

EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA MILITAR ARGENTINO COMENTARIO A LA LEY 26394*

*Leonardo Filippini** y Karina Tchrian****

Resumen: El 27 de febrero de 2009 entró en vigor en la Argentina un nuevo Código de Justicia Militar –CJM–, el cual configuró un cambio radical en el modelo de justicia militar porque se abandonó la jurisdicción militar en tiempos de paz y se expandió la intervención de la justicia común a las personas que antes eran juzgadas por los jueces y bajo las reglas de procedimiento militares. La reforma también eliminó la pena de muerte, incorporó algunos de los delitos militares al Código Penal común, derogó otros, y modernizó el régimen disciplinario militar. En este trabajo, describiremos el derogado CJM y, luego, algunos aspectos relevantes de la reforma al sistema de justicia militar vinculados al Derecho penal y procesal penal. Por último, presentaremos algunas reflexiones sobre estas modificaciones.

* Artículo publicado en la *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 1191.

** Profesor de Derecho de la Universidad de Palermo –UP– e Investigador del Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ–. E-mail: [lfilippini@ictj.org].

*** Abogada de la Universidad Torcuato di Tella –UTDT– e Investigadora del Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ–. E-mail: [karistch@hotmail.com]. Los autores agradecemos la colaboración y observaciones de FELICITAS ROSSI, DIEGO FREEDMAN y LUCILA SANTOS. Fecha de recepción: 1.º de abril de 2010. Fecha de modificación: 15 de julio de 2010. Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2010.

Palabras clave: reforma, código de justicia militar, jurisdicción militar, justicia militar, jurisdicción civil, jueces militares, jueces civiles, delitos militares, régimen disciplinario militar/castrense, régimen sancionatorio militar/castrense, pena de muerte, abolición de la pena de muerte, garantía del juez independiente e imparcial

ARGENTINA'S NEW MILITARY JUSTICE SYSTEM. A REVIEW OF LAW 26394

Abstract: On February 27th, 2009 Argentina's new Code of Military Justice –CMJ– came into effect. The new CJM revolutionized the military justice system as it abandoned military jurisdiction in times of peace and expanded the intervention of civilian justice to persons who used to be tried by military judges according to the military rules of procedure. The reform also abolished the death penalty for military crimes, added some military crimes to the National Criminal Code, eliminated others and modernized the military discipline regulations. In this paper, we will describe the former CJM and the most important changes related to criminal law and criminal procedure that were introduced by the reform. Finally, we will reflect on some of those changes.

Keywords: Reform, Code of Military Justice, Military jurisdiction, Military justice, Civil jurisdiction, Military judges, Civilian judges, Military crimes, Military discipline regulation, Death penalty, Abolition of the death penalty, Independent and impartial judge guarantee

INTRODUCCIÓN

El 27 de febrero de 2009 entró en vigencia el nuevo Sistema de Justicia Militar argentino, de acuerdo con la Ley 26394¹, sancionada por el Congreso el 6 de agosto de 2008 y promulgada el 26 del mismo mes. Esta ley derogó el Código de Justicia Militar argentino –CJM– y configuró un nuevo modelo de justicia militar que expandió la intervención de la justicia común respecto de situaciones antes comprendidas por la jurisdicción militar². Algunos delitos del derogado CJM fueron incorporados al Código Penal –CP– o incluidos como circunstancias agravantes de otros ya tipificados en la ley común y se eliminó la pena de muerte. También se eliminó la jurisdicción militar en tiempos de paz. De acuerdo con el nuevo sistema, los militares serán juzgados por

1 Texto completo en [<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/143873/norma.htm>].

2 La Ley 26394, en efecto, eliminó la “excepción de los delitos que correspondan a la jurisdicción militar” del artículo 18 del Código Procesal Penal de la Nación –CPPN– que define la naturaleza y extensión de la jurisdicción de la justicia nacional.

jueces ordinarios, independientes e imparciales y no por tribunales militares. Los imputados, además, gozarán de todos los derechos y garantías de cualquier habitante, como el poder contar con un abogado. La reforma, asimismo, modernizó el ordenamiento disciplinario militar. Algunas conductas antes consideradas delictivas fueron transformadas en faltas, varias faltas fueron eliminadas y otras reformadas para adecuarlas a la Constitución Nacional.

La reforma fue impulsada por la Ministra de Defensa NILDA GARRÉ, quien el 10 de febrero de 2006³ creó una Comisión de Trabajo integrada por representantes de organizaciones de la sociedad civil, unidades académicas y agencias estatales e internacionales, con interés en la reforma de la justicia militar⁴. Esta comisión trabajó seis meses, durante los cuales se consideraron los desarrollos normativos y doctrinarios de los últimos años de democracia y se establecieron como guía de contenidos mínimos los *Principios sobre administración de justicia por parte de tribunales militares* de las Naciones Unidas⁵. Los textos se pusieron a disposición de los servicios jurídicos de cada una de las Fuerzas y del Estado Mayor Conjunto, quienes remitieron formalmente sus opiniones al Ministerio de Defensa⁶.

El 17 de abril de 2007, el Poder Ejecutivo sometió el proyecto a consideración del Congreso de la Nación. El 7 de noviembre de 2007 la Cámara de Diputados aprobó por mayoría el proyecto de reforma⁷. El 6 de agosto de 2008 la media sanción obtenida en

3 Ministerio de Defensa, Resolución Ministerial n.º 154/06 del 10 de febrero de 2006.

4 La Comisión fue integrada por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, en representación del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; ALBERTO BINDER, por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales –INECIP–; RODOLFO MATTAROLO, por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; GABRIEL VALLADARES, por el Comité Internacional de la Cruz Roja, en calidad de observador; ALEJANDRO SLOKAR, en su carácter de Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la Nación; GASTÓN CHILLIER, por el Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS–; CORONEL OMAR MANUEL LOZANO, como asesor jurídico de la Dirección de Planeamiento del Estado Mayor General del Ejército; Contralmirante JOSÉ AGUSTÍN REILLY, como auditor general de las Fuerzas Armadas; MIRTA LÓPEZ GONZÁLEZ, por la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina y DIEGO FREEDMAN por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento –CIPPEC–.

5 Organización de las Naciones Unidas, Documento E/CN.4/Sub.2/2005/9, 16 de junio de 2005, disponible en [<http://www2.ohchr.org/english/bodies/subcom/57/aevdoc.htm>].

6 La información sobre los antecedentes, compilada por el Coronel Mayor Auditor del Ejército Argentino MANUEL OMAR LOZANO, está disponible en [<http://manuelomarlozano.blogspot.com/>]. Copias de las opiniones de las FFAA fueron circuladas entre personas e instituciones interesadas en el tema. Los autores hemos consultado un ejemplar disponible en el Centro de Documentación del Centro de Estudios Legales y Sociales.

7 El texto completo de proyecto de reforma aprobado por la Cámara de Diputados se encuentra disponible en *Diario de Sesiones Ordinarias 2007*, Orden del día n.º 2855; [<http://www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-124/124-2855.pdf>]. La Diputada NORA GINZBURG presentó un dictamen de minoría disponible en [<http://www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-124/124-2855.pdf>].

la Cámara de Diputados fue tratada en el Senado de la Nación y el proyecto impulsado por el Ministerio de Defensa de la Nación se transformó en ley.

Entre los fundamentos expresados en la discusión parlamentaria⁸, los diputados y senadores afirmaron su obligación de adecuar la legislación interna a los estándares de defensa de los derechos humanos y se refirieron al compromiso de reformar el sistema de justicia militar asumido por el país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–. También se recalcó la importancia de igualar las garantías penales de militares y ciudadanos comunes.

En la 22ª reunión de la 14ª sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de la Nación, del 7 de noviembre de 2007, la diputada ROSARIO MARGARITA ROMERO dijo:

... al incorporar en el artículo 75, inciso 22 [de la CN], los tratados de derechos humanos nos comprometimos a revisar nuestra legislación y adecuarla a esos estándares de defensa de los derechos humanos, de los cuales quienes conforman las fuerzas militares de ninguna manera pueden estar excluidos.

En el mismo sentido, el diputado JORGE ANTONIO VILLAVERDE sostuvo:

Hace tiempo la Argentina asumió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el compromiso de modificar nuestra legislación adecuándola a los sistemas internacionales [...] [Y que tal] compromiso [...] surge de las presentaciones realizadas por militares argentinos [...] Este proyecto plantea una cuestión muy especial, le otorga al militar el derecho de ciudadano es decir lo equipara a la ciudadanía común.

Por su parte, en la 12ª reunión de la 10ª sesión ordinaria del Senado de la Nación del 6 de agosto de 2008, el miembro informante de la Comisión de Justicia, Senador RUBÉN HUGO MARÍN manifestó:

Se cumple con una demanda que no digo que sea histórica, pero sí que tenía su tiempo y, a la vez, se vela por una igualdad en derechos y garantías de nuestra sociedad a fin de posibilitar un profundo *aggiornamento* del sistema a parámetros internacionales incorporados por nuestra Constitución. Algunos consideran que es una deuda pendiente para con nuestros militares. En mi opinión, pienso

8 La versión taquigráfica provisoria del debate parlamentario de la Honorable Cámara de Diputados se encuentra disponible en [<http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/125-22.htm>] (cfr. punto 20. “Derogación de la Ley 14029 sobre Código de Justicia Militar y modificación de los códigos Penal y Procesal Penal de la Nación”). La versión taquigráfica del debate parlamentario del Honorable Senado se encuentra disponible en [<http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php?Page=2&iPageSize=10&cOrden=0&cSentido=DESC&anio=&operador=&pal1=&pal2=>] (cfr. punto 13. “Derogación del Código de Justicia Militar”).

que se trata de una reforma que se la debemos a la sociedad toda. Me parece que a esta altura seguir hablando de militares como algo aparte de nuestra sociedad no es una cuestión correcta. Pareciera que los militares se quedan fuera de la civilidad, lo cual me parece un absurdo. En estos temas los términos son importantes. Civiles somos todos, y los militares son parte de nuestra sociedad y, por ende, la deuda es para con toda la sociedad y no para con una parte de ella.

La reforma fue celebrada por la CIDH que consideró la reforma como un paso positivo basado en la obligación de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–⁹. En este trabajo, describiremos el derogado CJM y, luego, algunos aspectos relevantes de la reforma al sistema de justicia militar vinculados al Derecho penal y procesal penal. Por último, presentaremos algunas reflexiones sobre el cambio que trajo la Ley 26394.

1. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR DEROGADO

El CJM¹⁰ había sido creado por la Ley 14.029, sancionada el 4 de julio de 1951. Su redactor, OSCAR RICARDO SACHERI mantuvo la estructura del Código Bustillo del siglo XIX (1898), que a su vez vino a reemplazar al código de 1895. Esta fue la primera legislación que comenzó a regir en la Argentina desde las Ordenanzas de Carlos III (siglo XVIII)¹¹. El CJM se encontraba dividido en tres tratados: el primero (arts. 1.º a 139) se refería a la organización y competencia de los tribunales militares; el segundo (arts. 140 a 507) regulaba los procedimientos en los juicios militares, y, por último, el tercero (arts. 508 a 888) establecía la penalidad que corresponde a cada infracción militar.

a. Jurisdicción militar

De acuerdo con el CJM, y en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 23049 en 1984, la jurisdicción militar quedó reservada estrictamente a la investigación y juzgamiento de los “delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de este carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan” (art. 108, CJM)¹². La Ley 23049 también excluyó la posibilidad de que, en tiempos de paz, los civiles fueran sometidos

9 CIDH, *Press Release* n.º 36/08 “IACHR praises repeal of Argentina’s Military Justice Code”; disponible en [<http://www.cidh.org/comunicados/english/2008/36.08eng.htm>].

10 El texto completo del Código de Justicia Militar argentino se encuentra disponible en [<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/105438/texact.htm>].

11 Para una descripción de los antecedentes y de varias de las discusiones referidas a la jurisdicción militar se puede cfr. EZEQUIEL ABÁSULO. *El Derecho penal militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002.

12 Artículos 108 y 109 del CJM. LEÓN ARSLANIÁN. “La jurisdicción militar y su ámbito de comprensión”, *Revista Hechos y Derechos*, n.º 4, Instituto de Promoción de Derechos Humanos, 1997, p. 46.

a la jurisdicción militar¹³. En cambio, la jurisdicción militar en tiempos de guerra era extensible a los civiles en los casos especialmente determinados por el CJM¹⁴.

Los artículos 9.º y 30 del CJM determinaban cuáles eran los órganos que ejercían la jurisdicción militar en tiempo de paz y en tiempo de guerra, respectivamente. La jurisdicción militar en tiempo de paz se ejercía por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, por los consejos de guerra permanentes, por los consejos de guerra especiales en los casos del artículo 45 del CJM¹⁵, y por los jueces de instrucción y demás autoridades que determinaran las leyes militares.

El Consejo Supremo de las FFAA se componía de nueve miembros, de los cuales sólo tres debían ser letrados¹⁶. Todos los vocales del Consejo Supremo debían ser oficiales generales o sus equivalentes y eran designados por el Presidente de la Nación, en su calidad de comandante en jefe de las FFAA (cfr. art. 99 inc. 12 de la Constitución Nacional). Los vocales duraban en sus cargos seis años y podían ser reelegidos¹⁷.

Los consejos de guerra permanentes eran creados por el Presidente de la Nación, quien también nombraba a los oficiales que los integraban. Los vocales de los consejos de guerra permanentes duraban cuatro años en sus cargos. El CJM no exigía que al me-

13 Artículos 108 y 109 del CJM. ALBERTO BOVINO. “La justicia militar y el juzgamiento de civiles”, en *Seminario Internacional sobre Justicia Militar*, Departamento de Investigación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 15 a 17 de octubre de 1997. Como afirma BOVINO, el sometimiento de civiles a tribunales militares en nuestra región ha sido utilizado a veces como arma de represión política. GERMÁN BIDART CAMPOS también observó que “ninguna situación de emergencia autoriza a reemplazar a los tribunales de la Constitución por tribunales militares en el enjuiciamiento de civiles por delitos comunes” y que en la sujeción de civiles a esos tribunales “importa establecer una comisión especial de las vedadas por el artículo 18 de la Constitución [...] una grave violación de la división de poderes y un agravio al derecho a la jurisdicción, que requiere como primer estadio el juez natural. Y el juez natural de los civiles no es un tribunal militar, válido exclusivamente como fuero real o de causa en razón de la materia...”: GERMÁN BIDART CAMPOS. *Los tribunales militares y la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1985, p. 33.

14 Artículo 108 del CJM. El artículo 110 del CJM establecía que en tiempo de guerra la jurisdicción militar era extensiva a los empleados y operarios que no tuvieran asimilación o equiparación militar, cuando prestaren servicios en los establecimientos militares o dependencias militarizadas, por cualquier delito o falta cometido dentro de ellos o relacionado con sus actividades; a los vivanderos, postillones, cantineros, sirvientes, comerciantes y demás personas que acompañaren a las fuerzas, por los delitos o faltas cometidos en el terreno comprendido dentro de los servicios de seguridad; y a los particulares o personas extrañas a las instituciones armadas que en las zonas de operaciones o zonas de guerra cometieren cualquiera de los delitos previstos en el Tratado III del CJM, o cualquier hecho sancionado por los bandos dictados por los comandantes.

15 El artículo 45 del CJM permitía que el Presidente de la Nación autorizara, en tiempo de paz, la organización y funcionamiento de los tribunales especiales de tiempo de guerra para juzgar los delitos cometidos en ciertas circunstancias que dificultaban la intervención de los tribunales militares en tiempo de paz.

16 Artículo 11 del CJM.

17 Artículos 12 y 14 *ibíd.*

nos uno de ellos fuese abogado¹⁸. Los consejos de guerra especiales integraban los tribunales militares en tiempos de guerra. Se formaban para cada causa en particular y sus miembros eran nombrados por los comandantes en jefe, jefes superiores y otras autoridades de las Fuerzas¹⁹. Finalmente los jueces de instrucción²⁰, el fiscal general²¹, los fiscales de los consejos de guerra permanentes²², y el auditor general de las fuerzas armadas²³ también eran designados por el Presidente.

En tiempo de guerra, también funcionaban los tribunales permanentes de tiempo de paz, en cuanto lo permitieran las necesidades de la guerra, pero con sujeción a un procedimiento especial establecido en la Sección I, Libro III, Tratado II del CJM. Además, el CJM establecía que, en las fuerzas de operaciones, la jurisdicción militar se ejercería por los comandantes en jefe; por los jefes de fuerzas, cuando operaren independientemente o se encontraran incomunicadas; por los consejos de guerra especiales; y por los comisarios de policía de las fuerzas armadas (art. 31, CJM). En las plazas de guerra, puertos militares, bases aéreas y lugares fortificados, la jurisdicción militar era ejercida por los gobernadores o jefes respectivos, por los consejos de guerra especiales, a menos que en el lugar funcionara un consejo de guerra permanente, y por los comisarios de policía de las fuerzas armadas (art. 32, CJM).

b. Delitos militares y faltas disciplinaria

El CJM derogado regulaba de modo conjunto los delitos militares y las faltas disciplinarias en el Libro I del Tratado III (arts. 508 a 620). Los delitos y las faltas se distinguían en función de las sanciones previstas para unos y otras²⁴. El Libro II del Tratado III del CJM (arts. 621 a 871) se refería a las infracciones militares en particular y mencionaba delitos contra la lealtad de la nación, contra los poderes públicos y el orden constitucional, contra la disciplina, infracciones en el desempeño del cargo, contra el servicio, delitos contra el honor militar, incluyendo los “actos deshonestos” con personas del mismo sexo aun fuera de un ámbito militar²⁵, y la infidelidad en el servicio.

18 Artículos 18, 19 y 23 *ibíd.*

19 Artículos 33 y 34 *ibíd.*

20 Artículo 83 *ibíd.*

21 Artículo 48 *ibíd.*

22 Artículo 52 *ibíd.*

23 Artículo 59 *ibíd.*

24 CJM. “Artículo 508. Constituye delito militar toda violación de los deberes militares que tenga pena señalada en este código y demás leyes militares, que no se encuentre comprendida entre las faltas de disciplina; y, además, todo hecho penado por los bandos que las autoridades militares facultadas al efecto dicten, en tiempo de guerra [...] Artículo 509. Constituye falta de disciplina toda violación de los deberes militares, que la ley o los reglamentos repriman con alguna de las sanciones enumeradas en el artículo 549”.

25 El delito de homosexualidad era definido así: CJM. “Artículo 765. El militar que practicare actos deshonestos con persona del mismo sexo dentro o fuera de lugar militar, será degradado y condenado a

c. Penas

Los artículos 528 y 549 del CJM derogado establecían las penas y sanciones disciplinarias. El artículo 528 establecía que los delitos militares eran reprimidos con pena de muerte²⁶, reclusión, prisión mayor, prisión menor y degradación. El artículo 549, por su parte, establecía que las faltas se reprimían con las sanciones disciplinarias de 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 fajinas.

d. Las garantías en el procedimiento

El CJM establecía que el procesado debía obligatoriamente designar un defensor²⁷. Sin embargo, su elección estaba limitada a oficiales en servicio activo o en retiro. Los defensores militares, además, estaban sujetos a la disciplina militar²⁸ y no podían “aducir a favor del imputado consideración alguna que menoscabe los respetos debidos al superior, ni hacer contra éstos imputación o acusación alguna sobre hechos que no tengan íntima relación con la causa”²⁹. Tampoco podían los defensores “hacer críticas o apreciaciones desfavorables a la acción o a los actos políticos o administrativos del gobierno”³⁰. Los escritos de defensa podían ser examinados para verificar que no contuviera términos que fueran inconvenientes o inmoderados³¹ y en caso de incumplimiento, el defensor era separado del cargo y reprimido disciplinariamente³²⁻³³.

prisión, si fuere oficial; reprimido con prisión menor y destituido, si fuere suboficial o clase; y si fuere soldado será condenado a prisión menor. El que ejerciere violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, para realizar el acto a que se refiere el párrafo anterior, será reprimido con degradación y reclusión de ocho a quince años, si es oficial; con reclusión de cinco a diez años y destitución, si fuere suboficial o clase; y, con prisión mayor si fuere soldado”.

26 La pena de muerte estaba prevista para la comisión de los delitos de traición (art. 621), espionaje en tiempos de guerra (art. 632), piratería (art. 641), rebelión militar frente al enemigo extranjero (art. 643), ataque a un superior frente al enemigo o tropa formada (art. 656), homicidio o lesiones graves contra un superior (art. 657), irrespetuosidad en tiempos de guerra y frente al enemigo (art. 663), entre otros.

27 Artículo 96 del CJM.

28 Artículo 97 *ibíd.*

29 Artículo 366 *ibíd.*

30 *Ídem.*

31 Artículo 368 *ibíd.*

32 Artículo 367 *ibíd.*

33 El CJM tampoco establecía el deber de confidencialidad a los defensores. Por el contrario, el artículo 187 disponía que “[t]odas las personas sometidas a la jurisdicción militar que por cualquier medio tuviesen conocimiento de la perpetración de un delito sujeto a la jurisdicción de los tribunales militares, deberán denunciarlo al superior de quien dependan. Incurrirá en encubrimiento, y será reprimido con las penas establecidas por el Código Penal, quien omitiere dar cumplimiento a dicha obligación de denunciar”. Los defensores debían, entonces, denunciar a sus defendidos por la comisión de delitos de los que ellos hubiesen tenido noticia como consecuencia de su actividad como defensores.

Tampoco se garantizaba la imparcialidad de los juzgadores, pues los integrantes de los consejos de guerra no tenían el deber de excusarse, ni podían ser recusados, en todos los supuestos de excusación y recusación previstos en el Código Procesal Penal de la Nación –CPPN–³⁴.

Los jueces de instrucción militares, dependientes del Poder Ejecutivo, podían disponer la incomunicación de los detenidos; disponer la detención, apertura y examen de la correspondencia particular del procesado; ordenar registros en su domicilio particular y requisas personales; hacer registros en edificios o lugares públicos a cualquier hora, incluyendo los edificios de propiedad privada destinados al recreo o reunión de público; hacer registros o requisas personales en domicilios de particulares, con o sin su consentimiento; disponer la prisión preventiva del procesado, y decretar embargo sobre sus bienes³⁵. Además, si bien al momento de tomarse la declaración indagatoria no podía exigírsele al imputado la promesa de decir verdad, estaba permitido exhortarlo a que se pronunciaran con ella³⁶. Tampoco era indispensable que el imputado contara con un defensor al momento de tomársele la declaración indagatoria o durante el trámite de la instrucción³⁷. El imputado no podía ejercer control alguno sobre los actos realizados durante esa etapa del procedimiento y ello afectaba gravemente sus facultades para ofrecer y producir prueba ante los consejos de guerra permanentes³⁸.

El procedimiento previsto en el CJM no garantizaba el acceso a dos instancias amplias ni siquiera en el ámbito de la justicia militar. En efecto, el Consejo Supremo de las FFAA juzgaba en única instancia a los oficiales superiores o sus equivalentes. También juzgaba en única instancia a los vocales letrados del propio Consejo Supremo, a los miembros de los consejos de guerra y a los funcionarios letrados de la justicia militar, por las infracciones que hubieren cometido en el desempeño de sus funciones³⁹. Las sentencias de los tribunales militares eran recurribles a través de los recursos de infracción a la ley, de revisión, y el recurso ante la justicia federal, que fue establecido por la Ley 23049 y funcionaba como una suerte de control jurisdiccional de los actos administrativos. Ninguno de estos recursos permitía una amplia revisión de las sentencias⁴⁰.

34 Artículos 101, 102 y 106 del CJM, y artículos 55 y 58 del CPPN.

35 Artículos 204, 209, 211, 212, 214, 314 y 319 del CJM.

36 Artículo 237 *ibíd.*

37 Artículos 344 y 345 *ibíd.*

38 Artículo 355 *ibíd.*

39 Artículo 122 *ibíd.*

40 Artículos 428, 429, 430, 431, 439 y 445bis *ibíd.*

2. LAS CRÍTICAS AL SISTEMA DEL CJM DEROGADO

El sistema del CJM era reconocido por la doctrina argentina como una de las jurisdicciones *especiales* o *fueros reales* mantenidas por el Derecho constitucional contemporáneo y que atribuía a tribunales de excepción el juzgamiento de personas con estado militar por infracciones a las leyes que rigen a las fuerzas armadas⁴¹. La constitucionalidad de la existencia misma de los tribunales militares, no obstante, ha sido debatida, en parte, de acuerdo con las distintas posiciones respecto de la naturaleza penal o administrativa del Derecho penal militar y del Derecho militar disciplinario⁴². Hoy, prevalece la posición según la cual el Derecho penal militar es Derecho penal y que, en consecuencia, los tribunales militares como los establecidos en el derogado CJM ejercían facultades jurisdiccionales vedadas por el artículo 109 de la Constitución Nacional.

En este sentido, ZAFFARONI y otros argumentaban que:

... Si el Derecho penal militar es, como parece claro, un Derecho penal especial, cabe exigir que la criminalización sea decidida por tribunales pertenecientes al poder judicial, que podrán ser o no especializados [...] Un tribunal, sea ordinario o especializado, no necesariamente debe integrarse con jueces técnicos [...] pero inevitablemente debe conformarse con jueces independientes, lo que significa que no pueden integrarlo funcionarios sometidos al poder disciplinario del poder ejecutivo. Un juez no puede estar sometido a ningún poder disciplinario que no sea el de responsabilidad política, ni a otra coacción que la que por sus actos incumbe a cualquier ciudadano o habitante. Estos principios rigen respecto de toda jurisdicción y los impone la Constitución (inc. 1.º del art. 8.º CADH, art. 14 PIDCP, en función del inc. 22 del art. 75 de la Constitución). Por ende, los actuales tribunales militares no pueden considerarse *jurisdicción* en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales administrativos incompetentes para aplicar penas [...] Si la competencia de estos tribunales emerge de la condición de comandante en jefe del presidente de la República (art. 99 inc. 12 de la CN) se trata de competencia administrativa y, siendo tal, no tiene jurisdicción penal, pues expresamente carece de ella el presidente de la República (arts. 23, 29 y 109 constitucionales): si carece de ella el titular del poder ejecutivo, no pueden tenerla sus subordinados...⁴³.

41 GERMÁN BIDART CAMPOS. *El Derecho constitucional del poder*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1967, p. 211.

42 Distintas posiciones de partidarios de la naturaleza administrativa de la justicia militar pueden verse en MIGUEL MARIENHOFF. *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, 5.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 573 y en BIDART CAMPOS. *El Derecho constitucional del poder*, cit., p. 347.

43 En este sentido, EUGENIO R. ZAFFARONI; ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 182. ZAFFARONI también se manifestó en este sentido en la reunión de la Comisión de Defensa de la Cámara de Senadores de la Nación del 22 de abril de 2008.

La *Comisión Internacional de Juristas* en un sentido similar también señala que cuando los oficiales asumen el papel de jueces,

... siguen estando subordinados a sus superiores obligados a respetar la jerarquía militar establecida. La forma como ellos lleven a cabo la tarea asignada negará un papel decisivo en futuros ascensos, incentivos profesionales, así como para asignación de tareas su dependencia está determinada por la naturaleza misma de la institución militar. En consecuencia, la justicia militar se convierte en el resultado de las políticas trazadas y dirigidas por el mando militar...⁴⁴.

En la exposición de motivos del anteproyecto de reforma elaborado por la Comisión de Trabajo del Ministerio de Defensa, se afirmó que era necesario derogar el sistema de justicia militar vigente, a la luz de las exigencias propias del proceso de transformación institucional democrática que atravesaban las FFAA⁴⁵. La renovación institucional propuesta, de acuerdo con ello, se encontraba a la vanguardia de la materia en la región. Además, se sostuvo que el cambio fue sostenidamente reclamado por los propios militares⁴⁶.

El proyecto de reforma del sistema de justicia militar reconoce un antecedente inmediato en el compromiso asumido por el Estado argentino en los casos n.º 11.758 –*Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina*⁴⁷– y n.º 12.167 –*Argüelles y otros vs. Argentina*⁴⁸– de la CIDH. En ambos casos el Estado argentino se había comprometido, como parte del proceso de solución amistosa, a impulsar la reforma integral del sistema de administración de justicia penal en el ámbito castrense, a fin de adecuarlo a los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la materia. En un sentido análogo, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN– también había mostrado la necesidad de reforma del CJM⁴⁹. Allí la CSJN sostuvo que el CJM violaba el derecho a ser juzgado

44 Comisión Internacional de Juristas –CIJ–, *Informe sobre la Administración de Justicia en el Perú*, documento informalmente conocido como “Informe Goldman”, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1994.

45 El texto completo de la exposición de motivos del anteproyecto de reforma del sistema de justicia militar se encuentra disponible en [http://www.mindef.gov.ar/codigo_exposicion.html#up].

46 Ídem.

47 El Capitán del Ejército argentino, RODOLFO CORREA BELISLE había sido arbitrariamente detenido y sometido a un proceso ante la jurisdicción militar debido a una supuesta falta de respeto. En rigor, el proceso fue una reacción a las declaraciones de CORREA BELISLE como testigo dentro de un proceso penal en el que se investigaba la muerte de un joven soldado en un cuartel (caso *Carrasco*); disponible en [<http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/argentina.11758.htm>].

48 HUGO OSCAR ARGÜELLES y otros fueron procesados por defraudación militar y delitos conexos en procedimientos iniciados en septiembre de 1980. Estos procedimientos terminaron en abril de 1998 con el rechazo de la CSJN al “recurso de hecho” interpuesto contra sus condenas; disponible en [<http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/argentina.12167.htm>].

49 CSJN. *López, Ramón Ángel s/recurso del artículo 445 bis del Código de Justicia Militar*, sentencia del 6 de marzo de 2007. Fallos: 330:399. Cfr. HERNÁN FOLGUEIRO y LISANDRO PELLEGRINI. “Jurisdicción

por un juez imparcial e independiente y el derecho a la defensa en juicio, en tanto no garantizaba a los militares el derecho a un abogado de confianza.

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Varias de las críticas que se hacían al derogado CJM parecían apuntaladas también por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH–, que sostenidamente ha objetado algunas de las características que presentaba el CJM. En primer lugar, la Corte ha sostenido que todas las personas tienen derecho a ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos y que ello constituye un principio básico del debido proceso. El Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios⁵⁰. La Corte ha señalado que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia tanto del imputado como de la víctima⁵¹.

militar, independencia y derecho de defensa”, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LEONARDO PITLENIK (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 129.

50 Corte IDH. *Lori Berenson vs. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 143; Corte IDH. *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 129.

51 Corte IDH. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 131; Corte IDH. *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párrs. 143 y 145; Corte IDH. *Lori Berenson vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 141; Corte IDH. *19 Comerciantes vs. Colombia*. Sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 167; Corte IDH. *Las Palmeras*. Sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 52; Corte IDH. *Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 112. La garantía del juez independiente e imparcial debe operar tanto en favor del acusado como de la víctima y sus familiares. El acusado tiene derecho a ser juzgado por los hechos que ha cometido por un juez que decida su caso en un sentido u otro sobre la base de lo dispuesto por las leyes y no como consecuencia de la injerencia que las demás ramas del gobierno pueden tener sobre él. La víctima y sus familiares, por su parte, tienen derecho a reclamar por la violación de sus derechos y a que el acusado sea juzgado por un juez independiente e imparcial pues, de otro modo, no tendrían la posibilidad de ejercer efectivamente el derecho al acceso a la justicia. Artículo 25 de la CADH. Respecto del derecho que otorga el artículo 25 de la CADH la Corte IDH ha dicho: “[...] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención [...] [N]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión”. Cfr. Corte IDH, *Baena Ricardo y otros. Competencia*” párr. 77; Corte IDH, *Cinco Pensionistas*, párr. 126; y Corte IDH, *Las Palmeras c. Perú*, párr. 58, todos ellos citados en Corte IDH, *19 comerciantes c. Colombia*, párr. 192.

Respecto de la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, la Corte IDH ha remarcado que es necesario garantizar dichas condiciones “de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”⁵². Para la Corte IDH, los jueces militares no cumplen con los requisitos de independencia e imparcialidad exigibles a cualquier juez porque

... la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [...] supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales...⁵³.

Los tribunales militares no son imparciales cuando las fuerzas armadas tienen la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos⁵⁴ y cuando las fuerzas armadas deben juzgar a sus propios pares por la ejecución de civiles⁵⁵.

La Corte IDH ha admitido la existencia de una justicia militar para ciertos supuestos, pero ha establecido que la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional, y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁵⁶. La Corte IDH ha agregado que los delitos militares sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado⁵⁷ y que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo⁵⁸. Además, ha sostenido que no puede considerarse como

52 Corte IDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 156.

53 *Ibíd.*, párrs. 124 y 155; Corte IDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, párr. 167.

54 Corte IDH, *Lori Berenson vs. Perú*, párr. 145.

55 Corte IDH, *Las Palmeras*, párr. 53. En el mismo sentido Corte IDH, *Durand y Ugarte*, sentencia del 16 de agosto de 2000, párr. 125 y Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, párr. 130.

56 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 131; Corte IDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 124; Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 202; Corte IDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, párr. 165; Corte IDH, *Las Palmeras*, párr. 51.

57 Corte IDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 132.

58 *Ibíd.*, párr. 39; Corte IDH, *Cesti Hurtado vs. Perú*, sentencia del 29 de septiembre de 1999, párr. 151.

delito militar aquel que se ha cometido excediendo en mucho los límites de la función militar, y en consecuencia debe ser considerado un delito común y debe ser juzgado por la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no⁵⁹.

Por otro lado, la Corte IDH ha establecido que al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar también deben regirse por el principio de legalidad y constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito⁶⁰. Las normas penales militares, para la Corte IDH, deben establecer sin ambigüedad quiénes son militares y cuáles son las conductas delictivas en el especial ámbito militar, así como determinar la antijuridicidad de la conducta a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar a través de una sanción también especificada⁶¹.

4. LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA MILITAR DE LA LEY 26394

La Ley 26394 contiene once artículos y cinco anexos. El primer anexo introduce varias modificaciones al CP y al CPPN. El segundo anexo establece el procedimiento penal militar para integrantes de las FFAA en tiempo de guerra y otros conflictos armados. El tercero se refiere a las instrucciones para la población civil en tiempo de guerra y otros conflictos armados, y contempla la posibilidad de aplicar a la población civil instrucciones dictadas por la autoridad militar. El cuarto anexo establece el Código de Disciplina de las FFAA. El quinto y último regula el funcionamiento de un nuevo servicio de justicia común a todas las FFAA. Nos centraremos en algunos aspectos sobresalientes de la reforma y, a tal fin, trataremos las cuestiones relacionadas con la justicia penal militar, por un lado, y las relacionadas con el régimen disciplinario, por el otro, conforme la técnica legislativa elegida⁶².

59 Corte IDH, *Durand y Ugarte*, párr. 118.

60 Corte IDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 126.

61 Ídem.

62 Sobre el proceso de reforma y las características del nuevo sistema puede verse también Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS–; “Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009”, cap. VI, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009, esp. pp. 281-292.

a. Justicia Penal Militar

1. Jurisdicción militar

La Ley 26394 derogó la jurisdicción militar para tiempos de paz⁶³ sobre la base de que el Derecho penal militar es Derecho penal especial que, al igual que otras ramas especializadas del Derecho penal, debe ser tratado por la jurisdicción civil. El legislador decidió someter al personal militar a la justicia federal por la comisión de delitos militares, derogando la justicia penal militar dependiente del Poder Ejecutivo de la Nación⁶⁴ y modificó los artículos 18, 19, 23 y 51 del CPPN⁶⁵.

La eliminación de la jurisdicción militar para tiempos de paz por y del procedimiento especial del CJM para la persecución y sanción de los delitos militares puso fin a varios problemas constitucionales de la legislación derogada. El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los tribunales militares violaba la prohibición de ejercer facultades judiciales al Ejecutivo (art. 109 de la CN), y el hecho de que los miembros de los tribunales militares estuviesen sujetos a las penas y sanciones del CJM, también impedía considerarlos jueces independientes⁶⁶. Los tribunales militares de la ley castrense derogada no satisfacían la garantía de independencia que el Estado debe reconocerle a todo individuo juzgado por la comisión de un delito.

En contradicción con la jurisprudencia interamericana, además, el CJM no preveía mecanismo alguno para dotar a los miembros de los tribunales de independencia. Los jueces no eran seleccionados mediante un concurso, duraban en sus cargos períodos de tiempo no superiores a los seis años, no gozaban de la intangibilidad del salario y estaban sujetos a las facultades disciplinarias de sus superiores y del Poder Ejecutivo.

63 La jurisdicción militar en tiempos de paz era definida en los artículos 108 y 109 del CJM.

64 Una posición contraria a la eliminación de la jurisdicción militar fue sostenida por la Diputada NORA GINZBURG en la 22ª reunión de la 14ª sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de la Nación del 7 de noviembre de 2007. El argumento central de la diputada es que su eliminación “alteraría la disciplina”. Cfr. versión taquigráfica ya citada. El dictamen de minoría está disponible en [<http://www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-124/124-2855.pdf>].

65 Artículos 20, 21, 22, y 23 del Anexo 1 de la Ley 26394. Esta modificación fue resaltada por el Coordinador de la Comisión de Defensa del Centro de Estudios Nueva Mayoría –CENM–: “La eliminación de la Justicia militar como fuero separado otorga al personal militar la posibilidad de que las conductas sean juzgadas bajo la vigencia de los mismos derechos y garantías que cualquier otro ciudadano”; IGNACIO J. OSACAR. *La derogación del Código de Justicia Militar argentino*, 6 de noviembre de 2007; disponible en [http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com_content&task=view&id=63&Itemid=38].

66 En este sentido, por ejemplo, HERNÁN FOLGUEIRO y LISANDRO PELLEGRINI. “Jurisdicción militar, independencia y derecho de defensa”, cit., p. 129; DIEGO FREEDMAN. “*Fundamentos para apoyar la Reforma de la Justicia Militar*”, Documento de Políticas Públicas, CIPPEC, Buenos Aires, 2006, p. 4; y Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS–. *Informe Anual 2007*, capítulo II, “Políticas de defensa y control civil”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007. También, Corte IDH, *La Cantuta c. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 141.

Los jueces militares también eran objetables a la luz de la garantía de la imparcialidad pues estaban sujetos a las órdenes de sus superiores que decidían los ascensos y las promociones. Estas circunstancias reducían la posibilidad de que los jueces militares dictaran sentencias objetivas y controlaran adecuadamente la investigación. No se garantizaba al imputado el derecho al debido proceso y tampoco el derecho al acceso a la justicia de las víctimas.

En la causa *López*, como vimos, la CSJN había modificado recientemente su posición tradicional respecto de la naturaleza de la actividad que llevan a cabo los tribunales militares⁶⁷. Los jueces LORENZETTI, ZAFFARONI y FAYT, tras afirmar la naturaleza penal de la jurisdicción militar, sostuvieron que le eran aplicables todos los principios constitucionales e internacionales del Derecho penal. Seguidamente, se pronunciaron por la inconstitucionalidad de los tribunales militares que al estar compuestos por funcionarios en dependencia jerárquica del Poder Ejecutivo

... viola[ba]n abiertamente la norma que prohíbe al Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales y aquella que indica que ningún juez puede estar sometido a ningún poder disciplinario que no sea el de responsabilidad política, ni a otra coacción que la que por sus actos incumbe a cualquier ciudadano o habitante (cfr. *López*, consid. 7.º)⁶⁸.

67 Hasta la sentencia en *López*, la CSJN había aceptado pacíficamente y desde antaño la constitucionalidad de la jurisdicción militar y el carácter administrativo del fuero castrense. Respecto a la validez constitucional de los tribunales militares, el Alto Tribunal sostuvo en numerosos precedentes que la CN, mediante su artículo 67, inciso 23 (actual art. 75, inc. 27) faculta al Congreso a dictar normas para la organización y gobierno de las fuerzas armadas. Así consideró que dichos tribunales se ajustaban al orden y disciplina necesarios en el ámbito militar, que no importaban un fuero personal ni afectaban la igualdad ante la ley (art. 16, CN), que no constituían una comisión especial ni comprometían la garantía del juez natural (art. 18, CN), y por último, que tampoco vulneraban la prohibición dirigida al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales (art. 95, actual 109, CN) porque dicha prohibición se refiere a funciones y causas comprendidas en la esfera de acción del Poder Judicial del que no forman parte los tribunales militares. La CSJN sostuvo también que, en el ejercicio de esas atribuciones constitucionales, el Poder Legislativo procedía con amplia libertad de acción y podía establecer normas excepcionales justificadas por la necesidad de colocar al ejército y a la armada en una situación diferente de las demás partes del mecanismo gubernamental, ya sea por su composición, ya sea por las reglas que deben gobernarlo, de modo a contenerlo ante la sociedad desarmada, dándole, al mismo tiempo, la unidad y dirección que la ejecución de las órdenes requiere. CSJN, *López*, Ramón Ángel *s/recurso del artículo 445 bis del Código de Justicia Militar*, sentencia del 6 de marzo de 2007, Fallos: 330:399.

68 Sobre la independencia se ha dicho que: "... la idea de jueces independientes no se garantiza sólo con el hecho de que el presidente de la Nación se mantenga ajeno al cumplimiento de las sentencias y pasen éstas en autoridad de cosa juzgada sin la aprobación de la cabeza del Poder Ejecutivo [...] Lo que la garantía demanda, entendemos, es que la única sujeción del juez sea la ley –y a los criterios políticos que en ellas se cristalizan–. Más allá de ello, el juez debe tener absoluta libertad para decidir el caso. Consecuentemente con lo dicho, el hecho de que los jueces militares se encuentren en relación jerárquica de subordinación con el presidente de la Nación (y sometidos a su poder disciplinario) es una circunstancia que indefectiblemente importa su falta de independencia...": HERNÁN FOLGUEIRO y LISANDRO PELLEGRINI. *Jurisdicción militar, independencia y derecho de defensa*, cit., p. 131.

La derogación del CJM eliminó los problemas de independencia e imparcialidad de los tribunales que juzgan a los militares en tiempos de paz. Por la Ley 26394 hoy es competente la justicia civil. Respecto de los tribunales que juzgan a los militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados, la cuestión puede resultar algo más compleja, pero la reforma de la Ley 26394 resulta también superior al régimen derogado.

Conforme al nuevo sistema, la jurisdicción militar funciona exclusivamente para juzgar los delitos cometidos únicamente por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados “cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”⁶⁹.

En estos casos, la jurisdicción militar es ejercida por los Consejos de Guerra Especiales. El Presidente de la Nación integrará los Consejos de Guerra Especiales con tres oficiales abogados y les asignará la competencia territorial luego de la sanción de la norma que movilice las tropas⁷⁰. Además, seleccionará a los jueces de instrucción, quienes también deberán ser abogados⁷¹. El procedimiento penal ante los Consejos de Guerra se regirá por las normas del CPPN en la medida de lo posible⁷². Además, las decisiones de los Consejos de Guerra, absuelvan o condenen, adquirirán firmeza sólo cuando todas las partes desistan de los recursos una vez que hayan sido restablecidos los tiempos de paz⁷³. Y en caso de que cesen las circunstancias que impidieron el juzgamiento por la justicia ordinaria, las causas penales iniciadas y en trámite serán continuadas por los tribunales ordinarios previstos para los tiempos de paz, a menos que ya hubiera empezado el debate⁷⁴.

2. *Delitos militares*

La Ley 26394 incorporó algunos de los delitos militares previstos en el CJM al CP y unificó, de tal forma, la legislación penal. Esta tarea implicó una actualización de los tipos penales y la despenalización de ciertas conductas que solo han quedado castigadas como faltas disciplinarias. Los delitos militares fueron incluidos en el CP de dos modos. Algunos fueron incorporados como delitos nuevos que sólo son susceptibles de ser cometidos por militares; varios de estos tipos penales reproducen la redacción del CJM y otros son el producto de la síntesis y la actualización de los tipos penales

69 Artículo 1.º del Anexo II de la Ley 26394.

70 Artículo 6.º *Ibíd.*

71 Artículo 8.º *Ibíd.*

72 Artículo 5.º *Ibíd.*

73 Artículo 10.º *Ibíd.*

74 Artículo 4.º *Ibíd.*

del CJM; este primer grupo de delitos está compuesto por aquellos que lesionan bienes jurídicos puramente militares. Otros delitos fueron incluidos como circunstancias agravantes de delitos del Derecho penal común; estas conductas también son castigadas en caso de ser realizadas por un ciudadano común, pero la pena es más grave en caso de ser cometidos por un militar, porque su conducta lesiona bienes jurídicos civiles y militares. Finalmente, un grupo de conductas que constituían delitos militares fueron convertidas en faltas disciplinarias o simplemente fueron eliminadas.

Dado que el hecho de ser “militar” es un elemento del tipo penal de varios de los delitos y constituye también una circunstancia agravante, la Ley 26394 incorporó en el actual artículo 77 del CP una definición de ese término⁷⁵. El texto actual indica:

Por el término militar se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la Ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo⁷⁶.

Entre los delitos del CJM que fueron incorporados al CP⁷⁷ encontramos aquellos agrupados como “vías de hecho contra el superior”⁷⁸, que fueron condensados y atenuados en el nuevo artículo 238 bis del CP. El artículo 238 bis mantiene algunas de las circunstancias agravantes que estaban previstas en el CJM, como que el hecho tenga lugar frente al enemigo o a tropa formada⁷⁹. Se sanciona la conducta de “poner manos en el superior sin lesionarlo”: quizá debería ser tratada como una falta disciplinaria y no como un delito penal. Además, para los casos en que se provocan lesiones, la remisión que el artículo 92 del CP hace a las circunstancias agravantes del artículo 80 CP, podría tornar redundante al artículo 238 bis⁸⁰. El delito de insubordinación agravada⁸¹ fue incorporado como artículo 238 ter del CP. Así, la resistencia o desobediencia a una orden de servicio legalmente impartida no es un delito penal, a menos que tenga lugar

75 Artículo 1.º del Anexo I de la Ley 26394.

76 El artículo alude a la ley para el Personal Militar n.º 19101, actualmente vigente, y deja abierta la posibilidad de considerar la responsabilidad de civiles.

77 Para una descripción de los cambios también se puede cfr. H. ROMERO VILLANUEVA. “Actualidad en jurisprudencia penal y procesal penal 6/2008”, en *SJA* 15 de octubre de 2008 - JA 2008-IV-795.

78 Artículos 656-662 del CJM.

79 Artículo 10.º del Anexo I de la Ley 26394.

80 Esta crítica fue señalada por el Senador PETCOFF NAIDENOFF durante el debate en el Senado el 6 de agosto de 2008.

81 Artículos 667 y 668 del CJM.

frente al enemigo, en situación de peligro inminente, o en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe⁸².

El delito de motín⁸³ fue *aggiornado* e incorporado al CP mediante el artículo 241 bis. Mientras que el CJM derogado requería el concurso de cuatro o más personas para que existiera delito de motín, el artículo 241 bis no lo requiere⁸⁴. El delito de usurpación de mando⁸⁵, que castiga al militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización, fue incorporado como un inciso del artículo 246 del CP, que castiga el delito de usurpación de autoridad, títulos u honores⁸⁶. El abuso de autoridad⁸⁷ fue incorporado como artículo 249 bis del CP⁸⁸. Los delitos de infracción de los deberes de centinela y violación de consigna⁸⁹ fueron incorporados como delito de abandono de funciones de control, vigilancia o comunicaciones (art. 250 bis CP). El tipo penal fue ampliado pues ya no es necesario revestir la calidad específica de centinela, salvaguardia, vigía, etc., exigida por el artículo 731 del CJM⁹⁰. A partir de la reforma, la desertión sólo constituye delito si tiene lugar en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe (art. 252, segundo párrafo CP).⁹¹ Así, los demás supuestos han quedado dentro del ámbito de las faltas de disciplina⁹². El artículo 253 bis incorporó un tipo penal subsidiario aplicable cuando un militar emprenda una operación militar sin orden ni necesidad, someta a la población civil a restricciones arbitrarias u ordene o ejerza cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier otra persona⁹³. Finalmente, el artículo 253 ter incorporó un supuesto especial de homicidio por impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a cargo de un militar, en el curso de conflicto armado o situación de catástrofe. Este delito sólo puede ser cometido por personas que revistan la calidad de militar⁹⁴.

Además, la reforma incorporó delitos que pueden ser cometidos por militares y civiles. Por ejemplo, se incorporó como artículo 240 bis el delito de violación de instrucciones a la población civil emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflic-

82 Artículo 11 del Anexo I de la Ley 26394.

83 Artículo 683 y siguientes del CJM.

84 Artículo 13 del Anexo I de la Ley 26394.

85 Artículo 705 del CJM.

86 Artículo 14 del Anexo I de la Ley 26394.

87 Artículo 702 del CJM.

88 Artículo 15 del Anexo I de la Ley 26394.

89 Capítulo IV del Título V del Libro II del CJM.

90 Artículo 16 del Anexo I de la Ley 26394.

91 Artículo 17 *ibíd.*

92 El delito de desertión estaba previsto en los artículos 716 a 728 del CJM.

93 Artículo 18 del Anexo I de la Ley 26394.

94 Artículo 19 *ibíd.*

to armado para zonas de combate⁹⁵. Este delito puede considerarse una calificación del tipo penal previsto en el artículo 239 del CP. En este mismo sentido, la Ley 26394 incorporó expresamente como delito el incitar públicamente a la sustracción del servicio militar legalmente impuesto o asumido (art. 209 bis del CP)⁹⁶. Si bien este delito puede ser cometido tanto por militares como por civiles, se prevé una pena máxima mayor para el caso en que el autor sea militar. Asimismo, la Ley 26394 amplió el tipo penal de revelación de secretos (art. 222 CP)⁹⁷, que hoy pena también la revelación de secretos industriales y tecnológicos, y no sólo los políticos o militares, concernientes a la seguridad, los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación⁹⁸. La condición de militar en ejercicio de sus funciones también constituye una circunstancia agravante de la pena en este caso⁹⁹.

El segundo grupo de delitos es aquel para el que la circunstancia de ser militar constituye un agravante. Además de los delitos que acabamos de mencionar, el hecho de que la víctima sea superior militar del autor y que el homicidio se lleve a cabo “frente a enemigo o tropa formada con armas” (art. 80 inc. 10 CP) constituyen un agravante del delito de homicidio simple¹⁰⁰. Asimismo, se incorporó como agravante de los delitos de traición (art. 215 CP)¹⁰¹, creación de peligro de actos hostiles o declaración de guerra (art. 219 CP)¹⁰², violación de tratados concluidos con naciones extranjeras (art. 220 CP), e instigación a la sustracción del servicio militar (incorporado por la Ley 26394 en el art. 209 bis del CP) el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas¹⁰³. En los casos de secuestro extorsivo (142 bis CP) es agravante el pertenecer o haber pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado¹⁰⁴.

3. Penas

Una de las más importantes modificaciones fue la eliminación de la pena de muerte. Si bien no había sido impuesta desde 1935¹⁰⁵ su sola existencia constituía motivo de

95 Artículo 12 *ibíd.*

96 Artículo 4.º *ibíd.*

97 Artículo 772 del CJM.

98 Artículo 8.º del Anexo I de la Ley 26394.

99 Artículo 9.º *ibíd.*

100 Artículo 2.º *ibíd.*

101 Artículos 621 a 625 y 628 del CJM.

102 Artículos 626 y 627 *ibíd.*

103 Artículos 4.º, 5.º, 6.º, y 7.º del Anexo I de la Ley 26394.

104 Artículo 3.º *ibíd.*

105 Varios autores sostienen que la pena de muerte prevista en el CJM derogado fue aplicada por última vez el 9 de enero de 1935 al Cabo LUIS LEÓNIDAS PEDOYA PAZ. En este sentido, se pronunció ZAFFARONI en la reunión de la comisión de Defensa Nacional de la Cámara de Senadores del 22 de abril de 2008.

reproche. Como consecuencia, el 2 de septiembre de 2008 la Argentina también ratificó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte y el 5 de septiembre de 2008 depositó ante la Organización de los Estados Americanos –OEA– el instrumento de ratificación del Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, convirtiéndose así en el décimo país que lo hace¹⁰⁶. En ambos casos no se formuló ninguna reserva y los dos Protocolos fueron aprobados por el Congreso de la Nación el 21 de mayo de 2008 mediante las leyes 26379 y 26380.

La incorporación de los delitos militares al CP tuvo como consecuencia la unificación de la clase de penas que son impuestas a militares y civiles y de las modalidades en que dichas penas son impuestas. Lo mismo ocurre con los plazos de prescripción y los institutos como la libertad condicional, la reincidencia, la prisión preventiva, las circunstancias atenuantes¹⁰⁷.

4. *Las garantías en el procedimiento*

La Ley 26394 también asegura de mejor manera que el CJM el derecho de defensa. El derecho a ser asistido por un defensor de confianza era claramente limitado por el CJM que no garantizaba una verdadera elección sino la mera posibilidad de escoger de listas establecidas y admitidas por la justicia militar¹⁰⁸. Las limitaciones al ejercicio de defensa y las sanciones posibles que preveía el régimen militar incluso eran mucho más severas que las previstas para los defensores en el régimen del CPPN¹⁰⁹. También

ROSENDO FRAGA, sin embargo, en la reunión de la comisión de Defensa Nacional de la Honorable Cámara de Senadores del 17 de abril de 2008 sostuvo que la última vez que se aplicó la pena de muerte fue el 12 de junio de 1956, al General JUAN JOSÉ VALLE. Relatos de ambos sucesos, respectivamente, en *Nuevo Diario*, Santiago del Estero, 21 de enero de 2005, PEDRO SEGUNDO ROJAS CUOZZO. “A 70 años del fusilamiento del Cabo Luis Leónides ‘Pedoya’ Paz”; disponible en [<http://www.nuevodiarioweb.com.ar/VerNota.aspx?id=9674>], y *Diario Clarín*, Buenos Aires, 4 de junio de 2006, MARÍA SEOANE. “Últimos secretos de los fusilamientos de 1956”; disponible en [<http://www.clarin.com/suplementos/zona/2006/06/04/z-01208312.htm>].

106 Amnistía Internacional. “Abolición de la pena de muerte en Argentina”, 12 septiembre 2008; disponible en [<http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/news/argentina-abolishes-the-death-penalty-20080912>].

107 El CJM preveía causas de atenuación de la pena que no existen en el CP como, por ejemplo, el llevar a cabo una acción heroica después de haber cometido un delito en tiempo de guerra o el haber sufrido la carencia de los medios necesarios para la subsistencia o de las prendas de vestuario indispensables. Artículo 515 del CJM.

108 HERNÁN FOLGUEIRO y LISANDRO PELLEGRINI. *Jurisdicción militar, independencia y derecho de defensa*, cit., p. 133. Este fundamento fue determinante para la jueza ARGIBAY para declarar la inconstitucionalidad del ordenamiento castrense por violación del derecho de defensa en *López*.

109 El artículo 113 del CPPN dispone: “El incumplimiento injustificado de las obligaciones por parte de los defensores o mandatarios podrá ser corregido con multa de hasta el equivalente al 20% del sueldo de un juez de primera instancia, además de la separación de la causa. El abandono constituye falta grave y obliga al que incurre en él a pagar las costas de la sustitución, sin perjuicio de las otras sanciones. Estas

en *López*, la CSJN declaró inadmisibles estas limitaciones impuestas al ejercicio del derecho de defensa. Los cuatro jueces que se pronunciaron sobre el tema, LORENZETTI, ZAFFARONI, FAYT y ARGIBAY, criticaron la restricción impuesta por el CJM a la posibilidad de elección del abogado defensor y el sometimiento de la actuación del defensor al Derecho disciplinario militar. Incluso, luego de comparar el derogado CJM con el Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra¹¹⁰, remarcaron que el militar argentino en tiempo de paz tenía menos garantías que el prisionero enemigo en tiempo de guerra¹¹¹.

Entre otras modificaciones relevantes de la Ley 26394 también se encuentra la expresa obligación de la autoridad militar a preservar los elementos de prueba cuando se trata de un delito cometido por personas con estado militar en un establecimiento militar o bajo control militar¹¹². La reforma impuso a la autoridad superior militar el deber de notificar a la autoridad judicial competente de la comisión de delitos por personas con estado militar y cuando éstos fueren cometidos dentro de establecimientos militares o bajo control militar. También se impuso a la autoridad superior militar el deber de cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que lo disponga la autoridad competente; disponer, en caso necesario, que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias se aparten de aquél ni se comuniquen entre sí mientras se

serán sólo apelables cuando las dicte el juez. El órgano judicial deberá comunicarlo al Colegio Público de Abogados a sus efectos”.

110 Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III) del 12 de agosto de 1949.

111 “... además de ser inconstitucionales los tribunales o consejos por no estar integrados por jueces independientes, lo son por desconocer el derecho de defensa [...] El propio defensor de limitada elección y lego, se halla sometido al derecho disciplinario, con lo cual tampoco es independiente y el ejercicio de su ministerio debe llevarlo a cabo con las limitaciones de quien se halla coaccionado por la amenaza de sanciones, tal como sucedía con el extremadamente restringido ejercicio de la defensa en los tribunales inquisitoriales...”: considerando 10 del voto de los jueces LORENZETTI y ZAFFARONI y considerando 10 del voto del juez FAYT. La jueza ARGIBAY, por su parte, explica claramente su postura en el párrafo que se transcribe a continuación: “... la ‘elección’ de defensor que debió realizar en cada caso *López* estuvo restringida en virtud de lo dispuesto por aquel código y el reglamento respectivo [...] Además de la imposibilidad de elegir libremente un abogado de su confianza personal que no estuviera incluido en la lista y que los ‘defensores de oficio’ incluidos en esa lista no eran necesariamente letrados, el imputado se vio afectado por otras disposiciones del mismo código referidas al ejercicio de la defensa, como por ejemplo, el artículo 366 [...] De lo reseñado se deduce que el defensor interviniente ante el tribunal de justicia militar careció de plena libertad para ejercer su ministerio y, en todo caso, al revestir necesariamente la condición de oficial en servicio activo o en retiro [cfr. art. 97 CJM] quedó sujeto no sólo al corsé disciplinario de la institución, sino incluso a la propia jurisdicción militar”. Y concluye: “En definitiva, sea porque no ha podido elegir libremente un abogado defensor de su confianza –aunque no fuera militar–, o porque el defensor interviniente ha visto restringida su capacidad de actuación, de ningún modo puede afirmarse que se haya respetado el derecho de defensa en juicio del Capitán de Intendencia Ramón Ángel López...”. CSJN, *López, Ramón Ángel s/recurso del artículo 445 bis del Código de Justicia Militar*, sentencia del 6 de marzo de 2007.

112 Artículo 24 del Anexo I de la Ley 26394, que incorporó el artículo 184 bis del CPPN.

llevan a cabo las diligencias que correspondan; hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones, si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación; aprehender a los presuntos culpables en los casos y formas autorizadas, y disponer su incomunicación cuando concurren los requisitos legales, por un término máximo de diez horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial; requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones, únicamente respecto de los delitos de acción pública y en los supuestos del artículo 285¹¹³. Asimismo, se limitaron al extremo las facultades de las FFAA para hacer cumplir las órdenes dictadas a la población civil en zona de combate (art. 3.º inc. segundo del Anexo IV), de modo que sólo podrán detener al infractor y remitirlo al juez competente. En caso de ser plenamente imposible o riesgoso el traslado, se lo podrá mantener detenido por un lapso extremadamente breve¹¹⁴.

b. Régimen disciplinario

La Ley 26394 establece un régimen disciplinario autónomo¹¹⁵ destinado a sancionar sólo infracciones militares y cuyo único fin es el “cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su comandante en jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las fuerzas armadas”¹¹⁶. Además, la Ley 26394 modificó el régimen de sanciones previsto en el CJM. El CJM derogado preveía doce clases distintas de sanciones disciplinarias, entre las que se incluía la de calabozo. El artículo 14 de la nueva ley establece que las únicas sanciones disciplinarias son el apercibimiento, el arresto simple, el arresto riguroso y la destitución¹¹⁷. Además, mientras que la sanción de arresto del CJM podía durar hasta seis meses¹¹⁸, hoy no puede superar los dos meses de acuerdo con la Ley 26394¹¹⁹.

113 Artículo 24 del Anexo I de la Ley 26394.

114 Artículo 24 del Anexo I de la Ley 26394, que incorporó el artículo 187 bis del CPPN.

115 Artículos 8.º y 2.º inc. 4 del Anexo IV de la Ley 26394.

116 Artículos 1.º y 2.º inc. 2 del Anexo IV de la Ley 26394. En este sentido, ALBERTO BINDER en la reunión de la Comisión de Defensa de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, del 22 de abril de 2008 dijo que: “... se ha buscado un régimen disciplinario muy claramente orientado a la idea de eficiencia, no a la idea de un determinado valor moral o a una cierta concepción, sino muy claramente orientado a la eficiencia”.

117 El proyecto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados, excluyó la pena de multa por entender que la misma violentaba el derecho alimentario, no sólo del militar sino también de su familia.

118 Artículo 563 del CJM.

119 Artículo 16 del Anexo IV de la Ley 26394.

En la reunión de la Comisión de Defensa de la Cámara de Senadores de la Nación del 22 de abril de 2008, ALBERTO BINDER explicó el principio de autonomía del régimen de disciplina así:

Las sanciones disciplinarias son algo que manejan las Fuerzas Armadas con autonomía y no dependen de las sanciones penales. Esto es muy importante porque lo encontrarán en faltas graves y, evidentemente, en faltas gravísimas, aparece como una duplicación de lo que serían delitos con lo que son faltas gravísimas. Eso no es ningún error técnico porque, desde el punto de vista disciplinario, cuando hay una falta gravísima vinculada a la destitución, lo que interesa, teniendo en cuenta la filosofía del restablecimiento de la eficiencia, es sacar inmediatamente a la persona que ha provocado esa falta gravísima. Obviamente, con todo el régimen de garantías que manejan las Fuerzas Armadas, con el sistema de revisión y como tiene que ver con todo el orden jurídico, la destitución siempre es revisada judicialmente. Esto, lo diga el Código de disciplina o no, igualmente sería así. Así que se trata de un sistema con los suficientes controles pero también con la suficiente rapidez. Es el sentido de la autonomía disciplinaria.

Para BINDER:

El único caso en donde se rompe la autonomía disciplinaria –en esto se ha tomado también una disposición que es del Código Civil– tiene que ver con aquellos casos en que, luego, en el ámbito de la justicia penal, se absolviera; conociendo la inocencia de la persona o la inexistencia del hecho, obviamente, esto obliga a dar marcha atrás a la sanción disciplinaria. Esto existe en todo el orden jurídico y parece que es bastante sensato¹²⁰.

Además:

Siempre, las Fuerzas Armadas tienen la potestad de dar una respuesta amplia, independientemente de las sanciones y de las alternativas del proceso penal. Esto no significa que el proceso penal tenga que esperar la sanción administrativa para iniciarse ni que la sanción administrativa tenga que esperar la decisión de la justicia penal para actuar. Son potestades internas y propias de las Fuerzas Armadas para restablecer su espíritu de disciplina. Este es el sentido de la autonomía en el que también se trabajó mucho.

Entre las modificaciones adoptadas sobre el régimen disciplinario, se destacan las siguientes:

120 Artículo 8.º *ibíd.*

1. Se introdujeron garantías sustanciales y procedimentales como la proporcionalidad¹²¹ y el carácter de *última ratio* en las sanciones¹²², el deber de fundamentación¹²³, la prohibición de doble persecución disciplinaria por el mismo hecho¹²⁴, y la imparcialidad de los órganos encargados de aplicar las sanciones.
2. Se prohibió el abuso del ejercicio del poder disciplinario para reprimir ideas o creencias políticas, religiosas o morales; afectar la dignidad personal; discriminar; o promover el odio o el resentimiento¹²⁵.
3. Se creó un registro público de sanciones disciplinarias de modo de transparentar el ejercicio del poder disciplinario para permitir el control ciudadano¹²⁶.
4. Las sanciones disciplinarias serán revisables en la órbita militar y ante la Justicia garantizando el control en el ejercicio del poder disciplinario y el derecho al recurso del personal militar sancionado¹²⁷.
5. Las sanciones disciplinarias por la comisión de faltas leves¹²⁸ y de ciertas faltas graves¹²⁹ serán impuestas por aplicación directa e inmediata del superior jerárquico¹³⁰. Así se preserva una actuación eficiente frente a una infracción menor.
6. Para la aplicación de sanciones por la comisión de faltas graves se confeccionará una información disciplinaria en la que consten todas las circunstancias relevantes y se oír al infractor¹³¹.

121 Artículo 2.º inc. 6 ibíd.

122 Artículo 2.º inc. 3 ibíd.

123 Artículo 2.º inc. 9 ibíd.

124 Artículo 2.º inc. 5 ibíd.

125 Artículo 4.º incs. 1, 2, 3, 4, 5 y 9 ibíd.

126 Capítulo IV del Título V ibíd.

127 Artículos 7.º, 29, 30 y 32 ibíd.

128 Las faltas leves son las previstas en el artículo 9.º del Anexo IV de la Ley 26394. Las faltas leves podrán ser sancionadas con apercibimiento, arresto simple o riguroso de hasta cinco días (art. 21 del Anexo IV de la Ley 26394).

129 Las faltas graves están previstas en los artículos 10.º y 11 del Anexo IV de la Ley 26394. Las faltas graves podrán ser sancionadas con arresto simple o riguroso de hasta sesenta días (art. 22 del Anexo IV de la Ley 26394). Las sanciones por faltas graves se aplicarán directamente cuando no impliquen una sanción superior a los cinco días de arresto (art. 29 del Anexo IV de la Ley 26394).

130 Artículo 29 del Anexo IV de la Ley 26394.

131 Artículo 30 ibíd.

7. Las faltas gravísimas¹³² están previstas de manera taxativa¹³³ en el sistema disciplinario y tienen como sanción la destitución del infractor, admitiéndose la aplicación de una sanción de menor entidad cuando existan circunstancias extraordinarias de atenuación¹³⁴.

8. La aplicación de la sanción por la comisión de faltas gravísimas será realizada siempre por un Consejo de Disciplina. De este modo se asegura que las sanciones más gravosas sean aplicadas por un órgano pluripersonal, con asesoramiento letrado, y en un procedimiento oral en el cual se garantiza el ejercicio del derecho de defensa del presunto infractor¹³⁵.

9. Se incluyó el acoso sexual como falta grave¹³⁶, y el acoso sexual llevado a cabo por un superior como falta gravísima¹³⁷.

10. La regulación de la sanción de arresto. El arresto simple puede ser aplicado en el domicilio particular, en la unidad o en un buque¹³⁸. En cambio, el arresto riguroso excluye la posibilidad de aplicación de la sanción en el domicilio particular y se releva al agente del mando y del servicio¹³⁹.

11. Las sanciones de arresto superiores a los cinco días quedan a cargo del superior jerárquico de la autoridad militar con mando directo. En el caso que la falta presente cierta complejidad o sea de gravedad, la sanción podrá aplicarse por un Consejo de Disciplina¹⁴⁰.

12. Disponer como atenuantes generales de la sanción la confesión espontánea, la reparación de las consecuencias dañosas y la insignificancia del daño provocado o de la participación del infractor¹⁴¹.

13. Prever la posibilidad de reparar los daños ocasionados a terceros por la infracción cometida. De este modo se asegura que la víctima obtenga un pronto resarcimiento

132 Las faltas gravísimas están previstas en el artículo 13 *ibíd.*

133 Artículo 12 *ibíd.*

134 Artículo 23 *ibíd.*

135 Artículos 31, 40, 41 y 43 *ibíd.*

136 Artículo 10 inc. 9 *ibíd.*

137 Artículo 13 inc. 26 *ibíd.*

138 Artículo 17 *ibíd.*

139 Artículo 18 *ibíd.*

140 Artículo 30 *ibíd.*

141 Artículo 27 incs. 2, 4, 7 y 8 *ibíd.*

por los daños sufridos. Esta reparación es independiente de la acción civil de la víctima¹⁴².

La reforma del régimen disciplinario fue recibida muy favorablemente¹⁴³ aunque algunas voces han señalado que el sistema adoptado “no facilitará el manejo disciplinario dentro de las Fuerzas”¹⁴⁴ o que “introduce modificaciones al sistema sancionatorio que afecta la unidad del mando otorgando a cualquier superior facultades de aplicar sanciones”¹⁴⁵.

6. REFLEXIONES FINALES

La Ley 26394 trajo modificaciones y avances muy importantes que superaron objeciones constitucionales y de derechos humanos al CJM bien conocidas. La legislación nacional ha sido adecuada a estándares respetuosos de los derechos fundamentales, en línea con la CN y con los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Se trata de un cambio legislativo profundo, innovador en muchos aspectos y muy positivo. No obstante las virtudes que han sido destacadas, nos atrevemos a presentar unas últimas reflexiones sobre algunas cuestiones que podrían aparecer en la implementación de la nueva jurisdicción miliar y del régimen de disciplina.

La jurisdicción militar, como vimos, se mantiene limitadamente para los delitos cometidos cuando concurren algunas circunstancias excepcionales. Se trata de un procedimiento especial aplicable en tiempo de “guerra” o en ocasión de otros “conflictos armados” cuando las dificultades sean “manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”¹⁴⁶. En tales casos, el Presidente determina la integración de los consejos de guerra especiales, les asigna su competencia territorial y designa a los jueces de

142 Artículo 27, inc. 4 *ibíd.*

143 Entre muchas otras opiniones, por ejemplo, se ha dicho que “representa un paso importante en la modernización de las Fuerzas Armadas, siguiendo los lineamientos de otros países del mundo que cuentan comparativamente con mucha más experiencia, por haber combatido en largos y cruentos conflictos bélicos, los cuales han sometido a sus sistemas de justicia militar a la indiscutible prueba de la realidad, pero lo que asegura esta reforma, por sobre todas las cosas, es la defensa letrada en juicio del militar como la tiene cualquier otro ciudadano de la Nación”; IGNACIO J. OSACAR. *La derogación del Código de Justicia Militar argentino*, Centro de Estudios Nueva Mayoría, 6 de noviembre de 2007; disponible en [http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com_content&task=view&id=63&Itemid=38].

144 Centro de Estudios Nueva Mayoría. *La política militar en marzo*, 8 de abril de 2008; disponible en [http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com_content&task=view&id=444&Itemid=38].

145 Dictamen de minoría de la Diputada NORA GINZBURG, *cit.*

146 Artículo 1.º del Anexo II de la Ley 26394. “Tiempo de guerra” es aquel que “comienza con la declaración de guerra, o cuando ésta existe de hecho, o con la norma que ordena la movilización para la guerra inminente y termina cuando se ordena la cesación de hostilidades”. El “conflicto armado”, por su parte, existe cuando éste “exista de hecho” (art. 2.º).

instrucción. En la medida de lo posible, además, la justicia militar se debe ajustar al CPPN¹⁴⁷ y sus decisiones quedan sometidas a un amplio proceso de revisión posterior por la justicia común. Evidentemente, el juzgamiento en estas circunstancias responde a limitaciones prácticas que impiden la actuación oportuna de la justicia ordinaria y a la necesidad de responsabilizar a los autores cuando de otro modo se afectaría la eficiencia de la acción.

Sin embargo, el sistema así concebido podría igualmente enfrentar la prohibición de ejercer facultades jurisdiccionales que la CN impone al Poder Ejecutivo¹⁴⁸ ya que la CN no distingue expresamente entre tiempos de paz y tiempos de guerra, al momento de limitar al Presidente, incluso durante los estados de excepción¹⁴⁹. En la reunión de la Comisión de Defensa del Senado del 22 de abril de 2008 LEANDRO DESPOUY había sugerido la inconveniencia de los tribunales militares en tiempos de guerra. A su juicio, “cuando los tribunales de excepción intervienen, tienen la particularidad, entre otras, de erosionar o bien de sustituir la justicia ordinaria”, lo que compromete de alguna manera, la existencia de “un sistema judicial integral, es decir, donde esté todo el sistema de administración de justicia”. Para DESPOUY, el establecimiento de tribunales de excepción, ante situaciones críticas, produce un desplazamiento de la justicia ordinaria hacia la justicia de excepción, donde las garantías son mucho menores, “para juzgar en situaciones de violencia o de crisis, que es donde más se necesita respetar las garantías porque más posibilidades hay de que se desencadenen las situaciones de violencia”.

Esta posición también había sido sostenida por el Senador RUBÉN GIUSTINIANI en su proyecto de Ley n.º 128/07, que fue tenido a la vista al sancionarse la Ley 26394. GIUSTINIANI dijo que:

La justicia militar tiene que estar en manos de civiles. Y entendemos que no sólo la justicia militar en tiempo de paz; sino también en tiempo de guerra. Como sostenía ALFREDO PALACIOS [...] “que la justicia militar sea impartida por civiles es tanto más necesario tratándose de la justicia en tiempo de guerra, ya que es precisamente allí, en medio de la confusión, del atropello, del desequilibrio general, donde y cuando se necesitan hombres serenos, capaces de apreciar y

147 Artículos 5.º, 6.º y 7.º del Anexo II de la Ley 26394.

148 El artículo 109 de la CN dispone que: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

149 El artículo 23 de la CN establece: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”. El artículo 27 de la CADH y el artículo 4.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también regulan los estados de excepción

capaces de juzgar, al abrigo de errores que pueden ser irreparables, no obstante las rehabilitaciones póstumas”¹⁵⁰.

Siguiendo esta línea argumental, una interpretación posible de los artículos 109 y 23 de la CN puede sostener que, en ciertos casos que la Ley 26394 parecería poder admitir, la limitación al ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte del Presidente no permite la existencia de jurisdicción militar. Esta fuente normativa de limitación constitucional, sin embargo, no parece haber recibido tratamiento expreso al discutirse el proyecto, aunque varias de las opiniones vertidas durante las discusiones sí parecen haber dado cuenta de esta línea de razonamiento¹⁵¹. En general, parece claro además, que la mayoría entendió que el amplio control judicial posterior era una garantía suficiente en términos constitucionales.

La Ley 26394, asimismo, defiere al criterio del intérprete la definición de las concretas circunstancias en las que la aplicación del procedimiento especial está permitida. El ámbito de interpretación tal vez podría haber sido minimizado a través de una definición más precisa de los términos “tiempo de guerra” y “conflicto armado”, o a través de alguna pauta interpretativa para construir esos términos¹⁵². De un modo similar, podría haberse enumerado una serie de derechos mínimos que deben ser garantizados a quienes serán juzgados bajo el proceso especial, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que rodean tal procedimiento. El deber de dejar constancia escrita puede desincentivar el abusivo desapego a las normas del CPPN, pero ese mecanismo no es completamente útil para salvar las alteraciones que probablemente el procedimiento penal sufrirá dada la previsible complejidad de su implementación en situaciones de conflicto¹⁵³.

Con relación al sistema de disciplina, vale primero una consideración sobre la autonomía del sistema, establecida en el artículo 8.º del Anexo IV, es decir, sobre la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a conductas que constituyan delitos y que también reciban castigo penal. La autonomía disciplinaria puede ser fundamentada en el hecho de que las normas disciplinarias protegen bienes jurídicos esencialmente militares, que

150 Una opinión similar es de la de EDUARDO S. BARCESAT, en su carta a la Ministra de Defensa de agosto de 2006 (punto 2), donde calificó de “innecesaria y peligrosa” la subsistencia de un sistema especial de justicia militar; copia en poder de los autores.

151 Por ejemplo, así podría interpretarse la posición de RAÚL E. ZAFFARONI, quien puso el acento en la perspectiva del potencial imputado. En circunstancias en las que una persona no puede ser juzgada por la justicia civil, el Ejecutivo podría, de todas formas, arrestarla o trasladarla y ello podría tener consecuencias más gravosas que las que prevé el sistema de la Ley 26394.

152 Esta observación fue realizada por ROSENDO FRAGA en la reunión de la Comisión de Defensa Nacional de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación que tuvo lugar el 17 de abril de 2008. También está presente en algunos de los dictámenes de las FFAA sobre el anteproyecto.

153 Por ejemplo, en el contexto de una “comunidad flotante” como señaló el dictamen de la Armada, al referirse a la situación de un buque militar; cfr. Estado Mayor General de la Armada, nota dirigida a la Sra. Ministra de Defensa, 17 de agosto de 2006, p. 4 (copia en poder de los autores).

no están protegidos por las normas del CP. Sin embargo, es necesario que la aplicación de sanciones disciplinarias a los autores de delitos penales sea cautelosa a fin de evitar un castigo doble de la misma vulneración a un único bien jurídico.

Corresponde observar también lo dispuesto en el último párrafo del artículo 10.º, que establece una “falta grave genérica” y considera falta grave a “todos los actos u omisiones análogos que, vulnerando los deberes militares, conlleven un grave menoscabo a la disciplina militar dificultando el cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos de las fuerzas armadas...”. Tal como fue explicado por el ALBERTO BINDER¹⁵⁴, el principio de legalidad en materia disciplinaria opera de un modo atenuado cuanto menor es la gravedad de la falta y su sanción. Con todo, las consecuencias de algunas faltas podrían ser lo suficientemente importantes como para vedar la analogía¹⁵⁵. Finalmente, la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias al personal militar retirado “... en tanto sus acciones afecten al estado general de disciplina o impliquen incumplimiento de las obligaciones propias del estado militar”¹⁵⁶, también podría ser excesiva en algunos casos¹⁵⁷.

Cuadro comparativo: CJM Ley 26394

	CJM	Ley 26394
Jueces	Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas; Consejos de Guerra Permanentes; Consejos de Guerra Especiales; y jueces de instrucción, todos conformados por militares	Justicia Penal
Selección de jueces	Nombrados o creados por el Presidente de la Nación	Por concurso a cargo del Consejo de la Magistratura

154 ALBERTO BINDER, en la reunión de la Comisión de Defensa de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación que tuvo lugar el 22 de abril de 2008, explicó: “Desde el punto de vista de la estructura, el Código disciplinario no tiene mayores complejidades [...] La tripartición entre infracciones leves, graves y gravísimas es bastante común y conocida. Tiene una técnica que también se utiliza en todos los regímenes disciplinarios que es que, en la medida en que las sanciones son más leves, son más abiertas; no son solamente las tipificadas en términos técnicos sino que hay un margen mayor de discrecionalidad acerca de lo que puede ser la infracción leve, en tanto cualquier acción que afecte la eficiencia. Cuando se pasa a faltas graves, se permite una cierta analogía –esto no sería admisible en materia penal, pero estamos hablando del régimen disciplinario–, pero es un poco más cerrada y hay una mayor tipificación, y las faltas gravísimas constituyen un catálogo diferente, porque la consecuencia es muy grave, ya que se trata de la destitución”.

155 Artículos 21 y 22 del Anexo IV de la Ley 26394.

156 Artículo 3.º inc. 2 ibíd.

157 Un comentario sobre las consecuencias del sometimiento del personal retirado en materia de libertad de expresión puede verse en DANTE GIADONE. *El nuevo Código de Disciplina Militar y los militares retirados*, en *Sup. Const.* 1 de enero de 2009, 63, La Ley 2009-A, 1245. El personal militar retirado puede darse de baja, pero ello necesariamente implica la pérdida del haber de retiro. Artículos 6.º, 9.º, 10.º, 20 y 80 de la Ley 19101 para el personal militar.

	CJM	Ley 26394
Jueces letrados	No	Sí
Estabilidad en el cargo de jueces	No. Sólo 3 de los 9 miembros del Consejo Supremo	Sí
Libre elección del Defensor	No. La elección del defensor estaba limitada a oficiales en servicio activo o en retiro	Sí
Designación de defensor letrado en caso de omisión de elección	No. El defensor no debía necesariamente ser letrado	Sí
Defensor sujeto al régimen disciplinario de las FFAA	Sí (arts. 97, 366, 367, 368 CJM)	No
Delitos militares	Regulados en el CJM junto con las faltas disciplinarias	Incluidos como delitos de <i>delicta propria</i> o circunstancias agravantes de delitos comunes en el Código Penal. Se eliminaron delitos que castigaban la homosexualidad (art. 765 CJM) o que permitían la persecución de las personas con diferentes cultos (art. 654 CJM)
Penas	Muerte, reclusión, prisión mayor, prisión menor y degradación	Las previstas en el Código Penal- reclusión, prisión, multa e inhabilitación
Pena de muerte	Sí	No
Delitos militares que fueron incorporados como delitos de <i>delicta propria</i> al Código Penal, con modificaciones	<ul style="list-style-type: none"> i. Vías de hecho contra el superior: arts. 656-662 CJM ii. Insubordinación agravada: arts. 667-668 CJM iii. Motín: arts. 383 y ss. CJM iv. Usurpación de mando: arts. 705-707 CJM v. Abuso de autoridad: art. 702 CJM vi. Infracción de deberes de centinela y violación de consignas: art. 731 CJM vii. Deserción: arts. 716-728 CJM 	<ul style="list-style-type: none"> i. Atentado contra la autoridad pública: art. 238 bis CP ii. Resistencia o desobediencia a una orden: art. 238 ter CP iii. Petición tumultosa: art. 241 bis CP iv. Usurpación de autoridad: art. 246 CP v. Abuso de autoridad: art. 249 bis CP vi. Abandono de funciones de control: art. 250 bis CP vii. Abandono de servicio: art. 252 CP

	CJM	Ley 26394
Delitos militares o agravantes del CJM que fueron incorporados como agravantes en el Código Penal/ Incorporación de carácter militar como agravante	i. Vías de hecho contra el superior: art. 656-662 CJM ii. Traición: arts. 621-625 y 628 CJM iii. Instigación a cometer actos hostiles: art. 626-627 CJM	i. Homicidio: art. 80 inc. 10 CP ii. Traición: art. 215 CP iii. Creación de peligro de actos hostiles o declaración de guerra: art. 219 CP iv. Violación de tratados concluidos con naciones extranjeras: art. 220 CP v. Instigación a la sustracción del servicio militar: art. 209 bis CP vi. Secuestro extorsivo: art. 142 bis CP
Nuevos delitos militares		i. Emprendimiento de operación militar sin orden, uso indebido de armas, sometimiento arbitrario de la población civil, y orden o ejercicio de cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona: art. 253 bis CP ii. Homicidio imprudente: art. 253 ter CP
Nuevos delitos comunes		i. Violación de instrucciones militares en tiempo de conflicto armado: art. 240 bis CP ii. Incitación pública a la sustracción al servicio militar en tiempo de conflicto armado: art. 209 bis CP iii. Revelación de secretos industriales y tecnológicos: art. 222 CP
Régimen disciplinario autónomo	No	Sí
Jurisdicción en tiempos de guerra o conflicto armado	Tribunales que tienen competencia en los tiempos de paz sujetos a un procedimiento especial	Tribunales que tienen competencia en los tiempos de paz y excepcionalmente tribunales militares

	CJM	Ley 26394
Régimen disciplinario	<p>Regulado junto con los delitos militares. Las mismas conductas podían configurar delitos o faltas disciplinarias, dependiendo de la sanción que les era aplicada.</p> <p>Se castigaba al militar que, estando en servicio activo, participara ostensiblemente en actividades políticas no autorizadas por las leyes o reglamentos, o cuando en reuniones públicas o por la prensa hiciera comentarios de índole política partidaria o electoral (art. 700 CJM).</p> <p>Se castigaba la homosexualidad (art. 765 CJM)</p>	<p>i. Se incluye el acoso sexual como infracción grave y la eliminación de determinadas faltas que entraban en contradicción con la protección constitucional del derecho de privacidad personal, tales como la sanción de ideas o creencias políticas, religiosas o morales, aquellas que afecten la dignidad de las personas o promuevan alguna forma de discriminación, etc.</p> <p>ii. Se establece expresamente, que las sanciones disciplinarias sean revisables en la órbita militar y ante la Justicia garantizando el control en el ejercicio del poder disciplinario y el derecho al recurso del personal militar sancionado.</p> <p>iii. Se prohíbe el abuso del ejercicio del poder disciplinario para reprimir ideas o creencias políticas, religiosas o morales; afectar la dignidad personal; discriminar; o promover el odio o el resentimiento.</p>
Sanciones disciplinarias	<p>Destitución, suspensión de empleo, arresto (máximo 6 meses), suspensión de mando, apercibimiento, confinamiento, exclusión del servicio, remoción de clase, suspensión de suboficiales y clases, recargo de servicio, calabozo (máximo 3 meses) y fajinas (máximo 1 mes)</p>	<p>Apercibimiento, arresto simple, arresto riguroso, destitución. El arresto no podrá superar los 60 días. Se prohíbe practicar el arresto en calabozo</p>