La Corte será asimismo subsidiaria y complementaria a las jurisdicciones penales nacionales. Esto supone que los estados nacionales tendrán preferencia para investigar y enjuiciar los crímenes sometidos a la jurisdicción de la Corte²⁰⁷.

Este hecho la diferencia de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda que, aunque no niegan la competencia de otros tribunales nacionales, tienen preferencia sobre las jurisdicciones de todos los demás estados.²⁰⁸

En sus cometidos, la Corte gozará de personalidad jurídica internacional y tendrá capacidad jurídica para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus propósitos²⁰⁹. Su relación con el sistema de Naciones Unidas se regirá a través de un acuerdo internacional con dicha organización, establecido por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de la CPI y concluido por el presidente de la Corte en su representación²¹⁰.

Sólo tiene jurisdicción respecto a los crímenes cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, o con posterioridad a la fecha en que el Estatuto entra en vigor para un Estado²¹¹. Si bien se permite a los estados excluir la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus ciudadanos durante un período no renovable de siete años después de la entrada en vigor del Estatuto con respecto al Estado en cuestión²¹².

Con relación a las personas que pueden ser enjuiciadas por la Corte, éstas deben ser una persona física²¹³, mayor de 18 años²¹⁴ y no haber sido juzgado anteriormente por el mismo delito (*non bis in ídem*), salvo que el juicio en cuestión tuviera la finalidad de proteger a la persona de responsabilidad criminal por crímenes sometidos a la jurisdicción de la Corte o que el juicio no se hubiera desarrollado de forma independiente e imparcial con arreglo a las normas del derecho internacional²¹⁵.

Son responsables criminalmente los autores, quienes ordenan, solicitan o inducen a cometerlos; quienes facilitan o colaboran en su ejecución y, en el caso del genocidio, quienes incitan directa y públicamente a otros a cometerlo. Por otra parte, existe responsabilidad criminal por la consumación del crimen y por la tentativa de cometerlo, salvo que quien intente cometer un crimen abandone completamente y voluntariamente su intento²¹⁶.

El Estatuto se aplica a toda persona con independencia de su cargo. En particular, la inmunidad bajo el derecho nacional o internacional de los jefes de Estado o de Gobierno, miembros de un Gobierno o Parlamento no impedirán a la Corte ejercer su jurisdicción²¹⁷.

En lo relativo a la responsabilidad penal de los jefes militares, establece su responsabilidad penal cuando se den estas dos condiciones²¹⁸:

²⁰⁷ Art. 1, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²⁰⁸ Art. 9 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia y art. 8 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Rwanda, respectivamente.

²⁰⁹ Art. 4, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹⁰ Art. 2, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹¹ Conf. arts. 11 y 24.1, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹² Art. 124, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹³ Art. 25, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹⁴ Art. 26, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹⁵ Art. 20, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹⁶ Art. 25, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹⁷ Art. 27, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²¹⁸ Art. 28.1, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- a) haber sabido o, en razón de las circunstancias, haber debido saber que sus fuerzas estaban cometiendo o pretendían cometer crímenes;
- b) no haber adoptado medidas razonables para prevenirlos o reprimirlos o para poner el asunto a disposición de las autoridades para su investigación.

En el caso de jefes civiles, en cambio, su responsabilidad penal es más estricta, debiendo darse estos tres requisitos:²¹⁹

- a) tener autoridad y control efectivo sobre las personas y las actividades que constituyen crímenes;
- b) haber tenido conocimiento o haber hecho deliberadamente caso omiso de información que indicase claramente que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- c) no haber adoptado medidas razonables para prevenirlos o reprimirlos o para poner el asunto a disposición de las autoridades para su investigación.

En cuanto a la coacción extrema, no existirá responsabilidad penal cuando una acción ha sido realizada como consecuencia de una amenaza de muerte inminente o de inminentes daños físicos graves contra el autor de la acción u otra persona, siempre y cuando el autor no intente causar un daño mayor del que pretende evitar.

Por último, con relación a las órdenes superiores, el Estatuto de la Corte, a diferencia de los estatutos de los tribunales ad hoc, que contemplan la prohibición absoluta de utilizar como defensa las órdenes superiores, establece que éstas pueden constituir una eximente cuando la persona que ha cometido el crimen estuviera obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate, no supiera que la orden era ilícita y, en el caso de los crímenes de guerra, que la orden no fuera manifiestamente ilícita.

Esto trae aparejado la configuración de la obediencia debida como eximente penal en el ámbito internacional, con una pretensión de universalidad que surge de la misma letra y espíritu de los Convenios de Roma de 1998.

²¹⁹ Art. 28.2, Estatuto de la Corte Penal Internacional.

CAPÍTULO VIII

Proyección extrainstitucional de estado militar, en el campo del derecho privado.

1. El estado militar y el ámbito privado del sujeto

Si bien el Estado militar constituye, a más de una institución típica del derecho castrense, una especie dentro del estado de ciudadano, desarrollándose por ello principalmente en el campo del derecho público, ello no quiere decir que no se incardine dentro del derecho nacional como un todo, haciendo sentir su influencia, o bien viéndose influido, por ciertos principios y normas del derecho privado, en particular del civil.

Ya que pueden encontrarse normas de naturaleza militar, referidas a la disciplina y vida de los ejércitos, desde las comunidades organizadas más antiguas en la historia de la humanidad, desde las civilizaciones de la mesopotamia hasta la antigua Grecia¹. Pero es en Roma donde podemos situar el origen de la norma militar en el derecho privado, pues allí es donde por vez primera, se da la existencia de un conjunto relacionado de normas sobre el tema militar, fundadas en principios comunes y diferenciados del resto del derecho, destinadas a regular en específico, a este grupo determinado de personas dentro de su sociedad. Ello en atención a las particularidades que lo militar produce en la vida de las personas.

Martínez de la Vega y Zegrí², encuentra en la Baja Edad Media hispánica, en el Derecho Militar contenido en los preceptos regios insertos en las Cartas Pueblas o Fueros de nacientes municipios, disposiciones de lo que denomina “derecho civil militar”, compuesto de las diferencias en materia civil que son aplicables a los militares, constituidos en tal época por privilegios de índole procesal, como la suspensión del curso de la demanda si el demandado se hallaba en expedición militar, la inembargabilidad de los bienes hasta el regreso de la hueste, y la suspensión de términos procesales, entre otros.

Resulta importante destacar a este respecto que, tal como sucede hoy en día, desde sus mismos orígenes romanos, el derecho militar no se ha agotado en la normativa destinada a regir la actividad militar propiamente dicha, sino que incluye además a aquellas normas de derecho privado destinadas a regular la vida en sociedad del militar.³

Las normas de derecho privado castrense, responden a la necesidad de proveer al militar de un conjunto de derechos, facultades y beneficios que le permitan conjurar en su vida particular, las consecuencias negativas que el cumplimiento de los deberes a su cargo traería aparejado de aplicarse regulaciones civiles generales, que no tienen en cuenta las particularidades de la prestación militar. Máxime cuando la aplicación de tales normas generales, se traducirían en lesiones a bienes de la persona tan importantes como la vida, la integridad de su vida civil o su propia trascendencia.

¹ Aristóteles le dedica a la cuestión militar no pocas reflexiones en su obra La Política.

² Martínez de la Vega y Zegrí, Juan, Derecho militar en la edad media (España-Fueros municipales), Impr. Pedro Carra, Boletín de Justicia Militar, Zaragoza, 1912, pág. 83 y sgtes.

³ Carranza Torres, Luis, La importancia del peculio castrense como institución jurídica, en Foro de Córdoba, Año XV, N° 96, diciembre de 2004, pág. 254.

Tal protección se extiende, por lo general, a aquellos que se hallan en situación análoga a la del militar, por causa de éste o de la actividad castrense.⁴

Como nos dice Guzmán Brito, mientras que el derecho público es el que corresponde al *populus*, lo concerniente en común al pueblo, a la comunidad, a la sociedad, el derecho es el que corresponde al *privus*, al particular, al individuo integrante de la sociedad, “*que es una partícula o pequeña parte de ella*”.

De tal forma que:

*“... una es la actividad que desarrolla el *populus* a través del poder público, en la gestión de su propia esfera, mediante actos políticos y administrativos y principalmente a través de la ley, que por tal razón los romanos la llamaban precisamente pública; y otra es la que realiza el particular, en la gestión de la suya, principalmente por medio de otra clase de ley, que por lo mismo ellos calificaban de privada”.*

Es por ello que el derecho privado es el que formulan los particulares, mediante su actividad negocial para disponer de sus asuntos particulares, es decir de las cosas que se hallan a su disposición.⁵

La columna vertebral del derecho privado es el derecho civil, desarrollado en una misma dirección a través de una experiencia de siglos.⁶ Pero hoy en día encontramos normas militares en el derecho laboral, de familia, menores, entre otros ámbitos *iusprivatistas*.

Esta presencia castrense, fragmentada a lo largo del derecho privado, refleja ese doble carácter que la normativa del derecho militar presenta, en palabras de Guerisoli, al estar integrada tanto por normas integradas en legislaciones comunes como en la legislación especial, o propiamente militar.⁷

2. Lo castrense en el Código Civil argentino

Como nos dice Abásolo⁸, hacia fines de la década de 1860 el derecho privado vigente en la Argentina era básicamente el mismo que se había aplicado durante el período hispánico, salvo limitadas modificaciones. En dicho contexto, Vélez Sársfield, da forma a su proyecto de Código, no sin cierta precipitación, y dejando de lado formas transicionales, como las concebidas por Marcelino Ugarte, diseñando un cuerpo legal moderno e innovador. Recurrió para ello a la consulta de la legislación extranjera, sobre todo los códigos francés y chileno, y a los proyectos de Freitas y de García Goyena; desde lo doctrinario, tuvo su base en las obras de Savigny, Zachariae y Story, entre otros. Ello, en materia castrense, determina que de la confluencia del arrebato velezano

⁴ Por caso, personas que acompañan al ejército en operaciones o durante sus campañas, su familia, prisioneros de guerra, etc.

⁵ Guzmán Brito, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pág. 17/18.

⁶ Garrone, José Alberto, *Diccionario Jurídico Abeledo Perrot*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 717.

⁷ Guerisoli, Osvaldo, *Contenido y fundamento del derecho militar. Necesidad de intensificar su estudio y divulgar su conocimiento*. Revista de información aeronáutica, Vol. 2. Buenos Aires, 1945-1946, pág. 261/2.

⁸ Abasolo, Ezequiel, *El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sarsfield, el ejército y la guerra*. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 36/9.

junto con la presencia de contenidos jurídicos de origen exógeno, produce la incorporación, en el ámbito del derecho civil argentino, de instituciones que hasta entonces habían pertenecido al dominio castrense (testamento militar, etc).

En lo atinente a la cuestión castrense, Vélez Sársfield no tuvo grandes experiencias jurídico-militares. Sus saberes jurídico-militares eran endeble, Y a pesar de encontrarse, dispersas en su obra, citas de las ordenanzas de 1768, su conocimiento de las mismas nunca pasó del estadio de la mera consulta ocasional. No contaba en su biblioteca ni siquiera con un ejemplar de los, al decir de Abásolo, fundamentales "Juzgados militares", de Félix Colón de Larriátegui. Con todo, entendía a lo jurídico militar como una ámbito particular, diferenciado del derecho general⁹, y procuró superar sus falencias en la materia, recurriendo a los principios del derecho de gentes, en las versiones de Vattel o Bello y a la vieja legislación española de carácter general.

No obstante ello, no rehuyó la cuestión, ni optó por la salida fácil de derivarla a las reglamentaciones militar, es decir a una normativa especial. Vélez prefirió antes, integrar los aspectos privados propios de la situación jurídica militar en una legislación de carácter común u ordinario a todas las personas.¹⁰

Abásolo sistematiza las cuestiones militares incorporadas al código civil en dos grandes categorías. Una primera referida a los efectos civiles que emanan de la prestación de servicios militares, y una segunda relativa a los efectos civiles del estado de guerra. En virtud del objeto del presente, desarrollaremos tan sólo la primera, sin perjuicio de remitirnos a la segunda de resultar ello necesario.

En este sentido, “ *merced a un régimen iuscivilista particular, se aplica un estatuto jurídico de excepción a los militares*”¹¹, si bien en ocasiones este particularismo alcanza también a quienes los acompañan.

Se ocupan del personal militar los siguientes artículos y notas del Código Civil Argentino: nota al art. 14; art. 84; art. 90, inc. 2; arts. 105 a 107; art. 112; art. 114; art. 117; art. 264 quarter; art. 398; art. 1449; nota al art. 1522; art. 1870; arts. 3672 a 3681; 3687 y 3688; nota al art. 3980.

En una valoración de las cuestiones castrenses introducidas por Vélez Sársfield en el Código Civil, tras demostrar la magnitud de los elementos foráneos, Abásolo se interroga respecto a la existencia en el código civil, de creaciones originales argentinas en lo relativo a temas militares. Y si en tal sentido, cabe considerar asimismo si las instituciones de innegable ascendencia extranjera, no resultan construcciones jurídicas absolutamente exógenas, sino institutos adoptados con la exclusiva intención de satisfacer necesidades nacionales.

“*Muchos y muy complicados son los interrogantes*”, resalta el autor a que seguimos. Advirtiéndole sin embargo que:

“... contando con el apoyo que nos brinda la misma normativa del código, que debemos matizar la idea según la cual dicho cuerpo legal adolece de una extranjería avasalladora en materia de cuestiones

⁹ Ver al respecto, la nota 202 de la pag. 37, en Abásolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sársfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994.

¹⁰ Respecto del alcance de tal calificación, véase lo dicho en el primer punto del presente capítulo, y además en Guerisoli, Osvaldo, Contenido y fundamento del derecho militar. Necesidad de intensificar su estudio y divulgar su conocimiento. Revista de información aeronáutica, Vol. 2. Buenos Aires, 1945-1946, pág. 261/2.

¹¹ Abásolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sársfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 39.

*castrenses. En efecto, hemos podido determinar algunos casos que constituyen creaciones originales de Vélez Sarsfield*¹².

Por ello se pregunta hasta qué punto las faenas del Codificador han sido mero reflejo intelectual del derecho extranjero, y no genuino resultado del medio nacional. *“Este interrogante, a no dudarlo, envuelve a una realidad de contornos sumamente difusos, pues no se puede negar que ambas posturas tienen algo de verdadero”*. Por lo que para no emitir una respuesta oracular, prefiere abstenerse, sin cerrar sin embargo, las posibilidades del debate.

Plantea asimismo, si no se habrá tratado, en cambio, con la presencia de tales referencias extranjeras, de la utilización de un oportuno ropaje “científico”, procedimiento empleado, quizás, con el fin de obtener el necesario grado de aceptabilidad social e intelectual para una solución jurídica de raigambre nativa. Punto respecto del cual tampoco puede dar una respuesta.

“... en definitiva, nuestros problemas son inseparables de la determinación del rumbo cierto de nuestro derecho militar decimonónico, cuyo plexo jurídico, por cierto, no fue ajeno a las alternativas sufridas por el resto del derecho argentino¹³ (...) [Como] la resistencia presentada por las antiguas disposiciones legales hasta entonces vigentes, cuya poderosa gravitación en la materia dista mucho de haber sido meramente pasiva. Lo que realmente se discute en este ámbito, es el problema o "tensión" que se genera a partir de un cambio en las estructuras jurídicas. Digamos, por último, y aun cuando seamos conscientes de que nuestra afirmación requiere el apoyo de una comprobación empírica de la que todavía carece, que debe adjudicarse a esta dialéctica entre el pasado y el futuro, entre lo tradicional y lo 'científico', la responsabilidad de que el proceso de nuestra codificación castrense haya distado mucho de ser rectilíneo y uniforme”.¹⁴

3. El estado militar en relación al comienzo de la existencia de las personas

Hemos visto ya en el capítulo anterior, algunos aspectos relativos al presente tópico, al tratar las facultades otorgadas al personal militar para fungir como oficiales de registro civil. Por lo que allí remitimos respecto de tales supuestos de actuación.

Cabe, sin embargo, acotar que la fe del nacimiento de las personas que se confiere a los registros militares, se halla ampliamente aceptada en el derecho privado del sistema continental. El más detallado de ellos es el establecido en el Código Civil francés, en cuyo capítulo V¹⁵ del título II¹⁶, a partir de su artículo 93, se establece que en los supuestos que se hallen fuera de la Francia metropolitana y en caso de guerra,

¹² Cita como ejemplos del ello, la mención en el artículo 114, de los términos “acción de guerra” no presenta antecedentes en el modelo brasileño. O las consecuencias que se derivan en el inc. 4 del art. 2342, que, al incorporar las palabras plazas de guerra, respecto de los principios relativos a la propiedad de predios militares por parte del Estado. O en caso de absoluta originalidad que presenta el art. 1449.

¹³ Ver al respecto, tal etapa en el desarrollo del derecho castrense argentino expuesto en el Capítulo IV.

¹⁴ Abasolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sársfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 45/49.

¹⁵ Des actes de l'état civil concernant les militaires et marins dans certains cas spéciaux.

¹⁶ Des actes de l'état civil.

expedición, operación de mantenimiento del orden y pacificación o estacionamiento de tropas francesas en territorio extranjero, en ocupación o en virtud de acuerdos intergubernamentales, los actos de la vida civil que deben ser objeto de registro, lo serán por los oficiales del Registro Civil militares designados por orden del Ministro de defensa. Dichos oficiales del Registro Civil son también competentes, respecto de actos de civiles cuando no pueden ser realizados en los organismos ordinarios.

En la Francia metropolitana, los oficiales antes mencionados pueden recibir las actas relativas a los militares y civiles en las partes del territorio en las que, como consecuencia de movilización o de un estado de sitio, el servicio municipal del Registro Civil no está asegurado de forma regular.

Las declaraciones de nacimiento en los ejércitos se formulan dentro de los diez días siguientes al parto.

Las partidas de defunción pueden establecerse en los ejércitos aunque el oficial del Registro Civil no haya podido trasladarse a la persona difunta, previa testificación de dos declarantes.¹⁷

Tales actas del estado civil se asentarán en un registro especial cuya llevanza y conservación están reguladas por orden conjunta del Ministro de Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas y el Ministro de Excombatientes y Víctimas de Guerra.¹⁸

Puede asimismo celebrarse ante dichos oficiales, un matrimonio en los casos de excepción antes mencionados, debiendo las publicaciones relativas a su celebración efectuarse, en la medida en que lo permitan las circunstancias, en el lugar del último domicilio del futuro cónyuge; realizándose asimismo en la unidad a la que pertenece el interesado en las condiciones fijadas por orden del Ministro de Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas.¹⁹

¹⁷ Art. 93, Code Civil Français. Conforme leyes del 20 de diciembre de 1922, del 11 de diciembre de 1924, Ley N° 57-1232 del 28 de noviembre de 1957(art. 1), publicada en el Journal Officiel del 20 de noviembre de 1957 y Ordenanza N° 58-779 del 23 de agosto de 1958 (art. 2), publicada en el Journal Officiel del 30 de agosto de 1958: “ Les actes de l'état civil concernant les militaires et les marins de l'Etat sont établis comme il est dit aux chapitres précédents.

Toutefois, hors de la France métropolitaine, et en cas de guerre, d'expédition, d'opération de maintien de l'ordre et de pacification ou de stationnement des troupes françaises en territoire étranger, en occupation ou en vertu d'accords intergouvernementaux, ces actes peuvent être également reçus par les officiers de l'état civil militaires désignés par arrêté du ministre des armées. Lesdits officiers de l'état civil sont également compétents à l'égard des non-militaires lorsque les dispositions des chapitres précédents sont inapplicables.

En France métropolitaine, les officiers de l'état civil ci-dessus visés peuvent recevoir les actes concernant les militaires et les non-militaires, dans les parties du territoire où, par suite de mobilisation ou de siège, le service municipal de l'état civil n'est plus régulièrement assuré

Les déclarations de naissance aux armées sont faites dans les dix jours qui suivent l'accouchement.

Les actes de décès peuvent être dressés aux armées par dérogation à l'article 77 ci-dessus, bien que l'officier de l'état civil n'ait pu se transporter auprès de la personne décédée, et, par dérogation à l'article 78, ils ne peuvent y être dressés que sur l'attestation de deux déclarants”.

¹⁸ Art. 95, Code Civil Français. Conforme ley del 28 de febrero de 1922, y ley N° 57-1232 del 28 de noviembre de 1957(art. 1), publicada en el Journal Officiel del 29 de noviembre de 1957: “ Dans les cas prévus aux alinéas 2 et 3 de l'article 93, les actes de l'état civil sont dressés sur un registre spécial, dont la tenue et la conservation sont réglées par arrêté conjoint du ministre de la défense nationale et des forces armées et du ministre des anciens combattants et victimes de guerre”.

¹⁹ Art. 96, Code Civil Français. Conforme ley del 8 de junio de 1893, y ley N° 57-1232 del 28 de noviembre de 1957(art. 1), publicada en el Journal Officiel del 29 de noviembre de 1957: “ Lorsqu'un mariage est célébré dans l'un des cas prévus aux alinéas 2 et 3 de l'article 93, les publications sont faites, dans la mesure où les circonstances le permettent, au lieu du dernier domicile du futur époux ; elles sont en outre assurées, dans l'unité à laquelle l'intéressé appartient, dans les conditions fixées par arrêté du ministre de la défense nationale et des forces armées”.

4. El militar menor de edad

En nuestro Código Civil, la reforma efectuada por la ley 23.264, agregó el art. 264 quater, el que requiere el consentimiento expresa de ambos padres para autorizar a sus hijos a ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.²⁰

Ello en los casos tanto de hijos matrimoniales con matrimonio vigente de sus padres como con separación de hecho, separación personal, divorcio o nulidad de matrimonio de éstos, así como en el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres.²¹

A este respecto, debe puntualizarse que, si bien Vélez Sársfield no trató la cuestión al formular el Código Civil, no es menos cierto que en el comentario de los supuestos de inaplicabilidad de las leyes extranjeras²², fustiga a la *“ley francesa que permite al menor, hijo de familia, abandonar la casa paterna para tomar servicio militar”*.

Cabe destacar que el ingreso a la institución militar y la consiguiente asunción del estado militar en la persona del menor, no desplaza la patria potestad de los padres, que se mantiene, configurándose la situación como una transmisión de guarda a favor de la autoridad militar, en tanto el menor esté dentro de la órbita castrense.

Entre la normativa que se ha ocupado del tema, si bien tangencialmente, y como ejemplo de la subsistencia de la patria potestad, podemos citar la Resolución 122/81 de la Secretaría general de la presidencia de la Nación, en la que se determinan el pago de las asignaciones familiares por hijo y por escolaridad, en los supuestos de menores incorporados al servicio militar obligatorio y cómo debe acreditarse dicho requisito.²³

Es por ello que resulta compatible en la persona del menor, la confluencia de los institutos del estado militar y la patria potestad, los que por otra parte, en su aspecto de la sujeción a otro, guardan similitudes no escasas.

Al respecto la jurisprudencia ha expresado que:

“Para que funcione la causal de exoneración de responsabilidad paterna en virtud de lo dispuesto por el art. 1115 del Cód. Civil, deben llenarse ciertos requisitos entre los cuales se encuentran, no sólo el desplazamiento de la guarda del hijo, sino que es menester que tal entrega de guarda sea circunstanciada; ello es así en virtud del carácter indelegable de la patria potestad que hace que el padre que transmitió, de hecho, la guarda de su hijo a otra persona, sólo pudo hacerlo para un cometido específico. Por lo tanto, si en el caso el menor que conducía el automóvil al momento del accidente no se encontraba en el desempeño del cometido específico para lo cual su guarda podría estimarse delegada en el Ejército Argentino -en donde cumplía con el servicio militar obligatorio-, debe entenderse que la responsabilidad presunta del padre subsistía en ese momento”.²⁴

²⁰ Inc. 3, art. 264 quater, Código Civil.

²¹ Inc. 1,3,5 del art. 264 del Código Civil, por remisión del primer párrafo del art 264 quater del mismo ordenamiento.

²² Nota N° 4 al art. 14 del Código Civil.

²³ EDLA, 1982-465.

²⁴ CApel. C y C Mercedes, Sala I, 24/11/1987. ED, 132-127.

Si comporta, la autorización paterna de ingreso a las fuerzas armadas, la habilitación al menor para la realización de todos los actos derivados de la vida militar y de carácter interno, tanto por lógico efecto del acto mismo, como por aplicación analógica de las previsiones al respecto establecidas en el derecho laboral.²⁵

Asimismo, determina a favor del menor la libre administración y disposición de los ingresos que obtuviera por causa de la prestación de servicios militares.²⁶

Debe remarcarse que dicha habilitación encuentra su límite en los actos que requieren del consentimiento expreso de los padres, entendiendo en tal sentido, los pareceres administrativos que:

*“... corresponde interpretar que la autorización a los hijos menores para salir de la República que prevé el inc. 4º del art. 264 quater del Código Civil no debe considerarse implícitamente incluida en la prevista en el inc. 3º del mismo artículo (autorización para ingresar en las Fuerzas Armadas). [Debiendo entenderse que] la salida del país de un menor ingresado en un instituto militar se encuentra supeditada a la autorización expresa de sus padres, la que no podrá ser suplida por la del Comando respectivo”.*²⁷

La autorización de los padres de ingreso del menor a las Fuerzas Armadas, hace nacer igualmente la responsabilidad de la autoridad militar a cargo del menor, de velar por el mismo, no sólo en su condición de subalterno, que sería algo natural de la relación de jerarquía y superioridad militar (deferencia al subalterno), sino que se profundiza respecto de aspectos de la vida personal del menor, a los efectos de su resguardo.

En este aspecto, la jurisprudencia ha entendido que tratándose de un militar menor (en el caso que cumplía servicio militar obligatorio, pero siendo extensible lo expresado a toda situación de militar menor de edad):

*“ (...) destinado lejos de su domicilio paterno, que carece de todo poder de decisión sobre su persona, al igual que sus padres, la situación origina una especial obligación de parte del ejército de preservar la salud e integridad física y moral de quien se halla bajo su exclusiva potestad”.*²⁸

Obviamente, tal responsabilidad trae aparejada de modo inescindible, la atribución a la autoridad militar de las facultades respecto de la persona del menor a los efectos de concretar tal preservación de su persona. Debiendo aplicarse

²⁵ Art. 32, Ley de contrato de trabajo N° 20.744 (B.O 27/09/74) . Texto Ordenado en 1976 con sus modificaciones posteriores, incluyendo modificaciones ley 25877 (B.O. 19.03.2004): “Los menores desde los dieciocho (18) años y la mujer casada, sin autorización del marido, pueden celebrar contrato de trabajo.

“Los mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18), que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de aquella misma capacidad.

“Los menores a que se refiere el párrafo anterior que ejercieren cualquier tipo de actividad en relación de dependencia, se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes al mismo”.

²⁶ Ver infra en este mismo capítulo lo desarrollado respecto del peculio militar.

²⁷ Procuración del Tesoro de la Nación 201:159. Dictamen N° 132. Del 29/05/1992. Lo entre corchetes nos pertenece.

²⁸ C Fed. Apel. Córdoba, sala B, 06/03/1996, en autos “Spicogna, Eustaquia c/ Estado Nacional”, LLC 1996-823.

analógicamente las previsiones establecidas respecto de los tutores. Pero sin perder de vista que es un resguardo respecto de la persona del menor, y no respecto de sus bienes, sobre los que tiene plena disposición.²⁹

En el caso de resultar el menor con estado militar, alumno de un instituto de formación militar, será de aplicación asimismo, lo establecido en el art. 1117 del Código Civil, a los efectos de delimitar las responsabilidades del caso.

En el orden internacional existen asimismo, normativa aplicable a los militares menores. Como por caso, la convención de los derechos del niño de 1989, en donde se veda a los estados la participación en las hostilidades de un conflicto armado de menores de quince años³⁰, debiendo además, en materia de reclutamiento obligatorio, entre los quince y los dieciocho años, darse prioridad (incorporar en primer términos) a los de mayor edad.³¹

El convenio OIT N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999, urge a los estados a “...adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia, en particular, el reclutamiento forzoso y obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”.³²

A su vez, el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000³³, establece en su artículo 1º, que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de dieciocho años participe directamente en hostilidades”. Pudiendo en cambio, prestar servicios en retaguardia o de apoyo logístico. Asimismo, “velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de dieciocho años”.³⁴

Respecto del alistamiento voluntario³⁵, se lo permite por encima de la edad fijada en la Convención sobre los Derechos del Niño, “... reconociendo, en particular, que los menores de dieciocho años tienen derecho a una protección especial”.

Al ratificar el Protocolo o adherirse a él, las partes depositarán una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima a partir de la cual autorizan el alistamiento voluntario. Si esta edad es inferior a dieciochos años, han de establecer medidas de salvaguardia que garanticen: un alistamiento auténticamente voluntario, el consentimiento de los padres o de los custodios legales, que los alistados estén plenamente informados y que presenten pruebas fiables de su edad.

Tal obligación, es de destacar, no se aplica a las escuelas militares.

Relativo a la cuestión, y en las legislaciones nacionales de nuestra región, encontramos que en la república Oriental de Uruguay, los jueces se hallan facultados respecto de los menores sin hogar a destinarlos “... al servicio de las Fuerzas Armadas, cuando aquellos tengan condiciones y vocación para la carrera militar y en casos especiales; tratándose de menores de 18 años de edad, destinarlos al servicio militar, como medida disciplinaria sin fijación de término y bajo la vigilancia del Instituto”. Las autoridades militares a quienes se solicite su concurso para el cumplimiento de las resoluciones a que se refiere el inciso anterior, están obligadas a prestarlo, así como a

²⁹ Ver en el presente capítulo la parte referida al peculio militar.

³⁰ Párrafo 3, art. 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

³¹ Párrafo 4, art. 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

³² Art. 1 y 3 del Convenio OIT N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999.

³³ En vigor desde el 12 de febrero de 2002.

³⁴ Art. 2º. Reclutamiento obligatorio. Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000. En vigor desde el 12 de febrero de 2002.

³⁵ Art. 3º. Alistamiento voluntario. Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000. En vigor desde el 12 de febrero de 2002.

facilitar al Juez y al Instituto Nacional del Menor todos los informes que se les pidan con respecto al comportamiento de los menores que se les confíen.³⁶

5. Efecto de la adquisición del estado militar respecto de las relaciones laborales preexistentes

Los supuestos de prestación militar voluntaria, carecen de efectos respecto de las relaciones laborales previas, salvo por la obligación del militar de cesar en ella, si fuese incompatible para el régimen de servicio militar. Debiendo su existencia ponerse en conocimiento de la autoridad militar, quedando sujeta su continuidad a la autorización de ésta³⁷.

Pero distintos son los efectos, en caso de resultar la prestación militar de carácter obligatorio³⁸, ya fuere por llamado ordinario, movilización o convocatorias especiales. En tales supuestos, el empleador deberá conservarle el empleo al trabajado, desde la fecha de su convocatoria y hasta treinta días después de concluido su servicio de armas.

El tiempo de permanencia en tal servicio militar será considerado período de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad, y de los beneficios que por la ley de contrato de trabajo o los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo le hubiesen correspondido en el caso de haber prestado servicios.

Tal período de servicios militares no será en cambio considerado, para determinar los promedios de remuneraciones a los fines de la aplicación de dichas disposiciones.

Como se expresa en el derecho italiano: “ *la llamada a las armas para cumplir con la obligación de reclutamiento, suspende el contrato de trabajo salvo disposición en contrario de las normas laborales* ”.³⁹

La cuestión de los efectos de la prestación militar obligatoria respecto de la relación laboral en nuestro derecho ha sido objeto de regulación en el ámbito de los convenios colectivos de trabajos. Sin ánimo de ser exhaustivos frente a la casuística propia de tal tipo de normativa laboral, nos referiremos a algunos de ellos a fin de dar cuenta de las fórmulas más generales de regulación:

Así en la convención colectiva de trabajo 26/88⁴⁰, se expresa que el empleado que deba prestar el servicio militar obligatorio gozará de los siguientes beneficios:⁴¹

- a) No podrá ser despedido sin causa prevista en la Ley durante seis meses posteriores a la fecha de baja del servicio. La violación de esta norma por parte

³⁶ Art. 348-2, Código Civil del Uruguay.

³⁷ Ver a este respecto, lo expuesto en el Capítulo VI en la parte que se trata el principio de supremacía y la no aceptación sin autorización de otros puestos o cargos ajenos al servicio, en virtud de resultar un deber inherente al estado militar.

³⁸ Art. 214 (texto conforme ley 21.297), ley de contrato de trabajo N° 20.744 (B.O. 27/09/74). Texto Ordenado en 1976 con sus modificaciones posteriores, incluyendo modificaciones ley 25877 (B.O. 19.03.2004).

³⁹ Art. 2111, Codice civile italiano. Aprobado por Real Decreto N° 262 del 16 marzo de 1942. Publicado en edición extraordinaria de la Gazzetta Ufficiale N° 79 del 4 de abril de 1942. Según decreto legislativo N° 303 del 13 de septiembre de 1946: “*La chiamata alle armi per adempiere gli obblighi di leva sospende il contratto di lavoro salvo diverse disposizioni delle norme corporative*”. Cabe destacar que con anterioridad a la modificación de 1946, en el texto original de 1942 resolvía la relación laboral.

⁴⁰ Entre la Federación Argentina de Trabajadores de Farmacia por los Trabajadores y la Confederación Farmacéutica Argentina y Cámara Argentina de Farmacia por los empleadores.

⁴¹ Art. 45, Convención colectiva de trabajo 26/88.

del dar derecho al trabajador a reclamar y obtener su reincorporación o bien a percibir una indemnización especial igual a sus haberes de todo el tiempo de estabilidad dispuesto por este Art., que se suman a los importes correspondientes a los importes correspondientes a la indemnización ordinaria.

b) Percibir de su empleador una suma equivalente al diez por ciento del sueldo de su categoría y otro diez por ciento a cargo de Federación Argentina de Trabajadores de Farmacia.

c) podrá reincorporarse a su puesto hasta sesenta días después de la fecha en que haya sido dado de baja del servicio militar.

En la Convención Colectiva de Trabajo N° 108/75⁴², entre las bonificaciones especiales⁴³ se halla establecido que el personal que cumpla con el servicio militar obligatorio tendrá derecho a la conservación de su puesto y al pago de una suma mensual equivalente al 50% del sueldo que le correspondería, mientras permanezca bajo bandera.

Otros convenios, como el N° 96/90⁴⁴, condicionan⁴⁵ dicha bonificación a que se tenga como mínimo 6 (seis) meses de antigüedad en el establecimiento, para acceder a una bonificación mensual equivalente al 40% por ciento del salario de su categoría, mientras dure su permanencia legal bajo las Fuerzas Armadas. El obrero deberá probar fehacientemente su incorporación y permanencia en el Servicio Militar Obligatorio.

Tal bonificación cesará cuando por disposiciones legales sea otorgado un beneficio mayor. La bonificación correspondiente al último mes será retenida hasta tanto el obrero se reincorpore al establecimiento y le será abonada a los quince días de dicho reingreso.

6. El domicilio militar

6.1. Conceptualización y alcance del término

El término “domicilio”, asiento jurídico de la persona, es descrito como el lugar que, en principio, está reservado al individuo y su familia, donde el hombre desenvuelve con toda plenitud su libertad y su vida privada, en tanto no afecte la moral y el orden público ni perjudique a terceros. Desde el ámbito de protección de los derechos constitucionales se sostiene que este vocablo debe amparar el recinto o la vivienda del hombre donde desarrolla su vida privada, sea ésta móvil, inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental y se citan como ejemplos de ello a la casa, el vehículo que sirve de vivienda, la habitación de un hotel, el camarote de un barco, la casilla rodante utilizada para viajes, etcétera.⁴⁶

⁴² Entre la Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina con la Asociación de Institutos y Organizaciones Médicas sin Internación y Colmegna S. A. C. y F. Firmado el 25 de junio de 1975.

⁴³ Art. 32, Convención Colectiva de Trabajo N° 108/75.

⁴⁴ Entre la Cámara del mosaico y afines y la Federación de obreros mosaistas y afines de la República Argentina, celebrado en Buenos Aires el 16 de junio de 1989

⁴⁵ Art. 37, Convención Colectiva de Trabajo N° 96/90.

⁴⁶ Conf. Zarini, Helio Juan, Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1999, págs. 602/603.

La “habitación” también referencia el lugar donde la persona se encuentra, sin que importe el grado de permanencia en ella. De este modo, tanto la habitación como el domicilio son espacios reservados a quienes se alojen en ellos y en los que pueden ejercitar plenamente su intimidad y libertad.

La noción de domicilio es una imposición de la buena organización social, porque ésta necesita *ubicar* a las personas que integran la convivencia general, a fin de poder exigir de ellas el comportamiento adecuado. Con este fin se relaciona necesariamente a toda persona con un lugar en el cual se la reputa presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones⁴⁷.

El domicilio contribuye en todos los ámbitos posibles de actuación del derecho, a la eficiencia de las relaciones jurídicas.⁴⁸ Sin ánimo de resultar taxativos, no muchos menos, es dable con una simple y corta puntualización advertir la importancia que tiene el domicilio por la serie de aplicaciones específicas de la relación fiscal, sirviendo, según los casos:

- para fijar la competencia de los jueces o autoridades administrativas;
- para Indicar el lugar donde han de efectuarse válidamente las notificaciones a la persona;
- para precisar el lugar del cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, etc.

Si la pertenencia política está dada, entonces, por la nacionalidad, el coloniaje y la ciudadanía; la social se halla caracterizada por el domicilio, la residencia o la estadía de la persona; y por último, la económica por la producción, circulación y el consumo de las riquezas en un lugar determinado.

La libertad individual de fijar el domicilio donde se lo desee, integra el más amplio espectro constitucional de la libertad física en general, de la cual precisamente las de domicilio y transito o locomoción resultan de las más significativas.

Tal derecho ya lo proponía Alberdi en el art. 16 de su proyecto de Constitución y finalmente recalo en los artículos 14 (entrar, permanecer, transitar y salir del país) y 18 (el domicilio es inviolable) de nuestra Carta Magna versión 1853/1860 y no ha sido modificado por las sucesivas reformas posteriores hasta la fecha. Idénticas prescripciones se mantuvieron inalterables, incluso, en la hoy abrogada Constitución de 1949, en sus artículos 26 y 29.

En el ámbito internacional el derecho a fijar el domicilio y el de permanecer en él están garantizados por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas en su art. 13 y en la Convención Americana de Derechos Humanos comúnmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica en su art. 22, la que lo denomina como “derecho de circulación y residencia”.

Como vemos, la libertad de fijar el domicilio es de las mas férreamente defendidas por el derecho, partiendo del Constitucional, pasando por el Internacional Público y Privado y siguiendo con las normas civiles comunes.

Es así que, con apelación al principio de que ningún derecho es absoluto, las autoridades en atención a determinadas circunstancias impuestas por exigencias de orden público, están facultadas para establecer razonables restricciones o reglamentaciones al ejercicio de los derechos. Tales por ejemplo las derivadas de la declaración del estado de sitio o como lo declaro la Corte Suprema de la Nación⁴⁹,

⁴⁷ Garrone, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 799.

⁴⁸ Garrone, Diccionario, tomo I, pág. 799.

⁴⁹ En el Caso "Berreta". Fallos 169:255.

entendiendo que la facultad de fijar un lugar de radicación a un asilado extranjero, no vulnera –en principio– el derecho de libre residencia y circulación.

En otros casos y por diferentes motivos la ley también impone la obligación de relacionar a determinadas personas con un determinado domicilio, así por ejemplo para los funcionarios públicos, los eclesiásticos, los militares, las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por ley, las compañías con muchos establecimientos o sucursales, los transeúntes, los incapaces, etc.

En el caso de los militares, la noción jurídica de domicilio se ve influida por las particularidades propias de la vida de los ciudadanos que prestan el servicio de armas a la Nación de modo permanente, y que en el caso de nuestro derecho militar argentino, resulta la expresión de valores jurídicos de primer orden.

No es menor, en la vida individual y social, la importancia del domicilio, atento a que el mismo contribuye en todos los ámbitos posibles de actuación del derecho, y a la eficiencia de las relaciones jurídicas.

Tampoco, para quien ha abrazado la profesión militar. Que ha diferencia del ciudadano civil, generalmente establecido por largo tiempo y no pocas veces, por toda su vida, en un único lugar, debe mudar de forma periódica al mismo, en virtud de las necesidades que le impone el servicio al país. No una ni dos, sino en múltiples ocasiones. No es raro tampoco que alguno de estos cambios, implique el establecerse en el extranjero.

Cabe destacar que cuando hablamos de domicilio militar, nos estamos refiriendo al propio de cada integrante de las Fuerzas Armadas, y no a la residencia en su lugar de destino que se le impone como deber propio de su estado militar, del que no puede ausentarse sin previa autorización.⁵⁰

Tales particularidades no son de hoy, ni resultan una originalidad de nuestro país. En distinto grado, han afectado y afectan a las fuerzas armadas del mundo y en casi todas las épocas. Y resultan es sustrato fáctico en que se asienta la necesidad y cobra su sentido la exigencia de una regulación particular de la cuestión.

6.2. Nacimiento y regulación del domicilio militar en el derecho romano

El más lejano pariente de nuestra actual regulación nacional sobre domicilio militar, la encontramos en Roma. El texto básico sobre la cuestión es el fragmento de Hermogeniano contenido en el Digesto, que expresa: "*Miles ubi domicilium habere videtur, ubi meret, si nihil in patria possideat*".⁵¹

A partir del análisis de este fragmento se deduce que el soldado puede encontrarse en dos situaciones distintas con relación a su domicilio:⁵²

a) El militar posee bienes en su patria. En este caso su domicilio se encuentra en ella; se trata, obviamente, del domicilio de derecho ya mencionado por Paulo y extendido a partir de Diocleciano durante el Dominado y diferente de domicilio como situación de hecho propio del derecho clásico.

⁵⁰ Rossi, Domenico, L'aggiornamento della normativa: limiti attuali e prospettive. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Società Internazionale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004, pág. 3.

⁵¹ Digesto, 50.1.23.1 (Hermog.1.iur.epit.)

⁵² Cañas Navarro, Aspectos jurídico-censales en el Ejército romano, Revista de Historia Militar N° 90 [On line]. Disponible desde <http://personal.telefonica.terra.es/web/ihycm/revista/90/>. [Consultado: 23 de marzo de 2004].

b) El militar no posee bienes en su patria. En este caso su domicilio se encuentra allí donde presta su servicio.

Se debe considerar que el concepto de domicilio empleado en cada una de las situaciones es diferente, ya que mientras en la primera se trata de una situación de derecho, en la segunda el domicilio es una cuestión de hecho. El que en un mismo texto aparezcan los dos conceptos antitéticos de domicilio es señal inequívoca al entender de Cañas Navarro, de la poca definición de este concepto jurídico en sus fuentes romanas.

6.3. La regulación del instituto en el derecho argentino

El domicilio general ha sido regulado entre nosotros con los caracteres de resultar “voluntario” “mutable” e “inviolable”⁵³. Explica la condición de “mutable” porque puede cambiarse de un lugar a otro; ésta -agrega- ha sido reputada como una de las garantías propias de la libertad humana, y por ello el Código ha dispuesto que dicha facultad no puede ser coartada ni por un contrato ni por disposición de última voluntad⁵⁴. Desde que la mutabilidad del domicilio resulta, al decir de Borda, “una de las garantías de la libertad humana”.⁵⁵

Por su parte, la regulación del domicilio militar en nuestro derecho nacional se halla en el art. 90 inc. 2 del Código Civil, el cual expresa: *"Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallan prestando aquél, si no manifestasen intención en contrario, por algún otro establecimiento permanente, o asiento principal de sus negocios en otro lugar"*.

Como se ha visto en el capítulo precedente, los militares, en virtud de su estado, adquieren asimismo la calidad de funcionarios públicos, y como tales, respecto de los actos de servicio se hallan comprendidos en sus alcances⁵⁶. Sin embargo, el Código ha cuidado de establecer uno propio y adaptado a la realidad castrense, respecto de los actos de su vida privada. Hallándose comprendidos en el alcance de la norma, todos los miembros del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, sin distinción de jerarquías o grados.

Alguna doctrina⁵⁷ exceptúa a los conscriptos, por no revestir ellos el carácter de militares profesionales. Discrepamos con tal exclusión, pues de la lectura de la norma se infiere que en primer término que es un beneficio a favor de la persona, y el acaecimiento de sus efectos depende exclusivamente de su voluntad; y en segundo lugar es también claro que el único requisito para su goce, aparte de la condición militar, es hallarse destinado por causa del servicio en algún sitio. Por lo que cumpliendo el personal de conscriptos con tales requisitos⁵⁸, y no implicando perjuicio alguno para

⁵³ art. 18 Constitución Nacional.

⁵⁴ art. 97, Código Civil.

⁵⁵ Borda, Guillermo, Tratado de derecho civil. Parte general T I, 12 a. ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 328/360.

⁵⁶ Art. 90 inc. 1º del Código Civil, el que expresa: "Los funcionarios públicos, eclesiásticos o seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas o de simple comisión"

⁵⁷ Conf. Belluscio, Augusto C. (director), Zanoni, Eduardo A. (coordinador), Garbino, Guillermo E., Lavallo Cobo, Jorge E., Pardo, Alberto J., Rivera, Julio C. (autores), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Editorial Astera, Buenos Aires, 1993, pág. 421.

⁵⁸ Ver lo expuesto en el capítulo V respecto de la categoría de tropa, de la adquisición del estado militar, y contenido de la situación jurídica militar.

ellos lo previsto en la norma, absolutamente potestativa por otra parte, no se aprecia el fundamento para negarle su procedencia respecto de ellos.

Como puede apreciarse, la situación de actividad, es decir, la actualidad en el cumplimiento activo de la prestación militar, resulta el elemento indispensable para las procedencias de la presente norma, excluyendo a los que se encuentran en situación de retiro⁵⁹, salvo los retirados y asimilados que cumplan funciones administrativas⁶⁰.

Vale aclarar que se trata de “servicio activo” en tiempo de paz, ya que de ser servicio activo en tiempo de guerra, los militares conservan el domicilio que tenían al iniciarse las hostilidades, desde el momento que abandonan su asiento fijo para entrar en operaciones, ya sea dentro del territorio nacional o en el extranjero.

Procurando la seguridad jurídica, debido a la posible modificación constante de sus destinos, ordenados por los superiores, los integrantes de las Fuerzas Armadas tienen su domicilio en el lugar donde se hallen prestando servicios, salvo que manifiesten su intención de fijar domicilio en otro lugar, pudiendo tratarse de un establecimiento permanente o el asiento principal de sus negocios.⁶¹

Parte de la doctrina señala que la excepción consagrada por el inciso 2º desvirtúa el carácter forzoso del domicilio legal del art. 90, ya que dicho domicilio sólo tendrá importancia cuando no se haya constituido un domicilio real. Esta situación implica que quien invoque la existencia del domicilio real deberá probarlo⁶².

Al decir de Abásolo, nos hallamos frente a una muestra del régimen iuscivilista particular, diseñado por Vélez para normas las cuestiones civiles del personal militar merced a la aplicación de un estatuto jurídico de excepción a los militares y demás agregados a los ejércitos. Así, salvo declaración en contrario, el militar tiene como domicilio aquel lugar en el que se halle prestando servicio activo.⁶³

Nuestra jurisprudencia expresa al respecto:

*“Si bien los militares en servicio activo pueden optar por tener un domicilio real que sustituya al legal (art. 90, inc. 2, Cód. Civil), no puede adquirir tal carácter el domicilio denunciado como “eventual” a falta de probanza que corrobore que en dicho lugar se encuentra el asiento principal del sujeto interesado, por lo que resulta improcedente el reclamo formulado en base a la figura del accidente “in itinere” previsto por la ley 9688”.*⁶⁴

“En el caso de un demandado de profesión militar, que constituyó domicilio en la asociación civil que nuclea a los oficiales del área,

⁵⁹ Conf. Belluscio, Augusto C. (director), Zanoni, Eduardo A. (coordinador), Garbino, Guillermo E., Lavalle Cobo, Jorge E., Pardo, Alberto J., Rivera, Julio C. (autores), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 421.

⁶⁰ Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial; Tomo 1, Hammurabi Ediciones, Buenos Aires, 1995, Pág. 504.

⁶¹ Locane, Laura G., El militar en relación al derecho privado. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. 8.

⁶² Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Tomo 1, Hammurabi Ediciones, Buenos Aires, 1995, Pág. 504/5.

⁶³ Abasolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sarsfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho Nº 22, Buenos Aires, 1994, pág. 39.

⁶⁴ CNTrab., Sala III, 29/08/1988, DT, 1989-A, 131.

*forzosamente se concluye que eligió libremente tal domicilio, haciéndose cargo de las consecuencias que ello implicaba”.*⁶⁵

Cabe destacar que tal norma, integra la parte original del Código, tal como lo redactara el Dr. Vélez Sársfield y fuera aprobado a libro cerrado por el Congreso de la Nación por ley N° 340 del 25 de septiembre de 1869, comenzando a regir a partir del 1° de enero de 1871, y manteniendo hasta la actualidad 132 años de vigencia ininterrumpida.

Lamentablemente, en las notas puestas por el codificador respecto del art. 90, omitió expresar la fuente del inciso correspondiente al domicilio militar. Lo cual, a nuestro entender, nos permite inferir que, si bien ha sido inspirado en la obra de Zacharie, autor al que pone como fuente general del artículo, es del cuño propio de Vélez dicha norma. Que indudablemente tenido en cuenta para su elaboración el conocimiento del derecho romano que se halla presente en toda su obra jurídica, pero lo suficientemente moldeado por el pensamiento propio, como para apartarse de la norma latina, e impregnar a la cuestión regulada, de un aire de autonomía de la voluntad para con el personal militar.

No pocos indicios que apuntalan la nuestra opinión precedentemente expuesta. Pues como ha podido verse en el apartado 6.2. del presente, la solución romana es visiblemente diferenciada. Y en cuanto al derecho extranjero, quienes han seguido a las mismas se han inclinado en general por la regulación expuesta en 6.2.b. Tal es el caso de cómo aparece regulado en el derecho brasileño⁶⁶, el cual sigue cabalmente (si bien de modo simplificado) a la fuente romana.

Idéntica postura encontramos en la legislación mexicana.⁶⁷ Y en similar sentido, el Código Civil de Honduras⁶⁸, entiende que *"Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que están destinados"*. Si bien los distingue de *"los individuos que sirven en la marina de guerra de la República, tienen el domicilio en el lugar hondureño en que se encuentren"*.⁶⁹ Como puede verse, concuerda con la norma brasileña y, a diferencia del modo unitario en la consideración del personal militar seguido por nuestro Código, distingue entre integrantes de la Armada de las demás fuerzas militares.

En el derecho venezolano, tratándose de militares en servicio activo, *"se considerará residencia de los mismos el territorio donde se halle, aunque sea accidentalmente, el cuerpo al que pertenezcan o en que deba radicarse el empleo, cargo o comisión militar que estuvieren desempeñando"*.⁷⁰ Como puede verse, aquí el domicilio militar es reducido a la noción de residencia, y aun de simple habitación.

⁶⁵ CNCiv., Sala F, 10/09/1976, en autos "Aion, SA c. De la Cruz, Fermín y Otra".

⁶⁶ Art. 38 del Código Civil brasileño previo a 2002 expresaba: "O domicilio do militar ativo é o lugar onde servir" Actualmente la cuestión se halla en el Art. 76 del Código civil de Brasil, Ley N° 10.406 del 10 enero de 2002, que expresa: "Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

"Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença".

⁶⁷ Art. 31 apartado V, Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928: "31. Se reputa domicilio legal (...) V. De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados.

⁶⁸ En su artículo 65.

⁶⁹ Art. 70.

⁷⁰ Art. 83, Código Civil de Venezuela. Gazeta N° 2990 del 26 de julio de 1982.

En el derecho militar español encontramos una detallada regulación de la materia⁷¹, entendiéndose que el lugar habitual de residencia del militar será el de su destino, si bien cabe la posibilidad que por circunstancias atendibles podrá autorizársele a fijarlo en otro distinto, con la condición de que pueda cumplir adecuadamente todas sus obligaciones.

Puede asimismo, dentro del territorio nacional, separarse de la localidad de su destino, con la limitación que imponga la posibilidad de incorporarse a su unidad en los plazos fijados por el jefe de ella.

Para salir al extranjero, además de observar las mismas prescripciones que el resto de los ciudadanos, deberá disponer de la autorización de sus superiores.

En todos los casos tendrá la obligación de comunicar en su destino el lugar de su domicilio habitual o eventual, con objeto de que pueda ser localizado si las necesidades del servicio lo exigen.

El derecho francés habla del domicilio de los funcionarios, entendiendo que el ciudadano llamado a ejercer una función pública temporal o revocable conservará el domicilio que tenía anteriormente si no ha manifestado intención contraria.⁷² Y resultado la aceptación de las funciones encomendadas de por vida implicará el traslado inmediato del domicilio del funcionario al lugar en el que debe ejercer esas funciones.⁷³

A mayor abundamiento en este sentido, no hemos encontrado en el derecho extranjero, redacciones de la norma en el sentido de la de nuestro Código, lo que abona la particularidad del concepto. Pero obviamente, la búsqueda no ha sido tan exhaustiva como para afirmar de modo definitivo la cuestión, pero sí lo suficiente para dejar planteado tal supuesto como hipótesis no sólo posible, sino fundada.

Es de remarcar que la principal diferencia entre nuestra regulación con la de los países antes citados es, luego de establecer una presunción a favor del lugar de prestación de servicios como domicilio de militar en actividad, sienta la libertad del mismo de establecerlo en otro sitio. Afirmando la potestad del sujeto para establecer su asiento jurídico donde más conviniese a sus intereses, en concordancia con el carácter autonómico propio de la vida de las personas que nuestro derecho sostiene como uno de sus principios cardinales.

Vemos así, que nuestro derecho adopta un concepto de domicilio militar, más acabado y profundo que la común de establecerlo sin más en el lugar de prestación de servicios.

Pues el domicilio es, por antonomasia, el asiento jurídico de la persona. Busso considera que *"es el lugar que la ley instituye como asiento de las personas para la producción de determinados efectos jurídicos"*. Por su parte, para Orgaz es la sede legal de la persona o también *"el centro territorial de las relaciones jurídicas de una persona o bien el lugar en que la ley sitúa a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho"*⁷⁴.

Carácter esencial del domicilio de las personas, es su voluntariedad, siendo el propio sujeto a través de su acto quien lo constituye como una derivación natural del principio de libertad de las personas. Y nada más opuesto al concepto, que un domicilio creado *"ministerio legis"*, forzoso por la voluntad del legislador. Tal como es el caso de los Códigos brasileño u hondureño.

⁷¹ Reales Ordenanzas de las fuerzas armadas Españolas. Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

⁷² Art. 106, Code Civil Français: "Le citoyen appelé à une fonction publique temporaire ou révocable, conservera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire".

⁷³ Art. 107, Code Civil Français: "L'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ces fonctions".

⁷⁴ Garrone, Op. Cit., tomo I, pág. 799.

Pero a su vez, por la trashumancia propia de la vida militar, muchas veces los actos de tal categoría de ciudadanos pueden no estar debidamente aclarada frente a terceros. En virtud de ello es que la norma nacional crea una presunción que el mismo se halla en el lugar donde se está destinado, en tanto el propio sujeto no manifieste su decisión en contrario.

Tal como ha dicho la doctrina⁷⁵, el tratamiento especial que el Código dispensa a los militares se manifiesta en que éstos adquieren el domicilio legal siempre que no manifiesten intención en contrario, esto es, de mantenerlo en un establecimiento permanente o en el asiento principal de sus negocios. El fundamento de esta opción radica en que la función militar supone cambios de destino periódicos que traerían como consecuencia mutaciones de domicilio; de esta manera, otorgándoles la posibilidad de fijarlo en un lugar determinado y permanente, se obvian los inconvenientes que acarrearía el cambio de domicilio legal como vez que el militar tuviese un nuevo destino.

Vemos pues, que libertad en la esfera de actuación de la vida personal, y seguridad jurídica se conjugan en una norma que pese a su simpleza y acabada virtuosidad, muchas veces pasa desapercibida para el grueso de la comunidad jurídica.

Pero los que nos desempeñamos en tal ámbito hemos podido apreciar su importancia práctica traducida en otorgar un adecuado marco de seguridad jurídica tanto para el militar como para el tercero que desea efectuarle una debida notificación.

Probablemente tales efectos hayan sido tenidos en cuenta en el Anteproyecto de modificación del Código Civil de Bibiloni quien mantiene el domicilio militar en su art. 122, inc. 2° en la primera redacción y art. 103, inc. 2° en su segunda redacción y por el Proyecto de 1936 en su art. 31, inc. 2°.

Asimismo, y por iguales motivos, es que llama la atención que lo haya suprimido el anteproyecto de modificación del Código Civil de 1954 y no se lo halle en códigos más recientes como el alemán y el italiano.

Sirva pues, el presente, para poner de manifiesto, tanto de antigüedad de la norma como su utilidad presente, cuanto para destacar en la figura del Dr. Vélez Sársfield, su genio jurídico a la hora de elaborar soluciones prácticas a problemas concretos, como la preocupación que la influencia de la profesión militar en los actos de la vida civil, tuvo en su obra.

7. El peculio castrense

7.1. Origen

Peculio proviene del latín *peculium*, significando una hacienda o caudal. De poca importancia, en la opinión de Ramón García-Pelayo y Gross⁷⁶. Castrense, por su parte, en su origen denominaba a los campamentos militares, pronto evolucionó a resultar un sinónimo de lo militar en general.

Entre las instituciones primeras y más relevantes del derecho militar romano, ubicamos al peculio castrense. No sólo por la importancia que tuvo en su día, sino también por la influencia que, a través del tiempo, llega hasta nuestros días.

⁷⁵ Belluscio, Augusto C. (director), Zanoni, Eduardo A. (coordinador), Garbino, Guillermo E., Lavalle Cobo, Jorge E., Pardo, Alberto J., Rivera, Julio C. (autores), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 421/2.

⁷⁶ En su Diccionario Larousse Ilustrado, París, 1980.

En los comienzos del derecho romano, y por mucho tiempo, la potestad del *pater familias* sobre la persona de todos sus descendientes, no sólo recaía sobre las personas de ellos, sino también sobre los bienes que éstos llegaren a tener, prolongándose aún mas allá de la mayoría de edad de los sometidos, y terminaba solamente, por su fallecimiento, por haber perdido este o el hijo la libertad o la ciudadanía, por la emancipación del hijo o por haberlo dado en adopción.

Sólo el *pater familias* era titular de los derechos patrimoniales que los miembros de la familia sometidos a su potestad produjeran. Ya que, en las palabras de Gayo⁷⁷, nada podía tener suyo el que se hallaba bajo tal potestad.⁷⁸

Respecto de los poderes del pater sobre las personas, sus primitivos poderes de vida, muerte y venta de su descendencia, paulatinamente se vieron disminuidos. Ya en la ley de las XII Tablas se estableció que tres ventas consecutivas, traían por consecuencia libertar al *filius* del poder del *pater*. Más tarde la jurisprudencia llegó a más: llegó a establecer que la primera venta producía la libertad del hijo.

Constantino llegó a castigar con la pena establecida para el parricida, al *pater familias* que diera muerte a un hijo sin la autorización del magistrado. Lo mismo sucedió con respecto a la venta de los hijos.

Llegamos así a la época de Justiniano, en la que el derecho del paterfamilias se ve tan modificado, que queda reducido a la corrección moderada y bajo la vigilancia de la autoridad.

En la época republicana, se operó una gran transformación en el régimen de los bienes en la patria potestad, se reconoció al *filius* la titularidad de ciertos derechos patrimoniales, instituyéndose el *peculium*, pequeña suma de dinero o conjunto de bienes que el padre concedía al hijo en goce y administración, pero no podía donarlo ni disponer de él por acto de última voluntad.

Cuatro clases de peculio conoció el Derecho Romano, siendo uno de ellos el “peculio castrense” (*peculium castrense*), que marcó un hito en el surgimiento de limitaciones respecto del poder del *pater*, pues implicaba el reconocimiento de la titularidad de derecho patrimoniales de un *alieni iuris*, respecto de las cosas por él conseguidas. Pues si bien el peculio profecticio resulta anterior en el tiempo, resultaba éste una simple concesión del pater que entregaba al filius una cantidad determinada de bienes para que los administrara. Bienes sobre los que retenía los derechos de propiedad y respecto de los cuales el *alieni iuris* no tenía relación alguna previa.⁷⁹

Es así que es en el peculio castrense que por vez primera se le reconoce al *filius* la titularidad de derecho patrimoniales en virtud de la obtención por su persona de bienes en ciertos supuestos. Implicando por tanto, en cuanto a la posibilidad de autonomía personal, de una auténtica revolución social, que como puede verse va más allá de la mera disposición de bienes.

En virtud de ello, no es menor la importancia que tuvo la instauración del peculio castrense, creado en la época de Augusto, que sustraía de la autoridad del *pater* todos los bienes que el filius adquiriría por su condición de militar.

Comprendía éste no sólo su sueldo, sino lo recibido por recompensas bélicas, botines de guerras, herencias y legados que le hicieran sus camaradas de armas, y lo que le hubiese sido donado por causa de su partida a campañas militares.

Respecto de dichos bienes, por vez primera en el derecho romano, el *filius* sometido a potestad, con independencia de la voluntad de su *pater*, tenía plenos

⁷⁷ Dig. 41,1,10,1.

⁷⁸ Filius nihil suum habere potest.

⁷⁹ Carranza Torres, Luis, La importancia del peculio castrense como institución jurídica, en Foro de Córdoba, Año XV, N° 96, diciembre de 2004, pág. 255.

derechos de disfrute y disposición, como un propietario. Podía asimismo transmitirlos por testamento o acto inter vivos. Sólo en caso de morir sin testar, los bienes se transmitían al pater, no como herencia sino *iure peculii*. Es decir, como si él hubiese sido propietario. Tal era la única distinción con la propiedad individual como hoy la conocemos.

El tema mereció el estudio de los juristas romanos, al punto que en las Pandectas se menciona Tertuliano, como autor de la obra *De Castrensi Peculio*.

Asimismo, con el emperador Constantino apareció el “peculio cuasicastrense”⁸⁰, diferenciándose del anterior por los bienes que lo integraban, ya que se componía por los sueldos y retribuciones que el hijo percibía por sus funciones en el palacio imperial, y, más tarde, por todo lo proveniente de cualquier cargo público, profesiones liberales, carrera eclesiástica o donaciones del emperador o emperatriz.

7.2. Su regulación posterior a Roma

La institución sobrevivió a la caída del Imperio Romano, y en lo que ha nosotros respecta, fue tomada en Las Partidas. Por resultar una de las fuentes principales en que Vélez Sarsfield se apoya para normarla luego en nuestro Código Civil, nos detendremos en momento a destacar algunos aspectos puntuales sobre tal recepción, en comparación a los antecedentes romanos, tan sólo para ejemplificar la forma en que ella ocurrió.⁸¹

Así en las partidas encontramos que el hijo o nieto sometido a la patria potestad de su padre o de su abuelo no puede realizar donación válida sin el otorgamiento de aquél en cuyo poder está, salvo que sea caballero que hubiere obtenido ganancias por su condición de tal o cualquier otra persona que tenga peculio castrense o *quasi castrense*; éstos sí pueden donar sin consentimiento del que tiene sobre ellos la patria potestad:

*"Fijo o nieto que estouiesse en poder de su padre, o de su abuelo, non puede fazer donacion a menos de otorgamiento de aquel en cuyo poder esta. Fuera ende si fuesse cauallero que ouiesse fecho ganancias de su caballeria, o otro qualquier que ouiesse ganado algo en algunas de las maneras que son llamadas en latin castrense o quasi castrense peculium: ca de lo que ouiesse ganado assi bien podria fazer donación sin otorgamiento de aquél en cuyo poder estouiesse..."*⁸²

En el Digesto, Ulpiano entendía, en igual sentido, que el *filiusfamilias* que tiene peculio castrense o *quasicastrense* puede donar, por causa de muerte o por otra causa, pues tienen facultad para hacer testamento: *"Haec omnia locum habebunt in paganis; ceterum qui habent castrense peculium, vel quasi castrense, in ea conditione sunt, ut*

⁸⁰ Rinolfi, Cristiana, *Famiglia e persone*, Studi Romani XLVIII (1-2), 2000. Publicado también en *Diritto et Storia* - N° 1 Mayo de 2002 [On line]. Disponible en: [http://www.dirittoestoria.it/strumenti/rassegne/II\)%20Famiglia%20e%20persone.htm](http://www.dirittoestoria.it/strumenti/rassegne/II)%20Famiglia%20e%20persone.htm) [Consultado: 18 de diciembre de 2003]: “ *La stessa creazione da parte di Augusto del peculium castrense, grazie al quale i figli potevano disporre dei beni che acquistavano durante il servizio militare, e in età postclassica, del peculium quasi castrense, che riguardava gli acquisti ottenuti in occasione dell’esercizio di attività burocratiche ed ecclesiastiche, incrinarono l’unità del patrimonio familiare*”.

⁸¹ Seguimos en esto a lo expuesto por Ortuno Sánchez-Pedreno, José María. Las Fuentes del Régimen de la Donación en Las Partidas, aparecido en *Revista de .Estudios Histórico-Jurídicos*, Nro. 23, Valparaíso, 2001, págs. 369-390.

⁸² Partida V, 4, 3.

donare et mortis causa, et non mortis causa possint, quum testamenti factinem habeant".⁸³

En las partidas se asimila los gastos ocasionados al padre al donar a su hijo las armas, el caballo y demás pertrechos de la caballería con el peculio castrense que, como prescribe expresamente en su principio Part. VI, 15, 5 no ha de ser llevado a colación, en consonancia con lo ya expresado por Ulpiano⁸⁴.

Ya con anterioridad, en el Fuero Juzgo, se disponía de un derecho privativo, respecto de los bienes y recompensas del guerrero recibidas en expedición frente a su mujer, de tal forma que éste no era susceptible de ser demandado en pretensión de ellos por su mujer, ni en vida ni fallecido, incluso aunque estos beneficios hubiesen sido ganados con los siervos de su propia mujer⁸⁵.

El estado de la cuestión a inicios del siglo XIX, bien puede resumirse en el siguiente párrafo que transcribimos:

*“¿De cuántas maneras son los bienes de los hijos? Que son castrenses, cuasi castrenses, adventicios, y profecticios. Los castrenses son los que se adquieren por causa de la guerra justa; como el sueldo, las presas hechas al enemigo, y lo que por ello o para ella le diere el padre, el Príncipe, u otros, y finalmente cuanto en cualquier manera adquiera con el peculio castrense. Casi castrenses se dicen aquellos bienes que adquieren los hijos con el ejercicio de algún oficio público; como de abogado, escribano, procurador, médico; y asimismo lo que ganare en el uso de algún arte liberal, como también lo que se le donare para ejercer dichos números, v. g. los libros, el caballo o cosas semejantes. Son también bienes cuasicastrenses los que el Rey o Príncipe concede al hijo, aunque sea in tuitu patris; los que se dan al hijo para que él, y no el padre tenga el usufructo. Finalmente se reputan por de esta clase todos los bienes que adquiere el hijo por razón de algún beneficio eclesiástico, y cuanto adquiera el que goza del privilegio clerical, aunque alias sean bienes adventicios, y patrimonio instituido por otros que por los padres, para recibir los Sagrados Ordenes (...)respecto de los bienes castrenses y cuasicastrenses tiene el hijo que llegó a la pubertad pleno dominio útil y directo, para disponer de ellos como verdadero dueño. Si no llegó a la pubertad, aunque tenga el dominio y usufructo, no la administración; porque esta la tiene el padre o tutor, sin cuyo consentimiento no los puede enajenar”.*⁸⁶

7.3. De las Partidas a nuestro código civil

Vélez recepta el instituto en el art. 287 inc. 1 del Código Civil, donde trata en una misma norma los peculios castrenses, cuasicastrense y el clerical, sustrayéndolos del usufructo paterno sobre los bienes de los hijos, en los siguientes términos: “Art.

⁸³ Dig. 39, 5, 7, 6.

⁸⁴ Dig. 37, 6, 1, 15. No se lleva a colación de la herencia el peculio castrense ni el cuasicastrense, pues muchas constituciones imperiales expresan que es privativo: *"Nec castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur; hoc enim praecipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur"*.

⁸⁵ Libro IV, Título II, ley XVI.

⁸⁶ De Santa Teresa, Marcos, Compendio Moral Salmaticense, según la mente del Angélico Doctor, Imprenta de Josef de Rada, Tomo 1, Pamplona, 1805, páginas 482-483.

287: El padre y la madre tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, con excepción de los siguientes: 1º) De los bienes que los hijos adquieran por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos”.

Como fuentes de dicha norma, el codificador cita en la nota respectiva, al Código Sardo, art. 226; de Austria, art. 151; Código Francés, art. 387; y en especial las leyes 6 y 7 del Tít 17 de la Part. 4º en cuanto al peculio castrense.

Como consecuencia respecto de las relaciones de familia de la norma, la jurisprudencia ha expresado que:

“Si los padres poseen escasos ingresos y los hijos menores, por medio del peculio a que se refiere el art. 287 del Código Civil, tienen medios suficientes para subvenir a sus necesidades, aquellos están exentos de la obligación alimentaria, ya que tales ingresos pertenecen a estos últimos”.⁸⁷

Con la reforma al Código por la ley 23.264 del año 1985, se refundió con el inciso 2º de la versión originaria⁸⁸, a la vez que modificó los términos del encabezado del artículo, quedando redactado, en la parte que aquí nos interesa, en la forma siguiente:

“Art. 287: El padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes: 1º) Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres”.

Vemos así como de esta forma, de modo concurrente a su generalización jurídica, desaparece la mención en particular a los servicios militares, si bien ello no obsta a quedar comprendidos en la norma.

Por lo que en el presente, el peculio militar, más que como instituto particular, es en virtud de los principios que lo fundaron y le dieron sustento en el tiempo, que muestra una continuidad evolutiva nada despreciable de veinte siglos. Recorrido en que ha pasado de ser una figura típica de derecho militar, en sentido contrario a la regla general, como era en sus inicios, a establecerse como regla general de derecho.

Pero tales cambios no han modificado la íntima conexión entre la figura y el derecho de la persona humana, a disponer por sí de los frutos materiales de su esfuerzo, aun sometido a la autoridad de otros por su estado de familia.⁸⁹

8. Prohibición de ceder beneficios militares

El particularismo del derecho aplicable a los militares en sus relaciones de derecho privado, lo encontramos también en art. 1449 del Código Civil, que se constituye en una excepción al principio general de cesibilidad de los derechos⁹⁰, al establece la

⁸⁷ CN Civ., Sala E, 29/03/1979, en autos “L. de S., A. H. C/ S.J.H.”, LL 1979-C-134; en igual sentido CN Civ., Sala E, 05/09/1983, en autos “L., J. y C., M.M.”, LL 1984-B-254.

⁸⁸ El cual exceptuaba a los bienes adquiridos de parte de los hijos “por su trabajo o industria, aunque vivan en la casa de sus padres”

⁸⁹ Carranza Torres, Luis, La importancia del peculio castrense como institución jurídica, en Foro de Córdoba, Año XV, Nº 96, diciembre de 2004, pág. 259.

⁹⁰ Art. 1444, Código Civil argentino.

prohibición de ceder jubilaciones o pensiones militares, o las que resulten de reformas castrenses. Su fundamento radica en la característica de ser derechos *intuitu personae*, concordando con el art. 1445 de nuestro Código Civil, el cual establece que “*las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas, o que comprendan hechos de igual naturaleza, no pueden ser cedidas*”.

Asimismo, la nota al art. 1445 del mismo ordenamiento, aclara que las acciones fundadas sobre derechos personales no son cesibles ya que “*el ejercicio de esos derechos es inseparable de la individualidad de la persona*”.

Sin embargo, esta prohibición no es de carácter absoluto ya que sí puede ser cedido aquel porcentaje de la jubilación o pensión que la ley, en cada caso en particular, señala embargable para satisfacer obligaciones, siempre que hayan sido devengadas, en opinión de Locane⁹¹, que no es pacífica en la jurisprudencia.

Vale recordar que nuestros tribunales, en viejos fallos, han resuelto que la prohibición de ceder beneficios militares es absoluta y alcanza tanto a los períodos ya devengados como a los futuros⁹².

Mas esa inaccesibilidad sí es absoluta cuando se refiere a la posibilidad de ceder derechos futuros, ya que por su carácter alimentario, se encuentran prohibidos por el art. 1453.

Como señala Abásolo, en este artículo el Codificador, con absoluta originalidad respecto de la legislación y doctrina comparadas, prohíbe la cesión de derechos procedentes de pensiones que resulten de reformas militares. No quedando dudas de que, en esta materia, tuvo muy presente la experiencia argentina y, particularmente, las innovaciones militares dispuestas por Rivadavia a comienzos de la década de 1820.⁹³

9. Veda al personal militar de desempeñarse como tutores o curadores

En principio, todas las personas mayores de edad pueden ser tutores ya que la “capacidad” es la regla para el ejercicio de dicho instituto. Sin embargo, el art. 398 CC enumera una serie de “incapacidades de derecho”⁹⁴, es decir, prohíbe su ejercicio a determinadas personas por existir razones físicas o psíquicas, razones de orden moral o ético, por oposición de intereses, y por razones de orden técnico, siendo esta última causa la que nos interesa.

El art. 398, inc. 15 indica que: “*no pueden ser tutores: (...) 15º) Los individuos del ejército y de la marina que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médico y cirujanos; (...).*”⁹⁵

Dicha inhabilidad existe en virtud de que los integrantes de las Fuerzas Armadas, cumplen actividades que requieren una consagración especial y no se cumplen en un

⁹¹ Locane, Laura G., El militar en relación al derecho privado. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. .

⁹² Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial; Tomo 4 A; Hammurabi Ediciones; Buenos Aires; 1995; pág. 91-2 (nota 5).

⁹³ Abasolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sársfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 47.

⁹⁴ Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias”; op. cit. en n° 3; pág. 826.

⁹⁵ Debe considerarse comprendidos en la actualidad, como expresa Locane a los integrantes de la Fuerza aérea, atento su carácter de militares y solamente omitidos por no existir al tiempo de la redacción del Código Civil.

lugar determinado con suficiente permanencia, lo cual implica que no se encuentren en condiciones de asegurar una buena administración.

El inciso en cuestión señala a los militares “que se hallen en actual servicio”, incluyéndose a los profesionales médicos, abogados, veterinarios, entre otros, que forman parte de las FFAA; pero excluyéndose a los que se hallan en situación de retiro. Asimismo, tampoco se encuentran comprendidos los integrantes de las fuerzas de seguridad u otras similares.

Por su parte, el art. 475, refiriéndose a la curatela, determina que “*los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces.*”

Siendo los declarados incapaces considerados como menores de edad, a la curatela se aplican las reglas de la tutela sobre nombramiento, discernimiento, incapacidades para desempeñar el cargo, derechos y deberes, inventario y avalúo, rendición de cuentas, retribución, conclusión, entre otros temas.

Como se observa, al aplicarse las reglas de la tutela a la curatela, si los integrantes de las Fuerzas Armadas no poseen capacidad para ejercer la tutela, tampoco se encuentran habilitados para desempeñar la curatela, considerando las mismas razones expuestas *ut supra* al hacer referencia a la tutela.

Por lo tanto, en caso de nombrarse a algún miembro de las Fuerzas Armadas para ejercer un cargo de tutor o curador, siendo desconocida dicha incapacidad por el juez, se genera la remoción de tal persona del cargo, siendo anulable dicho acto.⁹⁶

Como nos dice Abásolo, la prohibición del artículo 398 es una recepción del 498 del Código Civil chileno, “*que transformó en incapacidad de los militares lo que en el derecho francés era la concesión de una dispensa*”.⁹⁷

Resulta pues, una particularidad de nuestro “derecho civil militar”, de dudosa constitucionalidad en nuestros días, y que se halla a contramarcha de las demás legislaciones, donde se halla establecido como dispensa. Por caso, en los ordenamientos civiles de México⁹⁸, que la extiende a los casos de albaceas⁹⁹. O en el de Venezuela¹⁰⁰ y Brasil¹⁰¹. Entre los europeos encontramos al de Italia¹⁰², por citar sólo algunos casos.

10. Tenencia y portación de armas

⁹⁶ Locane, Laura G., El militar en relación al derecho privado. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. 12.

⁹⁷ Abasolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sársfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 44.

⁹⁸ Art. 511, Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928: “*Pueden excusarse de ser tutores: (...) II. Los militares en servicio activo*”.

⁹⁹ Art. 1698, Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928: “*Pueden excusarse de ser albaceas: (...) II. Los militares en servicio activo*”;

¹⁰⁰ Art. 342, Código Civil de Venezuela. Gazeta N° 2990 del 26 de julio de 1982: “*Podrán excusarse de la tutela y protutela: 1º) Los militares en servicio activos y los ministros de cualquier culto*”.

¹⁰¹ Art. 1.736, Código civil de Brasil, Ley N° 10.406 del 10 enero de 2002: “*Podem escusar-se da tutela: (...)VII - militares em serviço*”.

¹⁰² Art. 352, Codice civile italiano. Aprobado por Real Decreto N° 262 del 16 marzo de 1942. Publicado en edición extraordinaria de la Gazzetta Ufficiale N° 79 del 4 aprile 1942: “*Hanno diritto di essere dispensati su loro domanda dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela (...) 4) i militari in attività di servizio*”.

En atención a su función social, y como medio de facilitar el mantenimiento de cierto adiestramiento, como de profundizar conocimientos prácticos en la materia, la ley¹⁰³ confiere a los militares la calidad de usuarios legítimos de armas de guerra.

Dicha concesión se realiza a la persona del militar, y resulta distinta de la autorización a portar el armamento de reglamento propios de las tareas castrenses, como queda claro de los artículos 2 y 10 de la ley de armas y explosivos¹⁰⁴, como de los considerandos y art. 4 del decreto reglamentario¹⁰⁵.

Tal beneficio no lo releva de realizar las tramitaciones usuales y obligatorias respecto de tal material que adquiriera.

11. El militar y las relaciones contractuales

En esta materia, la influencia del derecho privado castrense se manifiesta en el ordenamiento civil en dos formas: incluyendo a los hechos bélicos en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, y entendiendo a los supuestos de imposibilidad sobreviniente por causa de la prestación del servicio militar, como un supuesto de resolución sin culpa del vínculo contractual.

Vemos así, en materia de locación, que si por un caso fortuito o de fuerza mayor, el locatario es obligado a no usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio, por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Pero si el caso fortuito no afectase a la cosa misma, supuesto en que sus obligaciones continuarán como antes.¹⁰⁶

¹⁰³ Art.14, ley 20429: Serán legítimos usuarios del material clasificado como arma de guerra: Miembros de Fuerzas Armadas y policías de seguridad. 2° Los miembros de las Fuerzas Armadas y los de las policías de seguridad, nacionales o provinciales, para el de "uso civil condicional" y "uso prohibido" con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación.

¹⁰⁴ Art.2, ley 20429: “Quedan excluidos de las prescripciones de la presente ley: a) los actos de cualquier índole relacionados con toda clase de armas materiales y sustancias comprendidas en el artículo precedente, cuando fueran ejercitados por las Fuerzas Armadas de la Nación”; Art. 10, ley 20429: “El Registro Nacional de Armas llevará un registro de armas de guerra, que comprenderá todo el material de esa naturaleza existente en el territorio de la Nación, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas. Los responsables que determinen esta ley y su reglamentación están obligados a proporcionar todos los datos requeridos para su formación y actualización, dentro de los plazos y en las formas que ellas establezcan”.

¹⁰⁵ A mayor abundamiento, en los considerandos del Decreto N° 395 del 20/02/1975 se expresa: “Que se ha considerado oportuno introducir modificaciones de importancia en la clasificación del material, estableciéndose con claridad cuáles son armas de guerra y cuáles las de uso civil, y con relación a las primeras, determinar con absoluta precisión, cuáles son las de uso exclusivo de las instituciones armadas y que bajo ninguna circunstancia pueden obrar en poder de quien no sea miembro activo de la mismas y se encuentre realizando actos de servicio”. Por su parte, el art. 4 (Texto conforme Decreto 64/95 publicado en el B.O. el 20 de enero de 1995), expresa: “Son armas de guerra todas aquellas que, contempladas en el artículo 1° no se encuentran comprendidas en la enumeración taxativa que de las “armas de uso civil” se efectúa en el artículo 5° o hubieran sido expresamente excluidas del régimen de la presente reglamentación.

Las armas de guerra se clasifican como sigue: 1) ARMAS DE USO EXCLUSIVO PARA LAS INSTITUCIONES ARMADAS: Las no portátiles, las portátiles automáticas, las de lanzamiento, las armas semiautomáticas alimentadas con cargadores de quita y pon símil fusiles, carabinas o subametralladoras de asalto derivadas de armas de uso militar de calibre superior al .22 LR, con excepción de las que expresamente determine el Ministerio de Defensa.

Estas armas únicamente podrán ser poseídas y utilizadas por personal de las instituciones armadas de la Nación en actos de servicio.

Todas las restantes, que siendo de dotación actual de las instituciones armadas de la Nación, posean escudos, punzonados o numeración que las identifique como de pertenencia de las mismas”.

¹⁰⁶ Art. 1522, Código Civil.

En la nota respectiva, con cita a Marcadé, se expresa respecto de los supuestos en que procede tal situación “*cuando en tiempo de guerra, el locatario es obligado a dejar su habitación*”, agregando más adelante que:

“... otra cosa sería, si el acontecimiento no fuera verdaderamente un caso fortuito (...) o si el caso fortuito no afectase a la cosa misma, como si en tiempo de guerra o de peste, el locatario cesase de ocupar la cosa por su voluntad, y sólo por precaución, y no por orden de la autoridad”.¹⁰⁷

Como puede verse, y acorde al carácter general con que se ha encarado la norma, se encuentran alcanzadas por ellas, como supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, cuando a causa de sus obligaciones militares en tiempo de guerra o conflicto armado, el militar que sea locatario no puede por dicha causa seguir en uso o goce de la cosa.

En similar sentido y respecto de las relaciones societarias civiles, se ha establecido a los supuestos de guerra como una de las causas externas susceptibles de causar su disolución¹⁰⁸. Solución que no actúa de pleno derecho sino que, habiendo desacuerdo sobre si existe o no la imposibilidad de proseguir el objeto social, debe resolverla el juez.¹⁰⁹

Entre las legislaciones que han procurado proteger los derechos privados de los militares respecto de los inconvenientes que pudieran presentárseles por causa de la prestación militar, hallamos a la estadounidense.¹¹⁰

En tal ordenamiento jurídico, una ley del congreso¹¹¹ regula la cuestión a tal fin, posponiendo el cumplimiento de sus obligaciones civiles, a los efectos que los militares llamados al servicio de armas, puedan dedicarle a éste su total atención y esfuerzos.¹¹² Alcanzando a miembros en servicio activo de las fuerzas armadas, incluyendo personal de las reservas y guardia nacional si han sido llamadas a servicio, y respecto de los aspectos jurídicos de naturaleza civil, quedando fuera de ella cuestiones como las de naturaleza penal.¹¹³

Dicha norma prohíbe la acción de desalojo por la sola voluntad del propietario, respecto de viviendas alquiladas cuyo precio de alquiler no excede de determinados valores mensuales¹¹⁴. Los tribunales pueden determinar que procede el desalojo, si entiende que la prestación militar no afecta la posibilidad de cumplir con el contrato. Pero puede demorar el lanzamiento por tres meses.

¹⁰⁷ Nota al art. 1522 del Código Civil.

¹⁰⁸ Art. 1774, Código Civil.

¹⁰⁹ Locane, Laura G., El militar en relación al derecho privado. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. 13.

¹¹⁰ Puede consultarse al respecto, United States Air Force. Air Force Judge Advocate General School. *The Military Commander and the Law*. Sixth Edition. Maxwell Air Force Base, Alabama, 2002, págs. 258 y sgte.

¹¹¹ Soldiers'and Sailors'Civil Relief Act, 50 App. U.S.C.A. §§ 501, et. seq. También puede encontrarse referida por su abreviatura SSCRA.

¹¹² United States Air Force. Air Force Judge Advocate General School. *The Military Commander and the Law*. Sixth Edition. Maxwell Air Force Base, Alabama, 2002, págs. 258: “*The Soldiers'and. Sailors'Civil Relief Act of 1940 (SSCRA) provides a wide, range of protection for individuals in the military service. The SSCRA is intended to postpone or sus certain civil obligations to enable service members to devote full attention to duty*”.

¹¹³ Soldiers'and Sailors'Civil Relief Act, 50 App. U.S.C.A. §§ 501, y siguientes.

¹¹⁴ A 2002, tal cifra estaba situada en los U\$S 1.200 (un mil doscientos dólares estadounidenses).

Respecto de los contratos en general, la ley confiere el derecho al militar llamado al servicio activo de ser protegido, si su capacidad de pago se viese disminuida por tal motivo, respecto de relaciones contractuales celebradas con anterioridad a su convocatoria. Debiendo los tribunales comparar su condición financiera previa y el producto de su servicio militar, a los efectos de reajustar tales obligaciones. En dichos casos el acreedor no puede ejercer sus derechos de rescindir o concluir el contrato sin una orden judicial.

Luego de su entrada en servicio activo, los convocados incursos en obligaciones que tuviesen tasas de interés que excedan el 6% anual, pueden solicitar a un tribunal que no se los obligue a pagar más de ese porcentual, mientras se hallan prestando su servicio militar.

Los tribunales tienen la facultad de suspender los procesos en que se hallen personal que han sido convocadas a servicio militar activo, si tal hecho afecta sus posibilidades de ejercer el derecho de defensa. No pueden seguirse procesos en rebeldía respecto de militares, hasta no tener en el tribunal una constancia que no se halla en servicio activo o no ha sido enviado fuera de su lugar de residencia habitual por causa de dicho servicio. De proseguirse deberá el tribunal nombrar un defensor que lo represente y puede el afectado pedir la revisión del proceso dentro de los noventa días de haber finalizado su servicio militar, demostrando que por causa del cumplimiento de la prestación militar se ha visto perjudicado en sus posibilidades de defensa.

En materia de seguros de vida personales, se lo protege respecto de la posibilidad de dejar sin efecto el mismo por parte de la aseguradora¹¹⁵ o con caso que ella no cumpla con lo convenido, por el período en que es llamado a prestar servicios, más dos años luego de finalizar el mismo.

Respecto de los impuestos, el cambio de residencia a otro estado por causa de sus obligaciones militares, no le hace perder su domicilio fiscal en donde resida, ni lo sujeta al pago u obligaciones respecto del fisco del estado al que se lo destina.

Los organismos de crédito y las aseguradoras no pueden denegarse a contratar con militares con el único fin de sustraerse a la posibilidad que ellos ejerzan las acciones derivadas de la ley.

12. Aplicación de la normativa del mandato a las relaciones entre militares

El art. 1870, inc. 4º del Código Civil hace referencia a la aplicación de las disposiciones del contrato de mandato a las representaciones por personas dependientes, tal como el militar en relación a su superior, cuando no surja una convención entre representante y representado.

Dicho artículo enuncia cuatro ejemplos (*“los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro y el militar en relación a su superior”*), mas esta enumeración es ejemplificativa, por lo tanto, las disposiciones del mandato se aplican a todas las representaciones extracontractuales o sin mandato, siempre que no se opongan a las reglas especiales de

¹¹⁵ En un sentido opuesto, el art. 799 del Código civil de Brasil, Ley N° 10.406 del 10 enero de 2002, expresa como causales por las cuales el asegurador puede dar por concluido el contrato, el llamado a prestar servicios militares: *“O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem”*.

cada institución, como ser, en el caso que nos interesa, el Código de Justicia Militar y demás reglamentaciones.¹¹⁶

Tal regulación surge, en el parecer de cierta doctrina, en que: *“Nuestro Código Civil, confundiendo el mandato con la representación, disciplina está dentro de las normas de aquel, al someter al art. 1870 diversos tipos de representación a “las disposiciones de este título: el mandato”. Tales normas deben, sin embargo, aplicarse adecuándolas a la naturaleza de la procura, como relación externa del autorizante frente a terceros”*.¹¹⁷ Resultando ellos el ejercicio de un mandato legal que no nace de la voluntad de los interesados sino de la ley.¹¹⁸

13. Inoponibilidad de prescripciones

En otros ordenamientos jurídicos, en tiempos de conflicto o guerra, y respecto de militares en actividad, se ha normado de forma puntual y expresa, la imposibilidad jurídica que pueda correr en su contra, y en tanto dicha situación se mantenga, plazo de prescripción alguna.¹¹⁹

En nuestro derecho, ello surge de una norma más general, establecida en el art. 3980 del Código Civil.¹²⁰ Con fuentes de Aubry y Rau, Zacharriae y Marcadé, en la nota respectiva el codificador deja en claro que uno de los supuestos de aplicación es por causa de guerra¹²¹, desde que la máxima *agere non valenti non currit prescriptio* no

¹¹⁶ Locane, Laura G., *El militar en relación al derecho privado*. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. 16.

¹¹⁷ CNCom., Sala D (del fallo de primera instancia), 31/05/1977. ED, 78-424.

¹¹⁸ CNCom., Sala B, 18/08/1984, en autos “Locatelli”, idem, 05/12/1984. ED, 113-649.

¹¹⁹ En este sentido, el art. 1167 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928: *“La prescripción no puede comenzar ni correr: (...) VI. Contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal”*. Asimismo, el art. 198 del Código civil de Brasil, Ley Nº 10.406 del 10 enero de 2002, expresa: *“Também não corre a prescrição: (...) III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra”*.

¹²⁰ Código civil, Artículo 3980 (texto según ley 17.711): *Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses.*

Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquélla, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo.

Con anterioridad a la reforma de la ley 17.711, expresaba: *“Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autoriza dos a librar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos inmediatamente”*.

¹²¹ La Corte Suprema (Fallos 316:2531) ha sentado el parecer en el caso “Flores Hugo A. s/ infr. art. 84 del Código Penal ” del 16/11/1993, que: *“...A la luz de una interpretación actualizada del Derecho Internacional de la Guerra, en virtud de lo dispuesto por las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, que nuestro país ratificó por decreto ley 14442/56 y ley 23049/86, respectivamente, entiendo que la guerra es “todo conflicto armado”, tenga el carácter de interno o internacional”*. (Del Dictamen del Procurador General, que la Corte hace suyo). Y aun cuando las fuerzas militares argentinas que se encuentren en la zona de conflicto, no revistan en algunos casos, la calidad de beligerantes (v.g. Misiones de paz de la Organización de las Naciones Unidas), debe serles aplicada la normativa prevista en el

comprende en principio más que la hipótesis en que el obstáculo al ejercicio de la acción proviene de la ley misma, y ella no puede tomar en cuenta lo que no ha creado. La imposibilidad material de obrar, se constituye así en causa de suspensión del curso de la prescripción, en el fondo por una elemental razón de equidad y abarcando supuestos tanto de derechos creditorios como reales.¹²²

Es por ello que aun sin estar haber normativa referida en específico al personal militar, quedan alcanzado en ella tales tipos de actos. Desde que sería contrario a los principios más elementales de justicia, más allá de lo claro de la nota de Vélez al artículo, que el cumplimiento de un deber legal (defensa de la Patria y de su ordenamiento jurídico) tuviese como efecto respecto de la persona del militar, el acarrearle un perjuicio en sus acciones que por tal causa se ve impedido materialmente de ejercer.

14. El estado militar en relación al fin de la existencia de las personas

Respecto de la forma de la acreditación del fallecimiento de los militares, debemos estar a lo establecido en los arts. 105, 106 y 107 del Código Civil, ya tratados al desarrollar en el Capítulo VII la cuestión de las facultades otorgadas al personal militar para fungir como oficiales de registro civil. Por lo que allí remitimos.

Resta aquí considerar cómo funcionan respecto del personal militar lo atinente a la desaparición en combate o acto de servicio, que se encuentra tratado en los artículos 112 y 114 del Código Civil, dentro del Título “De las personas ausentes con presunción de fallecimiento”; pero éste Título ha sido reemplazado por los artículos 22 a 32 de la Ley 14.394, dentro de los cuales encontramos los arts. 23 y 27 que se relacionan con el tema en tratamiento.

El primero de dichos artículos¹²³ alude a los supuestos extraordinarios de ausencia con presunción de fallecimiento, en los cuales, el término de tres años regulado para los casos ordinarios, es considerado excesivo en virtud de la alta probabilidad de fallecimiento existente debido a las circunstancias en las cuales ocurrió la desaparición.

Dicho artículo señala dos casos que nos interesan. En primer lugar (inc. 1), presume el fallecimiento de un ausente cuando se hubiere encontrado en el lugar de una “acción de guerra”, entre otras causas, y no se tuviere noticias de él por el término de dos años, contados desde el día en que ocurrió o pudo haber ocurrido el suceso.¹²⁴

Se observan entonces dos requisitos para la procedencia de dicho supuesto: participación en un enfrentamiento armado, y la falta de noticias de dicha persona por el plazo de dos años.

derecho argentino para tiempos de guerra. Circunstancia que alcanza también a las normas contenidas en el Código Civil.

¹²² Véase la nota al art. 3980 del Código Civil.

¹²³ Art. 23 de la ley 14394.

¹²⁴ En análogo sentido: Artículo 194, Código civil español. Modificado por Leyes: 15/2005 (BOE N° 163, 9-07-2005), 13/2005 (BOE N° 157, 2-07-2005), 50/1980, 11/1981, 30/1981, 13/1983, 36/1988, 8/1999, 18/1999, 40/1999, 1/2000, 4/2000, 34/2002, 36/2002, 7/2003, 22/2003, 41/2003, 42/2003 y por las Leyes Orgánicas: 1/1996, 9/2002, 11/2003: “Procede también la declaración de fallecimiento: 1. De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial del fin de la guerra”.

Respecto a la “acción de guerra”, no es necesaria una declaración formal, bastando cualquier enfrentamiento armado en el que hubiere participado el causante, sin tenerse noticia de él después de cesado el enfrentamiento¹²⁵.

El segundo caso analizado por el art. 23 (inc. 2) es el de la persona que, encontrándose en un buque o aeronave naufragada o perdida, no se tuviere noticias de su existencia por el término de seis meses, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.¹²⁶

El plazo se reduce ya que, debido a las circunstancias, es más probable probable su fallecimiento.

Aquí también observamos dos requisitos: que la persona se encuentre en una nave o aeronave naufragada o perdida, y la falta de noticias de dicha persona por el plazo de seis meses.

Asimismo, es dable distinguir entre “desaparición de persona” y “desaparición de cadáver”. Este último supuesto está consagrado por el párr. 2 del art. 108 del Código Civil y art. 33 de la ley 14394¹²⁷, el que sólo es aplicable a los casos de certeza absoluta de la muerte. En otros supuestos, por más fuerte que sean las presunciones de fallecimiento, debe recurrirse a la declaración de muerte presunta, con los plazos abreviados del art. 23 de la ley 14394.¹²⁸

En este sentido la jurisprudencia ha expresado que:

*“Es innecesario tener que tramitar el pedido de declaración de ausencia con presunción del fallecimiento del causante, si esta viajaba en un avión militar desaparecido hace casi cuatro años, sin que las intensivas operaciones de búsqueda y rescate hayan dado resultado alguno, por lo que el tiempo transcurrido y desde que la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida por cierta en los términos del art. 108 del Código Civil (texto según art. 33, ley 14394), los elementos arrojados son suficientes para tenerlos por prueba supletoria del fallecimiento”.*¹²⁹

Respecto de tal probanza de fallecimiento se ha establecido asimismo que:

“La prueba supletoria del fallecimiento puede consistir en un derecho del PEN que considera al piloto de la aeronave desaparecida en la

¹²⁵ Rivera, Julio César (Director); “Código Civil Comentado” (Títulos preliminares – Personas); Rubinzal – Culzoni Editores; Santa Fe; 2004; pág. 450.

¹²⁶ En el derecho español el plazo se reduce a tres meses: Artículo 194, Código civil español. *Modificado por Ley 4/2000, de 7 de enero*: “(...)2. De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquellos.

3. De los que se encuentren a bordo de una aeronave siniestrada, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del siniestro, sin haberse tenido noticias de aquellos o, en caso de haberse encontrado restos humanos, no hubieren podido ser identificados”.

¹²⁷ “En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la

muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en

circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuere

posible la identificación del cadáver”.

¹²⁸ CNCiv., Sala C, 04711/1982. ED, 102-244.

¹²⁹ CNCiv., Sala C, 15704/1966. LL, 140-807.

zona austral como fallecido "en y por actos de servicios", corroborada por otros elementos probatorios".¹³⁰

El agregado efectuado al artículo 108 del Código civil argentino, por el artículo 33 de la ley 14.394, en palabras de Moisset de Espanés, legisla la "desaparición del cadáver" como un caso de muerte probada. Por lo que para que pueda declararse la "desaparición", en virtud del mencionado artículo 108, el juez debe tener la "certeza" absoluta de que la muerte se ha producido, y no la simple convicción basada en presunciones, por fuertes que ellas sean.¹³¹ Por lo que de no mediar una certeza de la muerte, deberá estarse al trámite de ausencia con presunción, habiendo expresado a este respecto que:

"Corresponde imprimir al juicio el trámite de la ausencia con presunción de fallecimiento, si se trata de un piloto aviador probablemente desaparecido en acción de guerra, y enterrado como persona desconocida en la tumba que se individualiza, si no existe prueba acabada y completa de que realmente haya fallecido".¹³²

El supuesto de fallecimiento tampoco se configura si la persona desaparece sin que exista el naufragio o la pérdida de la nave, por ejemplo, cuando un pasajero cae al agua o desaparece luego de una explosión a bordo. Se entiende que estos casos quedan configurados dentro del inc. 1 del art. 23 ya que se trata de hechos susceptibles de ocasionar la muerte.

Asimismo:

"Si al hecho de que la persona se ausentó de su domicilio por más de veinte años se unen indicios de que fue a la guerra y desapareció en ella, estos indicios vienen a confirmar la duda razonable de su supervivencia, sin que sea necesaria la prueba del suceso extraordinario que tipifica el caso de ausencia calificada que tiene un plazo menor."¹³³

La ausencia con presunción de fallecimiento, en el sistema jurídico argentino actualmente vigente, produce efectos equiparables a los de la muerte probada, habilitando incluso al cónyuge del ausente a que contraiga nuevo matrimonio (artículo 31, ley 14.394). Siendo los plazos establecidos como requisito para poder llegar a la "presunción de fallecimiento", se ajustan a la necesidad del mundo moderno, y tienen como finalidad salvaguardar los intereses del ausente, por lo que deben ser respetados celosamente.¹³⁴

Por su parte, en el art. 27 de la ley 14.394, brinda las reglas para determinar el día presuntivo del fallecimiento del ausente. Su importancia radica que permite establecer el momento de la apertura de la sucesión¹³⁵.

¹³⁰ Juz 1º Instancia Río Negro, Firme, 30/06/1954. JA, 1955- I-10.

¹³¹ Moisset de Espanés, Luis, Ausencia y desaparición (Estudio de Derecho argentino y comparado). Anuario de .Derecho .Civil 1975 - IV, p. 979-993; J.A. Doctrina 1975-463 y [On line]. Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar> [Consultado: 18 de septiembre de 2005]. pág 16/7.

¹³² CCivil 1º Capital, 04710/1946. JA, 1946- IV.

¹³³ CNCiv., Sala F, 17-10-63, JA, 1964-II-294.

¹³⁴ Moisset de Espanés, Luis, Ausencia y desaparición (Estudio de Derecho argentino y comparado). Anuario de .Derecho .Civil 1975 - IV, p. 979-993; J.A. Doctrina 1975-463 y [On line]. Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar> [Consultado: 18 de septiembre de 2005]. pág 16.

¹³⁵ Conf. art. 3282 del Código Civil y su nota.

Y en cuanto a la ley militar, la desaparición en el cumplimiento del deber del personal militar¹³⁶, con presunción de fallecimiento establecida judicialmente, se otorgará pensión provisional a los derechohabientes del causante, hasta tanto se aclare en forma definitiva la situación legal del mismo. Establecido el fallecimiento, la pensión se convertirá en definitiva. Si esta situación se produjera con alguno de los derechohabientes se procederá por analogía. La pensión que corresponda se acordará previa información administrativa, también cuando el hecho que hace presumir el fallecimiento, por las circunstancias en que se ha producido, induzca a considerarlo verosímil.¹³⁷

En el primer supuesto extraordinario (art. 23, inc. 1º) se fija como día presuntivo del fallecimiento, aquel en que sucedió el enfrentamiento armado en que se encontró el ausente. Si ese día no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido.

Si bien la muerte pudo ocurrir en cualquier momento, ya que el hecho en el cual participó el ausente es hábil para provocar el fallecimiento, la ley se vale de esa circunstancia para determinar en ese día su defunción. Si el hecho hubiere durado varios días, se tomará el día medio; y si no se sabe con exactitud cuando ocurrió, se contará el día medio del período dentro del cual pudo haber ocurrido el hecho.

En el segundo supuesto extraordinario (art. 23, inc. 2º) se fija como día presuntivo del fallecimiento, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdida.

En este caso, vale la misma reflexión que en el anterior, ya que si bien la muerte pudo ocurrir en cualquier momento (e incluso, no ocurrir), ante el alto grado de probabilidad de que la defunción haya sucedido en el momento del siniestro del buque o aeronave, la ley se vale de esa circunstancia para determinar en ese momento el día presuntivo del fallecimiento.

Asimismo, la última parte del art. 27 establece que, “cuando fuere posible”, la sentencia determinará también la hora presuntiva del fallecimiento. En caso contrario, se tendrá por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento, es decir, las 23 horas y 59 minutos de ese día.

Su determinación tiene importancia cuando presuntamente hubiesen fallecido personas con vocación hereditaria recíproca en circunstancias diferentes.¹³⁸

Al margen de esta legislación de carácter permanente, encontramos en el derecho español, normas de excepción sancionadas para regular los efectos principalmente de conflictos armados determinados, como el decreto de 19 de febrero de 1923, con motivo de la Guerra de África, para el personal del Ejército y agregados desaparecidos en el desastre de Annual y, con motivo de la última Guerra Civil, el decreto del 8 de noviembre de 1936 y las órdenes del 10 de noviembre de 1936, 12 de agosto de 1941 y 15 de diciembre de 1949, sobre los desaparecidos en ese período, fuesen o no combatientes.¹³⁹

¹³⁶ Supuesto establecido en el apartado e) del inciso 2º del artículo 38, de la ley 19.101 que trata acerca de las distintas situaciones de revista. Al respecto, véase lo expuesto sobre la cuestión en el capítulo VI del presente.

¹³⁷ Art. 89, ley 19.101.

¹³⁸ Locane, Laura G., *El militar en relación al derecho privado*. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. 7.

¹³⁹ Moisset de Espanés, Luis, *Ausencia y desaparición* (Estudio de Derecho argentino y comparado). Anuario de .Derecho .Civil 1975 - IV, p. 979-993; J.A. Doctrina 1975-463 y [On line]. Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar> [Consultado: 18 de septiembre de 2005]. pág. 9.

15. El albacea militar

En el derecho civil, albacea es la persona designada por el testador para hacer cumplir sus disposiciones de última voluntad. Por lo que recibe también la denominación de ejecutor testamentario.¹⁴⁰

Respecto al ámbito militar, recibe tal denominación la persona a quien otro militar encarga para que lleve adelante, dentro de la institución castrense, los trámites que se motivan por su deceso (gestiones necesarias para su entierro, reunión de sus efectos personales, asesoramientos de los deudos en los distintos trámites relacionados a la pensión, gestión de la partida de defunción legalizada ante el respectivo registro, entre otros)¹⁴¹. Ello a fin de obviarle a sus deudos, los inconvenientes derivados de dichos actos de trámite, a la vez que se les proporciona en tal forma un asesoramiento y ayuda para la realización de ellos por parte de quien, por estar dentro de la institución militar, conoce acerca de cómo realizar del modo más expedito tales actuaciones.

Se le requiere atender con toda diligencia y prontitud toda consulta que le formulen los deudos en relación a la tramitación dentro de sus funciones¹⁴². A tal fin los superiores inmediatos del albacea deben adoptar las medidas necesarias a fin de liberarlo de las funciones normales del servicio, por el término de diez días a partir de la comunicación de su designación.¹⁴³

Debe ser elegido de entre los integrantes de la institución, en lo posible del mismo grado y escalafón.¹⁴⁴ Dicho encargo de confianza, es irrenunciable para quien lo recibe, siendo facultativo del otorgante la designación de la persona. Ello se realiza en sobre cerrado que se actualiza por períodos de tiempo, normalmente cada dos años. En el sobre donde se nombra albacea militar, el otorgante puede dejar además cualquier tipo de instrucción a cumplirse luego de su deceso (renuncia a honores, rito religioso bajo el cual quiere que se lo inhume, etc).

El sobre de albacea es cerrado y dejado en depósito, en el órgano de personal de la unidad u organismo donde el otorgante presta servicios.

En los casos en que el extinto no hubiese designado albacea, su jefe procederá a designarlo de entre los camaradas del mismo que voluntariamente se ofrezcan. En última instancia la Dirección General de Personal lo hará de oficio.¹⁴⁵

16. Derecho mortuario y estado militar

Como nos expresa Josep Ochoa¹⁴⁶ Tradicionalmente, los estudios sobre los aspectos mortuarios han abordado los problemas jurídicos ligados a la muerte desde la conexión y delimitación de tres conceptos: cadáver, sepultura y cementerio. Y es que la

¹⁴⁰ Garrone, José Alberto, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 129.

¹⁴¹ Para un mayor detalle puede verse, por caso, el párrafo 755 del RAG 11. Reglamento del Régimen del Servicio para la Fuerza Aérea Argentina.

¹⁴² Párrafo 755 inc. s) RAG 11. Reglamento del Régimen del Servicio para la Fuerza Aérea Argentina.

¹⁴³ Párrafo 756, RAG 11. Reglamento del Régimen del Servicio para la Fuerza Aérea Argentina.

¹⁴⁴ Párrafo 755, RAG 11. Reglamento del Régimen del Servicio para la Fuerza Aérea Argentina.

¹⁴⁵ Párrafo 758, RAG 11. Reglamento del Régimen del Servicio para la Fuerza Aérea Argentina.

¹⁴⁶ Ochoa, Joseph, Análisis en derecho sobre la donación de cadáveres según la legislación española. Escrito realizado para el Instituto de Críonica, como anexo al reporte Análisis jurídico en España. Instituto de Críonica, 16/04/05 [On line]. Disponible en: <http://crionica.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=46> [Consultado: 18 de septiembre de 2005].

muerte, como fenómeno cierto, se irroga toda una serie de efectos, jurídicos y extrajurídicos, a los que se superpone el respeto debido a los muertos en base a la propia dignidad humana.

En la que respecta al estado militar, este tiene incidencia no sólo, como se ha visto en el capítulo VI en cuanto a asignar determinados deberes y derechos a su portador, sino que resulta una situación que reglamenta de distinta manera al común de sólo los derechos en vida de la persona, como se desarrolló en el capítulo VII, sino que también cumple similar función respecto de los derechos, propios o de deudos, que nacen de la muerte del militar, debiendo para tener exacta dimensión de ellos, coordinar la legislación civil y de las personas, con las normativa, principios y exigencias propias del derecho castrense.

16.1. Honores fúnebres

Habíamos visto en la parte del Capítulo VI atinente al grado militar, que el mismo era punto de referencia de un derecho inherente al estado militar a que se le rindan *“los honores militares que para el grado y cargo correspondan, de acuerdo con las disposiciones legales”*.¹⁴⁷

Esto vale no sólo para los actos del servicio cumplidos en vida, sino para los relacionados con la disposición final de los restos del personal militar.

Respecto de la razón de ser de los honores mortuorios, como podemos observar en el derecho militar español se entiende que:

“Las Fuerzas Armadas rendirán honras fúnebres militares en señal de respeto y homenaje a los restos mortales de aquellas personas a las que les corresponda de acuerdo con lo preceptuado en el Reglamento de Honores Militares”.¹⁴⁸

Cabe rescatar que guarda asimismo relación con el contexto donde se brindan, el de las exequias del difunto, que tiene como razón de ser, en lo eclesiástico, obtener *“para los difuntos la ayuda espiritual y honra sus cuerpos, y a la vez proporciona a los vivos el consuelo de la esperanza”*.¹⁴⁹

No existiendo una sola, sino distintas formas de concreción de las honras, para los diversos grados y cargos de la institución militar:

“La gradación de las honras fúnebres se manifestará por la entidad de las fuerzas de escolta y acompañamiento y las de las comisiones participantes, el número de cañonazos, la conducción del féretro en armón de artillería y la cobertura de la carrera que haya de seguir el cortejo”.¹⁵⁰

Desde antaño, en nuestro derecho tales honores son de naturaleza personalísima, no siendo transmisibles. Pudiendo citarse a este respecto como primera norma nacional,

¹⁴⁷ Art. 8, inc. 4º, ley 19.101.

¹⁴⁸ Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, att. 440. BOE núm. 285, de 29-11-1983.

¹⁴⁹ Código Cánico, Párrafo 2, Canon 1176. Título III. De las exequias eclesiásticas.

¹⁵⁰ Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, att. 441. BOE núm. 285, de 29-11-1983.

en dicho sentido, la contenida en el decreto de supresión de honores de la Primera Junta Patria:

*“Las esposas de los funcionarios públicos políticos y militares no disfrutarán los honores de armas ni demás prerrogativas de sus maridos: estas distinciones las concede el estado á los empleos, y no pueden comunicarse sino á los individuos que los ejercen”.*¹⁵¹

La importancia de las honras fúnebres en nuestro derecho se halla dada, asimismo, por estar equiparadas al servicio de armas¹⁵², respecto del personal encargado de llevarlas a cabo.

16.2. Derecho a la disposición del cuerpo

Tal derecho se enmarca dentro del género de los relativos a la personalidad, encontrando su fundamento último en la dignidad inmanente del ser humano. Incluyéndoselo dentro de igual categoría que *“el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la disposición del cuerpo, el derecho a la disposición del cadáver”*.¹⁵³

Es todavía motivo de discusión si debe concebirse al derecho subjetivo sobre el propio cuerpo como un derecho de propiedad o como un derecho personal de disposición.

El derecho romano consideró que el cuerpo humano no era una cosa sujeta a propiedad, y por tanto, el hombre no sería dueño de sus miembros, ni propietario de su cuerpo. Como destacó Ulpiano, el dominio del cuerpo es la Divinidad, autor de la vida, sobre la que el hombre solo puede actuar como *administrator et custos*. De ahí la tradicional condena jurídica y moral de la automutilación y el suicidio. El cuerpo vivo no era considerado una “cosa” sino un elemento de la propia persona. Por lo que no podía resultar objeto de comercio. De ahí su obligación moral y jurídica de respetar el cuerpo, y por tanto la “inviolabilidad” y “extracomercialidad” no sólo el cuerpo vivo, sino también del cadáver.¹⁵⁴

En tal sentido, encontramos en otros ordenamientos encontramos que: *“Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración”*.¹⁵⁵

Como puede verse, la idea central en la cuestión, consecuente con la consideración del cuerpo como *res nulli commercium*, es la de no admitir jurídicamente un derecho de propiedad del cadáver o sus partes. El fundamento deriva del hecho de que el cadáver es una “huella de la humanidad”, y merece respeto a sus decisiones

¹⁵¹ Art. 13, Decreto sobre supresión de honores al Presidente de la Junta y otros funcionarios públicos. Primera Junta de Gobierno. Dado en Buenos Ayres en la Sala de la Junta a 6 de diciembre de 1810 y firmado por *Cornelio de Saavedra, Miguel de Azcuenaga, Dr. Manuel de Alberti, Domingo Mateú, Juan Larrea, Dr. Juan José Passo*, Secretario. *Dr. Mariano Moreno*, Secretario. Publicado en la Gaceta de Buenos Aires correspondiente al 8 de diciembre de 1810.

¹⁵² Art. 879 inc. 5 del Código de Justicia Militar; en igual sentido CSJN en fallo del 13/11/1984, en “Sumario por averiguación por desacato”.

¹⁵³ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio*, 2a. ed., México, Cajica, 1980.

¹⁵⁴ Gracia, Diego, *Ética y vida 2: Bioética clínica*, Bogotá, El Búho, 1998, p. 41.

¹⁵⁵ Art. 346, Ley general de salud de Méjico. En similar sentido, el inc. c del art. 25 de nuestra ley N° 24.193, dispone que el establecimiento en cuyo ámbito se realice la ablación estará obligado a “Conferir en todo momento al cadáver del donante un trato digno y respetuoso”.

anticipadas. En consecuencia, se puede admitir que existe un derecho limitado a la disposición del cuerpo humano.¹⁵⁶

El término de la existencia de una persona ocurre en nuestro derecho, por la “muerte natural de ellas”¹⁵⁷. Resultando ella un hecho biológico al que el derecho atribuye la virtualidad de extinguir la personalidad jurídica y de los efectos que ella produce. Provoca asimismo la apertura del sucesorio a los fines de transmitir los derechos de naturaleza patrimonial.

Conceptualmente se la halla en la actualidad definida la ley 24.193, entendiéndose que el fallecimiento de una persona se considerará tal¹⁵⁸ cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta:

- a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b) ausencia de respiración espontánea;
- c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;
- d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas.

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible.

Toda persona capaz mayor de dieciocho años puede disponer en vida, para después de su muerte, la ablación de sus órganos o materiales anatómicos para ser implantados en humanos vivos o con fines de estudio o investigación.¹⁵⁹ Si el fallecido no hubiese manifestado esta voluntad, en los supuestos de muerte natural se enumeran en la ley¹⁶⁰ las personas que pueden disponer de los restos, en tanto que para los supuestos de deceso en forma violenta se fijan una serie de disposiciones especiales¹⁶¹.

¹⁵⁶ Casas Martínez, María de la Luz, Análisis e implicaciones en la ley general de salud mexicana sobre la propiedad del cuerpo en los trasplantes cardíacos. Aspectos bioéticos de los trasplantes *in mortis*, en Revista de Derecho Privado. Nueva Época, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Año II Número 4 Enero-Abril 2003. [On line]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/dtr/dtr1.htm> [Consultado: 18 de septiembre de 2005].

¹⁵⁷ Art. 103, Código Civil argentino.

¹⁵⁸ Art. 23, ley 24.193. Derogatoria de las Leyes 21.541 y sus modificatorias 23.464 y 23.885.

¹⁵⁹ Art. 19, ley 24.193.

¹⁶⁰ Art. 21, ley 24.193: En caso de muerte natural, ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que se refiere el artículo 19 podrá ser otorgada por las siguientes personas, en el orden en que se las enumera, siempre que se encuentren en el lugar del deceso y estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales: a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que, sin ser su cónyuge, convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive.

Tratándose de personas ubicadas en un mismo grado dentro del orden que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas eliminará la posibilidad de disponer del cadáver a los fines previstos en esta ley.

El vínculo familiar será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas la documentación respectiva.

En ausencia de las personas mencionadas precedentemente, se solicitará autorización para practicar la ablación. Será competente el juez ordinario en lo Civil con competencia territorial en el lugar de la ablación, quien deberá expedirse dentro de las seis (6) horas de producido el deceso.

En principio toda persona puede determinar el destino de sus propios restos.¹⁶² Debiendo los actos de disposición sobre su cuerpo que ella haya producido en vida, ser respetados siempre que no atenten contra principios superiores – moral, buenas costumbre, orden público.

En el caso del personal militar, las disposiciones para luego de su muerte pueden ser declaradas al nombrar albacea. Siendo un derecho y no un deber lo atinente a los honores fúnebres, puede renunciarse a ellos.

En caso de falta de disposición expresa efectuada conforme la normativa legal, los parientes y allegados¹⁶³ mencionados en el art. 21 los que disponen de los restos mortales de la persona y serán ellos los que definitivamente resolverán sobre los mismos.

Respecto del personal militar fallecido en acto de servicio o dentro de un ámbito castrense, la institución militar se transforma en depositaria del cuerpo, pudiendo originarse dos efectos jurídicos posibles. En caso de no resultar afectado el servicio,

De todo lo actuado se labrará acta y se archivarán en el establecimiento las respectivas constancias, incluyendo una copia certificada del Documento Nacional de Identidad del fallecido. De todo ello se remitirán copias certificadas a la autoridad de contralor. Las certificaciones serán efectuadas por el director del establecimiento o quien lo reemplace. El incumplimiento de lo dispuesto en el presente párrafo hará pasible a los profesionales intervinientes de la sanción prevista en el artículo 29.

¹⁶¹Art, 22, ley 24193 (Conf. art. 2, ley 25281): En caso de muerte violenta, no existiendo voluntad expresa del causante y ante la ausencia de los familiares referidos en el artículo anterior, la autoridad competente adoptará los recaudos tendientes a ubicar a éstos a efectos de requerir su consentimiento a los fines de la ablación.

El juez que entiende en la causa ordenará en el mismo lapso de seis (6) horas a partir del fallecimiento la intervención del médico forense, policial, o quien cumpla tal función, a fin de dictaminar si los órganos y materiales anatómicos que resulten aptos para ablacionar no afectarán el examen autopsial.

Aun existiendo autorización expresa del causante o consentimiento de los familiares enumerados en el artículo 21, dentro de las seis (6) horas de producido el deceso, el juez informará al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante —INCUCAI— o al organismo jurisdiccional correspondiente la autorización para llevar a cabo la realización de la ablación, a través de resolución judicial fundada, con especificación de los órganos o materiales anatómicos autorizados a ablacionar, de conformidad con lo dictaminado por el médico forense.

La negativa del magistrado interviniente para autorizar la realización de la ablación deberá estar justificada conforme los requisitos exigidos en la presente ley.

En el supuesto de duda sobre la existencia de autorización expresa del causante, el juez podrá requerir del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante los informes que estime menester, a los efectos de las previsiones de los artículos 19 y 20 de este cuerpo normativo.

Art. 22 bis, ley 24.193 (agregado por el art. 2, ley 25281): El equipo de profesionales médicos a que se refiere el artículo 4° en ningún caso actuará juntamente con los médicos forenses, debiendo quedar a lo que resulte de la decisión judicial.

El jefe, subjefe o el miembro que aquéllas designen del equipo que realice la ablación deberá informar de inmediato y pormenorizadamente al juez interviniente: a) Los órganos ablacionados en relación con los autorizados a ablacionar. b) El estado de los mismos, como así también el eventual impedimento de ablacionar alguno de los órganos autorizados. c) Las demás circunstancias del caso que establezca la reglamentación.

En el cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos anteriores serán solidariamente responsables la totalidad de los profesionales integrantes del equipo de ablación.

El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante —INCUCAI— o el organismo jurisdiccional correspondiente deberá Informarle el destino dado a cada órgano o material anatómico ablacionado, la identificación regional, el establecimiento asistencial al que va dirigido, el equipo responsable del transporte y los datos identificatorios del o de los pacientes receptores.

¹⁶² CN Civil, Sala A, 18/09/1969 en autos “G de J, Sara c/ B de G, Sonia y otros”, LL T° 136 (Octubre-diciembre 1969), pág. 603.

¹⁶³ Respecto de la ablación de órganos, se estará a lo establecido en el art. 21 de la ley 24193. Y en los demás casos, aplicando el orden sucesorio.

debe conservar al mismo con el debido decoro, hasta su entrega a los familiares. Pero puede suceder que por causa de su servicio (muerte en combate en territorio con disputa de soberanía, decesos en campaña, imposibilidad de identificación individual, etc) ello no sea posible, por lo que se halla en tal caso, obligado a sepultarlo con los honores correspondientes.

En este sentido, existe reiterada jurisprudencia que expresa que el derecho de disposición de un cadáver de parte de sus familiares no reviste el carácter de absoluto.¹⁶⁴

Con relación a los fallecidos sin que medie acto de servicio o fuera del ámbito militar, la correspondiente fuerza armada tendrá, dentro del ámbito de sus competencias y funciones, carácter de parte interesada en lo que al cuerpo se refiere (pedido de autopsia en casos de duda si ha sido relativo al servicio, etc).

La jurisprudencia ha resuelto un derecho preferencial para las exequias y cuidado de los cadáveres, teniendo como principio el orden hereditario, por lo deberá estarse al mismo en caso de disenso familiar.¹⁶⁵

Las reglamentaciones militares estipulan, asimismo, que si la familia luego de transcurridas doce horas de avisada del deceso, no reclama el cuerpo o no comunica sus deseos respecto de la inhumación, clase de sepulcro, etc, se procederá a realizarlo por parte de la institución militar, por la vía oficial y en las formas reglamentarias.¹⁶⁶

16.3. La tumba militar

De acuerdo con las concepciones primitivas romanas, el cadáver sepultado quedaba afectado a los dioses manes por lo que el lugar donde estaba enterrado se hacía un lugar religioso (*locus religiosum*), que quedaba fuera del comercio humano. Era por tanto lógico que el cuerpo sepultado no fuera movido, ni profanado; esto debía estar reglamentado por el derecho pontifical como todo lo relativo a las sepulturas y los sepulcros. Posteriormente, tanto el derecho pretorio, como el creado por los emperadores, se fueron interesando en estas cuestiones.¹⁶⁷

En este sentido, en un edicto de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero¹⁶⁸ - establece que el cuerpo sepultado (*corpus terra conditum*) no se mueva a otro lugar; Marciano agrega que también se considera enterrado el cuerpo depositado en una caja (arcula) si hubo la intención de que permaneciera en ese lugar. Otro rescripto de Marco Aurelio¹⁶⁹ admitió que pudiera trasladarse el cadáver de quienes muriesen en camino (*corpus in itinere defuncti*), con tal que se tuviera el permiso de aquellos -sin precisar quiénes- que deben darlo.

Posteriormente, Alejandro Severo ampliaría esta posibilidad al disponer que los cadáveres aún no enterrados (*non perpetua sepultura tradita corpora*) pudiesen ser trasladados, y años después Diocleciano¹⁷⁰ confirmará esta decisión refiriéndose otra vez al cadáver no sepultado definitivamente (*necdum perpetuae sepulturae corpus traditum*).

¹⁶⁴ Entre otros, puede verse: CCiv. 2° La Plata, 04/04/1939, JA 66-349; CCiv. 1° Capital, 25/08/1936, LL 3-679; ST La Rioja, 15/10/1946, LL 46-36.

¹⁶⁵ CN Civil, Sala A, 18/09/1969 en autos “G de J, Sara c/ B de G, Sonia y otros”, LL T° 136 (Octubre-diciembre 1969), pág. 608.

¹⁶⁶ Párrafos 762 y 765, RAG 11. Reglamento del Régimen del Servicio para la Fuerza Aérea Argentina.

¹⁶⁷ Sobre esta evolución véase Biondi, *Scritti Giuridici* III, Milano, 1965, pp. 328 y ss.

¹⁶⁸ citado por Marciano 3 Inst. D 11,7,39.

¹⁶⁹ citado por Ulpiano 25 *ad ed.* D 47,12,3, 4.

¹⁷⁰ CJ 3,44,10 del año 290.

Esas disposiciones manifiestan que desde la primera mitad del siglo III se hace una distinción entre los cuerpos enterrados definitivamente (*perpetua sepultura*) que no pueden trasladarse y los no así enterrados que sí pueden trasladarse; la diferencia del tratamiento parte de la idea de que el lugar de sepultura definitiva es ya una res religiosa mientras que el de la sepultura temporal sigue siendo una cosa profana. Distinción que no se percibe en la legislación imperial posterior, pues un decreto de Graciano, Valentiniano y Teodosio del año 386 ordena simplemente, y sin ninguna distinción, que nadie cambie de lugar un cuerpo ya enterrado (*humatum corpus*).¹⁷¹

Sin embargo, por rescripto¹⁷² del emperador Caracala se autorizó a que los restos humanos -se entiende que ya han sido enterrados porque se habla no de cuerpo sino de restos, *reliquiae*- pueden ser trasladados, con la aprobación del gobernador respectivo, por causa de la crecida del río (*vi fluminis*) o por cualquier otra causa justa y necesaria (*vel alia justa et necessaria causa*); pero esta generalización no puede ser original del rescripto que se refería a un caso concreto, por lo que puede ser una interpolación justiniana.¹⁷³

Puede verse entonces que el sepulcro era considerado res religiosa y por lo tanto inalienable. Si se vendía un sepulcro, la venta en principio era nula; pero si el objeto de la venta era un fundo en el cual había un sepulcro que ocupaba una porción del fundo, la venta era válida si el vendedor expresamente exceptuaba el sepulcro por medio de la cláusula *si quid sacri vel religioso est, eius venit nihil*¹⁷⁴. En la última época clásica llegó a considerarse que la venta era válida aunque no hubiera cláusula de reserva si el sepulcro sólo ocupaba una parte pequeña (*modica*) del fundo¹⁷⁵.

La sentencia, sin distinguir si la venta es nula o válida, simplemente afirmaba que el lugar sigue siendo de su titular así como el derecho de sepultar ahí.

Por su parte, en las Partidas se estableció asimismo el carácter sagrado del sepulcro.¹⁷⁶

Respecto de los caídos en una acción militar, en tiempo de conflicto corre por cuenta de la autoridad militar el disponer la forma y lugar de su entierro. Debiendo, dentro de lo posible, hacerlo en el modo que prescribe la reglamentación militar. Podrá inhumar colectivamente de resultar necesario o no quedar otra forma. En todos los casos, se cuidará de identificar las tumbas, en la medida de la posible.¹⁷⁷

Por usos y costumbres de la guerra, desde antiguo el caído en combate recibe sepultura en las inmediaciones del campo de batalla.

Finalizado el conflicto, o durante el mismo, la familia puede pedir el traslado a su costa de los restos. Pero la autoridad pública puede negar tal posibilidad, en casos en

¹⁷¹ Adame Goddard, Jorge, Sobre los sepulcros en las sentencias de paulo. Análisis crítico de ps 1,21. En Anuario Mexicano de Historia del Derecho , Volumen XV 2003. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. [On line]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/dr/dr19.htm> [Consultado: 18 de septiembre de 2005].

¹⁷² CJ 3,44,1 [213]

¹⁷³ Adame Goddard, Jorge, Sobre los sepulcros en las sentencias de paulo. Análisis crítico de ps 1,21. En Anuario Mexicano de Historia del Derecho , Volumen XV 2003. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. [On line]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/dr/dr19.htm> [Consultado: 18 de septiembre de 2005].

¹⁷⁴ Ulpiano 28 *ad Sab.* D 18,1,22.

¹⁷⁵ Ulpiano 28 *ad Sab.* D 18,1,24.

¹⁷⁶ Ley 14, Título 28, partida 3º.

¹⁷⁷ Las reglamentación militar, establece como datos que debe contener la cruz o lápida, el grado, nombre y apellido, edad y fecha de defunción (párrafo 766, RAG 11. Reglamento del Régimen del Servicio para la Fuerza Aérea Argentina).

que ello sea contrario a la soberanía o intereses de la Nación¹⁷⁸ o a determinados valores que se entienden socialmente relevantes.¹⁷⁹

17. El testamento militar

El testamento militar aparece en Roma en la época imperial, como una forma de testar acusadamente privilegiada. Habida cuenta del cada vez mayor número de no ciudadanos en las filas militares, se deja a un lado la formalidad del derecho romano y los militares fueron totalmente liberados de las formas; bastaba simplemente la expresión de la voluntad, debidamente comprobada. A ello se añadían otros privilegios importantes, que no aludían ya a la forma, sino al contenido del testamento.

Constituía en Roma “*un régimen particular, de forma y de sustancia, aplicable a los milites, que se ha colocado en el ius singulare que les era aplicable*”¹⁸⁰. Medida a fin de favorecer el estado militar.

Ulpiano¹⁸¹ afirma que fue Julio Cesar fue ciertamente el primero que les concedió a los militares la libre facultad de hacer testamento, de modo temporal. Siendo Tito el primero que la dio, luego Domiciano, y posteriormente, Nerva concedió a los militares una “plenísima facultad” para testar, que Trajano la mantuvo, no por las formas comunes sino en virtud del derecho militar, caracterizado por su liberación de cargas formales y respeto a la voluntad expresada, pues como se mandó “*(...) hagan, pues, sus testamentos del modo que quieran (mis buenos y fielísimos colegas militares), ó de la manera que pudieran, y baste para hacer la división de sus bienes la nuda voluntad del testador*”.¹⁸²

Si bien con la desaparición del imperio romano, muchísimas de sus instituciones cayeron en desuso, entre ellas el testamento militar, la Europa guerrera de los siglos VI y VII, reguló las sucesiones de los guerreros, y a fin de mantener la eficacia militar, se dispuso que en el caso del guerrero que muere abintestato y sin herederos, su equipo militar debe pasar a quien pueda cumplir con la misma función que el difunto. Apareciendo así regulado en el Código Teodosiano (anterior a la caída del imperio pero fuente posterior de mucha de la legislación bárbara), el Edicto de Teodorico, el Breviario de Alarico, en la Lex Romana Burgundorum, entre otras.¹⁸³

Cabe destacar que desde el derecho medieval español, se hallaba establecido en el Fuero Juzgo una forma especial de testamento, por que los romeros y militares

¹⁷⁸ Por caso, el devolver a su lugar de origen en el país cuerpos de soldados enterrados en un territorio donde la soberanía se encuentra en disputa, podría tomarse como un reconocimiento implícito de los derechos del otro país respecto de dicha porción de tierra litigiosa.

¹⁷⁹ Durante la segunda guerra mundial, el gobierno inglés prohibió la repatriación a Inglaterra de sus soldados enterrados en Francia, por entender que debido al costo de ello, sólo las familias de cierto ingreso podrían costearlo. Adicionalmente se entendió que quienes habían luchado y caído juntos, debían permanecer así.

¹⁸⁰ Fassi, Santiago, Tratado de los testamentos, Vol. 1 Ed. Astrea, Bs As, 1970, pág. 224/5.

¹⁸¹ Comentarios al edicto, libro XLV. Incluido en el Digesto en su libro Vigésimo Noveno. Título I. De testamento militis.

¹⁸² Ulpiano, Comentarios al edicto, libro XLV. Incluido en el Digesto en su libro Vigésimo Noveno. Título I. De testamento militis: “*Quum in notiam meam prolatum sit, subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam, secutus animi mei integritudinem erga optimus fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut, quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quo modo volent, faciant, quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris*”.

¹⁸³ Abasolo, Ezequiel, El testamento militar en España y en Indias. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 19, Buenos Aires, 1991, pág. 385.

tiempo de guerra se hallaban autorizados a testar, por escrito u oralmente, ante testigos, libres o siervos, y tras su examen, por parte del juez o el obispo, cotejando la fidelidad de aquellos, lo pondrían por escrito concediéndole validez.¹⁸⁴

En el derecho indiano, como nos expresa Abásolo¹⁸⁵, este instituto del derecho sucesorio, hallábase regulado por el título XI, tratado VIII de las ordenanzas de 1768, las que habían continuado en vigencia una vez producida la emancipación, como ya se explicara en el Capítulo IV.

En tal ordenamiento se declaraba que *“todo individuo que gozare fuero militar, le gozará también en punto de testamentos en cualquiera parte que teste dentro ó fuera de la campaña”*¹⁸⁶. Y *“que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio, ú otro inminente riesgo militar que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, y que sea válida la declaración de su voluntad como conste ser suya la letra: ó de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad.”*¹⁸⁷

Si bien su práctica fue escasa, y la costumbre habría de derogar esta institución en su versión carolina, aunque la mantendría en su expresión alfonsí. A pesar de ello, al desarrollar la institución en los artículos 3672 a 3678 del código civil, Vélez adhirió, de forma directa e indirectamente, a la legislación francesa, teniendo en muy poca consideración a la normativa española. Y al decir del autor antes citado:

“Remitámonos a las pruebas. La fuente del art. 3672 del código civil argentino tiene su modelo en los artículos 1041, primera parte, y 1043 del código chileno, los que, a su vez, reconocen su origen en el código civil francés. El art. 3673 es una copia de la segunda parte del 1041 chileno. El art. 3674 corresponde al 1042 del código trasandino. El art. 3675 es parcialmente original, pero su nota ha sido tomada de García Goyena. El art. 3676 es casi igual al 1044 chileno, mientras que el 3677 y el 3678 son reflejo de los artículos 1029, 1045 y 1047, primera parte, del código de Bello”.¹⁸⁸

Como dice Fassi *“subsiste en el derecho actual, como forma extraordinaria de testar, pero no como integrando un fuero o derecho particular, sino como una facilidad que se le acuerda al militar por circunstancias particularísimas que le impide acudir a las formas ordinarias de testar”*.¹⁸⁹

Por lo que una de las características de estos "testamentos especiales", es el plazo de caducidad de pleno derecho al cual se encuentran sujetos, siempre que el testador sobreviva a las circunstancias especiales que lo llevaron a esa forma extraordinaria de redacción.

El testamento militar se halla regulado a partir del art. 3672 del Código Civil, siendo aquel que otorgan los militares o civiles, en tiempo de guerra y *“en lugares de*

¹⁸⁴ Libro II, Título V, Ley XII del Fuero juzgo.

¹⁸⁵ Abasolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sársfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 42/44.

¹⁸⁶ Ordenanza del Ejército de 1768. trat. 8 tit., 11. de testamentos art. 1. Consultado en Álvarez, José María, Instituciones de derecho real de Castilla y de las Indias T I Edición facsimilar de la edición de la reimpresión Mexicana de 1826, , Universidad Autónoma de México, México 1982.

¹⁸⁷ Ordenanza del Ejército de 1768. trat. 8 tit., 11. de testamentos art. 2 y 3.

¹⁸⁸ Abasolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sársfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 43/44.

¹⁸⁹ Fassi, Santiago, Tratado de los testamentos, Vol. 1 Ed. Astrea, Bs As, 1970, pág. 204.

*lucha efectiva o inminente*¹⁹⁰ ante determinados funcionarios militares o civiles, utilizando la forma abierta o cerrada, en presencia de testigos y con las demás formalidades que establece la ley.¹⁹¹

¹⁹⁰ Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial; Tomo 6 A; Hammurabi Ediciones; Buenos Aires; 1995; pág. 862.

¹⁹¹ Tal tipo de testamento ha sido ampliamente recepcionado en la legislación de base romanista de los distintos países que tributan a dicha fuente. Por caso: Código civil de Brasil, Ley N° 10.406 del 10 enero de 2002. Art. 1.893. *O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas*; Código Civil de Uruguay, art. 813, párrafo 1 y 2: En tiempo de guerra, el testamento de los militares y de los demás individuos empleados en un cuerpo de tropas de la República y asimismo el de los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo y de las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antedichos, podrá ser recibido por un capitán o por un oficial de grado superior al de capitán, o por un comisario o un auditor de guerra.

Si el que desea testar estuviere enfermo o herido, podrá ser recibido su testamento por el médico que le asista ; y si se hallare en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán.

Código civil español, *Artículo 716*: En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición a los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo o herido, será otorgarlo ante el Capellán o el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

Código Civil de Perú. Promulgado por Decreto Legislativo N° 295 del 24/07/1984. Publicado 25/07/1984 y vigente desde el 14/11/1984. Artículo 712.- Testamento militar: Pueden otorgar testamento militar los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas; las personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas; y los prisioneros de guerra que estén en poder de las mismas.

Los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo tienen el mismo derecho, conforme a las Convenciones Internacionales.

Art. 981, Code Civil Francés. Conforme ley del 17 de mayo de 1900: “ Les testaments des militaires, des marins de l'Etat et des personnes employées à la suite des armées pourront être reçus dans les cas et conditions prévus à l'article 93, soit par un officier supérieur ou médecin militaire d'un grade correspondant, en présence de deux témoins ; soit par deux fonctionnaires de l'intendance ou officiers du commissariat ; soit par un de ces fonctionnaires ou officiers en présence de deux témoins ; soit enfin, dans un détachement isolé, par l'officier commandant ce détachement, assisté de deux témoins, s'il n'existe pas dans le détachement d'officier supérieur ou médecin militaire d'un grade correspondant, de fonctionnaire de l'intendance ou d'officier du commissariat.

Le testament de l'officier commandant un détachement isolé pourra être reçu par l'officier qui vient après lui dans l'ordre du service.

La faculté de tester dans les conditions prévues au présent article s'étendra aux prisonniers chez l'ennemi”.

Código Civil de la república de Bolivia, Art. 1137.- (Testamento militar). I. Los militares, los asimilados a las fuerzas armadas en general y los movilizados, en campaña, pueden testar ante el jefe de la unidad militar y en presencia de tres testigos, firmando la disposición testamentaria todos ellos y haciéndose constar por qué no firma el testador, si no supiera o no pudiera firmar.

Codice civile italiano. Aprobado por Real Decreto N° 262 del 16 marzo de 1942. Publicado en edición extraordinaria de la Gazzetta Ufficiale N° 79 del 4 aprile 1942. Art. 617 Testamento dei militari e assimilati

Il testamento dei militari e delle persone al seguito delle forze armate dello Stato può essere ricevuto da un ufficiale o da un cappellano militare o da un ufficiale della Croce Rossa, in presenza di due testimoni; esso deve essere sottoscritto dal testatore, dalla persona che lo ha ricevuto e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, si deve indicare il motivo che ha impedito la sottoscrizione.

Código Civil de Venezuela. Gazeta N° 2990 del 26 de julio de 1982., art. 877: Pueden testar en la manera establecida en el art. 875 (testamento militar), solamente los que estén por expedición militar por causa de guerra, así en país extranjero como en el interior de la república, o en cuartel o guarnición fuera de la

Este tipo de testamento se justifica en "tiempo de guerra", debido a la existencia de condiciones especiales que impiden el uso de los medios ordinarios de testar. Puede tratarse de una guerra contra una potencia extranjera, guerra civil, revolución o alteración del orden público, siempre que existan hostilidades, pero no es suficiente la mera declaración del estado de sitio. Tampoco se debe distinguir si la lucha se está sosteniendo o si se encuentra suspendida momentáneamente o por armisticio.

En lo que al lugar se refiere, debe tratarse de en una expedición militar, una plaza sitiada, o un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República.

El testamento militar puede ser otorgado sólo por las personas más comprometidas en el conflicto, es decir, militares, civiles que acompañen o sirvan en una acción de guerra, voluntarios, rehenes, prisioneros, capellanes, cuerpo de intendencia, vivanderos, y los hombres de ciencia.

La enumeración no es taxativa, por lo tanto, también se acepta que pueda utilizarse por las fuerzas de paz de la ONU, y todas las nuevas categorías de personas que se relacionan con las nuevas estructuras de las Fuerzas Armadas.¹⁹²

Entre los funcionarios autorizantes, que cumplen un rol similar al del escribano, la norma menciona a los oficiales con grado mínimo de capitán (considerando sus equivalentes dentro de la Armada Argentina y de la Fuerza Aérea Argentina), los intendentes del Ejército y los auditores en campaña.¹⁹³

república, prisioneros en poder del enemigo, o en una plaza o fortaleza sitiada por el enemigo o en otros lugares donde las comunicaciones estén interrumpidas.

Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928. El testamento en cuando a su forma es ordinario o especial: Dentro de las formas especiales admitidas a los militares se encuentran el privado: Artículo 1565. El testamento privado está permitido en los casos siguientes: (sin intervención de notario) IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra”.

¹⁹² Locane, Laura G., *El militar en relación al derecho privado*. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. 19.

¹⁹³ En el Código Civil francés se exige un oficial superior o medico con grado equivalente (art. 981). Pero si el testador estuviere enfermo o herido, en los hospitales o establecimientos sanitarios militares tal como los definen los reglamentos del ejército, ante el médico jefe, de cualquier grado, asistido por el oficial encargado de la gestión administrativa. A falta de este oficial de administración, se necesitará la presencia de dos testigos (art. 982); en el de Ecuador, un capitán u oficial de grado superior al de capitán, o ante un intendente de ejército, comisario o auditor de guerra y si estuviese herido ante el capellán, medico o oficial al mando aunque sea de grado inferior a capitán (art. 1093); el de Bolivia, ante el jefe de la unidad militar (art. 1137); en el italiano ante un oficial, un capellán o un oficial de la cruz roja (art. 617); en el Código Civil de Venezuela, puede recibirlo un jefe de batallón, o cualquier otro oficial de igual grado o superior, al auditor de guerra, y el comisario de guerra. O en los de militares pertenecientes a cuerpos o puestos destacados del ejército, puede recibirlo el capitán o cualquier otro oficial subalterno que esté al mando del destacamento (art. 875); en el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sólo se habla de hacerlo ante testigos (artículos 1567 y 1579); en el peruano puede ser otorgado ante un oficial, o ante el jefe del destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador, aunque dicho jefe no tenga la clase de oficial, o ante el médico o el capellán que lo asistan, si el testador está herido o enfermo (art. 713); en el español, ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario (art. 717), pero podrá durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos (art. 720).¹ el Código Civil de Uruguay, establece que debe ser recibido por un capitán o por un oficial de grado superior al de capitán, o por un comisario o un auditor de guerra. Pero si el que desea testar estuviere enfermo o herido, podrá ser recibido su testamento por el médico que le asista; y si se hallare en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán (art. 813).

Las formalidades exigidas son: lugar y fecha (art. 3672), firma (art. 3674) y dos testigos (art. 3672).¹⁹⁴ Puede otorgarse manuscrito o a máquina en cualquier papel. No se admite el testamento en forma verbal.

Por su parte, el art. 3673, disminuye las formalidades cuando quien desea testar estuviese enfermo o herido (por ejemplo, en un hospital de campaña o tienda sanitaria), en cuyo caso podrá testar ante el capellán o el médico que lo asiste. Si se encuentra en un destacamento, puede testar ante un oficial, aunque sea de grado inferior al de capitán.

En ambos casos ya explicados, el testamento debe ser suscripto por el testador, "*si sabe y puede firmar*", por el funcionario autorizante y por los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, se lo expresará en el testamento y firmará por él uno de los testigos. "*Uno de los testigos, al menos, debe saber firmar.*" (art. 3674).

En cuanto a los testigos en especial, el art. 3675 establece que deben ser mayores de edad, si fuesen sólo soldados, cabos o personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas pero sin grado militar; pero si poseen grado, basta que tengan dieciocho años cumplidos, a partir del grado de sargento en adelante.

Vale aclarar que aunque el artículo en cuestión indica que sólo podrán ser testigos los "varones", las modificaciones sufridas a partir de la ley 11.357 y la posibilidad brindada a las mujeres de integrar las Fuerzas Armadas, hacen que esa norma se vea ampliada para incluir también al personal femenino.

Aunque la norma no lo exige, la doctrina considera conveniente que ciertas prohibiciones correspondientes a los testigos en los testamentos se apliquen a los testamentos especiales, como que no sean testigos los ascendientes o descendientes del testador, ni los herederos o legatarios instituidos en un testamento, ni los ciegos, sordos o mudos, ni los privados de razón¹⁹⁵.

Con respecto al plazo de caducidad de los testamentos militares, el art. 3676 establece que el testamento caducará si el testador sobrevive al plazo de noventa días desde que cesaron con respecto a él las circunstancias que lo habilitaban a testar militarmente. Si la persona fallece antes de dichos noventa días, el testamento valdrá

¹⁹⁴ Código Civil de Uruguay, art. 813, 3 párrafo: "En todos los casos de este artículo, será siempre necesaria la presencia de dos testigos, de los que uno, a lo menos, sepa firmar"; Código civil español, *Artículo 716*: (...)En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos; Código Civil de Bolivia, Art. 1137 (...) en presencia de tres testigos, firmando la disposición testamentaria todos ellos y haciéndose constar por qué no firma el testador, si no supiera o no pudiera firmar; Codice civile italiano. Art. 617: (...)in presenza di due testimoni; esso deve essere sottoscritto dal testatore, dalla persona che lo ha ricevuto e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, si deve indicare il motivo che ha impedito la sottoscrizione; Código Civil de Ecuador, Art. 1094: El testamento será firmado por el testador, si supiere y pudiere escribir, por el empleado ante quien se ha otorgado y por tres testigos; Código Civil de Venezuela, art. 875. (...)en presencia de dos testigos; Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 1567. El testador que se encuentre en el caso de hacer testamento privado, declarará en presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir. Artículo 1579. Si el militar o el asimilado del Ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra; en el Código Civil francés, sólo en caso que testador estuviere enfermo o herido, en los hospitales o establecimientos sanitarios militares, y a falta del oficial de administración que asista a la autoridad que lo recibe, se necesitará la presencia de dos testigos (art. 982); en el Código peruano, art. 713. " (...)en presencia de dos testigos".

¹⁹⁵ Bueres, Alberto (Dirección); Highton, Elena (Coordinación); "Código Civil y normas complementarias"; op. cit. en nota n° 17; pág. 866.

como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria (por ejemplo, si fuera escrito de puño y letra del testador, valdrá como testamento ológrafo).¹⁹⁶

Vale aclarar que los noventa días deben comenzar a contarse desde que cesan las circunstancias que lo autorizan a testar militarmente, cuestiones que quedan libradas al libre arbitrio judicial; por ejemplo, puede considerarse punto de partida del plazo de caducidad el día en que es dado de baja o el día en que es herido y vuelto a su país.

Además, legalmente, es indiferente que la guerra se mantenga, si con respecto al testador ha cesado la intervención en la misma.

En cuanto al procedimiento para la protocolización del testamento, el art. 3677 establece, si el testador muriese dentro del plazo de los noventa días, el testamento deberá ser remitido al cuartel general, y con la autorización del Jefe del Estado Mayor, acreditando el grado y calidad del funcionario autorizante, se lo enviará al "Ministerio de Guerra" (actual Ministerio de Defensa), quien, luego, lo remitirá al juez del último domicilio del testador para que sea protocolizado.

En caso de desconocerse el domicilio del testador, se lo remitirá a uno de los jueces de la Capital Federal para su protocolización.

Aunque la norma no lo señala, se entiende que el testamento será enviado al cuartel general antes de que muera el testador, máxime si se consideran los posibles deterioros o pérdidas que pueden suceder en las expediciones militares.

El art. 3678 indica que si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, actuará como ministro de fe cualquiera de las personas ante las que ha podido otorgar testamento abierto. Esto implica que, tácitamente, el Código Civil, permite que se apliquen los artículos 3665 a 3670 a los testamentos militares, pero en vez de entregar el pliego cerrado a un escribano, basta con hacerlo ante una de las personas que los arts. 3672 y 3673 habilitan para que ante ellos se lleve a cabo el abierto.

Otra de las clases de testamentos especiales es el "testamento marítimo o naval" (art. 3679), el cual puede otorgarse cuando se está navegando en el mar, en el río o en un puerto extranjero donde no haya cónsul argentino (art. 3685).

Puede otorgarlo cualquier persona que navegue en el barco, sean oficiales, tripulantes o pasajeros, y ya sea que se trate de un buque de guerra (art. 3679) o mercante (art. 3683) (quedando excluidos otras clases de embarcaciones como yates, cruceros, veleros, etc.).

¹⁹⁶ En el Código italiano, el plazo es de tres meses (art. 618); en Ecuador, noventa días (art. 1096); en el de Venezuela, dos meses (art. 878); el Código Civil Francés El testamento otorgado en la forma establecida anteriormente caducará seis meses después de que el testador llegara a un lugar en el que tenga la libertad de emplear las formas ordinarias, a menos que, antes de expirar este plazo, se haya encontrado de nuevo en una de las situaciones especiales que lo habilitan a testar militarmente. El testamento será entonces válido mientras dure esta situación especial y durante un nuevo plazo de seis meses después de su cese (art. 984. Conforme ley del 8 de junio de 1893); En el Código Civil de Perú, el testamento militar caduca a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias. El plazo de caducidad se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del término de la distancia. Pero si dicho testamento tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador (art. 715); en el código español, cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña (art. 719); para el Código Civil de Uruguay, si el que ha testado militarmente, falleciere dentro de los ciento ochenta días subsiguientes a aquel en que hubieren cesado, con respecto a él, las circunstancias que habilitan para otorgar esta clase de testamentos, valdrá el otorgado, como si hubiera sido hecho en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere a este plazo, caducará el testamento (art. 816).

Se debe testar ante el comandante del buque y tres testigos, de los cuales dos al menos sepan firmar. Se exige un testigo más que para el testamento militar ya que en un buque es más factible encontrar testigos que en un enfrentamiento armado.

En los buques mercantes, también podrá actuar como funcionario autorizante, además del comandante del buque, el capitán, su segundo y el piloto, observándose en lo demás, lo dispuesto para los testamentos hechos en un buque de guerra (art. 3683).

Se recuerda que el art. 124 de la Ley de Navegación N° 20.094 establece que "el capitán otorga el testamento marítimo y recibe el testamento cerrado con las formalidades dispuestas por la ley respectiva, dejando constancia de ello en el diario de navegación. También hace constar en el mismo libro la entrega del testamento ológrafo."

El testamento marítimo debe contener la fecha, y por aplicación analógica del art. 3674, debe estar firmado por el testador, el funcionario autorizante y los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará un testigo por él, dejándose constancia en el instrumento. Asimismo, se extenderá un duplicado con las mismas firmas que el original.

El art. 3680 establece que el testamento será custodiado y conservado entre los papeles más importantes del buque, y se hará mención de él en el Diario de Navegación. La falta de tal mención no acarrea la nulidad ya que tal solemnidad no ha sido dispuesta bajo pena de nulidad.

Vale aclarar que la Ley de Navegación N° 20.094, en su art. 86, establece que "en el Diario de Navegación se asentarán los acontecimientos de la navegación y todas las novedades ocurridas a bordo durante el viaje, relativas al buque, tripulación, carga y pasajeros, y especialmente: (...) c) los actos cumplidos por el capitán en su carácter de funcionario público; (...)."

Pero esta guarda del testamento sólo perdura hasta que el buque llega a un puerto con consulado argentino o sede diplomática, en cuyo caso, el instrumento debe ser entregado al cónsul o agente diplomático argentino para que, a través del Ministerio de Defensa, sea remitido al juez del último domicilio del testador para su protocolización (art. 3681).

Si el buque volviera a puerto argentino, se lo entregará a la autoridad superior del puerto para que lo remita al Ministerio de Defensa, y luego, al juez del último domicilio del testador.

Estas formalidades se cumplen con el objetivo de evitar los riesgos que pueda correr el testamento en la navegación, pero si no se entregara, no acarrearía la nulidad del acto.

Por su parte, el art. 3682 señala que si el que puede otorgar testamento marítimo prefiere hacerlo cerrado, actuará como funcionario autorizante el comandante del buque o su segundo, ante tres testigos, observando las solemnidades prescriptas para los testamentos cerrados y lo demás dispuesto para el testamento marítimo.

Con respecto al plazo de caducidad, el art. 3684 indica que el testamento sólo valdrá si el testador fallece antes de desembarcar o antes de los noventa días siguientes al desembarco. No se considerará desembarco el bajar a tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque; el desembarco debe ser definitivo.

El art. 3685 presenta una condición objetiva de validez del testamento marítimo ya que señala que dicho instrumento no se reputará hecho "si en la época en que se otorgó se hallaba el buque en puerto donde hubiese cónsul de la República." En tal caso, la persona podría testar ante dicho funcionario, conforme a las normas particulares que los mismos tienen.

Por otro lado, se indica que son nulos los legados hechos en testamento marítimo a los oficiales del buque, si no fuesen parientes del testador (art. 3686). Con mayor razón lo será la institución de heredero a dichas personas. En ambos casos, sólo es nula la manda o institución, no el testamento.

La norma trata de ser coherente con lo dispuesto respecto del escribano, cónyuges y parientes en el art. 3664, y los testigos en los arts. 3702 y 3706.

El art. 3687 es considerado completamente innecesario ya que establece que "las personas que pueden testar militarmente y las que pueden otorgar un testamento marítimo, pueden testar en la forma ológrafa." Como se ha indicado, carece de todo sentido ya que los testamentos especiales son facultativos y no obligatorios, con lo cual, cualquier persona puede testar por las formas ordinarias aunque estén dadas las condiciones para los testamentos especiales.¹⁹⁷

El art. 3688 otorga un derecho de opción a los militares que se hallen embarcados en buque del Estado para una expedición militar (sin especificar si se trata de buques de guerra o mercantes), indicando que pueden testar militarmente o bajo la forma de testamento marítimo. Por lo tanto, en este caso, el militar puede testar conforme a su estado militar o a su situación de encontrarse a bordo de un buque del Estado.

Por último, el Código Aeronáutico, en su art. 85, señala que: *"el comandante de la aeronave registrará en los libros correspondientes (...) las defunciones, (...) y testamentos ocurridos, (...) o extendidos a bordo y remitirá copia autenticada a la autoridad competente."*

En caso de muerte de un pasajero o un miembro de la tripulación, *"deberá tomar medidas de seguridad con respecto a los efectos que pertenezcan al fallecido"*, entregándolos bajo inventario a la autoridad competente en la primera escala. Si dicha escala fuese realizada en el exterior del país, se dará intervención al cónsul argentino.

Como se observa, el Código Aeronáutico no regula una forma especial de testar, sino que exige el registro del testamento que se ha otorgado en vuelo.

Por aplicación analógica de las normas del reglamento marítimo, se atribuye al comandante de la aeronave la facultad de actuar como oficial público. Tampoco hace referencia a un plazo de caducidad, por lo cual se entiende que el testamento tendrá validez ilimitada.¹⁹⁸

¹⁹⁷ En un sentido inverso, el Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1566, dispone que para que en los militares puedan testar por la forma castrense, es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ológrafa.

¹⁹⁸ Locane, Laura G., El militar en relación al derecho privado. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005, pág. 18/24.

RECAPITULACION Y CONCLUSIONES FINALES

1. Preliminar

A lo largo del desarrollo del presente se han ido tratando los distintos aspectos que deben justificarse a partir de la tesis adoptada.

Tanto por la extensión de la temática tratada, cuanto por su complejidad y lo numeroso de sus desgajes conceptuales, se impone aquí junto a las conclusiones finales, una recapitulación de ella, a los efectos de vincular a las primeras, con los aspectos esenciales desarrollados en función tanto de los objetivos oportunamente planteados, como de la justificación de la tesis adoptada.

2. Ponderación de los objetivos planteados

Recordemos los objetivos que se plantearon en la parte introductoria de la presente tesis:

a) Establecer la naturaleza jurídica del estado militar.

En palabras de Verna¹, hablar de estado militar, supone el tratamiento de conceptos por una parte de muy profundas posibilidades de actividad especulativa, y por otra de no fácil objetivación, en cuanto incluye comportamientos, calidades y actitudes tanto de los sujetos tanto en particular, como de la colectividad en general.

Resulta asimismo, un instituto de derecho que se halla en sintonía con la concepción actual de estado en el mundo jurídico. Que lo entiende como un instrumento del derecho a fin de asegurar determinados fines jurídicos, con relación a categorías de personas que se destacan del conjunto social.

Pero a diferencia de sus similares contemporáneos como los trabajadores, consumidores, usuarios, entre otros, no se busca en el caso castrense el resguardo de una parte “débil”, a los efectos de asegurarle el ejercicio efectivo de los derechos que formalmente se le han reconocido, sino que procura, y a un mismo tiempo, tanto el resguardo de los derechos básicos del ciudadano que se militariza, como los del conjunto de la sociedad frente a dicho acto.

De nuestra parte entendemos que el estado militar es un instituto jurídico, que funge a modo de punto concentrador, a fin de dar conjuntamente base y unidad a toda una serie de normas jurídicas, pero también, a principios políticos, y hasta sociológicos. En ello, hasta

¹ Verna, Giovanni, Caratteristica e specificità della "Condizione militare". Intervención. Convegno di studi: “La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate”. Società Internazionale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004, pag 2.

cierto punto, participa de los antecedentes y fundamentos que llevaron a establecer la noción de personalidad del propio Estado².

Es por tanto centro autónomo de imputación de relaciones y consecuencias jurídicas, derivado del estado de ciudadano, con una doble finalidad: asegurar al colectivo humano nacional o conjunto de ciudadanos civiles, la dedicación a su función de los ciudadanos militares, y a éstos últimos garantizarles dentro de un régimen fuertemente jerárquico y disciplinar, el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

No se trata, en el presente de un fuero personal, incompatible a la noción del Estado de Derecho, sino de una situación jurídica funcional, de aplicación a las personas humanas en razón de la prestación militar que cumplen, y por la importancia que ésta reviste para el colectivo social organizado.

Más allá que el presente objetivo se relaciona a la tesis misma, podemos destacar lo expuesto en el capítulo I y V como los más directamente dirigidos a cumplimentarlo.

b) Enmarcar tal institución dentro de un género o sector jurídico.

De tal forma, se estructura una situación jurídica personal derivada de la del ciudadano, y consistente en un complejo interrelacionado de deberes y derechos, que modulan la actuación jurídica del sujeto, tanto en la esfera de lo público (hacia dentro de la organización militar, como hacia fuera, dentro del estado y de la comunidad política que sostiene) como de lo privado.³

En cuanto a su ubicación en el derecho, si bien resulta el instituto a partir del cual se organiza todo el derecho militar en cuanto a las personas, su raigambre es netamente constitucional, surgiendo como encuadre jurídico primeramente de la obligación del ciudadano de “armarse” en defensa de la Patria y la Constitución establecida en el art. 21 de la Constitución de la Nación Argentina. Y que lleva al otorgamiento a los distintos poderes del Estado, en especial al ejecutivo al encargarle el constituyente la comandancia suprema de las Fuerzas Armadas (art. 99 inc. 14), y al legislativo imponerle el deber de regularlas por un ordenamiento jurídico que contemple lo específico de su misión (art. 75 inc. 24).

Por su estructuración similar, podemos expresar respecto del presente objeto, palabras similares a las ya dichas en 2.a), destacando lo desarrollado en los capítulos I, II, V y VI, por su especial vinculación respecto del presente objetivo.

c) Determinar su contenido respecto de deberes y derechos.

Constituye el estado militar, un complejo principalmente obligacional, pero también objeto de derechos. Y si bien sus aspectos principales se hallan reglados en los artículos 7 y 8 de la 19.101, no se agota la cuestión en dicha norma, estando presentes otros deberes y derechos, de forma expresa o tácita, en una multiplicidad de normas castrenses que van desde leyes del Congreso y decretos del Poder Ejecutivo, hasta reglamentos, manuales, ordenes, directivas, entre otras. Por lo que puede afirmarse que se presenta fragmentado a

² Respecto de esta última, ver Pallieri, Giorgio Balladore, Crisis de la personalidad del Estado, en autores varios, Ripert, Georges y otros, *La crisis del derecho*, traducción de Marcelo Cheret revisada por Santiago Sentis Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, págs. 269/297.

³ Ver lo expuesto en los capítulos I y V respecto de su caracterización como situación jurídica y su distinción de otras figuras análogas.

este respecto.⁴ Y siendo tributario de una multiplicidad de fuentes, si bien algunas de ellas, las propias de la institución militar, no son sino especificaciones de lo dispuesto en las normas jurídicas del Estado.

Es también complejo en cuanto a las distintas categorías jurídicas que lo integran. Conviviendo en su seno, deberes, sujeciones, obligaciones, cargas, potestades, derechos subjetivos, intereses legítimos, difusos. Todos estos términos, con los alcances explicitados en el punto 7 del capítulo I.

A lo largo de los capítulos VI a VIII ha sido desarrollado su contenido. Del cual podemos rescatar su interrelación. La situación jurídica del estado militar es única, y si bien compleja, tanto respecto de categorías como por el origen y nivel de las normas que lo componen, no debe perderse de vista que resulta una *universitas iuris* inescindible, en la cual toda norma calza con las demás, formando un mecanismo jurídico de pesos (deberes) y contrapesos (derechos), en todas las especies posibles que encierran ambos conceptos, cuando son entendidos en un sentido amplio.

d) Establecer su relación con otras áreas o instituciones jurídicas.

En cuanto al derecho militar, atento su posición de concepto primario o básico de dicha rama jurídica, es en donde tiene el estado militar una relación casi excluyente con todos los otros institutos. Así, tanto conceptos como institutos, típicamente militares como la obediencia debida, la orden del servicio, los distintos tipos de jurisdicciones castrenses, como también de otros que si bien resultan propios del derecho militar, no son exclusivos como la jerarquía, las potestades del cargo, las situaciones administrativas de revista, por sólo nombrar algunos.

De la variada tipología de las normas castrenses existentes podemos mencionar las relativas a la penalidad militar, a las infracciones a la disciplina, las reglas de honor, las normas relativas a la administración militar, la normativa internacional además de aquellas normas que por identificarse especialmente por su carácter instrumental respecto de la Constitución integran la categoría de las denominadas leyes constitucionales.

Externamente, se deriva del derecho constitucional, como mecanismo reglamentador de determinados derechos⁵, con el civil⁶, como fuente para la concesión de determinadas regulaciones especiales, con el derecho administrativo, en cuanto el estado militar confiere la calidad de funcionario público⁷ de modo permanente, como asimismo la de oficial público en los temas de su función, y excepcionalmente respecto de otras áreas del Estado, como lo atinente al registro de actos de la vida civil de las personas. Por citar sólo las relaciones principales.⁸

Principalmente se ha aportado al presente objetivo en los capítulos I y IV.

⁴ Ver lo expresado respecto del contenido de la situación jurídica militar en el capítulo V y su desarrollo en los capítulos VI y VII, respecto de los aspectos de derecho público, y VIII en cuanto a sus proyecciones respecto del derecho privado.

⁵ Al respecto, vide lo manifestado en el Capítulo VII, en la parte referida a los derechos constitucionales del militar.

⁶ Ver lo desarrollado en el Capítulo VIII.

⁷ Remitimos a lo expuesto en el primer punto del Capítulo VII.

⁸ A fin de evitar reiteraciones innecesarias, remitimos para una completo cuadro de las relaciones del estado militar, a lo expresado en el capítulo IV respecto del contenido y diversas materias que integran el derecho castrense.

e) Comprender el porqué de su regulación especial.

Tal como ha expresado Cotino Hueso, una simple y superficial apreciación de la materia castrense basta para percibir que nos encontramos ante un ámbito jurídico más que peculiar. *“El Derecho y la Moral, progresivamente distanciados en la historia, se funden por excepción cuando se trata de racionalizar en forma jurídica el mundo castrense”*.⁹

En el mismo sentido, Vejar Vázquez, entiende que de la observación de los distintos países civilizados del mundo, se obtiene como constante la presencia de una disciplina jurídica, precariamente explorada, que en el plano de la ley positiva se condensa en un conjunto de disposiciones orgánicas que coordinan, sincronizan y conciertan las relaciones derivadas de la vida marcial, que se denomina Derecho Militar. Como un orden jurídico particular, dentro del orden jurídico general del Estado.¹⁰

La particularidad de la actividad militar ha generado por ello una legislación especial, expresión que engloba normas jurídicas diversas emanadas 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 de toda rama jurídica.¹¹

Los capítulos II, III y IV son donde encontramos los mayores aportes a los efectos de la comprensión que marca el objetivo presente.

f) Conocer los fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios en que se asienta la existencia del estado militar como institución jurídica.

La necesidad de sobrevivencia organizada de la comunidad política nacional y el establecimiento para ello de las Fuerzas Armadas como fenómeno institucional-sociológico y organizacional dentro de un Estado de Derecho, tiene como consecuencia natural el requerimiento de un encuadre jurídico particular de su personal, debiendo tal regulación cumplir a un mismo tiempo con un doble fin: de eficacia para la actividad militar, y de aseguramiento de las garantías básicas de un ciudadano. Esto ha servido para que a nivel de la legislación, jurisprudencia y doctrina, por adición o sustracción a las capacidades jurídicas del sujeto militar, se fundamente la situación jurídica denominada estado militar.¹²

Sin perjuicio que puede realizarse en este punto manifestaciones similares a las ya dichas en 2.a), destacamos los Capítulos I, II, III, IV y V como aquellas partes del presente en que se desprende un mayor aporte a su cumplimiento.

g) Contribuir a desarrollar una disciplina jurídica como el derecho militar que su naturaleza especial, contiene instituciones sumamente particulares dentro

⁹ Cotino Hueso, Lorenzo, El modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Tesis Doctoral, INAP-CEPC, Madrid, 2002.

¹⁰ Vejar Vázquez, Octavio, Autonomía del derecho militar, Editorial Stylo, México, 1948, págs. 14. Ver para mejor detalle lo expuesto en el Capítulo IV respecto del derecho castrense.

¹¹ Sinópoli, Santiago Mario, El derecho constitucional militar. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223, pág. 283.

¹² Para un mayor detalle, ver el Capítulo V en la parte que se expone el desarrollo de la legislación, jurisprudencia y doctrina respecto del estado militar, así como la referencia a derechos extranjeros.

del universo jurídico, y que requiere un estudio especial para poder analizar sus normas.

La singularidad militar, que se proyecta en las más variadas direcciones, exige el manejo de muchas categorías jurídico-públicas, así como de algunas procedentes del derecho privado; estas categorías en buena medida, suponen construcciones jurídicas para vincular adecuadamente el Derecho con la realidad y las finalidades de las que trata lo jurídico. Máxime en un asunto tan caro a la comunidad política, como lo es el funcionamiento jurídico de un instrumento como el militar, destinado a asegurar su propia supervivencia.

Siendo todo lo relativo al estado militar un aspecto central de la rama jurídica castrense, su estudio contribuye inequívocamente al desarrollo de la disciplina jurídica militar.

De modo especial, los Capítulos III, IV y VI destacan a este respecto.

h) Contribuir a la comprensión del fenómeno jurídico castrense respecto de la organización constitucional y el reconocimiento y vigencia de derechos en nuestro derecho nacional.

El fenómeno jurídico resulta tan específico en el área de lo militar, que las categorías y estructuras tradicionales del derecho deben reinterpretarse para poder ser aplicables.

Lo particular del ámbito castrense, sus especiales necesidades, hace que aspectos como la tradición, lo axiológico, y una sociología particular, fruto de las actividades que entraña la prestación militar, distintas o en muchos casos a contrario del común de la comunidad a que defiende, determinan una dimensión muy particular que la norma jurídica no puede dejar de contemplar a los efectos de asegurar su vigencia y eficacia.

Nace así un proceso adaptativo, que determina una normativa diversa del resto del ordenamiento jurídico. Aun cuando se trata de institutos análogos. Por ello, conceptos o categorías como autoridad, superioridad, y hasta su estado mismo, tienen un contenido y alcance diverso en el derecho militar frente a sus homólogos de otras ramas del derecho.

Las particularidades jurídicas del campo castrense no sólo afectan a los derechos fundamentales, sino que todos los fundamentos que definen el Estado constitucional quedan muy modulados “*cuando se acercan al mundo de los cuarteles*”.¹³ Lo vital de garantizar su eficiencia como último reaseguro de la sobrevivencia del grupo político, determina lo que podríamos llamar un “estado de necesidad funcional”, el cual justifica una especial reglamentación de los derechos fundamentales de los militares. Tanto respecto de los insitos a la persona en sí misma como la vida y la intimidad, como los que inciden sobre su participación en el colectivo social (derecho de expresión, derechos electorales, etc).

Dicho fenómeno se proyecta en distintos ámbitos: en el plano personal de la vida del militar, cuanto en el organizacional del Estado, con la existencia de un especial sector de éste cual son las Fuerzas Armadas.

¹³ Cotino Hueso, Lorenzo, El modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Tesis Doctoral, INAP-CEPC, Madrid, 2002.

Podemos a este respecto señalar el Capítulos II, III y VII como los lugares donde en específico se contribuye al cumplimiento del presente objetivo.

3. Justificación de las tesis subordinadas

La tesis desarrollada en el presente, a los efectos de una más completa y clara justificación, se desarrolló en una serie de tesis subordinadas, enunciadas en el parte introductoria.

Clarificados en el punto previo el alcance de los objetivos en conexión con lo realizado en el presente, debemos ahora recapitular respecto de las tesis secundarias. Cuya justificación deviene en necesaria a los efectos de lograr idéntico propósito, de modo pleno, respecto de la tesis principal. Que no resulta sino la integración de ellas.

a) El estado militar es una especie dentro del estado del ciudadano.

El estado militar no resulta un *status* de tipo profesional, desde que se hallan investido del mismo personas que cumplen con la prestación militar, la que puede ser de naturaleza voluntaria o incluso obligatoria, con carácter transitorio, es decir carente de la nota de profesionalidad.¹⁴

Es una especie del estado de ciudadano, por cuanto la posesión de tal estado constituye el requisito primero e indispensable para obtener y mantener el estado militar.

Esto es una particularidad de nuestro ordenamiento jurídico, tanto respecto de la historia del derecho militar como de lo que actualmente ocurre en otras parte del mundo. La ciudadanía como presupuesto de la posibilidad de ser militar, nacida en Grecia y consolidada como regla en la Roma primitiva, deja paulatinamente de regir desde el siglo I a.C. hasta retomarse a partir de la revolución francesa. Pero hoy en día, en Europa (Francia, Inglaterra, España) y en los Estados Unidos, se acepta que extranjeros puedan formar parte de sus fuerzas militares.

La reserva a los ciudadanos de la posibilidad de ser militares, se explica también en la historia de nuestro país del siglo XIX, un receptor de inmigración, y por la necesidad siempre constante de los argentinos de definir su nacionalidad. Frente a ello la prestación militar se erige, no sólo como un elemento diferenciador frente a los no nacionales residentes, sino como un factor de aglutinamiento y consolidación de la idea de pertenencia a una comunidad política, en este caso la argentina.

La relación género-especie entre el ciudadano y el militar, se halla establecida desde la Constitución misma, que en su art. 21 habla, con la terminológica del siglo XIX de “obligación”, que debe traducirse en el presente como un bicéfalo deber-derecho¹⁵ de armarse, exclusivo de los ciudadanos. De conformidad a ello, la ley de defensa nacional, limita el servicio militar sólo a los ciudadanos argentinos¹⁶, sin perjuicio que todos a los

¹⁴ Art. 25 de la ley 23554 de defensa nacional.

¹⁵ Desde que resulta a un mismo tiempo, un derecho del ciudadano a defender su comunidad, como un deber hacia el mismo que puede serle exigido desde el Estado. Ello da lugar a los dos tipos de modalidad de la prestación militar en cuanto a su acceso: la voluntaria y la obligatoria, que se han referido en el Capítulo II del presente.

¹⁶ Art. 26, ley 23554 de defensa nacional.

habitantes les resultan exigibles prestaciones personales no militares en el área de la defensa.¹⁷

Asimismo puede verse en los artículos 28, 29, 30, 31, 32, 35,36, y 37 de la ley 19101, la que reserva a los ciudadanos argentinos la exclusividad para el ingreso en las distintas categorías de las Fuerzas Armadas, o en las reservas de ellas.

La calidad de ciudadano importa aún más que la capacidad en el oficio militar, desde que pueden adquirir tal estado ciudadanos convocados sin instrucción militar, y que asimismo no obsta a tal adquisición que la capacitación castrense se haya producido en ejércitos extranjeros.¹⁸

Una norma que asimismo pone de manifiesto la calidad de militar como derivación del estado de ciudadanía, es el artículo 20 de la ley 19101, que determina como una de las causales de baja, que implica la pérdida del estado militar, del personal del cuadro permanente y cuadro de reserva, *por pérdida de los derechos inherentes a la ciudadanía argentina*.¹⁹

Tal postura adoptada en nuestro derecho, puede rastrear sus antecedentes históricos, siguiendo a Von Der Gloz²⁰, en el concepto respecto de la naturaleza de los militares que comienza a establecerse de la mano del poder absoluto de los reyes, levantado sobre las ruinas del feudalismo, que instaura unas fuerzas armadas de carácter permanente, primero mercenarias y luego, como última etapa de su evolución, a fines del siglo XVIII, devino en el ejército de ciudadanos.

Es por ello que del militar se ha expresado *que «no es más que un ciudadano armado en defensa de la República»*.²¹ Encontrándose en ordenamientos similares en concepción al nuestro, la inclinación a revalorizar la calidad de ciudadanía de los miembros de la Fuerza Armada, como es el caso de la Constitución peruana de 1823, que los consideró como *«ciudadanos con el uniforme de la Patria»*.²²

Ello, asimismo, es una consecuencia de las nuevas responsabilidades cívicas y el cada vez mayor respeto a los derechos fundamentales del ser humano, que al decir de Rouquie²³ resultan incompatibles con la idea de unas fuerzas armadas segregadas de la sociedad civil, siendo consecuencia de ello que, el estado militar, ya no pueda ser visto como una forma de separación del sector militar respecto del civil, sino como el medio jurídico garantizar un ciudadano-soldado, que conjugue a la vez, conciencia cívica y eficiencia castrense, al entenderse su naturaleza como una forma del ejercicio de la ciudadanía.

Tal relación como se da en el presente, y en lo que respecta a nuestro derecho, pese al tiempo que nos separa, se halla planteada en términos jurídicos no muy disímiles de los del ejército romano en su fase republicana.

¹⁷ Art. 27, ley 23554 de defensa nacional.

¹⁸ Arts. 34,40 y 45 de la ley 19.101.

¹⁹ Inc. 7º del artículo citado.

²⁰ La nation armée, pág. 92. Cit por Martínez Muñoz, Idelfonso M., Derecho militar y derecho disciplinario militar, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 70.

²¹ García Belaunde, Domingo. Las constituciones del Perú, Edición oficial, Lima, 1993, pág. 116.

²² Guerra Martinère, Margarita, Del voto militar, En: Elecciones vol.2 Nº 2. -- Lima : Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, dic. 2003, pág. 135. La frase pertenece a la Constitución peruana de 1823.

²³ Rouquie, Alain. Las fuerzas armadas. América Latina, introducción al extremo occidente. Siglo XXI. México, 1989.

Como hemos visto en el capítulo I, esa vinculación de género a especie entre ciudadanía y deber militar, es una constante en el ámbito jurídico de la región latinoamericana. Y aun en otros países en que permiten en sus Fuerzas Armadas que permiten el acceso de extranjeros, se hace evidente la relación entre estado o condición militar y ciudadanía.²⁴

Consecuencia de ello es que:

*“El ciudadano que abraza la carrera militar sigue siendo persona y ciudadano, y por ello titular de todas las prerrogativas, garantías y libertades esenciales que al ciudadano y habitante le corresponden en un Estado de derecho. Los militares, si bien tienen “deberes” legales, tienen también “derechos” jurídicos...”*²⁵

b) Con relación a su papel en la comunidad política, los ciudadanos se dividen en civiles y militares. Participando los primeros del manejo de la res publica y resguardando los segundos tal organización política.

Esto ha sido justificado en el capítulo VII en la parte que trata acerca de los derechos constitucionales de los militares. Pues como nos dice Sucre Heredia, lo único que tienen en común lo civil y lo militar es, entonces, la condición de ciudadanos -porque han creado la ciudad política- pero en donde las tareas desde el punto de vista de la administración de lo público se hallan separadas. La administración de la violencia -parte del contrato social- queda en manos del Estado y de la organización creada para ello: las Fuerzas Armadas, para defender a la ciudad. Lo civil administra lo político compitiendo por el poder del Estado, mediante otra organización: los partidos políticos, para definir a la ciudad. En otras palabras, se define a la ciudad como una trilogía: lo político administra la ciudad, lo militar defiende la ciudad, y la sociedad civil define lo que es la ciudad.

Por lo que debe hablarse de no de "derechos civiles de los militares", sino de "derechos políticos de la ciudadanía civil" y de "derechos políticos de la ciudadanía militar". Los primeros, definen la polis; los segundos, defienden la polis.²⁶

La extensión de tal concepto de “defensa” es esencialmente variable, respondiendo a las necesidades de la comunidad en un momento dado. Pero en su forma pura, es siempre respecto de amenazas externas a la comunidad social.²⁷

Podemos observar claramente del contraste entre los ciudadanos civiles y los militares, que ambos parten de la misma base común (la ciudadanía). Siendo el militar, jurídicamente hablando, el resultado de la adición de las exigencias del estado militar a ese rol de ciudadano común, situación que conlleva en lo principal, una doble exigencia: por una parte, de cierta inacción en el campo particular de la política (imposibilidad de ser electo, en materia de libertad de expresión, de asociación, de participación política), ello a

²⁴ Respecto de esto último ver lo expuesto en el punto 17 del Capítulo I.

²⁵ Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Teoría general, tercera edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 566/7.

²⁶ Sucre Heredia, Ricardo, Derechos civiles de los militares. ¿Realidad o ficción?. Universidad Simón Bolívar. Instituto de Altos Estudios de América Latina. [On line]. Disponible en: <http://www.iael.ve/92/92-8.pdf> [Consultado: 02 de abril de 2005], pág. 140/1. Ver además, lo desarrollado en extenso en el capítulo VII respecto de las restricciones de los derechos de los militares.

²⁷ Respecto de la concepción actual de la defensa en el derecho argentino, ver lo expuesto en el Capítulo II.

fin de garantizar su neutralidad política y subordinación a la autoridad civil. Y por otra parte, opera como una sujeción a determinados postulados de vida²⁸, no sólo respecto del modo que cumple la prestación militar, sino también en cuanto a la corrección y comportamiento frente a la sociedad toda y por el sólo hecho de ser militar.

- c) **Constituye una situación jurídica de carácter especial, la cual se encuentra reglada por normas especiales, principalmente pero no de modo exclusivo en la ley del personal militar N° 19.101.**

Decía en un discurso ante el senado, en 1906, Carlos Pellegrini:

*“El militar tiene otros deberes y otros derechos; obedece a otras leyes, tiene otros jueces (...) El está armado, tiene el privilegio de estar armado en medio de los ciudadanos desarmados”*²⁹

Que el estado militar resulta una situación jurídica especial, surge de su misma naturaleza, de su carácter de institución castrense y de la voluntad del legislador. De la primera, pues su misma definición lo limita a quienes ocupan un lugar en la jerarquía de las FFAA. Remitiendo por tanto a una consideración tratada ya en el capítulo I y V como de naturaleza institucional y administrativa, y no connatural a la persona humana, desde que esta no nace ni se desenvuelve "jerarquizada" en nuestro mundo jurídico, sino que por el contrario, en el estadio actual de evolución jurídica la propia vigencia del principio de igualdad como general del derecho y de derecho público, torna de existencia e interpretación restrictiva todo lo atinente a los sistemas jurídicos de jerarquías.

Asimismo, por su carácter de instituto típico del derecho militar, participa del carácter de especialidad de éste, debiendo entenderse esto último en el sentido y con el alcance detallado en el capítulo IV.

Finalmente, es la voluntad del legislador, principiando por el de nivel constitucional, él darle ese carácter. Así siendo el instituto una derivación del art. 21 de la Constitución, debe estar a lo allí normado. No hablándose sino de la obligación de "armarse" (lo que tiene su correlato jurídico en la formulación del estado militar para encuadrar a la persona que se halla en dicha situación constitucional) para la defensa de la Patria y la Constitución, surgiendo de sus mismos términos la excepcionalidad de dicha conducta.

- d) **El estado militar tiene semejantes efectos respecto de la persona con relación a su ciudadanía, a los que tiene el estado civil en el universo de la familia.**

²⁸ Es por ello que en la normativa castrense no es raro encontrar cláusulas enteramente axiológicas. Como en las reglamentaciones de los distintos regímenes del servicio de las FFAA, en que la parte dedicada a puntualizar los valores, actitudes y conductas que deben guardarse no es menor y por lo general resulta el primer aspecto del servicio que se regula.

²⁹ Citado por Corino, Carlos, y Andreasen Knud, El Honor: ¿Cosa del pasado? Acerca de la ética, el honor y el honor militar, Doctra N° 18, Centro Aeronáutico de Estudios Estratégicos, Buenos Aires, 1999, pág. 3.

El mal denominado³⁰ estado civil, inscribe en términos jurídicos a la persona en una posición determinada frente a sus relaciones de familia (soltero, casado, etc). Determinando sus derechos y obligaciones con relación a ella.

De modo semejante, el estado militar tiene sus principales efectos, en cuanto al actuar jurídico de la persona de situarla³¹, en cuando a sus derechos y obligaciones en tres diversos planos. Siendo dos de ellos de naturaleza pública: a) el institucional interno o régimen de servicio³²; y b) el institucional externo o como miembro de la comunidad política³³. Y el restante de naturaleza privada: del militar en sus relaciones con las demás personas³⁴.

Pero debe destacar que, de modo directo o mediato, su encuadre responde a su especial función dentro de la comunidad política.

Es precisamente por resultar la prestación militar, una actividad eminentemente política en su carácter más primario, es que debe ser sustraído quien la cumple de toda otra adjetivación dentro de tal categoría. Como las de naturaleza partidaria, sectorial, etc. Es por tanto un modo de vivir la ciudadanía en su forma sólo esencial, a fin de no excluir a ningún tipo particular de ciudadanos. Lo que naturalmente lleva a que no pueda admitir en su ámbito, ninguna posibilidad de especificación partidaria, sectorial o ideológica.

e) La existencia de esta especial posición jurídica del militar se justifica en la necesidad de la supervivencia por la defensa de una comunidad política.

La justificación del presente postulado subordinado ha sido llevada a cabo en los capítulos II (respecto de su nacimiento a partir la relación ciudadano-estado, que da forma a la figura del militar como respuesta a la necesidad de protección y supervivencia de su elemento población y en definitiva, del Estado mismo) y capítulo III (con relación a la consecuencia primera y contemporánea de la existencia del militar: su ubicación dentro de una especial organización estatal, de rasgos institucionales como son las fuerzas armadas).

Esa necesidad de protección y supervivencia en el ámbito colectivo, se traduce en el establecimiento en el ámbito individual de la prestación de servicios militares. Que si bien ha sido impuesta en el art. 21 de nuestra Constitución Nacional con rostro obligacional, cuando se la analiza (capítulo II), vemos que estamos frente a una manifestación jurídica compleja, donde se conjuga tanto el derecho de defensa como el deber de defender.³⁵

Por otra parte, esta especial posición jurídica no es sino una traducción al derecho, y máxime cuando es realizada dentro del contexto de un estado de derecho como el nuestro, de la necesidad social ya enunciada en el primer párrafo del presente.

³⁰ Ver al respecto lo expuesto en el Capítulo I en la parte que se trata a los distintos supuestos de estado, con cita de Borda.

³¹ Con relación a las cuestiones específicas de su emplazamiento y pérdida del mismo, véase lo desarrollado en el Capítulo V.

³² Detallado en el Capítulo VI y primera parte del Capítulo VII en cuanto a su condición añadida de funcionario público.

³³ Expuesto a lo largo de la segunda parte del Capítulo VII, al tratar la incidencia del estado militar en sus derechos constitucionales.

³⁴ Trabajado en el Capítulo VIII.

³⁵ Véase asimismo, en cuanto a sus derivaciones institucionales (Fuerzas Armadas y su regulación por la autoridad constitucional), lo dado en el Capítulo III.

Por otra parte, resultaría ilógico que se pusiera tal deber de defensa en cabeza de los ciudadanos, sin que correlativamente no se estableciera una normativa jurídica que posibilitara llevarlo a cabo sin perjuicios de la necesidad de la comunidad, asegurándose de la recta acción de quienes resultan depositarios del mayor poder de fuerza en ella posible. Normativa que a la vez, en un Estado de Derecho, debe contemplar las especiales necesidades de protección que requiere quien lleva a cabo la prestación militar, a fin de no situarlo en una categoría “disminuida” de ciudadanos, es decir que no implique una restricción de su actuar mas allá de las necesidades de tal actividad.

- f) Que a diferencia del ciudadano-elector que genera el primer paso en la formación de sus manifestaciones de voluntad, la actividad del militar es a posteriori de la formación de la comunidad política, siendo asimismo fundamentalmente hacia al exterior de ella (y no en el interior como la del elector), como una suerte de coraza que la resguarda de ingerencias de fuera que amenacen su continuidad o la plenitud de su funcionamiento.**

Como se ha visto en el capítulo II, el Estado surge para cubrir necesidades colectivas, y una de esas necesidades que se le encarga satisfacer es la de defensa. Otorgándole a los fines de su cumplimiento, potestad de exigir determinadas prestaciones, tanto personales como respecto de bienes.

Dentro del género de las prestaciones personales de la defensa, se ubica una prestación esencial (si bien no la única) y particular dentro del género que resulta la prestación militar.

Una de sus especiales características, resulta que cualquiera sea la modalidad que asuma³⁶, no puede acaecer sino dentro de un sector específico del Estado, cuales son sus Fuerzas Armadas. Las que resultan estructuras institucionales permanentes, de base constitucional y reconocidas por el derecho internacional, como parte esencial de los atributos del Estado, que encuadran el potencial humano movilizad y los medios materiales necesarios para llevar a cabo la defensa militar de la Nación, en tierra, mar, aire y espacio exterior.³⁷

Pues en palabras de Bielsa³⁸: “Asegurar la defensa nacional implica organizar la Fuerza Armada en toda la República”.

Como ha podido apreciarse en el desarrollo tanto de la evolución histórica cuanto de la naturaleza y caracteres de la institución armada³⁹, no es otra cosa, por su composición y misión, que parte de la sociedad a la que resguarda; resultando en cada caso concreto de su manifestación en las distintas comunidades políticas y sus ordenamientos jurídicos, con los caracteres peculiares y distintivos que implica, nada más que una consecuencia del grado de civilización que dicha sociedad ha logrado.

³⁶ En relación a la cuestión, véase lo expuesto en el Capítulo II respecto de los distintos tipos posibles que asume la prestación militar.

³⁷ Conf. De Bordeje Morencos, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martín, Madrid, 1981, pág. 74.

³⁸ Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Tomo I, 5 edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, pág. 297.

³⁹ En el Capítulo III del presente.

Como lo formula Cotino Hueso, en la presentación de su tesis doctoral⁴⁰, si bien en cierta medida las peculiaridades del elemento militar de la sociedad no son sino un reflejo o consecuencia del sistema político y del pensamiento imperante, ello no debe llevar a olvidar ni dejar de advertir que el estado de la fuerza armada resulta un factor que determina en buen grado la conformación del propio sistema de organización social, política y económica imperante en cada momento histórico, influyendo con su función de resguardo de dicha comunidad y de sus leyes, de un modo determinante en la existencia misma de las organizaciones políticas.⁴¹

g) Que la situación jurídica del militar (estado militar) se proyecta tanto en el plano del derecho público cuanto del derecho privado.

En nuestro derecho privado se encuentran un conjunto de normas específicas que tratan respecto de la condición militar, pudiéndose hablar perfectamente de un derecho privado militar.

Se ocupan de esta forma del personal militar, los siguientes artículos y notas del Código Civil Argentino: nota al art. 14; art. 84; art. 90, inc. 2; arts. 105 a 107; art. 112; art. 114; art. 117; art. 264 quarter; art. 398; art. 1449; nota al art. 1522; art. 1870; arts. 3672 a 3681; 3687 y 3688; nota al art. 3980.

En el derecho del trabajo encontramos el Art. 214⁴² de la ley de contrato de trabajo N° 20.744. Así como en distintas convenciones colectivas de trabajo.⁴³

También en la regulación del ejercicio de diferentes profesiones encontramos la remisión a la norma castrense. Como por caso, en el art. 3° inc. 4°, sujeta el ejercicio de la abogacía en el ámbito de la Capital Federal, respecto de personas con estado militar, a lo que disponga las normas que los regulen.⁴⁴

Asimismo, encontramos disposiciones en otras normativas, como por caso en todo lo referido a la posibilidad de poseer armas, en el artículo 14 de la ley 20.429 y su reglamentación.

Hemos aquí referido sólo aquellas normas que directamente se dirigen a regular a quien inviste un estado militar, sin perjuicio de otras que se le aplican en cuanto funcionario público, comunes con el resto de la administración pública o que importan en determinadas situaciones de excepción, el ejercicio de ciertas y puntuales funciones de determinada clase de funcionarios, como los oficiales públicos.⁴⁵

⁴⁰ Cotino Hueso, Lorenzo, El modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Tesis Doctoral, INAP-CEPC, Madrid, 2002.

⁴¹ Respecto del origen, carácter nacional (consecuencia natural de la estructuración del estado militar como especie del de ciudadanía), naturaleza y rasgos jurídicos de las Fuerzas Armadas, debe verse lo desarrollado en el Capítulo III.

⁴² Texto conforme a la ley 21.297.

⁴³ Ver lo desarrollado en extenso en el Capítulo VIII.

⁴⁴ Ver al respecto, lo expuesto en el Capítulo VI respecto del principio de supremacía de las funciones militares respecto de las ordinarias.

⁴⁵ Para un desarrollo más extenso, remitimos al Capítulo VII en su primer apartado.

Es por ello en la propia ley 19.101, tanto en la parte que se regulan los deberes como los derechos del estado militar⁴⁶, se expresa que resultan ellos los “esenciales” de dicha categoría, admitiendo la existencia de otros en distinta normativa.

Por otra parte, la presencia de normativa castrense referida a dicho estado militar, fragmentada a lo largo no sólo del derecho público sino también del privado, no es más que un reflejo del doble carácter característico que la normativa del derecho militar presenta, de estar integrada tanto por normas integradas en legislaciones comunes como en legislación especial, o propiamente militares.⁴⁷

h) El estado militar se diferencia netamente, por naturaleza, estructura y proyección jurídica, de la obligación militar que acompaña (potencial o vigente) a la condición de ciudadano; así como de la relación jurídica de derecho administrativo (militar) que vincula a la persona con el estado.

En el Capítulo II hemos visto que la obligación militar es, en nuestro ordenamiento jurídico, inherente a la condición de ciudadano (art. 21 CN). Si bien, como ha afirmado la doctrina, no parece que “... *el hecho que la Constitución señale la obligatoriedad de defender la Patria mediante un servicio militar exija la existencia de éste en todo tiempo y lugar*”⁴⁸.

Se ha deslindado a tal carga pública, del estado jurídico sobreviviente a su incorporación a la institución militar a los efectos de concretarla⁴⁹. Puede haber relación jurídica de tipo militar sin posesión de estado castrense (enrolamiento, convocatoria a servicio de conscripción, revisión médica de aptitud previa a la incorporación) y posesión de estado sin relación jurídica o con ella reducida a un nivel residual (domicilio militar opuesto a terceros civiles en el primer supuesto; personal en situación de retiro en el segundo). Pues esencialmente el estado se halla asociado a la posesión de un grado militar, en tanto la relación surge de la prestación de servicios. Difieren en su alcance, desde que la relación militar es de la persona con el Estado, vía institución militar, dentro de dicha organización. En tanto el estado castrense como situación jurídica, sitúa al militar dentro de la comunidad política nacional, más allá de la administración estatal. Resulta por ello, una situación común y de base a todo el personal militar, en tanto el régimen de servicio se particulariza en atención al tipo de prestación militar, categoría, agrupamiento por función, etc.

En este sentido, y como se ha desarrollado en el capítulo VI⁵⁰, la relación jurídica militar denominada también como régimen de servicio, es el modo en concreto que se actúa el estado militar por parte de una persona, guardando una íntima relación pero sin

⁴⁶ Arts. 7 y 8, respectivamente, de dicha norma legal. Desarrollados en general en el Capítulo V y en particular en el Capítulo VI.

⁴⁷ Guerisoli, Osvaldo, Contenido y fundamento del derecho militar. Necesidad de intensificar su estudio y divulgar su conocimiento. Revista de información aeronáutica, Vol. 2. Buenos Aires, 1945-1946, pág. 261/2. Ver además lo desarrollado en el Capítulo VIII en su primer punto.

⁴⁸ Alli Turrillas, Juan Cruz, El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 127.

⁴⁹ Véase en este punto, lo expuesto en el Capítulo V respecto de la adquisición del estado militar.

⁵⁰ Remitimos aquí a lo desarrollado en el Capítulo V en la parte en que se analiza la naturaleza del estado militar, disponiéndola de la noción de relación jurídica, y en el Capítulo VI respecto de sus diferencias con la relación jurídica militar general o régimen de servicio.

confundirse. Pues a diferencia del estado, no es ya una situación jurídica, con centro en una persona humana, a la que se imputan deberes y derechos, sino que trátase de los vínculos jurídicos que se establecen a consecuencia de una determinada prestación militar.

Es decir que el Estado militar es el punto de partida, de una multiplicidad de relaciones (de mando, jerárquica, de servicio, disciplinaria, de obediencia, etc.), que generalmente se agrupan de modo unitario bajo la denominación de relación o régimen de servicio.

Esta distinción se aprecia en aspectos concretos de la vida relacional, como la asignación de funciones, cambio de destino, desempeño de comisiones del servicio, encuadre en diversas situaciones de revista, que no afectan al estado militar, pero sí en cambio modifican la relación de servicios en el personal del caso. Ya que en tanto el estado militar es la faz estática del militar (poseyéndoselo o no) sin graduaciones, en tanto la relación jurídica integra la dinámica, y por ello admite en su ámbito una multiplicidad de situaciones posibles bastante numerosas.

i) En el aspecto público del derecho, el estado militar se manifiesta en una distinta reglamentación de los derechos fundamentales de las personas que integran las FFAA.

Se ha podido apreciar dicha característica en la segunda parte del capítulo VII, al tratar cómo incide la condición o estado militar respecto de los derechos constitucionales.

Resultando, por lo allí expuesto, que la especial naturaleza en que se emplaza a una persona a consecuencia de la adquisición del estado militar, se refleja en el ámbito de las facultades de los sujetos, y desde el campo del derecho público, en limitaciones o restricciones a determinados derechos fundamentales de quienes poseen dicha condición castrense, más allá de los comunes del derecho en cuestión y aplicables a cualquier persona.

Se los ha entendido como límites específicos, más estrictos, impuestos a ciertos sectores o grupos de ciudadanos, en razón de la función que desempeñan.⁵¹

j) En cuanto al aspecto privado del derecho, el estado militar supone para el individuo la aplicación de normas especiales y propias para regular algunos aspectos centrales de su vida civil, en atención al particularismo de la vida castrense.

El estado militar determina en cuanto al derecho civil militar, una normativa particular aplicable al personal castrense respecto del derecho civil que rige a los demás habitantes.

Es por ello que en la doctrina se ha entendido que “*merced a un régimen iuscivilista particular, se aplica un estatuto jurídico de excepción a los militares*”⁵².

Diferenciación que se funda no en un privilegio de tipo personal, ni ha privilegios basados en una noción de clase, como podía ocurrir en la edad media y moderna⁵³, sino por

⁵¹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 371/1993, de 13 de diciembre. RA 2469/1991. BOE 16, de 19 de enero de 1994.

⁵² Abásolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sárfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, pág. 39.

la necesidad asegurar una igualdad de goce de “derechos civiles” respecto de una forma de vida tan particular como la militar. Transhumante y de riesgo. Frente a la cual, la aplicación de las regulaciones civiles generales, se tornaría imposible en algunos supuestos, y conduciría a soluciones francamente reñidas con el principio de justicia en otros casos.

Es por ello que tales normas especiales se dirigen de modo principal a una situación particularísima, por lo que más allá de alcanzar al militar, en principio, extienden sus efectos también a los que se hallan por su causa en análoga situación. Con el propósito de a través de un conjunto de derechos, facultades y beneficios específicos, igualar en las posibilidades de goce de los aspectos civiles de su vida, que de otra forma serían de imposible ejercicio.

k) En tanto en el derecho público el estado militar supone una apreciación restrictiva de determinados derechos (libertad de expresión, de asociación, etc) en el derecho privado la condición militar le otorga por lo general, mayores facultades que respecto de los civiles (domicilio, testamento, etc).

Es este uno de los efectos más destacables del estado militar. Pues como hemos observado en el capítulo VII, los derechos que se interpretan restrictivamente en materia de derechos constitucionales, son en particular los de naturaleza política. Desde que la horizontalidad insita del sistema democrático, trasladada sin más a lo castrense, determina no sólo la ineficacia del instrumento militar para cumplir con las funciones constitucionalmente encomendadas, sino que además se constituye en un foco de peligro para esa misma libertad. Es por ello que los militares en cuanto a sus derechos políticos, y en virtud del eminente carácter político que tiene la función a su cargo, se hallan restringidos o reglamentados especialmente en cuanto al ejercicio de dichos derechos, a los efectos de resguardar la neutralidad partidaria e ideológica de las Fuerzas Armadas, a fin de mantener su cohesión y disciplina y con ello, la eficiencia en el cumplimiento de la tarea de proteger la existencia misma de su comunidad política.

Pero tales necesidades, cuando se proyectan respecto del derecho privado, obran no de modo restrictivo respecto de los derechos, sino en sentido contrario. Pues determinan en tal plano jurídico, la necesidad que el militar no se vea distraído o impedido por sus asuntos civiles respecto de las obligaciones de su prestación militar.

En tal forma, el militar puede constituir domicilio por su sola voluntad, sino quiere adherir a la presunción que la ley establece en su beneficio. En lo relativo a capacidad, se establecen dos diferencias respecto del derecho civil que rige a los demás habitantes. Por un lado, habiendo alcanzado, al menos, el rango de sargento, el militar es hábil para hacer de testigo en un testamento castrense, aun antes de alcanzar la mayor edad. Por otro, el código lo exime de tutelas y curatelas por vía de la incapacidad de derecho. En materia de patrimonio, la ley civil determina que carece de la posibilidad de ceder los bienes adquiridos en planes de reforma militar. Por último, el código establece que la prueba del fin de la existencia de los hombres al servicio del ejército puede demostrarse mediante unos

⁵³ Ver al respecto lo expuesto en el Capítulo II con relación a la evolución de la noción de militar, lo desarrollado en el Capítulo IV respecto de la estructuración del derecho castrense, y lo estudiado en el primer y segundo puntos del Capítulo VIII.

procedimientos de excepción. Pudiendo en combate testar por un procedimiento simplificado.⁵⁴

Es decir que tanto por vía de sustracción en lo público como por adición en lo privado de los derechos, se está respondiendo desde el derecho a un mismo fin: que el militar pueda dedicar de modo fiel a la prestación militar, la totalidad de su atención y esfuerzos.⁵⁵

4. Tesis planteada. Su justificación a lo largo de la presente obra

Siendo nuestra tesis una integración de las subordinadas, justificadas éstas precedentemente, no queda sino realizar aquí las puntualizaciones generales de ella, y las consecuencias que en el ámbito global que se le derivan.

Planteamos nuestra tesis en los siguientes términos:

La institución del estado militar configura un supuesto especial de ejercicio de la ciudadanía, siendo una especie dentro del estado de ciudadano, que se materializa colocando al sujeto en una especial situación jurídica, la que supone un plus especialmente de obligaciones pero también de derechos, que modaliza al sujeto de derecho de una forma y con un alcance profundo e integral, más allá de la relación jurídica de derecho público con la organización estatal, abarcando también aspectos de derecho privado de la persona humana.

Y puntualizábamos respecto de ella, como consecuencia de tal enunciación:

Es por ello que el estado militar, o la situación jurídica del militar, más que reflejar las funciones que el militar esta llamado a cumplir en el seno de las fuerzas armadas, es la traducción jurídica de una forma particular de servicio cívico en su comunidad, de una identidad militar que se halla determinada no sólo por su función y facultades, sino también por el forma en que se ubica en tal sociedad de ciudadanos.

El estado militar reviste en nuestro derecho, una función equilibradora de dos situaciones a las que el derecho otorga similar nivel de importancia: por un lado, de la reguardar aspectos básicos de la personalidad del individuo que pasa a formar parte de una organización armada, jerarquizada, presidida por el principio de una autoridad y con una regulación de vida sumamente acentuada. Y por el otro, la necesidad social que esa militarización de parte de los miembros de su comunidad, se halle encaminada a su

⁵⁴ Conf. Abásolo, Ezequiel, El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sárfield, el ejército y la guerra. Separata de la Revista de Historia del Derecho N° 22, Buenos Aires, 1994, págs. 39 y sgtes. Véase asimismo lo expuesto en el Capítulo VIII para un detalle completo de la cuestión.

⁵⁵ United States Air Force. Air Force Judge Advocate General School. *The Military Commander and the Law*. Sixth Edition. Maxwell Air Force Base, Alabama, 2002, págs. 258: "...to enable service members to devote full attention to duty", en palabras de la doctrina castrense estadounidense.

resguardo, y no se traduzca en una fuente de amenazas a los derechos y libertades colectivos que, precisamente, busca resguardar hacia el exterior.

En pos de ello, se lo define en nuestro derecho como una situación específica dentro del estado de ciudadano, buscando asegurar a un mismo tiempo y en tal forma: 1º) un grado máximo de lealtad y compromiso, tanto en la defensa de la Patria (comunidad política) cuanto de su ordenamiento constitucional; 2º) que el individuo retenga la mayor porción de derechos básicos que fueren compatibles con el ejercicio de la función militar.

Su asociación con la ciudadanía, asimismo, se deriva del principio de nacionalidad sobre el que se construyeron las sociedades políticas actuales, que hacen de sus Fuerzas Armadas desde los comienzos del siglo XIX, exponentes de la Patria y de sus ciudadanos. Entendiéndose que solamente los nacionales pueden ser fieles en la guerra y puede pedírseles la entrega de la vida en virtud de los intereses de su Nación.⁵⁶

Definida en esencia y en nuestro derecho como una situación jurídica, recibe en otros ordenamientos⁵⁷, y más contemporáneamente, la denominación de “condición militar”. Resultando una “*condictio iuris*”, es decir, un presupuesto objetivamente exigido, en nuestro caso por la ley, para la producción de efectos jurídicos.⁵⁸ El acaecimiento de dicho presupuesto (ocupar un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas), determina un conjunto de derechos, deberes, restricciones y liberalidades de carácter primordialmente imperativo en cabeza de la persona humana que encuadrada en tal situación, por el solo hecho de estarlo, e independientemente del régimen de servicio, clase de la prestación militar que deba al Estado, o forma de reclutamiento.

Como nos expresa Rossi⁵⁹, el significado mismo de la expresión condición [estado] militar no debe ser considerada como sinónimo de “condición disminuida”, sino simplemente como una condición diversa, que comporta un equilibrio entre renunciaciones y beneficios.

Podemos definirlo entonces al estado militar aquella situación jurídica que resulta una especie dentro del estado de ciudadano, constituida por el conjunto de deberes y derechos específicos, así como la especial reglamentación de los comunes a los demás ciudadanos, tanto de derecho público cuanto de derecho privado, inherentes a todo desempeño personal de cualquier tipo de prestación militar, integrando las fuerzas armadas en una posición jerárquica determinada, que se encuentran estatuidos en las leyes y reglamentos dictados por el Estado, y que resulta común a cualquier tipo de régimen de servicio castrense.

Constituye un instituto típico y estructurante del derecho militar, al igual que por caso, la del estado diplomático es propia de aquel derecho⁶⁰.

Cabe destacar que si bien es típica al derecho militar, no es exclusiva o particular de dicha rama. Manteniendo importantes puntos de contacto con el derecho

⁵⁶ Conf. Alli Turrillas, Juan Cruz, El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 132/3.

⁵⁷ Por caso, España o Venezuela, entre otros. Ver al respecto el capítulo V.

⁵⁸ Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe s.a., Madrid, 1998, pág. 208.

⁵⁹ Rossi, Domenico, L'aggiornamento della normativa: limiti attuali e prospettive. Intervención. Convegno di studi: “La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate”. Società Internazionale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004, pág. 10.

⁶⁰ Usinger, Owen, Estado diplomático, en Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo XI, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1977, pág. 11/14.

constitucional en especial, el que la fundamenta y delimita en sus grandes rasgos⁶¹, y en menor medida por el derecho administrativo⁶² y hasta el derecho civil.⁶³

Es por ello que su particularidad no implica la aplicación de ciertos principios y normas de otras ramas del derecho, en especial del Derecho constitucional, administrativo y civil.

La visión actual del derecho militar como un sector jurídico complementario y no autosuficiente, como lo percibía la doctrina clásica, sumado a la actual concepción que entiende, sin mengua de su institucionalidad, a las Fuerzas Armadas como una administración especial dentro del Estado, ha llevado a la recepción de mucha normativa del funcionariado público, entendiéndose hoy al militar como un funcionario público de rasgos especiales.

El contenido del estado militar comprende pues, un conjunto de deberes y derechos de base, independientemente de su régimen jurídico de servicio, que se aplica exclusivamente pero sin excepción a todo ciudadano que cumpla una prestación militar, resultando por tanto una situación jurídica que se da respecto de una persona humana con cierta calificación jurídica (ciudadano), y que el derecho toma como supuesto de imputación de normas de distinto tipo.

Es así como el estado militar comprende a un mismo tiempo, toda una serie de obligaciones esenciales, de prohibiciones expresas, de incompatibilidades y de derechos. La posesión del estado militar comienza desde que el agente pasa a estar encuadrado dentro del orden jerárquico militar, es decir, desde que se le otorga un grado, para servicios militares de manera continua, y su pérdida sólo puede producirse cuando el titular incurre en algunas de las causales establecidas por ley.

Tratase de un cuadro normativo, fragmentado en diversas leyes pero captado en sus aspectos esenciales en la ley 19.101 del personal militar, que el legislador ha individualizado de modo preciso y no referible a otra realidad (propio y exclusivo).⁶⁴

Su posesión, como ha podido verse, lo coloca en una posición especial en la sociedad, ni peor ni mejor que la de los civiles. Simplemente distinta. Tanto en el derecho público, como frente a ciertas relaciones de derecho privado. De fuerte contenido obligacional, conformando un complejo jurídico-organizativo totalmente predeterminado en el que el Estado estatuye las condiciones generales y a las que debe amoldarse la persona. Pudiendo incluso la autoridad estatal, variarlas⁶⁵.

Esta posición estatal de poseer una amplia *potestas variandi et configurandi* del estado militar y de las relaciones castrenses que de él se derivan, debe tener como necesario

⁶¹ A mérito de lo establecido en el art. 21 de la Constitución Nacional. Ver al respecto lo dicho en el Capítulo V respecto de su naturaleza y origen.

⁶² Donde se constituye en el disparador de toda una serie de relaciones entre el Estado, vía Fuerzas Armadas, y el ciudadano armado o militar.

⁶³ En el que la condición o estado militar es regida de modo particular en cuanto a su domicilio, a sus obligaciones respecto de incapaces, y en materia de sucesión testamentaria bajo determinadas condiciones.

⁶⁴ Rossi, Domenico, L'aggiornamento della normativa: limiti attuali e prospettive. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Società Internazionale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004, pág. 2.

⁶⁵ Alli Turrillas, Juan Cruz, El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 149/50.

correlato el esmero en “regular con justicia y acierto las vicisitudes de la relación de militarización”.⁶⁶

Al decir de Duval, cuando se habla del militar y sus cuestiones, el debido tratamiento jurídico de su estado o condición, parte de su consideración como “un ciudadano al servicio de las armas de la república”.⁶⁷

De esta forma se ha superado la consideración de la condición militar como un fenómeno de acantonamiento jurídico-político, de la escuela francesa clásica, que entendía a los militares constituían como un cuerpo ajeno a la sociedad (*Fremdkörper*, en la concepción de la escuela prusiana) o un “Estado dentro del Estado”, para dar paso en la actualidad a concepciones como la del “ciudadano en uniforme”, en que se parte de la misma base de derechos del ciudadano civil, restringiendo sólo aquellos aspectos que fueren absolutamente necesarios en virtud de las especiales demandas del servicio de armas. Fruto esto último de la especial posición de poder en que se halla respecto del estado, y del consecuente deber de servicio y de lealtad.⁶⁸

Pues como expresa Marienhoff, el ciudadano militar continúa siendo persona y ciudadano, y por ello titular de todas las prerrogativas, garantías y libertades esenciales que le corresponden en un Estado de Derecho. Por lo que los militares, si bien tienen deberes legales, tienen también derechos jurídicos, debiendo por tanto el ordenamiento que los rija, respetar los principios fundamentales de la Constitución Nacional y los correlativos principios generales inmanentes a un Estado de Derecho.⁶⁹

Conciliar entre deberes y derechos, la horizontalidad democrática y la verticalidad militar, entre la noción de libertad e igualdad de una sociedad abierta, con los principios de autoridad y jerarquía, indispensables en la vida militar, ha fin de encontrar un justo punto que dé como resultado un militar ciudadano de la democracia, y un ciudadano militar eficiente, en ambos casos con calidad y eficacia institucional, es el desafío que en un Estado de Derecho se pretende resolver a través del instituto del estado militar.

Por ello su centralidad en el derecho constitucional y castrense, la complejidad de su contenido, la multiplicidad de sus proyecciones. Y su prolífico papel de iniciador de múltiples relaciones jurídicas particulares. Extendiéndose tanto en la esfera del derecho público cuanto del derecho privado. En la primera, restringiendo ciertos derechos que hacen a su personalidad (vida, intimidad) a los efectos de asegurar una entrega en no pocas hipótesis total a la comunidad que defiende, como de otro tipos de derechos, relativos a su participación política, entendida ésta en sentido amplio, en la sociedad, a fin de salvaguardar su neutralidad respecto de las divisiones que al interno de la sociedad se evidencia.

⁶⁶ Alli Turrillas, Juan-Cruz, La profesión militar, colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 630/1.

⁶⁷ Duval, Eugène-Jean, Pourquoi un statut militaire?. En La Tribune des sous-Officiers TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm> [Consultado: 29 de febrero de 2004]: “...comme un cotoyen au service des armes de la République et de la France”.

⁶⁸ Abel, Klaus, Armed Forces in a Democratic Society. Foundations and Conditions for Training and Education of the Citizen in Uniform. Documento presentado en la conferencia Civil-Military Relations in a Post-Settlement South Africa, organizada por el Institute for Defence Politics in conjunction junto a la Hanns Seidel Foundation, CSIR conference centre, Pretoria, 23 de Abril de 1992.

⁶⁹ Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 3° act, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 566 y sgtes.

Cabe destacar que en la persona del militar, lo que en derecho público se le resta a su actuación respecto del ciudadano civil, en la órbita privada se le amplía, por idénticos motivos, manteniéndose de esta forma una igualdad, en la consideración en conjunto de la capacidad de su persona.

Por todo lo antes dicho, es que el estado militar reviste caracteres tan particulares, obliga a tanto, permite lo distinto. Resultando tan esencial su adecuada comprensión y debido ejercicio, de parte de los ciudadanos militares que lo invisten, como de los ciudadanos civiles que les ordenan en virtud de él. Pues de ello depende no sólo la existencia de unas Fuerzas Armadas eficientes, subordinadas al poder civil, y de espíritu democrático, sino también y de forma principal, la misma existencia de la dignidad, humana y profesional, de las personas que las componen. Y el debido resguardo de la *res pública constitucional*, a la que tiene como fin proteger el ciudadano militar.

FUENTES Y BIBLIOGRAFIA

I. FUENTES

1. Legislación

A) Nacional

1. Constitución de la Nación Argentina. Texto de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1956, y 1994.
2. Ley Nacional N° 346 (Ciudadanía y naturalización).
3. Ley Nacional N° 4.707 (Orgánica del ejército) y sus modificatorias.
4. Ley Nacional N° 9675, (Cuadros y ascensos militares de la república).
5. Ley Nacional N° 12.913 ratificatoria del Dto 29375/44.
6. Ley Nacional N° 12.992, (Prefectura Naval Argentina).
7. Ley Nacional N° 13.996, (de personal militar).
8. Ley Nacional N° 14.028, (Código de Justicia Militar), con las modificaciones introducidas por la ley 23.049.
9. Ley Nacional N° 14.777, (de personal militar).
10. Ley Nacional N° 19.101 (personal militar de las FFAA).
11. Ley Nacional N° 19.349, (Gendarmería Nacional).
12. Ley Nacional N° 20.429 (de armas y explosivos).
13. ley de contrato de trabajo N° 20.744. Texto Ordenado en 1976 con sus modificaciones posteriores, incluyendo modificaciones ley 25877 (B.O. 19.03.2004).
14. Ley Nacional N° 23.554 (Defensa Nacional).
15. Ley Nacional N° 24.059 (Seguridad Interior).
16. Código electoral Nacional, conf. reforma de la ley 24.094.
17. Ley Nacional N° 24.193 (Trasplante y ablación de órganos). Derogatoria de las Leyes 21.541 y sus modificatorias 23.464 y 23.885.
18. Ley Nacional N° 25.880, (Condiciones de ingreso y egreso del país de fuerzas nacionales y extranjeras).
19. Decreto Nacional 29.375/44, modificatorio de la ley N° 4707.
20. RC-2-2. Reglamento de Ejército de Conducción para las fuerzas terrestres.
21. RAG 11. Reglamento del Régimen del Servicio de la Fuerza Aérea.
22. Resolución 122/81 de la Secretaría general de la presidencia de la Nación.
23. Convención Colectiva de Trabajo N° 108/75.
24. Convención Colectiva de Trabajo N° 96/90.

B) Internacional

1. Convenido de París sobre aviación civil de 1919.
2. Convenio I sobre aviación civil internacional de Chicago de 1944
3. Carta de la Organización de Naciones Unidas. Firmada en San Francisco (EEUU) el 26 de junio de 1945.

4. Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977
5. Estatuto de la Corte Penal Internacional, firmado en Roma el 17 de julio de 1998.
6. Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia.
7. Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Rwanda.
8. Convenio OIT N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999.
9. Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados de 2000.

C) Extranjera

C.1. Confederación Helvética

1. Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) du 3 février 1995 (Etat le 11 novembre 2003).

C.2. Estado de Israel

1. Ley del Servicio de Defensa Nacional de 1986.

C.3. Estados Unidos de América

1. United States of America Constitution.
2. Soldiers' and Sailors' Relief Act of 1940.
3. Privacy Act.

C.4. Estados Unidos Mexicanos

1. Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928.

C.5. Reino de España

1. Constitución de la Nación española de 1978.
2. Código civil español. Modificado por Ley 4/2000, *de 7 de enero*.
3. Ley 85/1978, de 28 de diciembre (Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas).
4. Ley 30/1984, de 2 agosto 1984 (Reforma de la Función Pública).
5. Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre (Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas).
6. Ley 17/1999, de 18 de mayo (Régimen del personal de las Fuerzas Armadas).
7. Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre de 2002 (aprobación del Reglamento de Acceso de Extranjeros a la Condición de Militar profesional de Tropa y Marinería). Publicado en el BOE del 30/11/2002.

8. Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, att. 440. BOE núm. 285, de 29-11-1983.

C.6. República Bolivariana de Venezuela

1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
2. Ley Orgánica De La Fuerza Armada Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.
3. Código Civil de Venezuela. Gazeta N° 2990 del 26 de julio de 1982.

C.7. República de Chile

1. Constitución Política de la República de Chile. Texto con las modificaciones aprobadas en el Plesbicio de 30 de julio de 1989 hasta la contenida en la ley N° 19.597.
2. Ley N° 18.948. (Orgánica y Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas).
3. Decreto supremo N° 2.226 y modificatorias hasta la ley N° 18.850. (Código de Justicia Militar).

C.8. República de Bolivia

1. Código Civil de la república de Bolivia

C.9. República de Ecuador

1. Código Civil de Ecuador

C.10. República de El Salvador

1. Constitución de El Salvador.
2. Decreto N° 476 de la Asamblea Legislativa de la república de El Salvador (ley de carrera militar).

C.11. República del Paraguay

1. Ley N° 1.115/97 (Estatuto del personal militar).

C.12. República del Perú

1. Código Civil de Perú. Promulgado por Decreto Legislativo N° 295 del 24/07/1984. Publicado 25/07/1984 y vigente desde el 14/11/1984.

C.13. República Federativa del Brasil

1. Constitución de la República Federativa del Brasil.
2. Código civil de Brasil, Ley N° 10.406 del 10 enero de 2002.
3. Ley federal N° 6.880 (Estatuto de los militares del Brasil).

C.14. República Federal Alemana

1. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1).
2. Soldatengesetz.

C.15. República Francesa

1. Decreto imperial del 16 de junio de 1808 (Mariage des militaires en activité de service).
2. Decreto imperial del 3 de octubre 1808.
3. Ley del 14 de abril de 1832 (Avancement dans l'armée).
4. Ley del 19 de mayo de 1834 (Etat des officiers).
5. Ley del 4 de octubre de 1839 (Organisation de l'état-major général de l'armée), artículos 3 a 5.
6. Ley del 13 de marzo de 1875 (Constitution des cadres et des effectifs de l'armée active).
7. La ley del 16 marzo de 1882 (Administration de l'armée).
8. La ley del 16 de febrero del 1912 modificatoria de la del 4 de octubre de 1839 y del 13 de marzo de 1875, (Admission à la retraite et le passage anticipé dans la section de réserve des officiers généraux et fonctionnaires des grades correspondants).
9. Ley del 30 de abril de 1920 (Modification à la législation des pensions civiles et militaires).
10. Ley del 8 de julio de 1920 (Limites d'âge des officiers généraux, colonels et fonctionnaires militaires de grades correspondants).
11. Ley de finanzas del 31 de julio de 1920 (Loi de finance), artículo 85.
12. Ley del 8 de enero de 1925 (Organisation des cadres de réserves l'armée de terre).
13. Ley del 26 de diciembre de 1925 (Dégagement des cadres et à l'aménagement des cadres de l'armée).
14. Ley del 30 de marzo de 1928 (Statut du personnel navigant de l'aéronautique).
15. Ley del 30 de marzo de 1928 (Statut des sous-officiers de carrière).
16. Ley del 31 de marzo de 1928 (Recrutement de l'armée).
17. Ley del 4 de marzo de 1929 (Organisation des différents corps d'officiers).
18. Ley del 13 de diciembre de 1932 (Recrutement de l'Armée de Mer et à l'organisation de ses réserves), Título II.
19. Ley del 9 de abril de 1935 (Statut du personnel des cadres actifs de l'Armée de l'Air).
20. Ley del 11 de abril de 1935 (Recrutement de l'Armée de l'Air), artículos 19 a 25.
21. Decreto-ley del 1º de setiembre de 1939 (Passage par anticipation dans la deuxième section et à la mise à la retraite des officiers généraux).
22. Decreto-ley del 4 de octubre de 1939 (Nominations et aux promotions des officiers à titre définitif pendant la durée de la guerre)

23. Ley del 11 de octubre de 1940 (Autorisation de suspendre provisoirement les dispositions légales et réglementaires relatives à l'obligation pour les officiers appelés à être promus au grade supérieur d'avoir accompli leur temps de commandement)
24. Ordenanza N°45-1380 del 23 de junio de 1945 (Réforme générale du régime de solde des militaires et assimilés des Armées de Terre, de Mer et de l'Air).
25. Ley N° 54-1295 del 29 de diciembre de 1954 (Relative au congé spécial pour l'exercice de fonctions électives).
26. Ley N° 55-761 del 3 de junio de 1955 (Droits et obligations des officiers de l'armée active en non-activité par suppression d'emploi ou licenciement de corps).
27. Ley N°56-1115 del 9 de noviembre de 1956 (Création et statut de corps des magistrats militaires du cadre des officiers greffiers et des cadres sous-officiers commis greffiers et des sous-officiers huissiers appariteurs du service de la Justice Militaire des Forces Armées).
28. Ordenanza N°58-1329 del 23 diciembre de 1958 (Situation hors cadre et à la position spéciale hors cadre des personnels militaires).
29. Ley N°59-854 del 15 de julio de 1959 (Conditions de recrutement et d'avancement des cadres du service du matériel de l'Armée de Terre).
30. Ley N° 61-1411 del 22 de diciembre de 1961 (Corps militaires de contrôle).
31. Ley N°64-1329 del 26 de diciembre de 1964 (Création de cadres d'officiers techniciens de l'Armée de Terre et de l'Armée de l'Air).
32. Ley N°65-476 del 24 de junio de 1965 (Fusion de l'intendance militaire métropolitaine et de l'intendance militaire des Troupes de marine).
33. Ley N°65-550 del 9 de julio de 1965 (Recrutement en vue de l'accomplissement du service national), arts. 30 a 32.
34. Ley N°65-569 del 13 de julio de 1965 (Création d'un corps d'officiers d'administration du service de santé des armées).
35. Ley N°66-298 del 13 de mayo de 1966 (Corps des chefs et sous-chefs de musique de l'Armée de Terre et au statut des chefs et sous-chefs de musique des armées).
36. Ley N° 66-298 del 13 de mayo de 1966 (Réorganisation de certains cadres d'officiers et de sous-officiers de l'Armée de Terre).
37. Ley N° 66-474 del 5 julio de 1966 (Création du corps militaire du contrôle général des armées), arts. 3 a 6.
38. Ley N°67-1115 del 21 de diciembre de 1967 (Corps militaires des ingénieurs de l'armement et des ingénieurs des études et techniques d'armement), modificada por la ley N°70-4 del 2 de enero de 1970, arts. 3 a 32 y 34.
39. Ley N°68-703 del 31 de julio de 1968 (Corps militaires des médecins des Armées, des pharmaciens chimistes des armées, des personnels militaires féminins, des officiers techniciens et des sous-officiers du Service de Santé des armées), modificada por la ley N°70-540 del 24 de junio de 1970 (art. 1°)
40. Ley N° 69-1138 del 20 diciembre de 1969 modificatoria de la ley del 4 de marzo de 1929 (organisation des différents corps d'officiers de l'Armée de Mer et du corps des équipage de la flotte).
41. Ley N°70-5 del 2 enero de 1970 (Corps militaire des ingénieurs des études et techniques de travaux maritimes), arts. 3 a 8.

42. Code Civil Français. Introducido por el art. 8 de la ley N° 98-170 del 16 de marzo de 1998. Publicada en el Journal Officiel del 17 de marzo de 1998 y en vigor desde el 1° de setiembre de 1998

C.16. República Italiana

1. Costituzione della Repubblica italiana, promulgada el 27 dicembre 1947 y vigente desde el 1° de enero de 1948, texto con las modificaciones introducidas hasta la Ley Constitucional N° 1 del 23 de octubre de 2002.
2. Codice civile italiano. Aprobado por Real Decreto N° 262 del 16 marzo de 1942. Publicado en edición extraordinaria de la Gazzetta Ufficiale N° 79 del 4 de abril de 1942. Según decreto legislativo N° 303 del 13 de setiembre de 1946.
3. Codice Penale Militare di Pace.
4. Codice Penale Militare di Guerra.
5. Ley N° 113 del 10 de abril de 1954 (Stato degli ufficiali dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica).
6. Ley N° 599 del 31 de julio de 1954 (Stato dei sottufficiali dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica).
7. Ley N° 1168 del 18 de octubre de 1961 (Norme sullo stato giuridico dei vice brigadieri e dei militari di truppa dell'Arma dei Carabinieri).
8. Ley N° 1414 del 18 de diciembre de 1964 (Reclutamento degli ufficiali dell'Esercito)
9. Ley N° 574 del 20 de setiembre de 1980 (Unificazione e riordinamento dei ruoli normali, speciali e di complemento degli ufficiali dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica).
10. Ley N° 224 del 19 de mayo de 1986 (Norme per il reclutamento degli ufficiali e sottufficiali piloti di complemento delle Forze armate e modifiche e integrazioni alla legge 20 settembre 1980, n. 574 riguardante lo stato e l'avanzamento degli ufficiali delle Forze armate e della Guardia di Finanza).
11. Ley N° 53 del 1 de febrero de 1989 (Modifiche alle norme sullo stato giuridico e sull'avanzamento dei vicebrigadieri, dei graduati e militari di truppa dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza nonché disposizioni relative alla Polizia di Stato, al Corpo degli agenti di custodia e al Corpo forestale dello Stato).
12. Ley N° 331 del 14 de noviembre de 2000 (Norme per l'istituzione del servizio militare professionale).
13. Ley N° 382 del 11 de julio de 1978 (Norme di principio sulla disciplina militare).
14. Ley N° 380 del 20 de octubre de 1999 (Delega al Governo per l'istituzione del servizio militare volontario femminile).
15. Decreto del Presidente de la República N° 237 del 14 de febrero de 1964 (Leva e reclutamento obbligatorio nell'Esercito, nella Marina e nell'Aeronautica).
16. Decreto ley N° 464 del 28 de noviembre de 1997 (Riforma strutturale delle Forze armate a norma dell'art. 1, comma1, lettere a), d) ed h) della legge 28.12.1995, n° 549).

17. Decreto ley N° 490 del 30 de diciembre de 1997 (Riordino del reclutamiento, dello stato giuridico e dell'avanzamento degli ufficiali, a norma dell'art. 1, comma 97 della legge 23.12.1996, n. 662).
18. Decreto Legislativo N° 473 del 28 de diciembre de 2001 (Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 19 marzo 2001, n. 69, in materia di riordino del reclutamiento, dello stato giuridico e dell'avanzamento degli ufficiali del Corpo della Guardia di finanza).

C.17. República Oriental del Uruguay

1. Código Civil del Uruguay.
2. Ley N° Ley N° 14.157. Denominada Decreto-Ley por Ley N° 15.738 (Ley organica militar).

2. JURISPRUDENCIA Y PARECERES ADMINISTRATIVOS

A) Nacional

A.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación: Fallos 12:376; 138:281; Fallos 147:16; 148:157;165:107 (“Villa Monte”); 168:374; 170:419; 175:157 y 175:172 (“Fasola Castaño”); 177:416; 179: 132 (“Aubone”); 181:54; 181:229 (“Corbatta”);182: 289 (“Dos Santos”); 184:378; 199:483 (“Inchauspe”); 204:428; 207:176 (“Braza de Moavro”); 208:263 (“Célico”); 211:349 (“Melitón Cabral”); 212:321; 211:376; 212: 321 (“Block”); 214:354 (“Sabbione”); 217:468 (“Aarón Rabinovich”);228:127; 236: 588; 248:376 (“Torres Cabrera”); 252:79 (“Lucchetti”); (“Raviolo Audisio”); 250:768; 256:241(“Banco Central de la República Argentina”); 257:105 (“Berenstein”); 261:12; 267:325; 291:280; 299:181; 301:67 (“Valek”); 301:839 (“Benatar Macías”); 302:332; 302:1284(“Saguir y Dib”);302: 1584 (“Lestanguet”); 303:559; 304: 1524; 304:1710 (“Ferro”); 306: 2101 (“Videla”); 307:1821; 308:1109; 308:1118 (“Gunther”); 308:1595 (“Reynoso”); 310:112 (“Baricalla de Cisilotto”); 310:1162; 311:1191 (“Zaratiegui”); 312:496 (“Portillo”); 312:1082 (“García”); 316:93 (“Peña”); 319: 326 (“Picard”); 316:2531 (“Flores”); 319: 1170 (“Gabrielli”).

A.2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal: Sala I, causa 3499 del 09/09/1985; causa N° 5704, del 04/04/1989; 07/07/1989 (“Kuo Cheng Yi s/carta de ciudadanía”); causa N° 5282/94 del 15/11/1994;07/08/2001 (“Ricci Rospigliosi, Felipe Salvador s/opción de nacional”).

A.3. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal la Capital Federal: Sala I 16/08/1979, en autos “Luraschi, Osvaldo E. C/ Estado Nacional (comando en Jefe de la Armada Nacional)” ; 04/08/1994en autos “Gr. y B. DA SILVA, Graciela Esmeralda c/ E.N. (Min. del Int. - Pol. Fed.) s/ VARIOS” ; Causa: 31.228/96 del 11/04/1997, en autos “Edelmann

Wilfredo c/ Gobierno Nac. (M de Defensa -Cdo. en Jefe del Ejército) s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg”. Causa: 31.228/96 del 11/04/1997; Causa: 6187/97 del 21/08/1997, en autos “González Néstor Javier c/ M del Interior -Art. 3 ley 24.043”. **Sala II**, 13/03/1979 en autos “D’Stefano, Antonio c/ Gobierno Nacional”, LL 1979-B, pag. 463. **Sala III**, 15/09/1998, en autos "Vercellotti, O.H. e. Estado Mayor General del Ejército". **Sala IV**, “Suárez Ramón Rubén c/ E.N. (Min.de Defensa -E.M.G.del Ejército) s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”. Causa: 2.956/90 del 04/12/1995.

A.4. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba: Sala B, 06/03/1996, en autos “Spicogna, Eustaquia c/ Estado Nacional”, LL 1996.

A.5. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza: Sala B, 21/10/1983 en autos “Otero, Fernando a. y otros”, LL 1984-A, 69; JA, 1984-I-96.

A.6. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: 1º, 04710/1946. JA, 1946-IV; **Sala C**, 15704/1966. LL, 140-807; 04711/1982. ED, 102-244. **Sala E**, 29/03/1979, LL 1979-C-134; 05/09/1983, LL 1984-B-254. **Sala F**, 17/10/63, JA, 1964-II-294; 10/09/1976, en autos “Aion, SA c. De la Cruz, Fermín y Otra”.

A.7. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial: Sala B, 18/08/1984 (“Locatelli”); 05/12/1984. ED, 113-649. **Sala D** (del fallo de primera instancia), 31/05/1977. ED, 78-424.

A.8. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo: Sala III, 29/08/1988, DT, 1989-A, 131.

A.9. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe: Sala III: 14/10/1977 en autos "Gismondi, FedericoH. C. Tentori, Aleardo", publicado en Zeus, 978-14-121.

A.10. Tribunales de primera instancia:

1. **Juzgado 1ª Instancia Crim. Y Correc. Fed. de Capital Federal, Nro 4**, 27/06/1984, ED, 109-670.
2. **Juz 1º Instancia Río Negro, Firme**, 30/06/1954. JA, 1955- I-10.

A.6. Pareceres administrativos

1. **Auditoría General de las Fuerzas Armadas**, Dictámenes: N° 238.371 de fecha 21 de julio de 1989; N° 240.387 de fecha 04 de junio de 2001.
2. **Procuración del Tesoro de la Nación**, Dictámenes 190:103; 201:159; 223:147; 227: 157.

B) Internacional

B.1. Corte Europea de Derechos Humanos: "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" [merits], Sentencia del 23 de julio de 1968; "Engel y otros v. Países Bajos", Sentencia del 8 de junio de 1976; "Handyside v. Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 1976; "Grigoriades v. Grecia", Sentencia del 25 de noviembre de 1997.

B.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Derecho a la nacionalidad (Artículo 20 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 4/84, del 19 de enero de 1984; Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 19 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985; CIDH, 1999 *Caso No. 12.219 (Chile)*, Christian Daniel Sahli Vera y otros.

B.4. Corte Internacional de Justicia: "Nottebohm case [second phase]", judgement of 6-W-1955, *LC.J. Reports 1955*.

B.5. Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General de Naciones Unidas. *Resolución N° 33/165 de 20 de diciembre de 1978*; Comité de Derechos Humanos ONU, *Comentario general N° 22, Artículo 18* (48° período de sesiones, 1993), HRI/GEN/ Rev 3, pág. 44, párr. 11; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 402/1990, Comunicación N° 446/1991 y Comunicación N° 483/1991; *Resolución 1987/46*, adoptada el 10 de marzo de 1987 y *Resolución 1989/59*, adoptada el 8 de marzo de 1989.

C) Extranjera

C.1. Corte Constitucional de Colombia: Sentencia del 18/05/1995. ED, 164-436.

C.2. Corte Costituzionale Italiana: Sentenzas N° 53 de 1967; N° 164 de 1985; N° 108 de 1994; N° 449 de 1999; N° 391 de 2000.

C.3. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América: "Kawakita v. U.S", 343 US 717 (1952); "Mandoli v. Acbeson", 344 U.S. 133 (1952); 417 U.S. 733; "Parker v. Levy" 417 U.S. 758; 417 U.S. 759; "Greer v. Spock", 424 U.S. 428; 417 U.S. 760.

C.4. Tribunal Constitucional de España: Sentencias N° 110/1984 de 26 de noviembre; N° 99/1987, del 11 de junio; N° 194/1989, de 16 de noviembre; N° 60/1991, del 14 de marzo; N° 371/1993, de 13 de diciembre; N° 117/1994 de 17 de abril; N° 151/1997, de 29 de septiembre; N° 219/2001, 31 octubre.

C.5. Tribunal Supremo de España: Sala Quinta, Sentencia del 6 de octubre de 1989; Sentencia 3 diciembre 2001.

3. DOCUMENTALES

A) Nacionales

1. ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES. Dictamen sobre la organización religiosa “Reuniones Evangélicas” del 09/04/2001.
2. BLANCO, María C.: *Política de defensa y fuerzas armadas del Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 13 de julio de 2004.
3. BUIS, Emiliano J: *La defensa nacional en Alemania y las relaciones cívico-militares: la innere führung y la figura del staatsbürger in uniform*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004.
4. CARRANZA TORRES, Luis, Interceptación de aeronaves civiles. El uso de los medios ofensivos contra la aviación civil. Supuestos y sus límites. Procedimiento de la operación de intercepción. Planteos jurídicos y políticos. Tesina final de la carrera de especialización en Derecho Aeronáutico y Espacial. Instituto Nacional de Derecho aeronáutico y Espacial, dependiente del Instituto Universitario Aeronáutico, Buenos Aires, 22 de noviembre de 1999.
5. COMANDO EN JEFE DEL EJÉRCITO, Reseña histórica y orgánica del ejército argentino, Buenos Aires, 1972.
6. Decreto sobre supresión de honores al Presidente de la Junta y otros funcionarios públicos. Primera Junta de Gobierno. Dado en Buenos Ayres en la Sala de la Junta a 6 de diciembre de 1810 y firmado por *Cornelio de Saavedra*. *Miguel de Azcuenaga*. *Dr. Manuel de Alberti*. *Domingo Mateú*. *Juan Larrea*. *Dr. Juan José Passo*, Secretario. *Dr. Mariano Moreno*, Secretario. Publicado en la Gaceta de Buenos Aires correspondiente al 8 de diciembre de 1810.
7. DI PASQUALE, Diego C.: *Definición legal de la ciudadanía y de la nacionalidad*. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.
8. EJERCITO ARGENTINO. Manual del Ejercicio del Mando, Buenos Aires, 1968.
9. GENDARMERIA NACIONAL. Misión de la Gendarmería Nacional [On line]. Disponible en: <http://www.gendarmeria.gov.ar> [Consultado: 19 de febrero de 2005].
10. JATIB, Griselda J., Nacionalidad y ciudadanía, Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de

Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.

11. LESCANO SALAZAR, Abraham: *La libertad de expresión y las Fuerzas Armadas en Perú*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004.
12. LOCANE, Laura G.: *Naturaleza jurídica de los tribunales militares*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004.
13. _____, *El militar en relación al derecho privado*. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de agosto de 2005
14. MEDRANO, Oscar F.: *Obligación militar y objeción de conciencia*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 13 de julio de 2004.
15. OYARZÁBAL, Mario J. A.: *Régimen internacional de la nacionalidad argentina*. Ponencia. 1ras. Jornadas sobre el régimen jurídico de la nacionalidad argentina, Instituto del Servicio Exterior de la Nación y Dirección General de Asuntos Consulares, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires, 19 y 20 de noviembre de 2002.
16. RAFFAINI, Ernesto M.: *Laproximaciones a un análisis de la ley 25.880 sobre ingreso de personal militar extranjeros en territorio nacional y/o egreso de fuerzas nacionales*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004.
17. _____, *El militar como funcionario público*. Monografía. Cátedra de Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 17 de agosto de 2005.
18. SUSMEL, Claudia A.: *La naturaleza jurídica de los tribunales de honor*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional

- de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004.
19. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA. Facultad de Filosofía y Humanidades. Instituto de Estudios Americanistas "Doctor Enrique Martínez Paz". Series Documentales Número VII. Cartas entre padre e hijo. Tomo I. Correspondencia entre Manuel López y José Vitorio López (1845-1852). Advertencia de Carlos S. A. Segreti. Introducción y recopilación de Ana Inés Ferreyra. Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1987.
 20. VERSAGGI, Sivlia S.: *Fueros Militares*. Monografía. Trabajo final de la asignatura Derecho Constitucional militar y profundizado. Curso de especialización en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario. Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial, Fuerza Aérea Argentina. Buenos Aires, 6 de julio de 2004.

B) Internacionales

1. Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, Washington, D.C., 1995.
2. Conclusiones del XIV Congreso de Derecho de la Guerra. Atenas, 1997.
3. Statute of the International Criminal Court", 6 *International Human Rights Reports* 232-284 (January 1999)(A/CONF.183/9, 17 July 1998).;
4. *The Rome Statute fo the International Criminal Court*, dado en Roma, el 17 de julio de 1998; A/CONF.183/C.1/L.76 and Addendums 1 through 14);
5. UN Diplomatic Conference concludes in Rome with decision to establish permanent International Criminal Court (UN Press Release, L/ROM/22, 17 July 1998).
6. Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) [On line]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. Disponible desde: <http://www.georgetown.edu/pdba/>
7. SWINARSKI, Christophe, Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Clases dictadas en la II Sesión de Cursos Interdisciplinarios sobre Derechos Humanos organizados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. [On line]. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList104/AB9CC2D8F00E3B48C1256DE10054E4EF> [Consultado: 10 de setiembre de 2005].
8. Unidad de Modernización Judicial de la Comisión Andina de Juristas (2005). [On line]. <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/jmilitar/Cj002.HTM>. P-g.1

D) Extranjeras

C.2. España

1. *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*. Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1985.

2. BORJA, Jordi, La ciudad y la nueva ciudadanía. Conferencia pronunciada en el en el Fórum Europa. Los espacios públicos de diálogo social en la era de la información. Barcelona, 23 de junio de 2001.
3. Recopilación de las leyes de los Reynos de Indias, Consejo de la Hispanidad, Madrid, 1943.
4. Universidad de Málaga. Facultad de Ciencias Economicas y Empresariales. Diplomatura en Gestión y Administración Pública. Derecho de la función y el empleo público. Tema VIII y IX. Los derechos y los deberes de los funcionarios públicos. Régimen de incompatibilidades. [On line]. Disponible en: <http://www.ieev.uma.es/funcionp/> [Consultado: 20 de agosto de 2005].
5. OCHOA, Joseph, Análisis en derecho sobre la donación de cadáveres según la legislación española. Escrito realizado para el Instituto de Criónica, como anexo al reporte Análisis jurídico en España. Instituto de Criónica, 16/04/05 [On line]. Disponible en: <http://crionica.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=46> [Consultado: 18 de setiembre de 2005].

C.3. Estados Unidos de América

1. UNITED STATES AIR FORCE. THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S DEPARTMENT. *Air Force Operations & Law. Guide for Air & space forces*. First Edition, Washington DC, 2002.
2. UNITED STATES AIR FORCE. AIR FORCE JUDGE ADVOCATE GENERAL SCHOOL. *The Military Commander and the Law*. Sixth Edition. Maxwell Air Force Base, Alabama, 2002.
3. CENTER FOR STRATEGIC AND INTERNATIONAL STUDIES PRESS. *American Military Culture in the Twenty-First Century*. Washington, D.C., 2000.
4. U.S. DEPARTMENT OF THE ARMY, Fundamentals of military law, Washington, ed. octubre de 1980.

C.3. Colombia

1. REPÚBLICA DE COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. *La nueva justicia militar en Colombia*. Reporte especial. Revista Defensa Nacional agosto de 2000, Imprenta nacional, Bogotá, 2000.

C.3. Italia

1. SOTGIU, Antonio, *La Giustizia Militare: attuale assetto e possibile evoluzione*. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Società Internazionale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004.

2. VERNA, Giovanni, *Caratteristica e specificità della "Condizione militare"*. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004.
3. ROSSI, Domenico, *L'aggiornamento della normativa: limiti attuali e prospettive*. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004.
4. NATALE, Leonardo, *L'impatto del servizio militare volontario femminile: un primo bilancio*. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004.
5. RATTO VAQUER, Fabrizio, *La disciplina militare tra etica e diritto*. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004.
6. BASSETTA, Fausto, *Verifica della validità ed efficacia delle sanzioni disciplinari di corpo e di stato*. Intervención. Convegno di studi: "La regolamentazione disciplinare nella prospettiva del modello professionale delle Forze armate". Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre. Gruppo Italiano. Roma, Scuola Ufficiali Carabinieri, 21 de abril de 2004.
7. RASSEGNA DELL'ARMA DEI CARABINIERI, Serie "Quaderni" - nr. 6 - Supplemento al n. 3/2003: Lo stato giuridico del personale militare [On line]. Disponibile en: http://www.carabinieri.it/editoria/Rassegna/2003_03_supplemento [Consultado: 14 de diciembre de 2004].

C.3. Venezuela

1. *Ordenanzas del Ejército para su Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio, Dadas por S. M. Católica en 22 de octubre de 1768*, Reimpresas de orden del gob. de Venezuela, Imprenta V. Espinal, Caracas, 1841.

C.3. México

1. TRIGUEROS GAISMAN, Laura, *El estatuto personal (marco constitucional)*. Ponencia. Universidad Autónoma de México, pags. 3/5. [On line]. Disponible en: <http://www.derecho.unam.mx/ponencias/TriguerosGaisman.PDF> [Consultado: 27 de agosto de 2004]

C.3. Reino unido de la Gran Bretaña

2. RUBIN, George R, *Observations on Change in Military Law*, conferencia pronunciada en la Kent Law School, University of Kent at Canterbury, en setiembre de 2000.

C.3. República Sudafricana

1. ABEL, Klaus, *Armed Forces in a Democratic Society. Foundations and Conditions for Training and Education of the Citizen in Uniform*. Documento presentado en la conferencia Civil-Military Relations in a Post-Settlement South Africa, organizada por el Institute for Defence Politics in conjunction junto a la Hanns Seidel Foundation, CSIR conference centre, Pretoria, 23 de Abril de 1992

4. REVISTAS Y PUBLICACIONES ESPECIALIZADAS

A) Nacionales

1. ANALES, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
2. ANALES, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.
3. ANALES, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
4. BOLETÍN DEL CENTRO NAVAL. Publicación del Centro Naval, Buenos Aires.
5. BOLETÍN JURÍDICO MILITAR. Publicación de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, Buenos Aires.
6. COLECCIÓN FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Buenos Aires.
7. EL DERECHO. Diario de doctrina y jurisprudencia. Publicado por Universitas s.r.l., Buenos Aires.
8. FORO DE CÓRDOBA. Publicación de doctrina y jurisprudencia, Córdoba.
9. JURISPRUDENCIA ARGENTINA. Publicación de LexisNexis, Buenos Aires.
10. LA LEY. Publicado por La Ley s.a Editora e Impresora, Buenos Aires.
11. LA REVISTA de la Escuela Superior de Guerra “Tte Grl. Luis María Campos”. Publicación de la Escuela Superior de Guerra. Ejército Argentino, Buenos Aires.
12. PRUDENTIA JURIS, Publicación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Ayres, Buenos Aires.
13. REVISTA ARGENTINA DE DERECHO MILITAR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Nueva Serie. Buenos Aires.
14. REVISTA DE LA ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA AÉREA. Publicación Escuela Superior de Guerra Aérea. Fuerza Aérea Argentina, Buenos Aires.

B) Extranjeras

1. AIR & SPACE POWER JOURNAL, Editado por el Airpower Research Institute. College of Aerospace Doctrine, Research and Education. U.S. Air Force, Maxwell (Alabama, USA).
2. DEFENSA, revista internacional de ejércitos, armamento y teconología. Publicación mensual de Editorial de publicaciones de defensa EDEFA s.a., Madrid.
3. EUROPEAN JOURNAL OF CRIME, CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE, Brill Academic Publishers, Freiburg im Breisgau (Alemania).
4. FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL. Publicación bimensual de la Forham University School of Law, New York (New York).
5. INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS. Publicación periódica publicada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Geneva.
6. JURISPRUDENCE GÉNÉRALE. Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence, Bureau de la jurisprudence générale de Royaume, Paris.
7. LA TRIBUNE DES SOUS-OFFICIERS. Publicación trimestral de la ANFASOCAF (Association Nationale et Fédérale d'Anciens Sous-Officiers de Carrière de l'Armée Française), Limoges (Francia).
8. RASSEGNA DELL'ARMA dei Carabinieri Periodico trimestral. Cuerpo de Carabineros, Roma.
9. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. Publicación semestral de la Escuela militar de estudios jurídicos. Ministerio de Defensa, Madrid.
10. RIVISTA MILITARE, Periodico del ejército Italiano, Roma.
11. THE ARMY LAWYER. Publicado por The Judge Advocate Generals Legal Center and School. U.S. Army, Charlottesville, (Virginia, USA).
12. THE MILITARY LAW REVIEW. Publicado por The Judge Advocate Generals Legal Center and School. U.S. Army, Charlottesville, (Virginia, USA).

II. BIBLIOGRAFÍA GENERAL POR AUTORES

1. AA. VV, Constitución, Policía y Fuerzas Armadas, Marcial Pons, Madrid, 1997.
2. AA. VV El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994.
3. AA. VV. La profesionalización en los ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno, (ALEÑAR GINARD Martín, coord), Veintiuno, Madrid, 1996.
4. AA. VV. Lo militar: ¿más que una profesión?, (MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R., dirs.), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991.
5. AA. VV. Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y España, Tecnos, Madrid, 1992.

6. AA.VV. La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995.
7. AA.VV., Constitución y jurisdicción militar, (Cuadernos "Lucas Mallada", nº 2), Pórtico, Zaragoza, 1997.
8. AA.VV. La jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica, (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde), José F. Palomino y Germán J. Bidart. (coords.), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Grijley, Lima, 1997.
9. AA.VV., El derecho administrativo argentino hoy, Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996.
10. AA.VV., Nociones de derecho administrativo, Universidad Nacional de Cuyo, IEDA, Mendoza, 1993.
11. AAVVV, Il Digesto Italiano. Enciclopedia metódica e alfabética de legislazione, docttrina e giurisprudenza, volumen XII, parte segunda, Torino Unione Tip.-Editrice Torinese, Milán-Napoli-Palermo-Roma, 1895.
12. ABAD HERNANDO, Jesús L., Estudios de derecho administrativo, Mendoza, ECA, 1985.
13. ABÁSULO, Ezequiel, El derecho penal militar en la historia argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002.
14. _____, "¿Integración jurídica o autonomía del derecho militar?", en Revista Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Nº 43, pag. 97 y ss.
15. _____, "El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sarfield, el ejércitio y la guerra". Separata de la Revista de Historia del Derecho Nº 22, Buenos Aires, 1994.
16. _____, El testamento militar en España y en Indias. Separata de la Revista de Historia del Derecho Nº 19, Buenos Aires, 1991.
17. ABBAGNANO, Nicola, Diccionario de filosofía, trad. de Alfredo N. Galletti, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1963.
18. ABRAHAMSSON, Bengt, "La socialización profesional: teoría, ética y espíritu de cuerpo", en AA.VV, La institución militar en el Estado Contemporáneo, compilado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 208- 234.
19. ADAME GODDARD, Jorge, Sobre los sepulcros en las sentencias de paulo. Análisis crítico de ps 1,21. En Anuario Mexicano de Historia del Derecho , Volumen XV 2003. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. [On line]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/dr/dr19.htm>

[Consultado: 18 de setiembre de 2005].

20. ALBARRACIN, Francisco, La instrucción y cultura del ejercito en función de la democracia, Talleres gráficos de Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1958.
21. ALEXANDER, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
22. _____, Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
23. ALÍ PLANA, Miguel, El militar y la libertad de expresión. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/libexpresion.htm> [Consultado: 14 de julio de 2004].
24. ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, La profesión militar, colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2000.
25. _____, El soldado profesional. Estudio de su estatuto jurídico, prólogo de PARADA VÁZQUEZ, Ramón, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2002.
26. _____, "Ejército profesional y despublificación de la guerra (privatización y externalización en las Fuerzas Armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista)", en Revista de Información del Ministerio de Defensa de España, Boletín de Información nº 1 de 2005.
27. ALMIRANTE, José, Diccionario militar. Etimológico, histórico y tecnológico, Imprenta y litografía del depósito de guerra, Madrid, 1869.
28. ALONSO BAQUER, Miguel, "Grado de profesionalidad y reducción de efectivos. El caso del ejército de tierra.", en AA.VV El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 247-273.
29. _____, "Las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional española", en AA. VV, Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2415- 2433.
30. _____, El Ejército en la sociedad española, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971.
31. _____, "Los problemas de la profesionalidad militar", en Cuenta y Razón del pensamiento actual, nº 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 16-21.
32. _____, "El nuevo rol de las fuerzas armadas en la resolución de conflictos", en la obra colectiva El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos., AA.VV., Centro de Estudios Constitucionales, (A. Colomer Viadel, coord.), Madrid, 2000, págs. 87-96.
33. ALTAMIRA, Pedro G., Curso de derecho administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1971.

34. ÁLVAREZ, José María, Instituciones de derecho real de Castilla y de las Indias T I Edición facsimilar de la edición de la reimpresión Mexicana de 1826, , Universidad Autónoma de México, México 1982.
35. ALVÁREZ ROLDÁN, Luis B.: "La igualdad, la mujer y los Ejércitos", en Revista Española de Derecho Militar nº 54 julio- diciembre de 1989, págs. 259-268. - (con FORTÚN ESQUIFINO, Ricardo),
36. _____, La ley disciplinaria militar, Aranzadi, Pamplona, 1986.
37. AMBOS, Kai (coord), La nueva justicia penal supranacional . desarrollos post-Roma, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002;
38. AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julian (comps), El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Editor Antonio Milla, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
39. AMELA VALVERDE, Luis, Efectivos del ejército pompeyano de hispania (49-44 a.C) Revista de Historia militar Nº 89, año XLIV, Instituto de Hisotria y cultura militar. [On line]. Disponible en: <http://personal.telefonica.terra.es/web/ihycm/revista/89/amela.htm>[Consultado: 23 de abril de 2005].
40. ARAMENDÍA RODRÍGUEZ DE AUSTRIA, Begoña, "Cuerpos y escalas militares. Categorías y empleos militares", en La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 235-256;
41. ARGÜELLO, Luis Rodolfo, Manual de derecho romano. Historia e instituciones, 3º edición corregida, Astrea, Buenos Aires, 1990.
42. ASCARELLI, Tullio, Sociedades y asociaciones comerciales, trad. de Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1947.
43. ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel y PELLET, Alain, Droit international pénal, Editions A. Pedone, Paris, 2000;
44. AYUSO, Miguel, "Las funciones de las Fuerzas Armadas en el ordenamiento constitucional español", en Homenaje a Joaquín Tomás Villarroja, (dos vols., Vol. I), Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000, págs. 107-128;
45. BADENI, Gregorio, Derecho Constitucional. Libertades y Garantías, Ad-Hoc S.R.L., 1º edición, Buenos Aires, 1993.
46. BARRA, Rodolfo C., Principios de derecho administrativo, Bs. As., Abaco, 1980.
47. BASCUÑAN VALDÉS, Aníbal, voz Funcionarios Públicos, Diccionario Jurídico Omeba, Tomo XII, Driskill s.a., Buenos Aires, 1977, pag. 1046.
48. BATTISTELLI, Franco, Marte e Mercurio – sociologia dell'organizzazione militare, Franco Angeli, Milán, 1990.
49. BAUTISTA SAMANIEGO, JOSÉ M., "Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas", en Revista Española de Derecho Militar nº 54, tomo I, julio-diciembre, 1989, págs. 281-303;

50. BEAUDZA, Luis, La formation de l'armée coloniale. Tesis doctoral. Université de Paris, Faculté de Droit, Imprimerie-Librairie Militaire Universelle, L. Formier et. Cie, Paris, 1939.
51. BEVERINA, Juan, El virreinato de las provincias del Río de la Plata. Su organización militar, Círculo Militar, segunda edición, Buenos Aires, 1992.
52. BELLUSCIO, Augusto C. (dir), ZANONI, Eduardo A. (coord), GARBINO, Guillermo E., LAVALLE COBO, Jorge E., PARDO, Alberto J., RIVERA, Julio C. (autores), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Editorial Astera, Buenos Aires, 1993.
53. BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, tr. R. Gil Cremades, Madrid, IEA, 1977.
54. BERGER, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1955.
55. BERGER, Peter, y LUCKMANN, Thomas, La construcción social de la realidad, trad. De Silvia Zuleta, 1º ed. Amorrortu editores, Buenos Aires, 1968.
56. BERLIN, Isaiah. Conceptos y Categoría. Fondo de Cultura Económica. México 1978.
57. BERMEJO GARCÍA, Ramón, El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites, Civitas-Universidad de Navarra, Madrid, 1993;
58. BERNARD, Tomás Diego (h), Estatutos de la sociedades anónimas, en Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo XII, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1977.
59. BERMÚDEZ FLORES, Renato, Compendio de derecho militar mexicano, 2.ª edición, revisada y aumentada, con prólogo de MILLÁN GARRIDO, Antonio ,Editorial Porrúa, México DF, 1998.
60. BIDART CAMPOS, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1: El Derecho Constitucional de la Libertad , Ediar, Buenos Aires, 1992.
61. _____, El derecho constitucional del poder, t. I, Bs. As., Ediar, 1967.
62. _____,Manual de Constitución Reformada, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998.
63. BIELSA, Rafael, Derecho constitucional argentino, 2º ed., Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1954.
64. _____, Derecho administrativo, Tomo I, 5 edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955.
65. _____, Derecho administrativo, Bs. As., La Ley, 1964-1966, 5 tomos.
66. _____, Caracteres jurídicos y políticos del Ejército, su misión esencial, 3º ed., Universidad del Litoral, Instituto Social, Publicaciones de extensión universitaria N° 33, Santa Fe, 1959.

67. BLAIS, Giorgio, La Corte Penale Internazionale: Una figlia di molti padri, en Rivista Aeronautica, n.6-novembre/dicembre 1998, pag.12 y sgtes;
68. BLANCO VALDÉS, Roberto L., - La ordenación constitucional de la defensa, Tecnos, Madrid, 1988;
69. _____, Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal (1808-1823), Madrid, Siglo XXI, 1988.
70. _____, Álvaro Flores Estrada, teórico de la revolución militar gaditana, en Historia Constitucional, Revista Electrónica de Historia Constitucional. Número cinco – junio de 2004. Area de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo. [On line]. Disponible en: <http://hc.rediris.es/05/articulos/html/01.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005]. Publicado en el libro Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (coord.), Álvaro Flórez Estrada (1766-1853), política, economía, sociedad, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004.
71. BLANQUER CRIADO, David, - Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar, Civitas, Madrid, 1996;
72. BLECUA FRAGA, Ramón, y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis, (coords.), Comentarios al Código Penal Militar, Civitas, Madrid. 1988;
73. BOBBIO, Norberto. Origen y fundamentos del poder político. Editorial Grijalbo, México 1985.
74. BOGGIANO, Antonio, Derecho internacional y derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. Ius inter iura, La Ley, Buenos Aires,1997.
75. BORDA, Guillermo, Manual de Derecho Civil (Parte general); Abeledo – Perrot Ediciones; Buenos Aires; 1999; Tomo I, 7º edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980.
76. BOSSERT, Gustavo A. y ZANONI, Eduardo A., Manual de derecho de familia, 5º ed. Actualizada y ampliada, 2º reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
77. BOVO, Elisabetta, con la colaboración de BUONOPANE, Alfredo, Crisis y declive del imperio romano, en Gran Historia Universal, Folio, Barcellona, 2000.
78. BRAVO MORATA, F., La República y el Ejército, Fenicia, Madrid, 1984;
79. BREWER CARIAS, Allan R., Derecho administrativo, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975.
80. _____, Fundamentos de la Administración Pública, Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.
81. BRIZZIO, Claudia R., “Regulación del contrato en la economía globalizada. Con especial referencia al proyecto de Código Civil de 1998”, en Revista de doctrina N° 3, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, 2001.
82. BROWNLIE, Ian, Principles of Public International Law, 4º ed., Clarendon Press, Oxford, 1990.

83. BRUNT, Peter Astbury, Clientela, en *The fall of the Roman Republic and related essays*, Oxford, 1948 pag. 348.
84. BUERES, Alberto (dir); HIGHTON, Elena (coord); Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial; Tomos 1, 4 A, 4 E, 5 y 6 A; Hammurabi Ediciones; Buenos Aires; 1995.
85. BUIZA CORTES, Tomás, "Los militares y el derecho a la participación política", en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, n° 63, noviembre de 1984, págs. 133-154;
86. BURDEAU, Georges, *Droit constitutionnel et intitutions politiques*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudense, París, 1984.
87. BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1984. (con FERNÁNDEZ VARGAS, V. -coords.-), *La enseñanza militar en España*, Madrid, CSIC (CIFAS), 1986;
88. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario militar. Aeronáutico, naval y terrestre. Con el asesoramiento y consulta de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO*, Luis. Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962; Tomo IV. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963;
89. CAIRO, Michael F., *Control Civil de las Fuerzas Militares*. Departamento de Estado de los Estados Unidos. Programas de información internacional. Democracy Papers. Documentos de la Democracia #12. [On line]. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/espanol/infousa/govt/files/democ/demo12.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005].
90. CAÑAS NAVARRO, Pedro, *Aspectos Jurídicos del censo romano*, Tesis doctoral, UNED, Madrid, 2000.
91. CARRANZA TORRES, Luis, *Práctica del amparo*, 2º edición ampliada y actualizada, Alveroni ediciones, Córdoba, 2004.
92. _____, *Procedimiento y Proceso Administrativo en Córdoba. Volumen 1: El Procedimiento Administrativo*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999.
93. _____, "La libertad de expresión dentro de los regímenes profesionales o de trabajo especiales. Fallo del Tribunal Constitucional Español y sus proyecciones en el derecho argentino", en *El Derecho* N° 9968, Año XXXVIII, del 21 de marzo de 2000, pag. 1 y ss.
94. _____, "Materialidad de los Títulos Valores llamados Inmateriales o Informáticos". Ponencia presentada a las Segundas Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina (Buenos Aires, 1 y 2 de setiembre de 1994). Publicada en Favier Dubois, Eduardo M. (h) y Sandler, Max M. (directores), *Negocios sobre partes, coutos, acciones y otros títulos societarios. Ad Hoc*, Universidad Notarial Argentina, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1995.
95. _____, "Libertad de expresión, libertad de información y derecho de propiedad intangible", *El Derecho*, N° 11.271, Año XLIII, del 03 de junio de 2005, pag. 2.

96. _____, "La importancia del peculio castrense como institución jurídica", en Foro de Córdoba, Año XV, N° 96, diciembre de 2004, pag. 254.
97. CASARES, Tomás D., La justicia y el derecho, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.
98. CASAS MARTÍNEZ, María de la Luz, Análisis e implicaciones en la ley general de salud mexicana sobre la propiedad del cuerpo en los trasplantes cardiacos. Aspectos bioéticos de los trasplantes in mortis, en Revista de Derecho Privado. Nueva Época, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Año II Número 4 Enero-Abril 2003. [On line]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/dtr/dtr1.htm> [Consultado: 18 de setiembre de 2005].
99. CASCELLA, Ugo, Aspectos problemáticos de la justicia militar a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (Reflexiones a la luz del caso Perote Pellón contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc> [Consultado: 20 de febrero de 2004].
100. CASSAGNE, Juan C., Derecho administrativo, 5ª ed., (2 tomos), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
101. CASSESE, Sabino, Le basi del diritto amministrativo, Giulio Einaudi editore, Torino, 1991.
102. CHINCHILLA MARIN, C., "Relación especial de sujeción", en MONTOYA MELGAR, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
103. CESAR, Cayo Julio, Comentarios de la Guerra Civil, Sarpe, Madrid, 1985.
104. CERVERA, Rodrigo, Estudio comparado del derecho de libertad de expresión de los militares y su incidencia sobre el fuero militar. Opinión. Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. [On line]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/cedip/docs1/o_fm_rc.htm [Consultado: 09 de setiembre de 2005].
105. CICERON, Marco Tulio, Obras Escogidas, Ateneo, Buenos Aires, 1951.
106. CIFUENTES, Santos (dir); SAGARNA, Fernando (Coord); Código Civil comentado y anotado; Tomo II; La Ley Ediciones; Buenos Aires; 2003.
107. COLARD, Daniel, La création d'une cour pénal internationale permanente pour juger les crimes les plus graves, in Défense Nationale, Octubre 1998, pag.92 y sgtes;
108. COLOMBO, Carlos, El derecho penal militar y la disciplina, Abeledo editor, Buenos Aires, 1953.
109. _____, "Sustantividad del derecho penal militar", en Boletín Jurídico Militar N° 12, Buenos Aires, 1964.

110. COMADIRA, Julio R., Derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires., 1996.
111. CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA, Catecismo de la Iglesia Católica (Reimpresión), EDIDEA, Madrid, 1993.
112. CORINO, Carlos, y ANDREASEN KNUD, El Honor: ¿Cosa del pasado? Acerca de la ética, el honor y el honor militar, Doctra N° 18, Centro Aeronáutico de Estudios Estratégicos, Buenos Aires, 1999.
113. CORNELL, Tim y MATTHEWS, John, Roma. Legado de un imperio. Volumen I, Ediciones folio, Barcelona, 1996.
114. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. Pascual, Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, Volumen II, 1° edición, 2° reimpresión, Editorial Gredos, Madrid, 1989.
115. COTINO HUESO, Lorenzo, El modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas. Tesis Doctoral, INAP-CEPC, Madrid, 2002.
116. _____, "Relaciones especiales de sujeción: su diversa evolución en Alemania y España (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso administrativa y militar de la presente década)", en Revista Poder Judicial N° 55.
117. COULANGES, Fustel de, La Ciudad Antigua, trad. de Alberto Fano. Madrid, Edaf, 1968.
118. COVIELLO, José Jorge, "La responsabilidad del funcionario militar", en Revista argentino de derecho militar y derecho internacional humanitario N° 2 – 2004 Nueva Serie.
119. DALBOSCO, Hugo Luis, La reforma del Estado en sus aspectos estructurales y de gestión, en diario Eldial.com Año V - N° 1062, del viernes, 14 de Junio de 2002 [On line]. Disponible en: <http://www.eldial.com.ar/nuevodial/vie7.asp>. [Consultado: 14 de junio de 2002].
120. DAYENOFF, David E., Código Penal Comentado, AZ editora, 3° edición, Buenos Aires, 1992.
121. DE BACARDI, Alejandro, Nuevo colón o sea tratado del derecho militar de España y sus indias, segunda edición, cuarto tiraje, Tomo 1, Establecimiento tipográfico de Narciso Ramirez, Barcelona, 1857.
122. DE BORDEJE MORENCOS, Fernando, Diccionario militar estratégico y político, Editorial San Martin, Madrid, 1981.
123. DE GUZMÁN MUÑOZ, Ignacio J, El régimen disciplinario militar. [On line]. Disponible en: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/procdisci.htm>[Consultado: 21 de diciembre de 2002].
124. DE LA VEGA, Julio César, Diccionario Político Consultor (Rojo), Editorial Librex, Buenos Aires, 1988.
125. DE MATEO LAGE, Fernando, "Los tribunales de honor en el ámbito castrense", en AA. VV, Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2746-2765;

126. DE MOXÓ, Salvador, "El Derecho militar en la España cristiana medieval", en Revista Española de Derecho Militar nº 12, julio-diciembre de 1961, págs. 9-60;
127. DE MULINEN, Frédéric, Manual sobre el derecho de la guerra para las fuerzas armadas, Comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1991.
128. DE SANTA TERESA, Marcos, Compendio Moral Salmaticense, según la mente del Angélico Doctor, Imprenta de Josef de Rada, Tomo 1, Pamplona, 1805.
129. DE VIGNY, Alfredo, Servidumbre y grandeza militar, Círculo Militar, Buenos Aires, 1956.
130. DENZA, Eileen, Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, second edition, Clarendon Press, Oxford, 1998.
131. DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", en Revista Española de Derecho Militar nº 38 julio-diciembre 1979, págs. 9-66;
132. DEOP, Xabier, "La Corte Penal Internacional: un nuevo instrumento internacional", en Revista cidob d'afers internacionals, 51-52, diciembre 2000-enero 2001;
133. DOERMANN, Knut, Doswald-Beck, Louise, y Kolb, Robert, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, Cambridge University Press, Port Chester (NY), 2002);
134. DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELI, Angel Enrique. Manual de Derecho Romano. 3ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1982. p. 116.
135. DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M., (con MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio), "El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad", texto de la ponencia presentada al "I Coloquio sobre política de defensa y seguridad", 14 diciembre de 1998, (Universitat de Barcelona), mecanoscrito, reformulado en Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 15 (1999), págs. 391-403;
136. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Espasa Calpe s.a., Madrid, 1998.
137. DIEZ, Manuel M., Derecho administrativo, (6 tomos), Plus Ultra, Buenos Aires., 1974-1979.
138. DINH, Nguyen Quoc, Droit International Public, 5e édition, L.G.D.J., Paris, 1994.
139. DOMÉNECH OMEDAS, José L., "Las operaciones de paz en las Fuerzas Armadas españolas", en Revista Española de Derecho Militar, nº 65, enero-junio 1995, págs. 431-456;
140. DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 4º edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
141. DU PUIT, José , "La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano", en Anuario de Derecho Penal 2001-2002, Lima, 2003.
142. DUARTE, Antonio, Direito administrativo militar, Forense, Río de Janeiro, 1995.

143. DUGIT, Leon, *Traité de droit constitutionnel*, Galimard, Paris, 1960.
144. DUQUE VILLANUEVA, Juan C. "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica., 1988 Tomo IV, págs. 2530-2543;
145. DUVAL, Eugène-Jean, *Etapas de la citoyenneté des militaires, 1789-1999*, Ed. des Ecrivains, Paris, 2000.
146. _____, *Pourquoi un statut militaire?*. En *La Tribune des sous-Officiers* TSO n° 158 - Abril 2002[On line]. Disponible en: <http://www.chez.com/latso/statut/Statut.htm> [Consultado: 29 de febrero de 2004].
147. EYMAR ALONSO, Carlos, "Libertad de expresión y disciplina en las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, en VV.AA., *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.
148. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; "Tratado de Derecho Constitucional"; Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.
149. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO-AMERICANA, Tomo XIX, Espasa Calpe s.a., Bilbao, s.f.
150. ENNIS, Huberto, *Estatutos (doctrina de los)*, en *Enciclopedia jurídica* Omeba, Tomo XII, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1977.
151. ESCRIBANO TESTAUT, Pedro, "La libre designación en la provisión de destinos del personal militar profesional", en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 63, enero-junio de 1994, págs. 113-141;
152. _____, "La carrera militar tras la ley 17/1989", en: *Defensa. Revista internacional de ejércitos, armamento y tecnología*. Año XXII, número 254, junio de 1999, pag. 20/3.
153. FARINA, Juan M., *Compendio de sociedades comerciales*, Zeus Editora, Rosario, 1989.
154. FASSI, Santiago, *Tratado de los testamentos*, Vol. 1 Ed. Astrea, Bs As, 1970.
155. FERNÁNDEZ FLORES, José L., "Los fundamentos del orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho", en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 263-274;
156. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio", *Revista de Derecho Político de la UNED*, n° 11 (1981), págs. 83-116;
157. _____, "Nuevo perfil orgánico y competencial de la jurisdicción militar", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2855- 2903;

158. _____, "Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional", en Revista de Estudios Políticos nº 64, abril-junio de 1989, págs. 93-130;
159. _____, "El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar", Revista Española de Derecho Militar, nº 44-50, enero de 1985- diciembre de 1987, págs. 89-133;
160. _____, "La Justicia Militar en el Derecho comparado", en Revista General de Derecho, números, 568-569, enero-febrero 1992, págs. 335-361; -
161. _____, "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", en Revista de Derecho Militar, año 1993, enero-junio, págs. 13-71;
162. _____, "El estatuto jurídico-constitucional de las fuerzas armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo", en Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales N° 3 enero-junio 2004, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, pag 145 y sgtes.
163. FERRER, Francisco; MEDINA, Graciela; MÉNDEZ COSTA, María Josefa (dirs); Código Civil Comentado; Tomo II – Derecho de Familia; Rubinzal – Culzoni Editores; Santa Fe; 2004.-
164. FIERRO, Guillermo, La obediencia debida en el ámbito penal y militar, 2º ed, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.
165. FIORINI, Bartolomé, "Estado Militar", en Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XI, Driskill s.a., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1977.
166. FLÓREZ ESTRADA, Alvaro, Obras completas, colección «Clásicos Asturianos del Pensamiento Político», Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.
167. FONTANARROSA, Rodolfo, Derecho comercial argentino. Parte General, Víctor P. De Zabalía, Buenos Aires, 1956.
168. FORTÚN ESQUIFINO, Ricardo, en colaboración con ALVÁREZ ROLDÁN, Luis B. La ley disciplinaria militar, Aranzadi, Pamplona, 1986.
169. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho", en Revista de la Administración Pública N° 34, Año XII enero-abril 1961, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
170. GARCÍA BALLESTER, Pascual, "Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado", Revista Española de Derecho Militar nº 37, (1979), págs. 93-177;
171. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Alianza Editorial, Madrid, 1994.
172. GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Jaime Molinas editor, Barcelona, 1889.

173. GARCÍA-PELAYO, Manuel, Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: El Estado Social y democrático de derecho en la Constitución Española, aparecido en Obras Completas (II), Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
174. _____, Burocracia y Tecnocracia, Madrid: Alianza, 1974.
175. GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Diccionario Larousse Ilustrado, Cuatro Vientos, París, 1980.
176. GARLÁN, Yvon, trad. de José Miguel Parra Ortiz, La guerra en la antigüedad, Alberbán Ediciones, Madrid, 2003.
177. GARRONE, José, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, 3 tomos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
178. GIMÉNEZ RÉBORA, José, "Estado Nacional y bien común", en "Prudentia Iuris", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, XXIII, ene.-jun. , Buenos. Aires., 1990, p. 75 y sgtes.
179. GOMES CARNEIRO, Mario tiburcio, O direito penal militar no quadro do direito militar moderno, separata da Revista Militar Brasileira, Nº 3 y 4, 2º semestre de 1948, S.G.M.G. Imprensa Militar, Río de Janeiro, 1949.
180. GONZALEZ, Marcela, La milicias, origen y organización durante la colonia, Centro de Estudios Históricos, Córdoba (R.A.), 1995.
181. _____, Las Deserciones en la milicias cordobesas 1573-1870, Centro de Estudios Históricos, Córdoba (R.A.), 1997.
182. GONZÁLEZ CRESPO, Jorge, La legión romana SPQR , Círculo Latino, Barcelona, 2003.
183. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Carlos; "La independencia de los tribunales militares"; LL, 51 - 1160, Sec. Doctrina; pág. 1161.
184. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Derecho procesal constitucional, Madrid, Civitas, 1980.
185. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Jorge; FERNÁNDEZ, Luis; "Manual de Legislación Militar"; Depalma Ediciones, Buenos Aires; 1986.
186. _____
187. GORDILLO, Agustín A., Introducción al derecho administrativo, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.
188. _____, Teoría general del derecho administrativo, IEAL, Madrid, 1984.
189. _____, Tratado de derecho administrativo, Macchi, 1974-1997, 5 tomos, t. 1, 4ª ed., 1997; t. 2, 2ª ed., Buenos. Aires, 1998.
190. _____, Derechos humanos, FDA, Buenos Aires, 1990.
191. GRAN ENCICLOPEDIA RIALP GER, Tomo VIII, Ediciones Rialp s.a., Madrid, 1981.
192. GRANJA, Marco A. , La Especialidad del Derecho Militar, Revista judicial, derechoecuador.com Diseñado por Diario LA HORA Quito – Ecuador [On line]. Disponible en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Militar.9.htm> [Consultado: 10 de julio de 2004].

193. GRIMBERG, Carl, Historia universal. Tomo 7: Roma poderosa y legendaria, Soc. Editora Ercilla Ltda., Santiago de Chile, 1986.
194. GUERISOLI, Osvaldo, Contenido y fundamento del derecho militar. Necesidad de intensificar su estudio y divulgar su conocimiento. Revista de información aeronáutica, Vol. 2. Buenos Aires, 1945-1946, pag. 261/2.
195. GUERRA MARTINIÈRE, Margarita, "Del voto militar", en Elecciones vol.2 N° 2. Lima : Oficina Nacional de Procesos Electorales, ONPE, dic. 2003, pag. 135.
196. GUZMAN BRITO, Alejandro, "Los orígenes de la noción de sujeto de derecho", en Revista de estudios históricos-jurídicos, 2002, no.24, pags. 151-247.
197. _____, El derecho privado constitucional de Chile, Ediciones universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001
198. HALE, John Rigby, Guerra y sociedad en la Europa del Renacimiento 1450-1620, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990.
199. HALPERÍN, Isaac, Curso de derecho comercial. Parte General. Sociedades en general, Volumen 1, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.
200. HUNTINGTON, Samuel, El soldado y el Estado. Teoría y política de las relaciones cívico-militares, GEL, Buenos Aires, 1995.
201. HAURIOU, Maurice, La teoría de la institución y de la fundación. (Ensayo de vitalismo social), trad. A. Sampay, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.
202. _____, Précis de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 2e édition, 1929, (reimpresión por C.N.R.S., Paris, 1965).
203. HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R., Introducción al Derecho Administrativo Militar, (vol I) Fuentes, Orgánica y actuación administrativa, Academia General del Aire, San Javier, 1995;
204. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas", en Revista de Derecho Político de la UNED, n° 43, 1998, págs. 11-27;
205. HOMO, Leon, El imperio romano, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1980.
206. HORTATOS, Constantine P., Individual criminal responsibility for human rights atrocities in International Criminal Law and the creation of a permanent International Criminal Court, Ant. N.Sakkoulas Publishers, Athens 1999;
207. IGOUNET, Oscar (h), La obediencia debida militar como causal de justificación, Rev. La Ley T° 1986-D Sec. Doctrina, pag. 822.
208. IGOUNET, Oscar (h) y IGOUNET, Oscar, Código de Justicia Militar, Ediciones del Jurista, Buenos Aires, 1985.
209. ITURBURU, Mónica Silvana , Administración y ciudadanía en los municipios argentinos [On line]. Disponible en: disponible desde <http://www.clad.org.ve/fulltext/0038109.html> [Consultado: 03 de agosto de 2002].
210. JELLINEK, Georg, Teoría general del Estado. Tomo primero. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo de DE LOS RÍOS

- URRUTI, Fernando, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1914; ibidem, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1954.
211. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, Derecho internacional público, t. IV., 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
 212. JIMÉNEZ VILLAREJO, José, "Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación, intimidad y habeas corpus", comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en Cuadernos de Derecho Judicial, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239, en concreto en la págs. 219-220;
 213. KIPER, Claudio (dir); Código Civil Comentado; Tomo I – Derechos Reales; Rubinzal – Culzoni Editores; Santa Fe; 2004.
 214. LADERO QUESADA, Miguel-Angel, "España: reinos y señoríos medievales", en REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, España. Reflexiones sobre el ser de España, 3º ed., Madrid, 1998.
 215. LASARTE ALVAREZ, Carlos, Principios de derecho civil. Tomo primero. Parte general y derecho de la persona, cuarta edición, Ed. Trivium, Madrid, 1995.
 216. LEVAGGI, Abelardo, Manual de historia del derecho argentino (Castellano-indiano/nacional), Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987
 217. _____, "Los Fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata", en Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene", Nº 22, 1971, pag. 44 y ss.
 218. LOJENDIO, Ignacio, Régimen político del Estado español, Editorial bosh, Barcelona, 1942.
 219. LÓPEZ BENITEZ, Mariano, Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Cívitas, Madrid, 1994.
 220. LOPEZ HENARES, Vicente, "Problemas jurídico-políticos del poder militar, planteamiento institucional y estatuto", Revista Española de Derecho Militar, ns. 31-32 (enero-diciembre de 1976),
 221. LÓPEZ Y LÓPEZ, M., Relación jurídica, en MONTTOYA MELGAR, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
 222. LOUZAN de SOLIMANO, Nelly Dora; Curso de historia e instituciones del Derecho Romano; Ediciones Lumiere; Buenos Aires; 2003.
 223. LOUZÁN DE SOLIMANO, Nelly y TRINCAVELLI, Nélida E.: Derecho civil. Parte general I. Depalma, Buenos Aires, 1991.
 224. Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Jorge Horacio, Código Civil Anotado, 2º reimpresión, Tº I a IV-A, Buenos.Aires., 1988.
 225. LUBLIN, Geraldine: La Legión Extranjera. ¿Héroes románticos o simples mercenarios? Revista digital de cultura Sitio al margen. [On line].
Disponible en:

<http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/actualidad/legion/index.html>
[Consultado: 04 de setiembre de 2004].

226. LLOYD ROBERTS, David, "Instrucción a las fuerzas armadas para que respeten el derecho internacional humanitario", en Revista Internacional de la Cruz Roja No 142, 1 de julio de 1997, pp. 459-473.
227. MAQUIAVELO, Nicolás, El Príncipe, trad. de Angel Cardona, Hyspamérica, Buenos Aires, 1982.
228. MANZINI, Vincenzo, Diritto penale militare, parte I, 2º ed, Casa editrice Dott. Milan, Padova, 1932.
229. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires., t. 1 (1977); t. 2 (1966); t. 3A (1970); t. 3B (1970); t. 4 (6ª ed., 1997); t. 5 (4ª ed., 1997); t. 6 (3ª ed. 1994).
230. MARÍN Y PEÑA, Manuel, Instituciones militares romanas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Patronato "Menendez y Pelayo", Madrid, 1956.
231. MARTÍ COLL, Antonio, "Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las FAS y del comportamiento de estas respecto a aquéllas", en AA.VV, Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2653- 2698;
232. MARTÍN PÉREZ, Ángel, "La mujer y las Fuerzas Armadas", en La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 585-603;
233. MARTINEZ ALCUBILLA, Marcelo, Códigos antiguos de España. Desde el fuero fuzgo hasta la novísima recopilación, López Camacho impresor, Madrid, 1885.
234. MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRÍ, Juan, Derecho militar en la edad media (España-Fueros municipales), Impr. Pedro Carra, Boletín de Justicia Militar, Zaragoza, 1912.
235. MARTINEZ PAZ, Enrique, Manual de derecho político, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 1988.
236. MASIDE MIRANDA, Luis, "Los mercenarios a la luz del Derecho humanitario", en Revista Española de Derecho Militar, nº 55, enero-junio de 1991, págs. 67-82;
237. MAYO, Jorge A., "La relación jurídica obligacional", en Revista de Responsabilidad civil y seguros, año VI, Nº 11, La Ley, Buenos Aires, marzo de 2004.
238. MANZINI, Vincenzo, Diritto penale militare, parte I, 2º ed, Casa editrice Dott. Milan, Padova, 1932.
239. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, "Administración militar, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad en la Constitución española de 1978", en Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre

- el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978, Instituto Nacional de Administración Pública, 1999, págs. 609-626;
240. MÉNDEZ CHANG, Elvira, "La noción de extranjero en el derecho romano, en Pandectas", en Revista de Derecho N° 1, Diciembre 1999. [On line]. Disponible en: <http://Www.Pandectasperu.Org/> [Consultado: 29 de agosto de 2004].
 241. MEGIAS, José Justo: "El derecho subjetivo en el derecho romano (un estado de la cuestión)", en Revista de estudios histórico-jurídicos. N° 25, Valparaíso, 2003, pag. 35 a 54.
 242. MENGOZZI, Paolo, "The protection of individual rights and the court of first instance of the European Communities", en Fordham International Law Journal, Volume 23, March 2000, number 3, pag. 707/735.
 243. MENNA, José Nicolás, El militar en busca de sentido. Misión de la institución y crisis de identidad del personal militar, Universidad de la Marina Mercante, Buenos Aires, 2002.
 244. MIGUEL, Claudio Amin, y COLDIBELLI, Nelson, elementos de derecho processual penal militar, Lumen juris editora, Río de Janeiro, 2004.
 245. MILAZZO, Francesco, Profili costituzionali del ruolo dei militari nella scelta del Princeps. Dalla morte di Augusto all'avvento di Vespasiano, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1989.
 246. MILLÁN GARRIDO, Antonio, Régimen disciplinario de la Guardia Civil, Trotta, Madrid, 1992. –
 247. _____, "Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del CJM", en Revista de Derecho Público, n° 87, 1982;
 248. _____, La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria, Tecnos, Madrid, 1990;
 249. _____, "Servicio militar y objeción de conciencia", en AA.VV El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 91- 106;
 250. _____, Notas al Código Penal Militar y legislación complementaria, Tecnos, Madrid, 1992.
 251. MIRALLES, Jaime, "El derecho del militar a la intimidad", en la obra colectiva Libertades públicas y Fuerzas Armadas, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 745-748;
 252. MISKOWIAK, Kristina, The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation, DJOF Publishing, Copenhagen, 2000;

253. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ausencia y desaparición (Estudio de Derecho argentino y comparado). Anuario de .Derecho .Civil 1975 - IV, p. 979-993; J.A. Doctrina 1975-463 y [On line]. Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar> [Consultado: 18 de setiembre de 2005].
254. MOMMSEN, Theodor, Disegno del diritto pubblico romano, trad. de Pietro Bonfante, CELUC, Milán, 1973.
255. MONTOYA MELGAR, Alfredo (dir), Enciclopedia jurídica Básica. Tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 5762.
256. MOONEY, Alfredo E., Derecho Constitucional. Tomo II, 2º edición, Ed. Atenea, Córdoba, 1995.
257. MOSES, John, "Aboriginal Participation in Canadian Military Service: Historic and Contemporary Contexts", en The Army Doctrine and Training Bulletin: Canada's Professional Journal on Army Issues, vol.3, no.3 (Fall 2000), pags. 14-18.
258. NAVARRO, Luis, "The juridical status of the clergy", en Canon Law Society of Philippines [On line]. Disponible en: <http://www.clsp.org.ph/docs/2001-juridical-status.pdf> [Consultado: 27 de agosto de 2004].
259. NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio, Las competencias civiles de la jurisdicción militar. Tesis doctoral, Ministerio de defensa, secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1997.
260. NORO, Lauro, y BROWN, Fabián, Riccheri. El ejército del siglo XX, Biblioteca Soldados, Editorial María Ghirlanda, Buenos Aires, 1999.
261. NUÑEZ, Ricardo, Tratado de derecho penal, Tº I, Ed. Lerner, Córdoba, 1976.
262. _____, "El significado del concepto 'funcionario público' en el Código Penal", J.A. 1970, pág. 544/6
263. OBIGLIO, Hugo, "Objeción de conciencia". Disertación con motivo incorporarse a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1998.
264. OEHLING, Herman, La función política del Ejército, Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1967.
265. ORAA RODRÍGUEZ, Luis, "Derecho de petición en las Fuerzas e Institutos armados", Revista Española de Derecho Militar, nº19, enero-junio, 1965, págs. 39-70;
266. ORTIZ, José Alberto, Historia de la Administración, El observador digital, octubre de 2002 [On line]. Disponible en: <http://www.observador.com.mx/documentos.htm> [Consultado: 19 de octubre de 2002].
267. ORTUNO SANCHEZ-PEDRENO, José María. Las Fuentes del Régimen de la Donación en Las Partidas, aparecido en Revista de .Estudios Histórico.-Jurídicos, Nro.23, Valparaíso, 2001, pags. 369-390.
268. OTTO PARDO, Ignacio de, "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", Revista Española de Derecho Constitucional nº 23 (1988), págs. 11-43;

269. PALLIERI, Giorgio Balladore, Crisis de la personalidad del Estado, en autores varios, Ripert, Georges y otros, La crisis del derecho, traducción de Marcelo Cheret revisada por Santiago Sentis Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960
270. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "Modelos de función pública y función pública militar", en en La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 19-68;
271. PARKER, Geoffrey, The Army of Flanders and the Spanish Road, 1567-1659. The logistics of Spanish Victory and Defeat in the Low Countries. Wars, Cambridge University Printing, Cambridge, 1972.
272. PASQUALI, Patricia, San Martín. La fuerza de la misión y la soledad de la gloria, Planeta, Buenos Aires, 1999.
273. PECES-BARBA, Gregorio. Introducción a la filosofía del Derecho, Edit. Debate, Madrid, 1993.
274. PELLÓN RIVERO, Ricardo, Actividades políticas y Fuerzas Armadas", en AA.VV, Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2811-2839;
275. _____, "La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas", en Revista Española de Derecho Militar nº 37, enero-junio de 1979, págs. 15-91;
276. PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, Ombudsman militar y defensor del pueblo estudio de derecho comparado y español, Dilex, Madrid, 2001;
277. PERRAKIS, Stelios, Quelques considerations sur le cadre fonctionnel de la Cour Criminelle Internationale: perspectives et réalités, 51 Revue hellénique de droit international (no. 2, 1998), pags. 423-430;
278. PINARD, Gustavo E., Los derechos humanos en las Constituciones del Mercosur, ECA, Buenos. Aires., 1996.
279. PITZUL, Jerry y MAGUIRE, John, "A Perspective on Canada's Code of Service Discipline", en Journal of Military and Veterans Law. [On line]. Disponible en: <http://www.wm.edu/SO/MLJ/canadafinal.htm> [Consultado: 29 de setiembre de 2005].
280. PRÉLOT, Marcel, La Ciencia Política, Colección cuadernos Nº 103, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989.
281. QUEROL Y DURÁN, Fernando de, Principios de Derecho militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Tomo I: Preliminares y Derecho orgánico judicial militar. Tomo II: Derecho Penal Militar, Editorial Naval, Madrid, 1948;
282. QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA; María de las Nieves; "Derecho Constitucional Argentino"; Tomo II; Rubinzal - Culzoni Editores; Santa Fe; 2001.

283. RAMAYO, Raúl; "El Poder Judicial y la Justicia Militar"; ED, 120 – 912.
284. RAMELLA, Pablo, Nacionalidad y Ciudadanía, Depalma, Buenos Aires, 1998.
285. RAMOS, César José. "Civitas Romana. Estudio Histórico sobre el Estado de Ciudadanía", en: Libro Homenaje a José Melich Orsini. Caracas: Instituto de Derecho Privado - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1983. vol 2.
286. RAVIGNANI, Emilio, Asambleas Constituyentes Argentinas. Tomo 4, Talleres Peuser, Buenos Aires, 1937.
287. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, Diccionario de la lengua española, vigésima primera edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1992.
288. RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando, La administración estatal y el sistema de fuentes formales en el derecho administrativo colombiano, a partir de la constitución de 1991 [On line]. Disponible en: <http://www.libardo.50megs.com/DERECHOPUBLICO/> [Consultado: 16 de febrero de 2003].
289. RIESCO, José, La defensa Nacional: estrategia y política, Alveroni, Córdoba, 1986.
290. RINOLFI, Cristiana, Famiglia e persone, Studi Romani XLVIII (1-2), 2000. Publicado también en Diritto et Storia - N° 1 Mayo de 2002 [On line]. Disponible en: [http://www.dirittoestoria.it/strumenti/rassegne/II\)%20Famiglia%20e%20persone.htm](http://www.dirittoestoria.it/strumenti/rassegne/II)%20Famiglia%20e%20persone.htm) [Consultado: 18 de diciembre de 2003].
291. RÍSPOLI ROMÁN, Oscar; "El fuero militar"; JA, 1958 - II, 7, pág. 8
292. RISSO DOMINGUEZ, Carlos, La justicia militar. Conceptos fundamentales (2 tomos), Librería La facultad, Buenos Aires, 1939.
293. RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. 1, 1994 (reimp.), t. 2, 1993.
294. RIVERA, Julio César (dir); Código Civil Comentado (Títulos preliminares – Personas); Rubinzal – Culzoni Editores; Santa Fe; 2004.
295. RIVERO, Jean, Droit administratif, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1977.
296. ROBERTS, David Lloyd, Instrucción a las fuerzas armadas para que respeten el derecho internacional humanitario, en Revista Internacional de la Cruz Roja No 142, 1 de julio de 1997, pp. 459-473;
297. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, "El Derecho Militar del Siglo XXI: Un Proyecto de Código Penal Militar complementario", en Revista Española de Derecho Militar, n° 77, enero-junio de 2001, págs. 95-135;
298. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, "Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", en AA.VV El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 185-224;

299. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, y BLECUA FRAGA, Ramón, (coords.), Comentarios al Código Penal Militar, Civitas, Madrid. 1988;
300. RODRIGUEZ MOLAS, Ricardo E., El servicio militar obligatorio, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983.
301. RODRIGUEZ RAMOS, Luis; "Fundamentos del ordenamiento jurídico militar", en la obra colectiva Libertades públicas y Fuerzas Armadas, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 257 y ss;
302. ROJAS CARO, José, Derecho disciplinario militar, Tecnos, Madrid, 1990;
303. ROMERO, César Enrique, Derecho militar y Constitución, imprenta de la Universidad, Córdoba, 1957.
304. ROONEY, David, Los zorros de la guerra, Salvat editores, s.l., 2001.
305. ROSSETTI, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Est. Graf. Biffignandi, Córdoba, 1983.
306. ROUQUIE, Alain. Las fuerzas armadas. America Latina, introducción al extremo occidente. Siglo XXI. Mexico, 1989.
307. RUIZ MANTECA, Rafael, "Órganos superiores de la función militar", en La función militar en el actual ordenamiento constitucional español, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 543- 557;
308. SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, Sustantividad y fundamento del derecho militar, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913;
309. SACCHI, Mario Enrique, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y el orden militar, colección ensayos doctrinarios, Cruz y Fierro Editores, Buenos Aires, 1982.
310. SAGÜÉS, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, Tomo 1 y 2, 2º edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
311. SALVAT, Raymundo, Tratado de derecho civil argentino. (Parte general), , quinta edición aumentado y corregida, Librería y casa editora de Jesús Menendez, Buenos Aires, 1931.
312. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Manuel, La libertad de expresión del militar profesional, (Tesis doctoral) Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 1992;
313. SARCEDA, Ricardo, Derecho previsional militar y de seguridad, Tomo I Retiros, Depalma, Buenos Aires, 1988
314. SAVIGNY, Frederic, System des heutigen römischen Rechts, reimpr. Scientia, Aalen, 1981.

315. SCHOENFELD, Almut, Cuestionan en Alemania el generoso sistema de pensiones. *The Wall Street Journal*, publicado en *La Nación* del Día martes 6 de abril de 2004, sección 2, pag. 7.
316. SCHULZE, Hagen, *Estado y nación en Europa*, Crítica, Barcelona, 1997.
317. SCHRAUWEN, Annette, "Sink o swim together? Developments in european citizenship", en *Fordham International Law Journal*, Volume 23, March 2000, number 3, pag. 778/794.
318. SENECHAL, Michel, *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des Foces Armées*, con prefacio; prefacio de DRAGO, Roland. París: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1964.
319. SINÓPOLI, Santiago Mario, *El derecho constitucional militar*. Tesis de doctorado. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Biblioteca Central. T SIN 30110001350223.
320. _____, "La justicia militar no es justicia administrativa. La prescripción en los delitos militares"; ED, 131 – 539.
321. SMITH, Louis B., *American Democracy and Military Power: A Study of Civil Control of the Military Power in the United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1951.
322. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1945.
323. _____, *Tratado de derecho penal*, ed. TEA, t. I, Buenos Aires, 1963.
324. SUÁREZ FERNANDEZ, Luis, "Primera forma de Estado", en *Real Academia de la historia, España. Reflexiones sobre el ser de España*, 3º ed., Madrid, 1998.
325. SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas", *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2360-2414,
326. _____, «La Administración Militar a lo largo de los veinte años de vigencia de la Constitución», en Enrique Alvarez Conde (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución*, Madrid, INAP, 1998, p. 595 y sigs.
327. SUCRE HEREDIA, Ricardo, *Derechos civiles de los militares. ¿Realidad o ficción?*. Universidad Simon bolivar. Instituto de Altos Estudios de América Latina. [On line]. Disponible en: <http://www.iael.ve/92/92-8.pdf> [Consultado: 02 de abril de 2005].
328. SUR, Serge, "Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité", en *103 Revue générale de droit international public* (No. 1, 1999), pages. 29-45;
329. TALLGREN, Immi, "Completing the 'International Criminal Order': the Rhetoric of International Repression and the Notion of Complementarity in the Draft Statute for an International Criminal Court", *67 Nordic journal of international law* (No. 2, 1998), pages. 107-137;

330. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, Formación del Estado federal argentino 1820-1852. El gobierno de Buenos Aires y los asuntos nacionales, 2º edición revisada y ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
331. TEDESCHINI, Federico, Introduzione al diritto pubblico, Maggioli, Rimini, 1994.
332. TEJEDOR, Carlos, Curso de Derecho Criminal, Ira. parte, 2da. edición, Buenos Aires, 1871.
333. TEPAVAC Milan, Establishment of International Criminal Court., en Review of International Affairs, Belgrado, Julio/agosto 1998, pag.12 y sgtes.
334. THIERS, Marie Joseph Louis Adolphe, Revolución francesa, 3º ed., Libr. vda. de Ch. Bouret, México-París, 1913.
335. TIBURCIO GOMES CARNEIRO, Mário, "Los elementos fundamentales del Derecho militar (Concepto, contenido, codificación, enseñanza)", en Revista Española de Derecho Militar nº 12, julio-diciembre de 1961, págs. 181-206;
336. TOCHILOVSKY, Vladimir, "Rules of Procedure for the International Criminal Court: Problems to Address in Light of the Experience of the Ad Hoc Tribunals", 46 Netherlands International Law Review (1999, no.3), pags.343-360;
337. TOMUSCHAT, Christian, "A System of International Criminal Prosecution is Taking Shape", 50 International Commission of Jurists. The Review(1993), pags. 56-70;
338. TORRES, Ismael, y FURIA, Lilian, "La autorización para contraer matrimonio", en Revista de la Escuela Superior de Guerra Aérea Nº 214, 1º cuatrimestre de 2002.
339. TOYOS, Sergio, "El origen de las graduaciones militares", en MUPIM Revista. Organo informativo y cultural propiedad de la mutualidad del personal de intendencias militares, Nº 519, diciembre de 2002.
340. TRASK, David F., Democracia y defensa: el control civil de las fuerzas armadas en Estados Unidos, en Temas de la democracia. Publicación Electrónica de USIS (united States Information Service), Vol. 2, No. 3, julio de 1997. [On line]. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0797/ijds/trask.htm> [Consultado: 06 de marzo de 2005].
341. TREVES, Guiseppino, Principi di Diritto Pubblico, Unione Tipografico, Editrice Torinese, Torino, 1976.
342. TROTABAS, Louis - ISOART, Paul, Manuel de droit public et administratif, LGDJ, Paris, 1978.
343. UGARTE, José Manuel, Los conceptos jurídicos y políticos de la seguridad y la defensa: un análisis orientado a América Latina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 2003.
344. UGARTE Y PAGÉS, Javier, contestación a SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, Sustantividad y fundamento del derecho militar, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y

- Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913.
345. VAGTS, Detlev F., "Free speech in the Armed Forces", Columbia Law Review 57 (1957), pag. 191.
 346. VALLENAS GAONA, Jesús Rafael, El estado de emergencia en la Constitución Política de 1993. Excurso normativo desde la perspectiva de los derechos humanos, Revista internauta de práctica jurídica, Núm. 6, (septiembre-diciembre, 2000) [On line]. Disponible en: disponible desde <http://www.uv.es/~ripj/6per.htm> [Consultado: 03 de marzo de 2002].
 347. VANASCO, Carlos Augusto, Manual de sociedad comerciales, Astrea, Buenos Aires, 2001.
 348. VEJAR VAZQUEZ, Octavio, Autonomía del derecho militar, Editorial Stylo, México, 1948.
 349. VIDELA ESCALADA, Federico, Tratado de Derecho Aeronáutico, tomo I, Victor P. de Zabala Editor, Buenos Aires, 1973,
 350. VON CLAUSEWITZ, Karl, De la Guerra, Ediciones Solar, Buenos Aires, 1983.
 351. VON LUDENDORFF, Erik, La Guerra Total, Pleamar, Buenos Aires, 1964.
 352. WALBURN, Steven E., y HOLLINGSWORTH, Teresa K., El Papel de los Militares en el Sistema Político de los EE.UU, Military Review. Command & General Staff College, March-April 2002 Spanish Edition, [On line]. Disponible en: <http://www-cgsc.army.mil/milrev/spanish/MarApr02/hollingsworth.asp> [Consultado: 17 de abril de 2004].
 353. WINTHROP, William, Military law and precedents, second edition revisad and enlarged, Government printing office, Washington, 1920
 354. WINTON, Robert, "El papel del servicio militar obligatorio en las democracias de las américas", en Air & Space Power Journal - Español, cuarto trimestre de 2002.
 355. YUNGANO, Arturo R, Derecho civil.Parte general. Ediciones jurídicas, Buenos Aires, 1990.
 356. ZAFFARONI, Eugenio, y CAVALLERO, Juan, Derecho penal militar. Lineamientos de la parte general, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1982.
 357. ZARINI, Helio Juan, Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
 358. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales", en Revista Nuevo Foro Penal, N° 53, Julio 1991, pag. 331 y sgtes.