

EL DERECHO PENAL MILITAR
EN LA HISTORIA ARGENTINA

Ezequiel Abásolo

EL DERECHO PENAL
MILITAR EN LA
HISTORIA ARGENTINA

Premio Dalmacio Vélez Sársfield
Tesis sobresalientes

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA
2002

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen XXXV

Ilustración de Tapa: reproducción de la pintura del
Sr. Gwili Roberts, obra donada a la escuela
Dalmacio Vélez Sársfield de Arroyito, Córdoba.

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS

Copyright © 2002, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba

Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

I.S.B.N. 987-1123-02-7

Impreso en la Argentina - Printed in Argentina

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 2001-2004)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI
Presidente

Dr. RICARDO HARO
Vicepresidente

Dr. ERNESTO REY CARO
Secretario

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD
Tesorero

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ
Director de Publicaciones

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba
Tel./Fax: (54-351) 4214929
E-mail: acader@arnet.com.ar
Página Web: <http://comunidad.vlex.com/acader>
REPÚBLICA ARGENTINA

Córdoba, 5 de junio de 2002.

VISTO:

El dictamen final emitido en fecha 28 de mayo del corriente año, por el Jurado del Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis Sobresalientes”.

Y CONSIDERANDO:

Que de acuerdo al texto del referido dictamen, sus siete (7) miembros integrantes han coincidido, sin discrepancias y de acuerdo al punto 11) del Reglamento, en que es pertinente acordar el premio a los tres postulantes.

Que el pleno de académicos ha aprobado el dictamen en la sesión de 4 de junio del corriente año.

Por lo dicho y en uso de sus atribuciones,

**EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

RESUELVE:

1º) Adjudicar el Premio Publicación “Dalmacio Vélez Sársfield, Tesis Sobresalientes” año 2002 por los trabajos que se indican a continuación; a los doctores Ezequiel Abásolo (El derecho penal militar en la historia argentina), Fabián I. Balcarce (Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal) y José Luis Martínez Peroni (Krausismo y representación política).

- 2º) Comunicar a los galardonados la presente Resolución.
- 3º) Dése a publicidad y archívese.

Ernesto Rey Caro
Secretario

Olsen A. Ghirardi
Presidente

A mi mujer y a mis padres

INTRODUCCIÓN

«Sarmiento decía una vez, repitiendo las palabras que San Martín pronunciara con relación a uno de los brillantes coroneles de la Independencia: 'El ejército es un león que hay que tenerlo enjaulado para soltarlo el día de la batalla'».

«¡Y esa jaula, señor Presidente, es la disciplina! ¡Y sus barrotes son las ordenanzas y los tribunales militares, y sus fieles guardianes son el honor y el deber!»

(Discurso pronunciado por Carlos Pellegrini en la Cámara de Diputados el 11 de junio de 1906).

Objeto de estudio

La presente investigación se centra en el estudio del proceso genético que condujo a la formación del actual régimen penal militar argentino. Se trata, desde luego, de un tema no exento de complicaciones, en la medida en que en nuestros días no sólo en el país, sino incluso en todo el ámbito de la cultura jurídica occidental, no pocas instituciones relativas a esta particular rama del derecho están siendo sometidas a revisión y a crítica. En efecto, cabe tener presente que en varios países del mundo no sólo se habla de la subrogación del viejo concepto autoritario de disciplina por uno de índole «persuasiva»¹, sino que en correspondencia con la crítica que

¹ JOSÉ ROJAS CARO, *Derecho disciplinario militar*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 38. Prudencio GARCÍA, *El drama de la autonomía militar*, Madrid, Alianza, 1995, págs. 412 y 413.

suscita la existencia de la jurisdicción castrense como presuntamente contraria al principio de unidad de la administración de justicia ², también se está dejando de lado un viejo principio fundante de la jurisdicción castrense: aquel según el cual quien manda debe juzgar ³. Por otra parte, en cuanto a lo que sucede en la Argentina, cabe señalar que el profundo proceso de renovación normativa anticipado en 1984 con la sanción de la ley 23.049 ⁴ no se encuentra, ni con mucho, concluido. Esto es lo que surge, al menos, de la confrontación de las propuestas de reforma actualmente en debate ⁵.

Ahora bien, nada mejor que precisar algunas nociones previas, tendientes a deslindar mejor el objeto de nuestra investigación. En este sentido, pues, consideramos al derecho penal militar como aquella rama del ordenamiento jurídico que, relativo a las instituciones de la defensa nacional, se halla orientado específicamente a regular la conducta de los integrantes de las fuerzas armadas ⁶. Al respecto, cabe aclarar que si bien en un sentido amplio puede entenderse legítimamente que este derecho comprende, además de las obvias normas de contenido estrictamente penal, otras de índole disciplinaria, procesal y penitenciaria, en el curso de esta tesis, y en mérito a reducir la complejidad del tema so-

² Susana SAN CRISTÓBAL REALES, *La jurisdicción militar: de jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Granada, Comares, 1996, págs. 237 y 262.

³ Ramón PARADA VÁZQUEZ, «Toque de silencio por la justicia militar», en *Revista de Administración Pública* (Madrid), N° 127 (enero-abril de 1992), pág. 39.

⁴ Al respecto, véanse los debates parlamentarios producidos con motivo de la ley referida y lo dicho durante el seminario «La ley de defensa en el marco de la reforma militar», Buenos Aires, 26 y 27 de agosto de 1985, en *Fundación Arturo Illia para la Democracia y la Paz*, N° 1 (1985).

⁵ Véase, por ejemplo, Jorge DOMÍNGUEZ, «La defensa nacional como política de estado», en *Clarín*, 19 de enero de 1999.

⁶ Para aclarar los alcances de esta definición, véase Jesús DEL OLMO PASTOR, «Justicia castrense»; en *Reforma política y derecho* (actas del curso celebrado en la Universidad Internacional “Menéndez y Pelayo”), Madrid, Ministerio de Justicia, 1984, págs. 213 y 214.

metido a análisis, nos hemos atendido a un concepto restringido de la penalidad castrense. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que en algunas oportunidades ampliemos nuestra exposición, sobre todo en lo relativo a temas vinculados con la jurisdicción castrense. Por otra parte, consideramos oportuno advertir que este trabajo se refiere, fundamentalmente, al derecho militar de los ejércitos de tierra, resultando, así, que los ordenamientos relativos a la marina de guerra -que, dicho sea de paso, durante muchos años permanecieron ajenos a los del ejército- sólo han sido considerados de un modo meramente tangencial.

Metodología e hipótesis de trabajo

Siguiendo los postulados de la teoría historiográfica específica ⁷, y aspirando a lograr con esta investigación un abordaje cuestionador de los fenómenos jurídicos del pasado ⁸, este trabajo ha tenido como norte el estudio del régimen de las penalidades militares pretéritas en toda su magnitud, con el objeto de brindar respuestas -en tanto que auténtica «historia contemporánea del derecho»- a algunos de los interrogantes que el mundo del derecho castrense suscita actualmente ⁹. De este modo, y teniendo en cuenta que aún hoy lo jurídico militar integra, al decir de un destacado autor

⁷ Helmut COING, *Las tareas del historiador del derecho*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977. Eduardo MARTIRÉ, *Consideraciones metodológicas sobre la historia del derecho*, Buenos Aires, 1977. Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, «Apuntes para una teoría de la historia del derecho», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, N° 24 (1978). José María DÍAZ COUSELO, «Algunos problemas de la historiografía jurídica actual», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 8 (1988).

⁸ Antonio Manuel HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997, pág. 14 y ss..

⁹ Respecto a la «historia contemporánea del derecho» y a sus distintas acepciones véase Mario G. LOSANO, «Historia contemporánea del derecho y sociología jurídica», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 15 (1995).

español, una «*disciplina minoritaria, marginal y carente de la atención doctrinal imprescindible*»¹⁰, en el curso de esta tesis se ha debido recurrir al examen exhaustivo de todas las fuentes posibles, tendientes a conformar una idea cabal de la normativa aplicable, del contenido de las decisiones judiciales y de las opiniones de los operadores jurídicos.

En particular, una vez establecido el panorama de las continuidades y de las rupturas que caracterizaron el proceso formativo del orden jurídico represivo castrense argentino desde el período hispánico, se pretende establecer la verdadera gravitación de la tradición jurídico militar en el actual régimen penal castrense. En este sentido, la hipótesis central que se sostiene a lo largo de estas páginas es que el régimen de las penalidades castrenses argentinas se apoya en una rica e insoslayable experiencia, pero que ésta no siempre ha marchado al ritmo de los cambios sufridos por el resto del aparato jurídico nacional. Así las cosas, se considera que durante el último medio siglo se produjeron sensibles desajustes entre el derecho castrense y el resto del mundo jurídico, de tal modo que hoy se hace imperioso llevar adelante una completa reforma del Código de Justicia Militar, que si bien tendrá que dar cabida a los preceptos reclamados por la nueva sensibilidad jurídica, deberá evitar, en la medida de lo posible, la desaparición de aquellas instituciones penales argentinas que han sido reiteradamente admitidas en la práctica del foro castrense.

Esquema general de la obra

En pos de los objetivos señalados, este trabajo se articula en torno a diez capítulos y a unas conclusiones finales.

¹⁰ Antonio MILLÁN GARRIDO, comentario a Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ, «Curso de derecho penal militar español», en Revista Española de Derecho Militar, N^{os} 56/57 (julio de 1990-junio de 1991), t. II, pág. 891.

Así las cosas, los dos capítulos iniciales introducen al lector en la génesis y características del derecho penal militar castellano y después español (Capítulo I), y en las peculiaridades incorporadas en las Indias y en el Río de la Plata a este régimen. Por su parte, los cinco capítulos siguientes indagan en la realidad jurídico militar argentina del siglo XIX, a saber, lo acontecido durante la primera década revolucionaria (Capítulo III), el período previo a la organización nacional (Capítulo IV), la época del enfrentamiento entre la Confederación y el Estado de Buenos Aires (Capítulo V), el período de las tres presidencias que se inaugura con el mandato de Bartolomé Mitre (Capítulo VI), y el que comienza con el gobierno de Roca y concluye con la sanción del Código de Justicia Militar de 1898 (Capítulo VII). Finalmente, los últimos capítulos se ocupan de lo acontecido en el siglo XX, vale decir lo relativo a las primeras cuatro décadas de la centuria (Capítulo VIII), a las experiencias jurídico militares vividas durante las primeras presidencias peronistas (Capítulo IX), y a los principales acontecimientos del último medio siglo (Capítulo X).

En cuanto a las características de cada uno de estos capítulos, y salvo el caso particular de los dos iniciales, cabe señalar que tratando de evitar una proyección anacrónica de las categorías jurídicas actuales, se optó por el diseño de un modelo de análisis cuatripartito, con el que se pretendió abarcar, simultáneamente y de acuerdo con la preceptiva leveniana, tanto lo atinente a la historia jurídica externa como a la interna. De este modo, cada capítulo cuenta con una sección que titulada «acontecimientos» se dedica al estudio «externo» del derecho penal militar, mientras que el correspondiente análisis «interno» se aborda en las secciones denominadas «instituciones» y «mentalidades»¹¹. Asimismo, una sec-

¹¹ Respecto de la distinción entre «historia externa» e «historia interna», véase Ezequiel ABÁSULO, «La enseñanza de la historia del derecho y un polémica entre Ricardo Levene y Jorge Cabral Texo», en *Revista de Historia del Derecho*, N° 26 (1998).

ción final de consideraciones generales refleja lo que, de acuerdo con la perspectiva del autor, constituye los aspectos más destacados de cada período.

Estado de la cuestión y aportes de este trabajo

Inaugurados hace ya más de un siglo, en 1898, con una serie de notas de Carlos Risso Domínguez, los estudios historiográficos argentinos sobre derecho penal militar empero no han sido, hasta la fecha, muy abundantes. Por otra parte, además de notarse la ausencia de una obra de conjunto -situación que este trabajo pretende subsanar-, cabe indicar que la inmensa mayoría de los trabajos existentes ha dejado de lado el análisis del derecho penal militar en sentido estricto, para volcarse a la indagación de cuestiones relativas a la administración de justicia.

En cuanto al itinerario de esta historiografía, corresponde señalar ahora que los esfuerzos iniciales de Risso Domínguez sólo fueron retomados en la década de 1920 por Benjamín Villegas Basavilbaso, quien entonces publicó una monografía sobre el particular ¹². Sin embargo, este emprendimiento individual no sería acompañado por el de otros estudiosos. Así las cosas, recién se puede hablar del surgimiento de una verdadera generación de estudiosos preocupados por la historia de lo jurídico militar a finales de los años treinta, época a partir de la cual varios auditores e historiadores del derecho manifestaron simultáneamente su interés respecto de este tipo de cuestiones. De este modo, merecen recordarse especialmente las inquietudes históricas de juristas militares como Román Rodolfo Rivera y Oscar Ricardo Sacheri ¹³, quienes durante los años '40 y '50 dedica-

¹² Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Justicia militar*; Buenos Aires, Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, 1920.

¹³ Como ejemplo de lo dicho, véanse: Román Rodolfo RIVERA, «En el 129º aniversario de la creación del cuerpo jurídico», en *Revista Militar*, N° 462 (julio de 1939).

ron alguna atención a estos asuntos, e incluso, como en el caso de Sacheri, lograron la incorporación de una sección de historia del derecho en el *Boletín Jurídico Militar* que por ese entonces comenzó a publicar la Auditoría General de las fuerzas armadas. Por otra parte, en cuanto al interés demostrado por los historiadores del derecho y de las instituciones, también merecen mencionarse los nombres de Jorge Cabral Texo y Benito Díaz, quienes durante los primeros años de la década de 1950 dieron a conocer valiosos aportes respecto de la abolición de los fueros personales en el Buenos Aires rivadaviano, y del régimen penal militar aplicado por José de San Martín en el Ejército de los Andes ¹⁴.

Posteriormente, a finales de los años '60, una nueva generación de historiadores del derecho militar, dotada de sólida formación académica, vino a sumar su concurso a los esfuerzos anteriores. De este modo, mientras que en 1969 Héctor José Tanzi daba a conocer una tesis doctoral sobre la justicia militar en el derecho indiano ¹⁵, poco años después Abelardo Levaggi comenzaba a publicar una serie de trabajos centrados en el estudio del fuero militar ¹⁶. Además, por esos años el pasado jurídico castrense argentino también preocupaba a autores como Gabriel Nellar y Rosa

Oscar Ricardo SACHERI, *Homenaje al Doctor José María Bustillo, autor del Código de Justicia Militar, en ocasión de cumplirse cincuenta años de su vigencia, 1898 - 12 de abril - 1948*, Buenos Aires, 1948.

¹⁴ Cfr. Jorge CABRAL TEXO, «La ley de abolición de los fueros personales de la provincia de Buenos Aires», en *Homenaje a Salvador de la Colina*, Ministerio de Educación, Universidad Nacional Eva Perón, Eva Perón, 1951. Jorge CABRAL TEXO, «Las ordenanzas penales para el ejército de los Andes», en *Actas del Congreso Nacional de Historia del Libertador General San Martín*, t. II, Mendoza, Ministerio de Educación, Universidad Nacional de Cuyo, 1953. Benito DÍAZ, «La igualdad ante la ley: abolición de los fueros personales (1822-1823)», *Trabajos y Comunicaciones* (La Plata), N° 3 (1952), pág. 33.

¹⁵ Héctor J. TANZI, «La justicia militar en el derecho indiano (con especial referencia al Río de la Plata)», en *Anuario de Estudios Americanos* (Sevilla), N° XXVI (1969).

¹⁶ Abelardo LEVAGGI, «Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata», en *Revista del Instituto de Historia del*

Melli ¹⁷. Tiempo después, ya durante los años '80, el interés por la historia del derecho castrense motivó que Emilio Bidondo escribiera un artículo sobre el particular ¹⁸, y que Guillermo Palombo se ocupase de cuestiones de esta índole en varias publicaciones especializadas ¹⁹.

Advertida hasta el momento, pues, la ausencia de un trabajo general que encarase el tratamiento de los asuntos abordados en esta obra, consideramos que esta investigación viene a llenar un sensible vacío en la historiografía jurídica nacional. Además, creemos que ella no sólo será útil para reconstruir la génesis del derecho castrense patrio, sino que también contribuirá a completar el cuadro de la bibliografía nacional dedicada al estudio de la historia jurídica y militar del país.

Derecho "Ricardo Levene", N° XXII (1971). Del mismo autor, «El fuero militar en el Virreinato del Río de la Plata», en *Poder y presión fiscal en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Valladolid, 1986; y «El fuero y preeminencias de los gauchos», en *Bicentenario del natalicio del general Don Martín Miguel de Güemes*, Buenos Aires, Honorable Senado de la Nación, 1989.

¹⁷ Gabriel NELLAR y Rosa MELLI, «Aplicación de medidas disciplinarias y de penas por faltas y delitos cometidos en el ejército de la Revolución de Mayo, años 1810 a 1816», en Boletín Informativo de la Dirección de Estudios Históricos del Ejército, ts. V-VI (1971). Rosa MELLI, «Los fueros militares en el derecho indiano», en *Memoria del Tercer Congreso Venezolano de Historia*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1979.

¹⁸ Emilio BIDONDO, «Las tropas del Río de la Plata bajo la influencia de la legislación militar borbónica», en *Investigaciones y Ensayos*, N° 32.

¹⁹ Entre los títulos publicados por este autor, pueden verse: «La justicia penal militar en el Río de la Plata (1810-1894)», en *Prudentia Iuris* (Buenos Aires), N° 12 (abril de 1984). «Derrotas y capitulaciones. Su enjuiciamiento militar. Aspectos históricos», en *Revista Argentina de Derecho Militar*, N° 4 (julio de 1986). «La jurisdicción naval militar en el Río de la Plata (1748-1895)»; en *Prudentia Iuris*, N° X, agosto de 1983. «Una sumaria sin consejo de guerra en 1837 (El caso del capitán Eugenio Uríden de Quirós)», en *Revista Argentina de Derecho Militar*, N° 3, noviembre de 1984. «Vigencia de las Ordenanzas de Carlos III en nuestro país durante el siglo pasado», en *Revista Militar*, N° 706 (octubre-diciembre de 1981). «La justicia penal militar en el Río de la Plata, durante los últimos años del período hispánico», en *Publicaciones del Instituto de Estudios Hispanoamericanos*, año 3-4, vol. III/IV, 1984.

Fuentes empleadas

Como consecuencia de la dispersión de las fuentes requeridas para encarar este trabajo, las pesquisas previas no sólo se apoyaron en la consulta de una vasta bibliografía y de numerosas piezas documentales éditas -elementos todos que son citados oportunamente, a pie de página-, sino también en el examen de materiales inéditos custodiados en los siguientes repositorios: Archivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, Archivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Archivo del Estado Mayor General del Ejército, Archivo de la Academia Nacional de la Historia, Archivo del Museo Histórico Provincial de Rosario “Dr. Julio Marc”, Archivo General de la Armada, Archivo General de la Nación, Archivo General de Simancas (España), Archivo General del Ejército, Archivo Histórico de Mendoza, Archivo Histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires “Ricardo Levene”, Archivo y Registro de Leyes del Senado de la Nación, Biblioteca de la Real Academia de la Historia (España), Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, y Museo Mitre.

Agradecimientos

Como es natural, si bien los resultados de esta tesis han sido de la exclusiva responsabilidad del autor, ello no impide que reconozcamos la participación que, en distinto grado, han tenido en su curso varias personas. Así las cosas, merecen mi agradecimiento especial tanto el director de la tesis, doctor José M. Mariluz Urquijo, cuya experiencia, dedicación y generosidad contribuyeron decididamente a la concreción de este trabajo, como mi maestro y amigo, doctor Alberto David Leiva, quien me introdujo en el apasionante mundo del pasado jurídico castrense en los tempranos días de

mi formación universitaria, y que posteriormente me guió - como director de tres becas otorgadas por las autoridades del CONICET- en el arduo aprendizaje de la investigación científica. También agradezco al doctor Víctor Tau Anzoátegui la agudeza de sus oportunas recomendaciones; al doctor Eduardo Martiré, cuyo apoyo hizo posible que esta obra se enriqueciera considerablemente con motivo de un viaje de estudios a España; y a las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina -en especial, a los doctores Eduardo Ventura y Florencio Hubeñak-, por permitirme dedicar buena parte de mi actividad académica a la redacción de esta tesis. Tampoco olvido la generosa y desinteresada colaboración de varias personas, quienes contribuyeron en el curso de la investigación con datos y diversas observaciones. Citados por orden alfabético, ellos fueron el almirante Pablo Arguindeguy, el teniente coronel Justino Bertotto, el general de justicia Carlos H. Cerdá, el doctor Miguel Ángel De Marco, el doctor Juan Carlos Domínguez Nafría, el doctor Joao Marinonio Lages, la doctora Guillermina Martínez Casado, el doctor Guillermo Palombo, el profesor Rinaldo Alberto Poggi, la doctora Nelly Porro, el doctor Isidoro Ruiz Moreno, el lamentablemente fallecido mayor auditor Carlos Scunio Urquiza, el doctor Rubén Darío Salas, y el doctor Héctor J. Tanzi. Asimismo, debo reconocer que para el arribo a buen puerto de este trabajo resultaron esenciales la paciencia y el constante apoyo de Adriana Inés, mi mujer, y la comprensión de mis padres, a quienes dedico todo lo realizado.

CAPÍTULO I

ORÍGENES DEL ORDENAMIENTO REPRESIVO MILITAR DE LOS ARGENTINOS (I): LAS PENALIDADES CASTRENSES EN EL DERECHO ESPAÑOL, HASTA COMIENZOS DEL SIGLO XIX

I. Acontecimientos

a. Antecedentes de la cultura penal militar española de la edad moderna

1. La regulación de la disciplina militar durante la antigüedad romana. Si bien lo jurídico-militar no adquirió todas sus notas características hasta mediados del siglo XVIII, resulta innegable que desde los tiempos más remotos se produjeron en Occidente disposiciones de índole jurídico castrense ¹, aunque rara vez éstas resultaron autónomas respecto del resto del orden jurídico ². Así las cosas, la preocupa-

¹ Véase, v.gr., lo relativo al *ius ad bellum* en la Grecia clásica en Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE, «Los principios del derecho de la guerra en la antigüedad griega», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Guerra, moral y derecho*, Madrid, Actas, 1994, pág. 23 y ss..

² Generalmente, estas disposiciones se referían a la obligación de acudir a integrar un contingente armado. Cfr. Francisco Luis PASCUAL SARRÍA, «Bosquejo histórico del

ción por el mantenimiento de la disciplina militar en Roma dio lugar a una importante regulación penal de tipo castrense. Transculturación mediante, ésta llegó a ser ampliamente conocida y aplicada en toda la Europa romanizada ³, incluido, obviamente, el ámbito de la península ibérica.

En lo atinente a las características del corpus jurídico-militar romano, cabe señalar aquí que éste pasó por varias etapas, en las que, sin embargo, fue constante que lo que hoy podríamos denominar como *administración de justicia militar* siempre estuvo ligado al ejercicio del mando. De este modo, y en lo que se refiere a las primeras centurias de la historia de Roma, la ausencia de una tajante división entre lo castrense y lo civil impidió el surgimiento de una jurisdicción militar especializada. Así las cosas, en esa época todo el poder en la materia residía en el *rex*, quien podía delegar su ejercicio en los *tribuni celerum* (jefes de la infantería) o en el *magister equitum* (jefe de la caballería) ⁴. Tiempo después, durante la república, dicha proto-jurisdicción castrense en ciernes fue adjudicada a los cónsules. Empero, en tanto que todo soldado era a la vez un hombre libre, facultado para reclamar ante la comunidad por la vigencia de sus prerrogativas cívicas, los referidos magistrados sólo podían ejercer el *imperium militae* cuando se declarase la movilización castrense de los ciudadanos. Además, esta peculiar «justicia militar» -cuyo objetivo excluyente era consolidar la eficien-

derecho penal militar español en la antigüedad», *Revista de Historia Militar*, N° 80, Madrid, 1996, pág. 49.

³ Alberto BARZANÒ, «*Libenter cupit commori qui sine dubio scit se esse moriturum*»: La morte per la patria in Roma repubblicana», en Marta SORDI (ed.), «*Dulce et decorum es pro patria mori*». *La morte in combattimento nell'antichità*, Milán, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1990, pág. 157 y ss..

⁴ Federico F. de BUJÁN, «Unas consideraciones generales de la génesis y evolución de la jurisdicción militar en Roma hasta el principado», *Revista Española de Derecho Militar*, N° 41, Madrid, (1983), págs. 54 a 57.

cia de los contingentes armados- sólo podía aplicarse en toda su plenitud fuera de los límites de la *civitas* romana ⁵. Más allá de esta estructura, con el correr de los años hubo otras innovaciones. En efecto, siglos más tarde, en época del imperio y a tenor de la paulatina profesionalización de la carrera militar y del acceso de los *bárbaros* al ejército romano -proceso que se agudizó durante el transcurso del siglo III d.C.-, se produjeron cambios de gran trascendencia, como que la jurisdicción castrense pasó a convertirse en un privilegio profesional.

En otro orden de cosas, cabe señalar aquí que el derecho romano de interés militar estuvo íntimamente ligado a la preocupación de la jefatura castrense por la disciplina de las legiones. Tan es así, precisamente, que como ya lo hemos anticipado arriba, el desempeño del mando militar llevaba aparejada la *coertio* o poder punitivo. Vale decir, pues, que la jurisdicción militar romana era ejercida concretamente por los tribunos de las legiones y que, debido a ello, las sentencias castrenses no admitían el recurso de la *provocatio ad populum* ⁶. En cuanto a las características del proceso castrense romano, y en lo referido a las garantías de las personas sometidas a juicio, cabe señalar, entre otros asuntos, que en el derecho penal militar romano se desconocía el principio de legalidad ⁷. Sin embargo, ello no implicaba que los jefes contasen con atribuciones jurisdiccionales absolutamente discrecionales, ya que el juzgador, si bien contaba con facultades arbitrarias ⁸ y con la posibilidad de

⁵ Idem ant., pág. 60.

⁶ Federico F. de BUJÁN, ob. cit., pág. 66.

⁷ Idem ant., pág. 61.

⁸ Cabe señalar, respecto del alcance del «arbitrio» judicial con anterioridad a la irrupción de la modernidad política, que tocamos este asunto más adelante, en el curso de este mismo capítulo.

invocar en el curso de sus sentencias los principios de la equidad, también estaba obligado a evaluar los elementos subjetivos intervinientes en la configuración de las conductas criminosas, debiendo tener en cuenta la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Asimismo, estaba obligado a ponderar la oportunidad en la que se producían las respectivas infracciones, ya que la gravedad de las penas variaba según los delitos hubiesen sido cometidos en tiempos de paz o de guerra ⁹.

En cuanto al contenido de lo que podríamos denominar hoy como derecho penal específicamente militar, y de acuerdo con lo que surge de las disposiciones contenidas en el *corpus iuris* justinianeo, los tribunales castrenses romanos estaban facultados para conocer, entre otros delitos, respecto de los siguientes: desertión, abstención de concurrencia al servicio, desobediencia y huida del campo de batalla. Además, la jurisdicción militar romana también contaba con atribuciones para intervenir en materia de delitos comunes, cuando éstos hubiesen sido cometidos por soldados durante el cumplimiento de actos de servicio, o con ocasión de éstos, y siempre que la víctima del crimen no hubiese sido un civil ¹⁰. Por otra parte, no está de más señalar que en la antigua Roma se llegó a distinguir entre el delito común y el castrense, entendiéndose que este último sólo podía ser cometido por un militar en el ejercicio de su condición de tal, delito que, en esencia, consistía en hacer las cosas «de distinta manera» de como lo exigía «la disciplina ordinaria» ¹¹.

⁹ *Digesto*, 49, 16, 5. En *El Digesto de Justiniano*, t. III, versión castellana de A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESSECA, M. GARCÍA GARRIDO y J. BURILLO, Pamplona, Aranzadi, 1975.

¹⁰ En general, *Digesto*, 49, 16. *Código de Justiniano*, XII, XLVI; este último en el *Cuerpo del Derecho Civil Romano, publicado por los hermanos Kriegel*, t. II, Barcelona, 1895.

¹¹ *Digesto*, 49, 16, 2 y 6.

2. Expresiones jurídico penales de tipo militar en los ejércitos visigodos y en las huestes de la reconquista española. Mientras que a partir de la desintegración del imperio romano nuevas estructuras jurídicas regularon las actividades militares de todo el occidente europeo ¹², durante el temprano medioevo ibérico -signado, como es sabido, por la presencia visigoda- la producción de normas de contenido penal castrense tampoco se detuvo. Es más, pese a la inexistencia de un ejército permanente, las autoridades góticas demostraron una constante preocupación por evitar la habitual comisión de infracciones de índole castrense, como la inasistencia a la hueste, el abandono de las filas, o la apropiación ilegítima del botín. En cuanto a la caracterización de esta normativa, cabe señalar que la técnica jurídica empleada era rudimentaria -v.gr., las normas adolecían de una gran imprecisión a la hora de definir el contenido de las conductas penadas- y que la regulación de lo que actualmente podríamos denominar derecho penal militar no gozó de la menor autonomía normativa. En efecto, este tipo de asuntos integró cuerpos legislativos de carácter general, como el *Breviario de Alarico*, del año 506, o el *Liber Judiciorum*, del 654. De este modo, por ejemplo, en el libro IX, título II, leyes 1 a 9 del último de los citados, se regulaba la prestación militar bajo el título «*de fugitivis et refugientibus*». Además, cabe recordar que algunas otras normas que podríamos considerar de contenido penal militar integraron algunos de los cánones de los concilios de Toledo. Al respecto, por ejemplo, cabe recordar que en la asamblea de obispos del año 633 se dispuso que los clérigos que se levantasen en armas contra el rey debían ser despojados del grado de su orden, y encerrados en un convento como penitentes ¹³.

¹² Philippe CONTAMINE, *La guerra en la Edad Media*, Barcelona, Labor, 1984, pág. 331.

¹³ Antonio VALLECILLO, *Legislación militar de España, antigua y moderna*, t. III, Madrid, Imprenta de Narciso Ramírez, 1853, pág. 14.

Por último, corresponde decir, además, respecto de la experiencia jurídico-militar visigoda, que la máxima autoridad jurisdiccional residía en el rey, quien contaba con una amplia libertad a la hora de juzgar.

A comienzos del siglo VIII, tras la invasión musulmana y la destrucción del reino visigodo de Toledo, y debido a la consiguiente *fragmentación jurídica* de la península ibérica, el surgimiento de los débiles y pequeños reinos cristianos -cuya casi entera población se hallaba vinculada a los esfuerzos guerreros- prohió la aparición de una variedad de normas destinadas a regular aquellas conductas que, potencialmente, pudieran afectar la disciplina militar durante el transcurso de las operaciones bélicas. Vale decir, pues, que a partir de los inicios de la reconquista cobró vida una peculiarísima normativa de índole jurídico castrense que, integrada al resto del orden represivo de los reinos peninsulares y traspasada de resabios de la antigua venganza privada ¹⁴, sólo se aplicaba durante el restringido lapso de tiempo en el que los ejércitos, consolidados en torno a lealtades personales antes que a los principios rectores de una disciplina homogénea ¹⁵, llevaban adelante las campañas militares. Así las cosas, tan intensa fue la vinculación entre el desarrollo de estas disposiciones, la vida jurídica de los concejos de frontera y el proceso formativo de los fueros, que bien puede hablarse de la formación de un *derecho militar concejil* o *foral*. Al respecto, cabe señalar que dicho orden normativo se caracterizó, hasta comienzos del siglo XII, por asegurar la debida prestación del servicio militar. En cambio, desde los inicios de la centuria referida la preocupación dominante pasó por satisfacer las crecientes exigencias técnicas y disciplina-

¹⁴ Salvador de Moxó, «El derecho militar en la España cristiana medieval», *Revista Española de Derecho Militar*, N° 12 (julio-diciembre de 1961), Madrid, pág. 24.

¹⁵ Joao GOUVEIA MONTEIRO, *A guerra em Portugal nos finais da idade média*, Lisboa, Notícias, 1998, pág. 453.

rias de las milicias castellanas ¹⁶. Al margen de lo dicho, cabe señalar que entre todos los cuerpos normativos peninsulares que incluyeron disposiciones de interés castrense, se destacaron, por su detallismo, los fueros de Teruel (1176) y de Cuenca (1180) ¹⁷. Asimismo, no está de más recordar que, durante la época que estudiamos, la difusión en tierras de Castilla de muchas de las disposiciones de naturaleza jurídico militar se debió al éxito de una compilación privada, que la imaginación popular atribuyó a Carlomagno, el *Fuero sobre el fecho de las cavalgadas* ¹⁸.

Así las cosas, hacia los siglos XII y XIII las normas hispano medievales de contenido represivo castrense -tan incompletas desde el punto de vista del derecho actual, que, por ejemplo, no preveían la figura de la insubordinación ¹⁹- regulaban asuntos tales como la asistencia al apellido ²⁰ y a la batalla campal; el cumplimiento de las funciones de adalid-jefe y juez de la hueste en operaciones, a quien se le exigía, en consonancia con estas atribuciones, «sabiduría y buen seso» ²¹; la traición en sus distintas formas, sea guerreando contra el

¹⁶ Para todo lo dicho, véase Salvador de Moxó, ob. cit., pág. 16 y ss.. Del mismo autor, «Arquitectura y derecho militar en la plena edad media», revista Ejército, N° 268, Madrid, pág. 35 y ss..

¹⁷ Salvador de Moxó, «El derecho militar...», págs. 14 y 15. Remedios MORÁN MARTÍN, «De la prestación militar general al inicio de la idea de ejército permanente (Castilla: siglos XII-XIII)», en Javier ALVARADO PLANAS y Regina María PÉREZ MARCOS (coords.), *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, Madrid, Ediciones Polifemo, 1996, pág. 39. Juan MARTÍNEZ DE LA VEGA y ZEGRÍ, *Derecho militar en la Edad Media*, Madrid, Biblioteca del Boletín de Justicia Militar, 1912, pág. 15.

¹⁸ J. MORENO CASADO, «El fuero de las cavalgadas», revista Ejército, N° 119 (diciembre de 1949), Madrid, pág. 19. Cabe consignar que dicha compilación fue editada por la Real Academia de la Historia en 1851, integrando el t. II del *Memorial Histórico Español*.

¹⁹ Juan MARTÍNEZ DE LA VEGA y ZEGRÍ, ob. cit., pág. 78.

²⁰ Que era la convocatoria a integrar la hueste.

²¹ J. MORENO CASADO, «El fuero de las cavalgadas», cit., pág. 21. Juan TORRES FONTES, «El adalid en la frontera de Granada», *Anuario de Estudios Medievales* N° 15, Barcelona, 1985, pág. 357.

rey, sea ayudando a los enemigos del monarca, sea omitiendo el auxilio que requiriese la real persona; la conducción de armas a tierra de moros; el abandono de los *cavalgadores* en territorio enemigo; la violación de la tregua concertada; el espionaje; el alboroto ocasionado con motivo de la partición del botín; el hurto o pérdida de los efectos pertenecientes a la *cavalgada*; el saqueo; la sedición contra las autoridades concejiles o los jefes de la hueste; la desobediencia; la insubordinación; la desertión; y el fraude en el reparto del botín ²². Además, paralelamente con el desarrollo del arte del amurallamiento, por aquel entonces surgieron figuras penales nuevas, como algunas vinculadas con el cumplimiento de las funciones de vigía. Asimismo, en cuanto al régimen sancionatorio imperante en el derecho militar concejil, cabe destacar aquí que, más que penas privativas de la libertad -de escasa aplicación durante la época-, las sanciones aplicadas habitualmente consistían en la imposición de castigos corporales o de naturaleza pecuniaria ²³. En cuanto a la imposición de las primeras, cabe recordar, a manera de ejemplo, que el artículo 45, capítulo XXX, del fuero de Cuenca, establecía que aquel que estando en la hueste hiriese a otro «con armas vedadas», debía perder la mano derecha ²⁴. En otro orden de cosas, corresponde destacar, además, que durante esta época se fue conformando, en torno a la persona de los adalides, una incipiente jurisdicción militar ²⁵. En efecto, aquéllos actuaban como jueces naturales en todas las cau-

²² *Fuero sobre el fecho de las cavalgadas*, cit., títulos XV, XIX a XXI, y XXXVI.

²³ Juan MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRÍ, ob. cit., pág. 79. Joao GOUVEIA MONTEIRO, ob. cit., pág. 452.

²⁴ Antonio VALLECILLO, ob. cit., t. III, pág. 257.

²⁵ En este orden de cosas, cabe señalar aquí nuestra discrepancia con la opinión de José Luis DE LAS HERAS SANTOS -*La justicia penal de los Austrias en la corona de Castilla*, Salamanca, 1991, pág. 109-, quien afirma que «desde la caída del Imperio visigótico no se volvieron a instituir en Castilla órganos jurisdiccionales castrenses hasta la promulgación de las Partidas».

sas criminales suscitadas durante el transcurso de las operaciones militares patrocinadas por los concejos, incluyendo las que se originasen en la comisión de lo que hoy podríamos considerar delitos comunes ²⁶.

3. El fortalecimiento de la monarquía bajomedieval castellana y las penalidades de índole militar. A partir del siglo XIII el régimen de las penalidades militares peninsulares no resultó ajeno ni al fortalecimiento político de la corona, ni al proceso de integración normativa de los reinos ibéricos. De este modo, poco tiempo después de que el viejo *Liber Judiciorum* fuera traducido al romance, Alfonso X el Sabio incluyó, en el *Fuero Real*, la regulación del robo producido en la hueste ²⁷. Empero, de mucha mayor importancia fue la inclusión, hacia comienzos del último tercio del siglo XIII, de generosos contenidos penales castrenses en el máximo monumento legislativo de la Castilla bajomedieval; vale decir, en las *Partidas*. Al respecto, cabe señalar que dichos elementos se estructuraban a partir de la idea de que al resultar «más dañosos» los yerros «que los omes fazen en la guerra», los delitos de naturaleza militar debían ser objeto de un «escarmiento» de particular severidad ²⁸.

En cuanto a los principales aspectos de interés penal castrense insertos en las *Partidas*, corresponde indicar que la normativa alfonsina consideraba -implícitamente- que el ejercicio de lo que podríamos considerar como jurisdicción militar importaba una función propia del mando castrense. De este modo, en uno de los títulos de la segunda partida se establecía que, en el caso de la hueste regia, la potestad de administrar justicia correspondía originariamente al rey, quien podía delegar esta tarea en la persona del alférez, mientras

²⁶ *Fuero sobre el fecho de las cavalgadas*, cit., título V.

²⁷ *Fuero Real*, ley XIV, título IV, libro IV. En Antonio VALLECILLO, ob. cit., pág. 16.

²⁸ *Partidas*, II, XVIII, proemio.

que en las cavalgadas organizadas por los nobles o por los concejos, dicha función competía a los adalides ²⁹. Asimismo, en cuanto a la concreta tarea de impartir justicia, cabe referir que, según las *Partidas*, el rey -que, como ya lo hemos indicado, se desempeñaba como el principal magistrado castrense- estaba facultado para decidir las causas según su arbitrio ³⁰. Sin embargo, ello no significa que el poder del monarca fuese totalmente discrecional. Al respecto, cabe recordar que en una sociedad estratificada como la de la Castilla bajomedieval, las penas no eran iguales para todos, dependiendo su monto y características de la condición social del reo ³¹. Además, a la hora de evaluar las conductas, el cuerpo normativo dictado por Alfonso X establecía, a partir de la consideración de penas distintas -castigos y escarmientos-, una rudimentaria distinción entre lo que en la actualidad podríamos considerar como disciplinario y como penal militar ³²; asimismo, también se ponderaba la posible reincidencia del reo ³³. En cuanto a la regulación de los delitos en concreto, corresponde decir aquí que el texto alfonsino anticipaba la definición de ciertas figuras penales, como la connivencia con el enemigo, la traición, la desobediencia, la sedición, los desórdenes y las lesiones, la deshonra, el hurto y el robo. Cabe recordar, además, que pese a ser un cuerpo normativo basado, fundamentalmente, en el *derecho común*, las *Partidas* mencionaban y regulaban, expresamente, costumbres militares de innegable raigambre peninsular, como la de las cavalgadas ³⁴.

²⁹ *Partidas*, II, IX, 16, y II, XII, 4.

³⁰ V.gr., *Partidas*, II, XVIII, 5.

³¹ Por ejemplo, *Partidas*, II, XVIII, 4 y 10.

³² *Partidas*, II, XVIII, 1.

³³ V.gr., *Partidas*, II, XVIII, 6.

³⁴ *Partidas*, II, XVIII, 9.

Respecto a la aplicación de este complejo dispositivo jurídico, cabe recordar ahora que rechazadas las *Partidas* por los habitantes de Castilla, su plena vigencia no se produjo sino en 1348, tras la reunión de las cortes en Alcalá. Asimismo, en dicha oportunidad se sancionaron algunas otras normas que interesaban al mundo castrense. En este sentido, por ejemplo, corresponde mencionar la especial regulación de las asonadas y de la traición militar ³⁵.

b. La penalidad militar española durante los dos primeros siglos de la edad moderna

1. Transformación y perfeccionamiento de lo penal militar durante el gobierno de los Reyes Católicos y los inicios de la edad moderna. A diferencia de lo que había acontecido durante el medioevo ibérico, y al compás de la formación de contingentes armados permanentes, bajo el gobierno de los Reyes Católicos comenzó a dictarse una serie de disposiciones militares específicas, en las que, por primera vez, el derecho penal castrense encontró un espacio normativo propio ³⁶. Así las cosas, desde esta época y hasta finalizar el siglo XVII, el ámbito de lo jurídico castrense estuvo dominado por la sanción de ordenanzas castrenses particulares, vale decir, de disposiciones dictadas por los soberanos, o por los jefes subordinados, para el gobierno de ciertas unidades militares, sin recurrir a la consulta de los consejos, ni a la petición de las cortes ³⁷. Desde luego, dichas ordenan-

³⁵ Antonio VALLECILLO, ob. cit., t. III, pág. 652 y ss..

³⁶ Se alude a esta característica en Pablo CASADO BURBANO, «Visión histórica del derecho penal militar español», en Ramón BLECUA FRAGA y José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 30.

³⁷ Ángel RIESCO TERRERO, «Ordenanza militar de Bujía», *Revista de Historia Militar*, N° 71, Madrid, 1991, pág. 109. Francisco Luis PASCUAL SARRÍA, «Bosquejo

zas -cuyo contenido, según algunos autores, se habría inspirado en modelos helvéticos contemporáneos³⁸- no sólo no se parecían a los actuales códigos de justicia militar, sino que resultaban bastante rudimentarias en comparación con los dispositivos dieciochescos en la materia. Al respecto, cabe consignar que, además de responder a preocupaciones particulares, las normas de los siglos XV y XVI se limitaban a regular la actividad militar propia de un contingente y de un lugar determinados. Asimismo, expresando un rasgo propio de todo el antiguo régimen, aquéllas excedían, con mucho, el estrecho marco de lo que hoy podría considerarse técnicamente como «penal militar». De allí que, junto con las prescripciones inherentes a la disciplina militar, en estas ordenanzas se regulaban, simultáneamente, cuestiones relativas al desarrollo del arte de la guerra y a la administración castrense.

Así las cosas, cabe decir, ahora, que, concluido a fines del siglo XV y a principios del XVI el proceso de integración normativa de Castilla, y mientras se iba imponiendo la idea de que la milicia era «la piedra fundamental de la monarquía», durante el gobierno de los Reyes Católicos la regulación penal de ciertos aspectos de la vida castrense fue objeto de importantes transformaciones. De este modo, pues, al mismo tiempo que se abandonaban las «antiguas formas del deber militar» imperantes durante el medioevo³⁹, y que lo castren-

histórico del derecho penal militar español en el Estado moderno», *Revista de Historia Militar*, Nº 81, Madrid, 1996, pág. 64.

³⁸ René QUATREFAGES, *Los tercios*, Madrid, Colección Ediciones Ejército, 1983, pág. 53. Del mismo autor, *La revolución militar moderna. El crisol español*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1996, pág. 76. Pese a la opinión en contrario del historiador francés arriba citado, la hipótesis no resulta descabellada, en la medida en que se recuerde que Fernando e Isabel tenían particular predilección por «... *la manera [en] que se arman e pelean los suyços...*». Cfr. la convocatoria de los monarcas a sus súbditos para la defensa del reino; Santo Domingo de la Calzada, 16 de enero de 1503, transcripta en *Los tercios*, ob. cit., pág. 80.

³⁹ Enrique SOLANO CAMÓN, «Aspectos en torno a la jurisdicción militar en la España de los Austrias», en Enrique MARTÍNEZ RUIZ y Magdalena de PAZZIS PI (coords.), *Instituciones de la España moderna I*, Madrid, Actas, 1996, pág. 269.

se adquiriría los rasgos propios de una actividad profesional y estable, comenzaba a perfilarse una nueva jurisdicción militar, dotada no sólo de mayor autonomía, sino también de permanencia. Así, por ejemplo, el nombramiento de Gonzalo Fernández de Córdoba como general de la armada de las costas de Sicilia, en mayo de 1500, incluyó el otorgamiento a dicho jefe de la autoridad suficiente como para conocer «*de todos y qualquier pleytos y diferencias, causas assi civiles como criminales [que] entre las gentes de a cavallo y de a pie oviese de aquí en adelante*»⁴⁰. Asimismo, junto a este proceso, y a partir del siglo XVI, surgió, con rasgos definidos, la figura del *jurista militar*, quien primero actuó como asesor, y luego, en la práctica, merced al ejercicio de diversas actividades -como la instrucción del proceso, el asesoramiento, y la posterior aprobación de las sentencias dictadas- compartió el ejercicio mismo de la función jurisdiccional.

Retomando la exposición de los principales acontecimientos ocurridos durante el período, cabe señalar que, cuando hacia 1485 los Reyes Católicos patrocinaron la formación de las *Ordenanzas reales de Castilla*, se dio un pequeño paso en la evolución del derecho militar moderno. En efecto, dentro del conjunto normativo incluido en esta recopilación oficial -encargada por la corona, como es sabido, al jurista Alonso Díaz de Montalvo- se estableció la penalización de ciertas figuras delictivas vinculadas con la realidad militar, como el motín y las asonadas. Además, dichas ordenanzas regularon algunas obligaciones de los capitanes de la gente de guerra. Sin embargo, éste no fue el primer contacto de los reyes con la normatividad castrense, pues durante el cerco de Vélez-Málaga, ocurrido cuatro años antes -vale decir, en 1481-, se mandó a pregonar unas ordenanzas que incluían disposiciones de índole jurídico-militar, como que en ellas se estable-

⁴⁰ Transcripto parcialmente en Eladio BALDOVÍN RUIZ, «El fuero militar en las ordenanzas (segunda parte)», *Revista de Historia Militar*, N° 77, Madrid, 1994, pág. 61.

ció -al igual que en sus pares portuguesas- ⁴¹ la prohibición, entre los militares, de los juegos de dados y de naipes ⁴². Además, dichas ordenanzas penaron las blasfemias, la amenaza de armas entre camaradas, el ejercicio de la prostitución en los campamentos, los enfrentamientos no autorizados entre soldados cristianos y moros, y la quema de los montes cercanos al real ⁴³.

Continuando con esta política, el 18 de enero de 1496 los Reyes Católicos dictaron en Tortosa una nueva ordenanza destinada a la milicia. En ella, junto a la previsión del reenvío a «*las leyes de nuestros reinos*», se establecieron algunas figuras penales nuevas, como una que castigaba con la pérdida del caballo y de las armas, si se tratase de jinete, y con la obligación de abonar un mes de sueldo y con cien golpes, si el reo fuese un infante, a los militares que se desbandasen del ejército preparado para dar batalla. Asimismo, en estas ordenanzas se penó la reunión no autorizada de capitanías o de escuadras ⁴⁴. Empero, no concluyó aquí la preocupación regia, pues poco más de un lustro después, en 1503, los monarcas dictaron unas ordenanzas reales *para la buena gobernación de las gentes de las guardas de Castilla* ⁴⁵. En ellas se abordaban, entre otras, diversas cuestiones relativas a la disciplina militar. Así, por ejemplo, se insistía en prohibir, entre los soldados, los juegos de azar, las blas-

⁴¹ Joao GOUVEIA MONTEIRO, ob. cit., pág. 454.

⁴² La prohibición del juego entre los militares constituyó una constante en las regulaciones castrenses de los Reyes Católicos. Cfr. Joaquín de SOTTO Y MONTES, «Organización militar de los Reyes Católicos (1474-1517)», Revista de Historia Militar, N° 14, Madrid, 1963, pág. 17.

⁴³ Jorge VIGÓN, *El ejército de los Reyes Católicos*, Madrid, Editora Nacional, 1968, pág. 204.

⁴⁴ El texto de las ordenanzas ha sido transcrito en René QUATREFAGES, *El crisol español*, cit., págs. 357 a 361.

⁴⁵ Firmadas por el rey Fernando en Barcelona, el 28 de julio de 1503, fueron publicadas en Segovia el día 26 de septiembre del mismo año.

femias y el mal vivir, y se penaban la comisión de daños a la propiedad particular, la traición, la invitación a la sedición, la omisión en denunciar la sedición, el espionaje, la desertión y la cobardía frente al enemigo. Además, se imponían castigos con el objeto de reducir las querellas y las penden-
cias entre los soldados del rey ⁴⁶.

2. El régimen penal de la actividad castrense bajo la égida de los Austrias mayores y la consagración de la autonomía de la jurisdicción militar. Junto con la especialización administrativa de la monarquía, propia del renacimiento ⁴⁷, y al tiempo que cobraba vida una creciente independencia del mundo militar ⁴⁸, el siglo XVI señaló la consolidación de la autonomía de la jurisdicción castrense -dotada con competencia exclusiva para conocer en las causas que se suscitasen «contra la disciplina militar» ⁴⁹-, y, como ya lo hemos anticipado, el surgimiento de los auditores de guerra como técnicos especializados en la materia jurídico cas-

⁴⁶ Estas ordenanzas de 1503 fueron reproducidas al completo en René QUATREFAGES, *El crisol español*, cit., págs. 381 a 397, y en *Los tercios*, cit., pág. 83 y ss.. Asimismo, respecto de este tema pueden consultarse Jorge VIGÓN, ob. cit., pág. 259, y del mismo autor, «La literatura militar en tiempos de los Reyes Católicos», revista Ejército N° 170, Madrid, 1954, pág. 6.

⁴⁷ Pueden verse algunas consideraciones generales sobre este fenómeno en Guido ASTUTI, «El absolutismo ilustrado en Italia y el ‘estado de policía’», en Antonio Manuel HESPAÑA (ed.), *Poder e instituições na Europa do antigo regime*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, *passim*.

⁴⁸ José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, t. II, Madrid, 1972, pág. 512. Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de Guerra y desarrollo de las estructuras militares en tiempos de Felipe II», en *Las sociedades ibéricas y el mar a finales del siglo XVI*, t. II, «La monarquía. Recursos, organización y estrategias», Madrid, 1998, pág. 441.

⁴⁹ Cfr. la real cédula dada por Felipe III el 11 de diciembre de 1598. En José Antonio PORTUGUÉS, *Colección general de las ordenanzas militares, sus innovaciones, y aditamentos, dispuesta en diez tomos*, t. I, Madrid, Imprenta de Antonio Marín, 1764, págs. 47 a 49.

trense. En este orden de cosas, v.gr., cabe recordar que en 1553 se creó el cargo de auditor de guerra del ejército de Flandes ⁵⁰. De este modo, aunque durante buena parte de la centuria los capitanes de las compañías siguieron haciendo las veces de jueces de sus subordinados ⁵¹, análogamente a lo acontecido en el ámbito de las penalidades ordinarias el derecho militar se fue concentrando en órganos jurisdiccionales dependientes de la corona ⁵². En otras palabras, el control de la jurisdicción castrense se desplazó de la figura del jefe inmediato a la de una superioridad cuyas atribuciones derivaban del poder del monarca. Así las cosas, en tanto que fue manifiesta la preocupación regia por asegurar la presencia de juristas en la resolución de los asuntos de justicia militar ⁵³, en la cúspide de la nueva y compleja organización jurídico militar se erigió el Consejo Supremo de Guerra ⁵⁴, organismo que fue beneficiado, en 1598, con el nombramiento de un asesor letrado permanente ⁵⁵.

En cuanto a los principales hitos jurídico castrenses de la época, cabe recordar aquí que durante el reinado de Carlos I se produjeron algunas importantes innovaciones en materia jurisdiccional. De este modo, y tal como lo adelantamos arriba, bajo este reinado, en Castilla el Consejo Supremo de Guerra comenzó a asumir, todavía de un modo incipiente, el carácter de tribunal superior de justicia en asuntos de ín-

⁵⁰ Manuel FRAGA IRIBANE, «Baltasar de Ayala (1548-1584). Nota tricentenaria», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. I, N^o 1, 1948, pág. 135. Respecto de las atribuciones de los auditores, véase René QUATREFAGES, *Los tercios*, cit., pág. 304.

⁵¹ René QUATREFAGES, *Los tercios*, cit., pág. 133.

⁵² FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI - XVII - XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, págs. 24 y 80.

⁵³ V.gr., véase la real cédula de 11 de diciembre de 1598. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 48.

⁵⁴ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 441.

⁵⁵ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 49. Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», pág. 448, nota 27.

dole castrense ⁵⁶; mientras tanto, en Aragón se limitó, expresamente, la competencia del capitán de guerra «*al tiempo, personas y cosas concernientes a la guerra tan solamente*» ⁵⁷. Asimismo, también se dictaron algunas normas especiales de contenido jurídico militar. En efecto, el 5 de abril de 1525 el rey Carlos expidió unas *Ordenanzas de las guardas de Castilla*, que regularon varias de las figuras delictivas que los militares podían cometer contra la real hacienda. Un lustro después -vale decir, en 1531-, el mismo monarca, perfeccionando el modelo de organización militar diseñado en tiempo de los Reyes Católicos, promulgó la *Ordenanza militar de Bujía* (actual Túnez) ⁵⁸, cuerpo normativo en el que se reprimían -sobre todo con multas- los fraudes cometidos por los contadores del ejército, las riñas suscitadas entre los soldados, y la liberación indebida de los esclavos moros prisioneros. Además, a lo largo de su articulado se prohibía la práctica de algunos juegos de azar ⁵⁹. Año más tarde, merced a la instrucción dada en Génova el 15 de noviembre de 1536 «*para el régimen y organización del ejército de Italia*», el primer rey de la casa de Austria consagró positivamente algo que ya existía en la práctica militar castellana, vale decir, la presencia de un técnico jurídico especializado que, con la denominación de auditor, contaba con facultades bastantes para

⁵⁶ Santiago FERNÁNDEZ CONTI, *Los consejos de Estado y guerra de la monarquía hispana en tiempos de Felipe II. 1548-1598*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1998, pág. 253.

⁵⁷ Enrique SOLANO CAMÓN, «La institución del capitán de guerra. Una expresión del conflicto de jurisdicciones entre el rey y el reino», *XV Congreso de Historia de la Corona de Aragón. Resumen de comunicaciones*, Jaca, 20-25 de septiembre de 1993, pág. 25.

⁵⁸ René QUATREFAGES, *Los tercios*, cit., pág. 104.

⁵⁹ Dichas ordenanzas se reproducen al completo en Ángel RIESCO TERRERO, «Ordenanza militar de Bujía de 1531», art. cit.; y en Regina María PÉREZ MARCOS, «En los orígenes del ejército moderno: las ordenanzas de Bujía de 1531», trabajo incorporado a Javier ALVARADO PLANAS y Regina María PÉREZ MARCOS (coords.), ob. cit..

determinar el derecho aplicable en las causas castrenses y para dictar las correspondientes sentencias ⁶⁰. Pero esto no fue todo, y más de una década después, en junio de 1551, el emperador sancionó una *Ordenanza para el gobierno y paga de las compañías de caballería conocidas como guardas viejas de Castilla* ⁶¹, en virtud de la cual se adjudicó al alcalde de las guardas y a los capitanes de cada una de sus compañías una jurisdicción militar exclusiva, tanto en materia criminal como civil. Además, en lo atinente a las características del derecho penal integrado al cuerpo normativo de marras, cabe señalar que si bien éste regulaba específicamente la tipificación de ciertas conductas que se consideraban especialmente lesivas de la organización militar -como el jugar a los dados y a los naipes-, no previó demasiadas figuras autónomas, ya que en estas ordenanzas se recurría al reenvío a las leyes generales del reino ⁶². Finalmente, cabe consignar que mientras Carlos estaba operando el traspaso de la corona a su hijo Felipe, el virrey de Nápoles, duque de Alba, dictó, el 1º de agosto de 1555, unas ordenanzas particulares para el régimen y disciplina del ejército de Italia ⁶³.

En cuanto a lo acontecido en materia jurídico-militar bajo el reinado del ya recordado Felipe II -período en el que se profundizó la presencia de los letrados en la resolución de los asuntos militares ⁶⁴, y en el que se pretendió incorporar al mundo castrense procedimientos propios de la justicia ordinaria ⁶⁵-, cabe consignar que en esta época se dictaron im-

⁶⁰ Véase el texto de la ordenanza en cuestión en René QUATREFAGES, *El crisol español*, cit., pág. 430.

⁶¹ Reproducidas al completo en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 1 y ss..

⁶² V.gr., véase el art. 10 de la ordenanza en cuestión.

⁶³ Sebastián MONTERRAT ALSINA, «El ejército real y la jurisdicción de guerra: estado de la justicia militar en España durante el reinado de la casa de Austria», *Revista Española de Derecho Militar*, N° 21 (enero-junio de 1966), pág. 29.

⁶⁴ Santiago FERNÁNDEZ CONTI, ob. cit., pág. 254.

⁶⁵ Cfr., v.gr., el oficio del Duque de Alba al secretario del rey, Delgado, fechado Burgo de Setúbal el 27 de julio de 1580. Citado por Ángel SALCEDO y RUIZ, *Substantividad*

portantes normas. De este modo, a instancias del cardenal Diego de Espinosa el 13 de octubre de 1570 la corona facultó al asesor letrado del Consejo Supremo de Guerra a colaborar en la substanciación de los procesos radicados ante el cuerpo, y a dejarlos preparados para su resolución ⁶⁶, sembrando el camino para que años después se asegurase al consejo la presencia de un jurista especializado. Por otra parte, poco después, en 1572, Felipe dictó las *Ordenanzas de Madrid, para el buen régimen y organización de la infantería alemana*, en las que se castigaban tanto la omisión en la represión de los motines militares, como la blasfemia, el ataque de los soldados a los clérigos, la violación, el saqueo de los muertos, y el abandono del cuartel ⁶⁷. Por otra parte, algunos años más tarde, en 1587, «*habiendo entendido los desórdenes, y excesos, cohechos, y malos tratamientos*» ocasionados a la población civil por algunos capitanes y sus subordinados con motivo del reclutamiento de soldados, Felipe II creó la figura del comisario general de la gente de guerra, funcionario al que se le atribuyó la autoridad jurisdiccional superior para entender «*de todos los casos, y causas tocantes*» al reclutamiento de la «*gente de guerra*» en la península ibérica ⁶⁸. Asimismo, cabe consignar que al término de su reinado, en 1594, el monarca suprimió las atribuciones jurisdiccionales del Consejo Supremo de Guerra ⁶⁹, medida que sólo estuvo vigente por poco tiempo, ya que fue anulada tras la entronización de Felipe III.

y *fundamento del derecho militar*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1913, pág. 47.

⁶⁶ Santiago FERNÁNDEZ CONTI, ob. cit., pág. 253.

⁶⁷ Francisco Luis Pascual SARRÍA, «Bosquejo histórico ... en el Estado moderno», cit., pág. 70.

⁶⁸ Real cédula dada en Aranjuez el 9 de mayo de 1587. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 16 y 17.

⁶⁹ Real cédula de 21 de mayo de 1594, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 45 a 48. Santiago FERNÁNDEZ CONTI, ob. cit., pág. 257.

Sin embargo, no radicó en las antedichas medidas el principal aporte jurídico castrense del reinado de Felipe II. En efecto, las principales innovaciones en la materia fueron motivadas por las autoridades del ejército español sito en Flandes. En este sentido, cabe recordar que en 1568 el maestro de campo Sancho de Londoño publicó, por orden del jefe del ejército en cuestión, duque de Alba, un *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*, trabajo en el cual, se analizaban varias figuras penales de naturaleza militar. Además, también en el mismo año se dictaron las *Ordenanzas militares de Maastricht*, destinadas a reprimir, entre otras conductas, la blasfemia, el abandono del servicio sin licencia, la traición, el robo de iglesias, el desorden durante las marchas, el robo de vituallas y de pertrechos, y los préstamos indebidos de armamento ⁷⁰. Por otra parte, casi dos décadas más tarde, correspondió a otro comandante de los contingentes hispano-flamencos, Alejandro Farnesio ⁷¹, promover el dictado de otras ordenanzas, cuya importancia estribó en que señalaron, por primera vez y con cierto detalle, la función de los auditores de «*la gente de guerra*» ⁷². Así las cosas, dichas ordenanzas, que contaron con gran difusión y aceptación en toda la monarquía ⁷³, estuvie-

⁷⁰ Francisco Luis PASCUAL SARRÍA, «Bosquejo histórico... en el Estado moderno», cit., pág. 69.

⁷¹ Sobre la trayectoria del jefe citado, puede verse Manuel TOURÓN YEBRA, «Alejandro Farnesio, capitán general del ejército de Flandes y gobernador de los Países Bajos (1578-1592)», *Revista de Historia Militar* N° 55, Madrid, 1983, pág. 43 y ss..

⁷² Puede verse el texto de las ordenanzas en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 19 a 45; y modernamente, en J. MORENO CASADO, «Las ordenanzas de Alejandro Farnesio, de 1587», *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XXXI, 1961. Asimismo, se encuentra una somera descripción de ellas en Ángel RIESCO TERRERO, «La ordenanza e instrucción del general Farnesio (Bruselas 1587)», en *El ejército y la armada de Felipe II, ante el IV centenario de su muerte. IV Jornadas de Historia Militar*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1997.

⁷³ Francisco Luis PASCUAL SARRÍA, «Bosquejo histórico... en el Estado moderno», cit., pág. 72.

ron orientadas a conservar «*la buena orden y disciplina del ejército*»⁷⁴, y a establecer una jurisdicción castrense autónoma que si bien dependía del mando militar, estaba centrada en la figura de los auditores -a quienes se les adjudicó la tarea de administrar la justicia-⁷⁵. Además, en ellas se incorporaron importantes principios jurídico castrenses, como el de la limitación en materia de aplicación de castigos; el de la inmediatez en la represión del delito flagrante; y el de la función pedagógica de la pena. Al margen de lo dicho, en las ordenanzas de 1587 también se estableció un procedimiento criminal autónomo, breve y sumario, con posibilidad de posterior apelación ante el comandante correspondiente. Asimismo, aunque a la hora de decidir el derecho sustantivo aplicable su articulado remitía a las disposiciones del derecho común, aquéllas anticiparon la formación de un prometedo derecho penal militar autónomo, gestado en el crisol de las órdenes castrenses, de los bandos, de las costumbres, de los privilegios y de las constituciones de guerra⁷⁶.

3. La penalidad militar durante el reinado de los últimos Austrias. En tanto que los ejércitos de la corona estaban integrados por personajes tan temibles, que Castillo de Bovadilla llegó a afirmar que no había «*género de maldad que [los soldados] ignoren, y no intenten*», y que quien se desempeñaba como jefe parecía un «*caudillo de amotinadores y capitán de ladrones*»⁷⁷, casi con los inicios del siglo XVII, más precisamente el 8 de julio de 1603, Felipe III expidió

⁷⁴ Preámbulo de las ordenanzas de Flandes de 1587.

⁷⁵ Artículos 1, 2 y 5 de las ordenanzas de Flandes de 1587.

⁷⁶ Artículo 23 de las ordenanzas de Flandes de 1587.

⁷⁷ Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra*, t. II, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1775, Libro IV, Cap. I, pág. 372.

unas nuevas ordenanzas militares para las tropas de tierra, cuerpo normativo que fue revisado pocos años más tarde, en 1611 ⁷⁸. Simultáneamente, algo análogo sucedió en el ámbito de la marina, dictándose, así, unas ordenanzas para las armadas del mar océano, en 1606, y otras para los galeones y galeras, en 1608, en 1613 y en 1618 ⁷⁹.

Desde luego, este tipo de preocupaciones no eran exclusivas de las autoridades españolas, como puede advertirse con la confrontación de situaciones europeas contemporáneas. En este sentido, cabe señalar que en julio de 1621 se dictaron, para el entonces victorioso ejército sueco que actuaba en Alemania, unos *artículos de guerra* que, compuestos por 150 disposiciones distintas, redactó el rey Gustavo Adolfo con la colaboración de su canciller, Axel Oxenstierna. Al respecto, cabe apuntar que dichos artículos se inspiraron en precedentes escandinavos, y en algunas normas sancionadas por Fernando de Hungría (1526), por Maximiliano II (1570) y por Mauricio de Nassau (1590). En cuanto al contenido de la normativa sueca -que en 1632 llegó a ser volcada al alemán-, ésta establecía una jurisdicción militar de dos instancias, con la posibilidad de una apelación posterior ante el rey. Asimismo, de acuerdo con lo que conocemos, preveía algunas figuras penales autónomas, como el forzamiento de mujer, que se castigaba con pena capital. Cabe señalar, además, que las formas de reprimir las conductas castrenses resultaban bastante peculiares comparadas con las que se impusieron a partir del siglo XVIII. Al respecto, es interesante recordar que la pena aplicable a quien violase la prohibición de admitir rameras en el campamento militar consistía en autorizar al reo a abandonar el ejército para casarse con la mujer, si la

⁷⁸ Se las menciona en el preámbulo a las ordenanzas de 1632. Véase José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 66.

⁷⁹ Nicolás GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, ob. cit., pág. 40.

prostituta y el militar resultaban solteros, o a obligar al soldado a dejar a la mujer, en los demás casos ⁸⁰. Por su parte, en la Inglaterra previa al surgimiento de la modernidad política ⁸¹ -signada por un absolutismo monárquico que pretendía terminar con la pluralidad jurisdiccional hasta entonces imperante ⁸²- la penalidad castrense pareció asumir nuevos perfiles, merced a la aplicación del *martial law* -vale decir, del *derecho militar* o del *derecho de los ejércitos*- al juzgamiento de los paisanos civiles. Al respecto, no está de más apuntar que lo que entusiasmaba a reyes como Jacobo I respecto de la actuación de los tribunales castrenses no era tanto el hecho de que éstos actuasen como órganos jurisdiccionales pertenecientes a instituciones jerarquizadas, sino el que -como auténticos tribunales regios- hiciesen gala de una mayor subordinación a la voluntad del soberano ⁸³. Así, precisamente, parecieron entenderlo algunos protoliberales como Edward Coke, quien, al redactar el artículo 7º de la *petición de derechos* de 1628 ⁸⁴, manifestó su profunda oposición a la ley marcial y al juzgamiento de los civiles por parte de los tribunales castrenses ⁸⁵.

⁸⁰ Kenneth ÖGREN, «El derecho humanitario en los *Artículos de Guerra* decretados en 1621 por el rey Gustavo Adolfo II de Suecia», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 136 (julio-agosto de 1996), pág. 472 y ss..

⁸¹ Recurrimos a este concepto tal como lo emplea François GUERRA en *Modernidad e independencias*, Madrid, Mapfre, 1992.

⁸² Respecto de este tópico, véase Paolo GROSSI, «Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval», *Anuario de Historia del Derecho Mexicano*, N° VIII, 1997.

⁸³ Para lo dicho aquí, véase Conrad S. R. RUSSELL, «Monarquías, guerras y parlamentos en Inglaterra, Francia y España c. 1580 - c. 1640», *Revista de las Cortes Generales* N° 6 (3º trimestre de 1985), Madrid.

⁸⁴ Puede consultarse el texto mencionado en Vicente ROMERO GIRÓN y Alejo GARCÍA MORENO, *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los pueblos modernos*, t. XI, Madrid, Imprenta de Enrique Maroto y hermano, 1894, pág. 34.

⁸⁵ Según refiere Christopher HILL -en *Los orígenes intelectuales de la Revolución Inglesa*, Barcelona, Crítica, 1984, pág. 264-, L. BOYNTON se ha ocupado de estos temas en

Volviendo al análisis de la situación española, cabe referir ahora que en mayo de 1621 se estableció el carácter privativo de la jurisdicción militar para conocer en las causas suscitadas contra los moros y los esclavos que intentasen huir del reino ⁸⁶, disposición que Felipe IV reiteró una década después ⁸⁷. Por otra parte, en noviembre de 1626 el último monarca mencionado despachó otra cédula, esta vez con el objeto de terminar con algunas de las cuestiones de competencia suscitadas entre la justicia militar y la ordinaria. De esta manera, en pos de dicho objetivo el monarca precisó que las cuestiones en las que estuviesen complicados los integrantes de las guardas viejas de Castilla debían ser resueltas por los alcaldes del citado cuerpo ⁸⁸.

Posteriormente, y como una respuesta ante el decaimiento de la disciplina militar española, Felipe IV promulgó unas nuevas ordenanzas que, diseñadas por una junta constituida por varios miembros de los consejos de estado y de guerra, se basaban en la experiencia militar española. En esencia, con ellas se pretendía revertir la decadencia de los ejércitos reales. En cuanto a su contenido, cabe señalar que, aunque lo largo de sus ochenta artículos no se innovaba demasiado, se trasluce una evidente tendencia a restringir en la persona regia la facultad de dictar normas de contenido penal militar ⁸⁹.

un artículo titulado «*Martial Law and the Petition of Right*», publicado en *The English History Review*, LXXIX (1964), págs. 255/284. Lamentablemente, no hemos podido consultarlo, pues en las colecciones de esta revista a las que hemos tenido acceso -la del Instituto Ravignani y la de la biblioteca de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA-falta, precisamente, el ejemplar que necesitamos. Respecto de la postura de Coke frente a la ley marcial, véase, además, José María MORENO, *Obras completas*, t. III, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1883, pág. 400.

⁸⁶ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 50.

⁸⁷ Real cédula de 2 de noviembre de 1630. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 62 y ss..

⁸⁸ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 57 a 60.

⁸⁹ Al respecto, cabe señalar que el artículo 80 de las ordenanzas de 1632 derogaba todas las órdenes, constituciones y costumbres militares vigentes, y prohibía a los

Además, y tal como venía sucediendo desde el siglo XVI, se establecía que la jurisdicción castrense -de doble instancia- debía ser ejercida por los auditores del ejército. Asimismo, estas ordenanzas tipificaban -aunque todavía de un modo impreciso- ciertas figuras penales militares, como la blasfemia, el motín y la desertión ⁹⁰. Finalmente, cabe consignar que, transcurridas dos décadas desde la sanción de estas ordenanzas de 1632, Felipe IV ordenó recopilar todas las normas militares vigentes en un solo cuerpo legal, objetivo en pos del cual instituyó una junta *ad hoc*; empero, de acuerdo a los datos que poseemos, ésta no arribó a ningún resultado concreto.

En cuanto a la evolución del derecho penal castrense español durante la segunda mitad del siglo XVII -período en el cual se recurrió a ampliar los beneficios del fuero militar, con el objeto de estimular la concurrencia de los extranjeros al servicio de las armas ⁹¹-, no fueron muchos los cambios introducidos. En efecto, hasta finales del siglo XVII las principales disposiciones regias dictadas en materia jurídico militar se refirieron, primordialmente, a cuestiones vinculadas con los alcances de la jurisdicción castrense. Así, en 1656 se creó una junta para resolver el problema de las reiteradas cuestiones de competencia que se suscitaban con la justicia civil ⁹², y en 1662 se dictó una real orden con el objeto de

capitanes generales el dispensar a los soldados el cumplimiento de las nuevas disposiciones. José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 120 y 121.

⁹⁰ Arts. 66, 68, 70 y 71, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 104, y 107 a 109. Cabe señalar que este aspecto de las ordenanzas de 1632 ya ha sido destacado por Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA en su artículo «Consejo de guerra...», cit., pág. 472.

⁹¹ Oficio del auditor general de guerra de Sicilia al rey; Palermo, 29 de diciembre de 1666. En AGS, Estado, legajo 3493.

⁹² Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Conflictos de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la militar en el antiguo régimen», *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXVII, vol. II, pág. 1554.

solucionar la situación de los militares que, llamados a declarar ante un tribunal ordinario como testigos, se negaban a hacerlo invocando para ello el amparo de la jurisdicción militar ⁹³. Por otra parte, en 1667 se estableció, como principio rector, que en el caso de suscitarse dudas en la resolución de una cuestión de competencia, las autoridades jurídico castrenses debían pronunciarse a favor de la jurisdicción militar ⁹⁴. Sin embargo, también se impusieron algunas medidas restrictivas del fuero castrense, como que en 1678 se prohibió que los tribunales del fuero interviniesen en asunto de duelos ⁹⁵, y que en 1692 se adoptó una medida semejante respecto a los fraudes cometidos en perjuicio del fisco ⁹⁶.

c. El régimen jurídico de la penalidad castrense en la España borbónica

1. Los inicios de la monarquía borbónica y la paulatina consolidación del derecho penal militar español.

A diferencia de lo que había sucedido hasta entonces, con la llegada de la casa de Borbón al trono español se inició el dictado de disposiciones penales uniformes para todos los ejércitos dependientes de la corona, surgiendo así, un derecho que se fue haciendo cada vez más complejo ⁹⁷. Al respecto, la

⁹³ Real decreto de 18 de enero de 1662. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 149 y 150.

⁹⁴ Real cédula de 29 de abril de 1667. Citada por Sebastián MONTSERRAT ALSINA, ob. cit., pág. 38.

⁹⁵ Real cédula de 29 de octubre de 1678. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 174.

⁹⁶ Real cédula de 20 de diciembre de 1692. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 225.

⁹⁷ Cfr., manifestando un criterio análogo, María del Carmen BOLAÑOS MEJÍAS, «Las ordenanzas de Carlos III de 1768: el derecho militar en una sociedad estamental», en Javier

primera manifestación de esta tendencia se produjo en diciembre de 1701, cuando Felipe V sancionó, en la ciudad de Bruselas y al parecer inspirado en el contenido de las ordenanzas militares francesas del siglo XVII⁹⁸, las *segundas ordenanzas de Flandes*. En cuanto a las características de dicho cuerpo normativo, cabe señalar aquí que éste respondía a dos principios fundamentales: uno, que el que manda debe juzgar⁹⁹; y otro, que el mantenimiento de la «obediencia y disciplina militar» dependen de la aplicación de «una justicia pronta»¹⁰⁰. Así las cosas, se despojó a los auditores de guerra de su antigua potestad jurisdiccional, atribución que desde entonces se delegó en los consejos de guerra de los regimientos, vale decir en unos tribunales colegiados cuya estructura y normas de procedimiento fueron detalladamente reguladas por las ordenanzas mencionadas¹⁰¹. En particular, cabe recordar, también, que el dispositivo normativo de 1701 incluyó, expresamente, una «*Instrucción según la cual el consejo de guerra habrá de juzgar*». Por otra parte, corresponde señalar que, al parecer -según testimoniaron los contemporáneos-, esta novedosa estructura jurisdiccional redujo el número de cuestiones de competencia radicadas ante el Consejo Supremo de Guerra¹⁰². Asimismo, al margen de lo hasta ahora comentado, cabe consignar que las ordenanzas de Feli-

ALVARADO PLANAS y Regina María PÉREZ MARCOS (coords.), ob. cit., pág. 165. Francisco Luis PASCUAL SARRÍA, «Bosquejo histórico ... en el Estado moderno», cit., pág. 66.

⁹⁸ Además de lo que sostienen al respecto los historiadores contemporáneos -entre los cuales puede mencionarse al arriba citado Pascual Sarría-, puede verse el dictamen del conde de Aranda sobre honores y tratamientos militares, fechado en Madrid el 5 de diciembre de 1767; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

⁹⁹ Juan MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRÍ, ob. cit., pág. 89.

¹⁰⁰ Véase su texto completo en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 238 y ss..

¹⁰¹ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, *Juzgados militares de España e Indias*, t. III, 2ª ed., Madrid, 1979, pág. 2. Eladio BALDOVÍN RUIZ, art. cit., segunda parte, pág. 63.

¹⁰² «Dictamen elevado a S.M sobre una nueva planta para el Consejo Supremo de Guerra», circa 1714, sin firma. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

pe V también tipificaron un conjunto de figuras penales de importancia militar, como la desertión, la desobediencia, la sedición, el abandono de puesto, y otras más. Además, como una forma de garantizar la tranquilidad de la población civil, éstas restringieron los alcances del fuero castrense, merced a establecer que los militares que *«ultrajaren, pillaren, o robaren a nuestros vasallos en las villas, o lugares»*, podrían ser aprehendidos y castigados *«de muerte por los Jueces Ordinarios del país, sin obligación de entregarlos al Juez Militar»*¹⁰³.

Poco después de la sanción de las primeras ordenanzas de Felipe V, más precisamente el 20 de marzo de 1706, el archiduque Carlos de Austria, también pretendiente a la corona española, dictó por su parte otras ordenanzas militares. Respecto del particular, cabe tener en cuenta que en éstas -que llegaron a ser aplicadas en las fuerzas que permanecieron bajo el mando austracista-, se distinguía embrionariamente entre una potestad disciplinaria castrense, cuya aplicación se adjudicó a los coroneles de los regimientos, y otra, de índole penal, que se depositó en un tribunal o *«gémina»* militar, en el que tenían participación los auditores de guerra. En otro orden de cosas, cabe señalar, además, que en las citadas ordenanzas abundaban diversas consideraciones y precisiones sobre el contenido y alcances de ciertos delitos militares, como el motín, la cobardía, la violación del juramento de fidelidad a las banderas, y otros más. Asimismo, entre las curiosidades incluidas en el texto de estas ordenanzas, podemos mencionar que, adjudicando al honor del soldado un valor jurídico mayor incluso que a la vida, se consideraba inimputable el homicidio del superior cuando lo cometiese un subordinado al que aquél hubiese injuriado gravemente¹⁰⁴.

¹⁰³ FRANCISCO LUIS PASCUAL SARRÍA, «Bosquejo histórico ... en el Estado moderno», cit., págs. 75 y 76.

¹⁰⁴ PEDRO VOLTES BOU, «Las ordenanzas militares dictadas por el archiduque Carlos de Austria en 1706», revista Ejército N° 230, Madrid, 1959, págs. 74 y 75.

Al margen de la recordada experiencia jurídico castrense austracista, Felipe V y sus colaboradores siguieron dictando nuevas disposiciones. De este modo, el 30 de diciembre de 1706 se establecían, en el marco de una ordenanza para la infantería, penas para los civiles que comprasen alhajas o armas a los soldados, y para aquellos que encubriesen a los desertores ¹⁰⁵. Además, pocos años más tarde, en 1710, se imponía la privación de empleo a los oficiales que abandonasen el servicio sin licencia ¹⁰⁶. Asimismo, en virtud de decreto de 23 de abril de 1714 y de real cédula de 3 de octubre del mismo año, Felipe V daba una nueva planta al Consejo de Guerra, tras lo cual seis de las dieciséis plazas de ministros pasaron a ser destinadas a miembros togados, a quienes se dotó con «*voto decisivo*» en lo atinente a la resolución de pleitos en los que se hubiese contravenido «*en lo militar a las leyes del reino, a los tratados de paz, y a las ordenanzas y reglamentos militares*». Por otra parte, en virtud de la misma medida y con el objeto de solucionar las ya tradicionales y frecuentes cuestiones de competencia suscitadas entre la jurisdicción castrense y la ordinaria ¹⁰⁷, el monarca dispuso que sólo pudiesen gozar de fuero castrense los militares que prestasen actual servicio y recibiesen el sueldo de tales, así como los asentistas de provisiones militares y sus oficiales, aunque estos últimos sólo durante el tiempo que durasen los asientos y respecto de los efectos de estos mismos contratos ¹⁰⁸. Sin embargo, menos de un año después, el 23 de agosto de 1715 la planta del Consejo Supremo volvió a

¹⁰⁵ Ordenanza para la infantería de 30 de diciembre de 1706; real provisión de 27 de enero de 1707. Ambas en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 535 a 537, y 607 y ss..

¹⁰⁶ Real cédula de 3 de abril de 1710. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 623.

¹⁰⁷ Asunto respecto del cual llamó la atención el cardenal GIUDICE en el curso de un memorial sobre el Consejo Supremo de Guerra; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 1594.

¹⁰⁸ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 12 y ss.. Eladio BALDOVÍN RUIZ, «El fuero militar en las ordenanzas», Revista de Historia Militar, N° 76, Madrid, 1994,

ser modificada, estableciéndose, así, un cuerpo constituido por dos salas, una de carácter gubernativo, integrada por seis jefes castrenses, y otra de justicia, formada por cuatro letrados. En cuanto a atribuciones y si bien, en principio, a los últimos se les adjudicó el conocimiento exclusivo de los asuntos litigiosos suscitados por los beneficiarios del fuero militar, también se determinó que cuando se tratase de la resolución de causas criminales en las que se imputase a los oficiales la comisión de delitos contra el honor, o se adjudicase a los oficiales y a los soldados la autoría de alguna conducta que hubiese perjudicado el desarrollo de operaciones bélicas, correspondía que junto a los vocales letrados interviniese un número igual de ministros militares. Asimismo, también se dispuso que cuando se tratase de asuntos «leves» suscitados por las mismas causas -y que, por ende, sólo hiciesen necesario la aplicación de un correctivo menor- el asunto debía ser juzgado exclusivamente por la sala gubernativa del consejo ¹⁰⁹. Empero, no conforme el rey con este mecanismo, a comienzos de 1717 volvió a conceder una nueva planta al Consejo Supremo de Guerra ¹¹⁰.

En otro orden de cosas, cabe consignar que durante la segunda década del siglo XVIII, las ordenanzas de 1701 comenzaron a ser objeto de reformas parciales, como consecuen-

pág. 43. Real cédula de 3 de octubre de 1714, transcripta al completo en Feliciano BARRIOS, *El Consejo de Estado de la Monarquía Española, 1521-1812*, Madrid, Consejo de Estado, 1984, págs. 736 a 739. En *Consejo y Consejeros de Guerra en el siglo XVIII*, Granada, Universidad de Granada, 1996, pág. 43, nota 41, FRANCISCO ANDÚJAR CASTILLO recuerda que esta ampliación del fuero militar a los asentistas fue resistida por el marqués de ANDÍA, gobernador interino del Consejo de Castilla desde octubre de 1715. Al respecto, véase el dictamen que produjo en Madrid el 20 de agosto de 1715; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 1594.

¹⁰⁹ Cfr. el real decreto de 23 de agosto de 1715, transcripto al completo por Feliciano BARRIOS, ob. cit., págs. 741 a 747.

¹¹⁰ Real decreto de 20 de enero de 1717. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 196 y ss..

cia de las frecuentes dudas interpretativas suscitadas en el seno de los consejos de guerra actuantes, «*por no estar bastante explicados diferentes artículos*»¹¹¹. De este modo, por ejemplo, en 1716 se aclaró que las sentencias de muerte debían ser pronunciadas por consejos de guerra integrados, al menos, por siete oficiales¹¹². Asimismo, respecto del caso de los desertores que se restituyesen a España desde Francia se sustituyó la aplicación de la pena de muerte por la de 10 años de presidio en África¹¹³; en 1718 se modificó el procedimiento aplicable en los consejos de guerra establecidos para juzgar a los desertores; y en 1720 se instituyó, como delito, el empleo de los soldados como asistentes y criados de los oficiales¹¹⁴. Empero, lejos de conformarse con estas modificaciones parciales, en enero de 1724 Felipe V decidió convocar a una junta de generales, presidida por el marqués de Ledesma, con el objeto de redactar unas ordenanzas militares que anulasen las «*antiguas solamente en cuanto se opusieren a lo dispuesto por las nuevas*»¹¹⁵. Así las cosas, de resultas de esta labor el 12 de julio de 1728 se dictó un nuevo cuerpo normativo -en el que, como era habitual, las penalidades castrenses se agruparon junto con prescripciones tácticas, disposiciones relativas al servicio, etcétera-, cuya arquitectura en materia de derecho represivo militar estaba dominada -como expresaba el título 10 del libro 2- por la noción de que la tro-

¹¹¹ Real adición de 25 de octubre de 1717 a las ordenanzas de Flandes de 1701. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 249 y ss..

¹¹² Real adición de 14 de junio de 1716 a las ordenanzas y reglamentos militares. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 163 y ss..

¹¹³ Real orden de 10 de abril de 1717. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, págs. 209 y 210.

¹¹⁴ Real cédula de 15 de noviembre de 1720. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 544.

¹¹⁵ Oficio del marqués de Castelar al marqués de Ledesma, Palacio, 24 de enero de 1724; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento. Real orden de 15 de diciembre de 1728, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, págs. 360.

pa sólo podía ser contenida en la «exacta obediencia» y «disciplina militar» merced a la aplicación de una justicia ágil y eficiente ¹¹⁶. En consonancia con esta pretensión, pues, se disponía la instauración de un proceso castrense caracterizado por la celeridad. Además, estas ordenanzas de 1728 reprimían -en los títulos 11 a 15, del libro 2- distintas conductas, como la desobediencia al superior ¹¹⁷; los tumultos, los desórdenes y las murmuraciones ¹¹⁸; y la deserción y el desempeño de plazas militares supuestas ¹¹⁹. Además, cabe señalar que, aunque en menor medida que las anteriores disposiciones regias, estas ordenanzas siguieron recurriendo al mecanismo del reenvío al derecho penal ordinario ¹²⁰, y que con éstas se estableció un complejo procedimiento inquisitivo, que, en buena medida, anticipó al instituido posteriormente con las ordenanzas de Carlos III. De este modo, quedó consagrado que la defensa en juicio debía estar a cargo del procesado, y, que, en caso de ignorancia o turbación del reo, el mismo consejo de guerra actuante debía designar un defensor ¹²¹, solución que no tardó en motivar la áspera crítica de un auditor contemporáneo ¹²². Por otra parte, la relativa benignidad en la regulación del delito de deserción también suscitó comentarios adversos ¹²³, todo lo cual llevó, en marzo de

¹¹⁶ Artículo 1, título 10, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728. Tanto ésta como las demás referencias a dichas ordenanzas han sido tomadas de José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III.

¹¹⁷ Título 11, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728.

¹¹⁸ Título 11, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728.

¹¹⁹ Títulos 14 y 15, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728.

¹²⁰ Art. 5, título 10, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728.

¹²¹ Art. 26, título 10, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728.

¹²² Véase la real orden de 15 de diciembre de 1728, transcripta en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 360.

¹²³ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), nota al tratado 4, título 5, artículo 22. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

1729, a que se eliminase del derecho positivo la atenuante de la menor edad del reo desertor ¹²⁴.

Con posterioridad a la sanción de las ordenanzas de 1728, y todavía durante el reinado de Felipe V, continuaron dictándose normas de contenido jurídico militar. De este modo, el 28 de abril de 1734 se sancionó un real decreto relativo a la persecución de desertores ¹²⁵, y en 1735 una real orden de Felipe V volvió a prohibir que los oficiales se sirviesen de los soldados bajo el título de asistentes personales ¹²⁶. Asimismo, en 1737 se dictaron unas ordenanzas navales, que en 1748 fueron sustituidas por otras que redactó el capitán de navío Joaquín de Aguirre y Oquendo ¹²⁷.

2. Cambios y transformaciones acaecidos a mediados del siglo XVIII: la génesis del derecho penal militar carolino ¹²⁸. Pocas décadas después del dictado de las ordenanzas de 1728, las autoridades españolas empezaron a considerar necesario el dictado de una nueva normativa castrense. De este modo, ya en pleno reinado de Fernando VI se iniciaron las primeras tareas en este sentido. Así las cosas, se encargó a un oficial de la Secretaría de Guerra, José Antonio Portugués, que emprendiese la recopilación de todos los antecedentes en la materia, arduo trabajo que concluyó a fines de la década siguiente, y que culminó con la publicación de la *Colección de ordenanzas militares* que venimos citando rei-

¹²⁴ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 361.

¹²⁵ En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, págs. 383 y ss..

¹²⁶ Real orden de 13 de febrero de 1735. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 388.

¹²⁷ Nicolás GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, art. cit., pág. 53.

¹²⁸ Cabe señalar que la crónica del proceso formativo de las ordenanzas militares de Carlos III se reconstruye en José María GARATE CÓRDOBA, «Don Antonio Oliver Sacasa, autor de las 'sabias ordenanzas'», Revista de Historia Militar, N° 45 (segundo semestre de 1978), Madrid, págs. 95 a 150. Agradecemos aquí a Guillermo Daract, por habernos facilitado un ejemplar de este trabajo.

teradamente a lo largo de este capítulo. Además, a finales de agosto de 1749 se ordenó la formación de una junta destinada a revisar las ordenanzas militares entonces vigentes, con el objeto de que, en lo sucesivo, las tropas del reino contasen con «*claras, seguras, uniformes y bien fundadas reglas*», a las cuales debería ceñirse el ejército «*sin interpretaciones, ni motivos de disputa*» de ninguna índole. Dicha junta, que presidió el capitán general Lucas Spínola, estuvo integrada por los tenientes generales marqués de Campofuerte, marqués de Villadarias y Jaime Masones, y por los mariscales de campo Gaspar de Cagigal y Antonio Azlor, actuando como secretario con voto el capitán Antonio Oliver ¹²⁹. Así las cosas, y como resultado del encargo adjudicado, hacia noviembre de 1751 la recordada junta compuso un proyecto de ordenanzas integrado por cuatro tomos ¹³⁰, trabajo que fue remitido para su examen a dos capitanes generales, el marqués de la Mina y Sebastián de Eslava. Éstos, si bien aprobaron lo realizado en general, observaron el proyecto en lo referido a la táctica y al manejo de las armas. Como derivación de esta opinión y, al parecer, también como consecuencia de la sustitución del marqués de la Ensenada por Eslava ¹³¹, Fernando VI se pronunció por continuar con la vigencia de las ordenanzas de 1728 ¹³², deteniendo así el proceso reformista. Mientras tanto, empero, siguieron dictándose nuevas disposiciones jurídico castrenses, entre las cuales cabe mencionar las ordenanzas para la aprehensión de desertores de 10 de septiem-

¹²⁹ Oficio del marqués de Ensenada al capitán general Lucas Spínola; Buen Retiro, 30 de agosto de 1749. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

¹³⁰ AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

¹³¹ Fernando REDONDO DÍAZ, «El conde de Aranda como militar», en *El Conde de Aranda* (catálogo de la exposición efectuada en el Palacio de Sástago, Zaragoza, entre el 1º de octubre y el 13 de diciembre de 1998), Zaragoza, Gobierno de Aragón, 1998, pág. 70.

¹³² «Formación de las Juntas que en varios tiempos se han nombrado para el arreglo y revisión de las ordenanzas militares»; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

bre de 1754 ¹³³. Asimismo, corresponde recordar que, haciéndose eco de las pretensiones reformistas que habían sido estimuladas por el monarca, no faltaron algunas voces particulares que manifestaban el deseo de que se retomase el impulso en la materia ¹³⁴.

Así las cosas, el proceso de renovación del orden jurídico castrense, que la corona impulsaba fundada en la «*experientia de los inconvenientes*» suscitados por la antigua ordenanza ¹³⁵, no se reactivó sino hasta que, en 1759, Carlos III ascendió al trono. En efecto, preocupado por incorporar los avances advertidos en materia de táctica ¹³⁶, correspondió al nuevo monarca interesarse en el destino del proyecto diseñado en 1751. De este modo, el 25 de enero de 1760 ordenó que un nuevo grupo de expertos examinasen los cuatro tomos arriba mencionados ¹³⁷. Con tal objeto, pues, se constituyó una junta presidida por el capitán general conde de Revillagigedo, e integrada por los tenientes generales marqués de Sarría, marqués de Villadarias, príncipe de Maserano, duque de Bournonville, marqués de Cevallos, marqués de Villafuerte, Carlos de la Riva Agüero y Maximiliano de la Croix, y el mariscal de campo marqués de Casa Tremañes, y en la que actuaba como secretario con voto el ya para entonces teniente coronel Antonio Oliver ¹³⁸. Esta nueva junta, cuyas tareas concluyeron a finales de 1761 ¹³⁹, reordenó el trabajo de 1751

¹³³ Borrador de circular, fechada en San Ildefonso el 26 de agosto de 1765. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

¹³⁴ Petición del teniente coronel Antonio Oliver, sin fecha. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

¹³⁵ Dictamen del conde de Aranda, elevado al marqués de Esquilache el 17 de noviembre de 1764. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

¹³⁶ José María Garate Córdoba, art. cit., pág. 104.

¹³⁷ Real orden de 25 de enero de 1760, estableciendo una junta redactora de ordenanzas. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

¹³⁸ AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

¹³⁹ Idem ant..

en seis tomos, y llegó a concebir la idea de incorporar otros dos más: uno relativo a artillería e ingenieros, y otro a milicias e inválidos. Así las cosas, el rey aprobó lo recomendado, autorizó la impresión y reparto en el ejército de los tres primeros tomos, y remitió algunos de ellos al marqués de Villafuerte, a efectos de que éste revisase lo realizado ¹⁴⁰. De este modo, en junio de 1760, una vez examinados tres de los cuatro que integraban el nuevo proyecto de normativa militar, los miembros de la junta de ordenanzas solicitaron al rey, que en atención a que el cuarto volumen se ocupaba *«de las materias de justicia, civil, y criminal, como son consejos de guerra, testamentos, fuero militar, delitos militares, y comunes, y penas que a ellos correspondan»*, pudiesen contar con el auxilio, *«en calidad de asesor»*, de Isidoro Gil de Jaz, un letrado que en 1758 había integrado la junta encargada de examinar la colección de ordenanzas militares compiladas por José Antonio Portugués ¹⁴¹, y que integraba los consejos de Castilla y de guerra desde mediados de la década de 1750 ¹⁴². Empero, el monarca desestimó el pedido y ordenó, simultáneamente, que la junta de ordenanzas presentase *«los reparos que se le ofrecieren sobre las más o menos rigurosas penas, que hall[as]en en las antiguas ordenanzas»* de Felipe V ¹⁴³. Sin embargo, un acontecimiento externo impidió que se cumpliesen los iniciales deseos de Carlos III. En efecto, a partir de la declaración de guerra a Portugal, la junta quedó desarticulada, debido a que varios de sus integrantes fueron desti-

¹⁴⁰ Oficio del marqués de Villafuerte al secretario Ricardo Wall; Madrid, 1º de marzo de 1762. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

¹⁴¹ Oficio de la junta examinadora al marqués de Arellano; Madrid, 5 de septiembre de 1758. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

¹⁴² Francisco Andújar Castillo, ob. cit., págs. 205 y 206.

¹⁴³ Solicitud de los miembros de la junta de ordenanzas al rey; Madrid, 19 de junio de 1760. Resolución regia de 21 de junio de 1760. Ambas en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

nados al mando de tropa ¹⁴⁴. Por esta razón, el 28 de junio de 1763 se constituyó una nueva junta que, ahora presidida por el teniente general Jaime Masones, e integrada por los mariscales de campo Antonio Manso y Domingo Bernardi, por los coroneles Antonio Oliver e Ignacio Poyanes, y por el sargento mayor Nicolás Labarre -quien oficiaba de secretario-, fue destinada a examinar y a corregir el trabajo aprobado en 1761 ¹⁴⁵. Sin embargo, concluida la contienda, en noviembre de 1763 el rey decidió dar por terminadas las tareas del cuerpo constituido en junio, y convocó nuevamente al conde de Revillagigedo, para que presidiese otra junta, integrada por la mayoría de los vocales de la de 1760, por parte de los designados en junio de 1763 y por algunos otros expertos. Así las cosas, urgida por la ansiedad del monarca ¹⁴⁶, esta nueva junta se dedicó a sus tareas específicas por espacio de varios años ¹⁴⁷, llegando a ocuparse, incluso, de algunos asuntos ajenos a su objetivo particular. De este modo, por ejemplo, en noviembre de 1764, tras la elevación de un oficio del coronel del regimiento de África, duque de Castropiñano, y a solicitud de la corona, la junta examinó el contenido de la ordenanza vigente sobre deserciones ¹⁴⁸. Empero, en tanto que en septiembre de 1766 el fallecimiento del conde de Revillagigedo constituyó un nuevo obstáculo para la labor de la junta ¹⁴⁹, los frutos intelectuales de ésta no conformaban a los consejeros más ilustrados del monarca. Como consecuencia de ello, el

¹⁴⁴ Oficio del marqués de Esquilache al conde de Revillagigedo; Buen Retiro, 27 de noviembre de 1763. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

¹⁴⁵ «Formación de las Juntas que en varios tiempos se han nombrado para el arreglo y revisión de las ordenanzas militares»; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

¹⁴⁶ Cfr. el oficio dirigido al conde de Revillagigedo el 26 de enero de 1764; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

¹⁴⁷ Oficio del conde de Revillagigedo al marqués de Esquilache; Madrid, 28 de febrero de 1764. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

¹⁴⁸ AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

¹⁴⁹ Fernando REDONDO DÍAZ, ob. cit., pág. 70.

17 de agosto de 1767 Carlos III decidió constituir una nueva junta de generales, con la misión de realizar una «*metódica instrucción*» que vigorizase y sostuviese, por «*reglas preceptivas*» y «*hasta en los actos indiferentes del servicio*», la más rígida subordinación militar ¹⁵⁰. Presidida dicha junta por el conde de Aranda, e integrada, originariamente, por los vocales Antonio Manso, Alejandro O'Reilly, Martín Álvarez, Eugenio Bretón, y por el secretario con voto Antonio Oliver ¹⁵¹, ésta se aprovechó tanto de las tareas de recopilación efectuadas por Joseph Antonio Portugués, como de los estudios de las comisiones anteriores ¹⁵². Así las cosas, abocada aquélla a su tarea, se redactó un proyecto que el 22 de octubre de 1768 se convirtió en derecho vigente.

En cuanto a la autoría de los aspectos jurídicos de estas *Ordenanzas militares de Carlos III* -cuestión que hasta ahora no ha sido fácil de determinar, en la medida en que no se llevaron actas de las discusiones suscitadas en el seno de la junta- cabe señalar, sin negar la activa participación que le cupo en este asunto al secretario Antonio Oliver, «*por cuya única mano se trabajó la extensión y coordinación de las materias ... para la uniformidad del estilo, y metódica distribución de los tratados, títulos y artículos*» ¹⁵³, que quien ocupó un papel por demás gravitante fue el conde de Aranda, sobre todo en lo atinente al espíritu de su articulado y a su disposición sistemática ¹⁵⁴. Desde luego que debido a las

¹⁵⁰ Oficio de la junta redactora elevando al rey los tres primeros tratados de las ordenanzas; Madrid, marzo de 1768. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

¹⁵¹ José María GARATE CÓRDOBA, art. cit., pág. 123. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

¹⁵² Real orden de 25 de enero de 1760, estableciendo una junta redactora de ordenanzas. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

¹⁵³ Cfr. petición del teniente coronel Antonio Oliver, sin fecha. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

¹⁵⁴ Conforme, Antonio Álvarez de Morales, «Los proyectos de reforma del ejército del conde de Aranda», en Javier ALVARADO PLANAS y Regina María PÉREZ MARCOS (coords.), ob. cit., pág. 159.

razones ya apuntadas, no resulta sencillo ponderar en concreto dicho influjo, aun cuando hay materias respecto de las cuales podemos afirmar, sin lugar a dudas, que éste fue esencial. En este orden de cosas, precisamente, puede mencionarse lo relativo a la incorporación del juramento de fidelidad a las banderas y a la de varias disposiciones relativas al resguardo del honor militar ¹⁵⁵. Además, respecto al papel de Aranda cabe consignar que éste contaba con un importante bagaje de conocimientos respecto del derecho militar comparado ¹⁵⁶, muchos de ellos adquiridos durante su estancia en Berlín, en 1755, cuando se dedicó a estudiar en profundidad la organización del ejército prusiano ¹⁵⁷. Asimismo, en cuanto a la justa valoración del pensamiento de Aranda en la materia, no está de más recordar el tenor de sus previas críticas contra la «*exorbitancia e irregularidad*» en la concesión del fuero militar ¹⁵⁸, ni la interesante experiencia jurídica que incorporó en 1763, cuando le cupo presidir el Consejo de Guerra encargado de juzgar a los responsables de la rendición de La Habana a los ingleses ¹⁵⁹. Por otra parte, y más allá del sello impreso por Aranda, cabe aclarar, en cuanto a la responsabilidad en la formación del tratado octavo de las ordenanzas -que fue elevado a la consideración del monarca el 29 de septiembre de 1768, y que, como veremos más adelante, fue el que se ocupó específicamente de todo lo relativo

¹⁵⁵ Fernando REDONDO DÍAZ, art. cit., pág. 72.

¹⁵⁶ Véanse al respecto, del conde de Aranda, el oficio que el 10 de diciembre de 1767 le dirigió a Juan Gregorio Muniain; y el dictamen que le elevó al marqués de Esquilache el 30 de noviembre de 1763. Ambos en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

¹⁵⁷ Rafael OLAECHEA y José A. FERRER BENIMELI, ob. cit., pág. 14.

¹⁵⁸ José CEPEDA GÓMEZ, «El fuero militar en siglo XVIII», en Enrique MARTÍNEZ RUIZ y Magdalena de PAZZIS PI (coords.), *Instituciones de la España Moderna I*, Madrid, Actas, 1996, pág. 299.

¹⁵⁹ Rafael OLAECHEA y José A. FERRER BENIMELI, *El conde de Aranda. I. (Mito y realidad de un político aragonés)*, Zaragoza, Librería General, 1978, pág. 24. Fernando REDONDO DÍAZ, art. cit., pág. 70.

a justicia militar-, que, en su redacción, y en la posterior evacuación de las dudas suscitadas a partir de su puesta en práctica, colaboraron activamente los consejeros de Castilla e Indias, Jacinto Tudó y Pedro Dávila ¹⁶⁰, a quienes sus contemporáneos elogiaban por su «*conocimiento práctico de las leyes penales de la tropa*» ¹⁶¹.

3. Características de las ordenanzas de Carlos III.

Indudablemente, el dispositivo jurídico militar de 1768 se inspiró en el modelo penal castrense prusiano ¹⁶², cuyos antecedentes más lejanos en la materia se remontaban a las ordenanzas suecas de 1621, y cuya peculiar estructura había sido consolidada, en 1712, por Federico I ¹⁶³. Al respecto, cabe aclarar que esta influencia teutona en la materia poco tiene de sorprendente, en la medida en que, por aquellos días, el ejército prusiano se había convertido, para todos los europeos, en «*el modelo de organización militar*» ¹⁶⁴. Por otra parte, en lo atinente a la más auténtica ponderación del derecho penal militar carolino, cabe discrepar con el criterio de Salcedo y Ruiz, en cuanto este autor afirma que las referidas ordenanzas poco añadieron a las de 1728 en cuanto a contenidos jurídicos ¹⁶⁵. Por el contrario, consideramos, por ejem-

¹⁶⁰ Oficio de la junta de ordenanzas fechado en Madrid en abril de 1769. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4241. Oficio del conde de Aranda a Juan Gregorio Muniain, Madrid, 10 de junio de 1769; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4241.

¹⁶¹ Oficio del conde de Aranda a Juan Gregorio Muniain; Madrid, 29 de septiembre de 1768. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

¹⁶² Conformes: Juan MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRÍ, ob. cit., pág. 8. Juan Antonio NAVAS CÓRDOBA, ob. cit., nota 92, pág. 86.

¹⁶³ Juan Gonzalo MARTÍNEZ MICO, comentario al artículo de L. Mayfarth, «El derecho penal militar y la jurisdicción en Brandeburgo (Prusia) desde el Gran Elector Federico Guillermo a Federico II (1640-1786)» (publicado en la *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, t. XII); *Revista Española de Derecho Militar*, N° 41, 1983, págs. 212 y 213.

¹⁶⁴ M. S. ANDERSON, *Guerra y sociedad en la Europa del antiguo régimen: 1618-1789*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1990, pág. 170.

¹⁶⁵ Ángel SALCEDO Y RUIZ, ob. cit., pág. 51.

plo, junto con Baldovín Ruiz, que los tópicos jurisdiccionales introducidos en las ordenanzas de Carlos III representaron «*un progreso indiscutible en la legislación militar*», e incluso -agregamos nosotros- que aquéllas anticiparon profundas transformaciones en materia penal, algunas de las cuales sólo fueron receptadas por el derecho ordinario muchos años después ¹⁶⁶. Asimismo, respondiendo a potenciales críticas actuales, consideramos necesario apuntar que el régimen represivo de las ordenanzas de 1768 no resultó particularmente severo, en la medida en que se lo compare con la rigurosa disciplina imperante, por aquel entonces, en el resto de los ejércitos europeos ¹⁶⁷.

En cuanto al análisis particular de las instituciones jurídico-castrenses incorporadas a las ordenanzas de Carlos III, cabe señalar aquí que así como lo que hoy cabría denominar materia disciplinaria era abordado en los títulos 10, 16 y 17 de su tratado II, todo lo referido a asuntos de naturaleza penal y procesal castrenses, fue regulado, sistemáticamente, a lo largo del Tratado octavo, cuyos títulos VII y X tienen el aspecto de un verdadero código penal militar. Así las cosas, entre las figuras delictivas previstas por las ordenanzas corresponde enumerar las siguientes: la rendición injustificada de una plaza ¹⁶⁸; el mantenimiento de correspondencia con el enemigo ¹⁶⁹; el abandono de puesto ¹⁷⁰; la revelación de secretos militares ¹⁷¹; la blasfemia ¹⁷²; la desobediencia e insulto al superior ¹⁷³; el insulto a los funcionarios de la justicia

¹⁶⁶ Eladio BALDOVÍN RUIZ, art. cit., segunda parte, pág. 64.

¹⁶⁷ Geoffrey BEST, ob. cit., pág. 30.

¹⁶⁸ Art. 2 y ss., título 7, tratado VIII.

¹⁶⁹ Art. 5, título 7, tratado VIII.

¹⁷⁰ Art. 6, título 7, tratado VIII.

¹⁷¹ Art. 9, título 7, tratado VIII.

¹⁷² Art. 1, título 10, tratado VIII.

¹⁷³ Art. 7 y ss., título 10, tratado VIII.

ordinaria ¹⁷⁴; la sedición y el motín ¹⁷⁵; el duelo ¹⁷⁶; el alboroto ¹⁷⁷; el espionaje ¹⁷⁸; el incumplimiento de los deberes del centinela ¹⁷⁹; el robo ¹⁸⁰; los desórdenes cometidos durante las marchas ¹⁸¹; el falso testimonio ¹⁸²; la sodomía ¹⁸³; la falsificación de moneda ¹⁸⁴; la desertión ¹⁸⁵; el contrabando ¹⁸⁶; y la cobardía ¹⁸⁷. En lo atinente a la estructura jurisdiccional, cabe señalar, además, que la jurisdicción castrense prevista por las ordenanzas constaba de dos instancias. Así, la primera estaba constituida por tribunales colegiados de dos tipos: los consejos de guerra ordinarios -que sólo juzgaban a las clases y a los soldados-, y los consejos de guerra para oficiales generales. En ambos casos, dichos tribunales se integraban *ad hoc* con oficiales de las distintas armas. Por otra parte, la instancia superior se adjudicó al Consejo Supremo de Guerra, al que se lo dotó de competencia suficiente como para conocer en materia de recursos de apelación y de injusticia notoria ¹⁸⁸. Finalmente, en cuanto a los aspectos procesales, cabe consignar que las ordenanzas diseñaron un procedimiento dividido en dos etapas. La primera, dedicada a la instrucción o sumario, era dirigida por un juez fiscal, quien debía recolec-

¹⁷⁴ Arts. 24 y 25, título 10, tratado VIII.

¹⁷⁵ Arts. 26 a 43, título 10, tratado VIII.

¹⁷⁶ Arts. 47 a 52, título 10, tratado VIII.

¹⁷⁷ Art. 53, título 10, tratado VIII.

¹⁷⁸ Art. 67, título 10, tratado VIII.

¹⁷⁹ Arts. 56 a 60, título 10, tratado VIII.

¹⁸⁰ Arts. 70 a 72, título 10, tratado VIII.

¹⁸¹ Arts. 73 a 78, título 10, tratado VIII.

¹⁸² Arts. 84 y 85, título 10, tratado VIII.

¹⁸³ Art. 83, título 10, tratado VIII.

¹⁸⁴ Art. 81, título 10, tratado VIII.

¹⁸⁵ Arts. 91 a 116, título 10, tratado VIII.

¹⁸⁶ Art. 90, título 10, tratado VIII.

¹⁸⁷ Arts. 117 a 121, título 10, tratado VIII.

¹⁸⁸ Art. 58, título 5, tratado VIII.

tar la mayor cantidad posible de pruebas, con el objeto de clarificar las características y circunstancias del delito investigado. La segunda, o plenario, estaba a cargo de los consejos de guerra ya mencionados, cuyos integrantes debían evaluar la conducta de los reos de acuerdo con los elementos de convicción obtenidos, con los términos de la acusación fiscal y con el alegato presentado por la defensa, teniendo siempre en cuenta los dictados de la «conciencia y [del] honor» y las expresas disposiciones de las ordenanzas ¹⁸⁹. Así las cosas, una vez producida la sentencia los autos debían ser elevados al comandante, para que éste, previo dictamen de su auditor, aprobase o desaprobase lo actuado.

4. La evolución del derecho penal militar carolino, con posterioridad a la sanción de las ordenanzas de Carlos III. En tanto que tras su sanción, y como veremos más adelante, las ordenanzas de Carlos III fueron objeto de diversas aclaraciones e interpretaciones, cabe consignar que lo que también cambió -aunque de un modo mucho más vertiginoso- fue el panorama del derecho penal militar comparado. De este modo, debe tenerse presente que en Francia, una vez producida la revolución de 1789, comenzó a cobrar vida un nuevo ordenamiento represivo castrense ¹⁹⁰. De este modo, se establecieron unos «consejos disciplinarios» ¹⁹¹ propensos a generar crecientes «hábitos de insubordinación y de actividad política de índole escasamente militar» ¹⁹². Sin embargo, esta política fue revertida entre los años 1790 y 1796, merced a la incorporación de profundas reformas a la administra-

¹⁸⁹ Art. 29, título 5, tratado VIII.

¹⁹⁰ En septiembre de 1791 se dictó, incluso, un código militar.

¹⁹¹ Véase el decreto de 14 de septiembre de 1790, y su derogación en mayo de 1792 en M. D. DALLOZ, *Répertoire methodique et alphabetique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. XXIV, 2ª parte, París, Bureau de la Jurisprudence Générale, 1869, pág. 1870 y ss..

¹⁹² Geoffrey BEST, ob. cit., págs. 67 a 71, y 82.

ción de justicia castrense ¹⁹³. Asimismo, es oportuno indicar que las nuevas autoridades galas no dudaron en recurrir al aparato jurídico del ejército para resolver cuestiones ajenas a lo específicamente militar, imponiéndose así, la ley marcial, con el objeto de «mantener la tranquilidad pública y conservar los derechos de todos» ¹⁹⁴. En cuanto a Prusia, también allí se produjeron importantes novedades, sobre todo a partir de la derrota militar sufrida en 1806 ¹⁹⁵.

Volviendo al análisis del caso español, cabe recordar ahora que casi con la puesta en vigencia del nuevo derecho militar carolino surgieron numerosas dudas respecto de «la verdadera inteligencia» de algunas de sus disposiciones ¹⁹⁶, incertidumbre que, en un comienzo y por espacio de algunos años, fue resuelta por la misma junta que había diseñado las ordenanzas ¹⁹⁷. Así las cosas, en 1772 el conde de Ricla propuso reformar la estructura del Consejo Supremo de Guerra, para destinar una de sus tres salas a resolver «*quantas dudas, o dificultades ocurran en las ordenanzas del ejército de V.M. con inclusión de la casa real, artillería y marina, consultando todo lo que mire a innovación*» ¹⁹⁸, inquietud que fue

¹⁹³ Ángel SALCEDO Y RUIZ, ob. cit., pág. 58.

¹⁹⁴ M. D. DALLOZ, ob. cit., t. V, París, Bureau de la Jurisprudence Générale du Royaume, 1847, pág. 442. Cabe recordar, además, que la cuestión de la ley marcial fue particularmente tenida en cuenta durante la reunión de la Asamblea Constituyente; cfr. Christine FAURÉ, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos y Fondo de Cultura Económica, 1995, págs. 92, 102, 198 y 267.

¹⁹⁵ Juan Gonzalo MARTÍNEZ MICO, comentario cit., pág. 213.

¹⁹⁶ V.gr., pueden verse: Oficio dirigido por el conde de Ricla a Juan Gregorio Muniain, Barcelona, 1º de febrero de 1769; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4241. Circular a los capitanes generales de 23 de agosto de 1769; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento. Minuta de la junta de ordenanzas de 27 de marzo de 1773; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, el oficio del conde de Aranda al conde de Ricla, fechado Madrid el 6 de septiembre de 1772. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

¹⁹⁸ Transcrito en Francisco ANDÚJAR CASTILLO, ob. cit., pág. 71.

receptada parcialmente, al disponerse, en noviembre de 1773, que las dudas suscitadas con motivo de la aplicación de las nuevas ordenanzas debían ser resueltas en reunión plenaria del citado consejo ¹⁹⁹. En definitiva, no fueron raros los casos en los que a partir de una consulta particular, se efectuaron modificaciones a las ordenanzas o se dictaron aclaraciones generales respecto de su interpretación ²⁰⁰. De este modo, se indicó que la gratuidad del procedimiento militar establecida por el artículo 11, Título 7, Tratado VIII de las ordenanzas, no era extensiva a los no aforados que litigasen ante la jurisdicción castrense ²⁰¹; y también se decidió ampliar los términos de lo dispuesto en los artículos 93 y 94, título 10, tratado VIII, al establecerse que en las plazas que no estuviesen confinando con país extranjero o con Gibraltar, o que se encontrasen en África, debería considerarse consumada la desertión cuando el que la cometiese se hallase a distancia de cuatro leguas del cuartel ²⁰². Asimismo, por real decreto de 31 de agosto de 1772 se complementó lo dispuesto en los artículos 70 a 72, Título 10, Tratado VIII en materia de robo ²⁰³, y posteriormente se precisaron nociones jurídicas tales como la de «fractura», incorporada al artículo II de dicha real orden ²⁰⁴. Empero, mientras lo anterior acontecía en el campo de la legislación, también era dable observar, en el curso de la práctica forense, algunas alteraciones que no se ajustaban a los preceptos legales ²⁰⁵. De este modo, pese a la existencia de

¹⁹⁹ *Idem ant.*, pág. 75.

²⁰⁰ V.gr., véase la real orden de 11 de agosto de 1787, en Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, *ob. cit.*, t. III, págs. 133 y 134.

²⁰¹ AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4241.

²⁰² Circular de 20 de abril de 1769. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4241.

²⁰³ Dictamen del asesor de guardias de Barcelona, Francisco de Treviño; Barcelona, 30 de enero de 1773. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

²⁰⁴ Minuta de la junta de ordenanzas sin fecha (probablemente, de 1773); AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

²⁰⁵ V.gr., circular a los capitanes generales, Madrid, 22 de noviembre de 1776. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento.

disposiciones en contrario, era frecuente que se admitiese la lectura de la defensa antes que la de la conclusión fiscal; y que en los consejos de guerra ordinarios -y no sólo en los de los oficiales- se dejase al defensor que expusiese los términos del alegato ²⁰⁶. Además, a despecho de lo prescrito en el artículo 23, título 5, tratado VIII, en la realidad forense se autorizaba la presencia del defensor en oportunidad de efectuarse los careos ²⁰⁷. En cuanto a otras prácticas reñidas con la corrección de los procesos, también se advierte que algunos fiscales antedataban la fecha de las actuaciones, con el objeto de que los autos pareciesen sustanciados dentro de los términos legales ²⁰⁸, y, lo que es aún más grave, que no faltaban algunos defensores que, interpretando torcidamente sus obligaciones, actuaban de tan mala fe que corrompían a los testigos y presentaban documentos fraguados ²⁰⁹.

5. *El derecho penal militar español en las postrimerías del antiguo régimen.* Siguiendo con el fenómeno observado tras la sanción de las ordenanzas de 1768, durante el último cuarto del siglo XVIII y la primera década del XIX se introdujeron numerosas adiciones y modificaciones al derecho carolino ²¹⁰. De este modo, suscitado un proceso a raíz del abandono de un puesto por su comandante, y como consecuencia de la pertinente consulta del virrey de México -quien advirtió que la referida conducta no estaba prevista en el texto de las ordenanzas-, en 1776 se introdujo, como un nuevo deli-

²⁰⁶ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 94.

²⁰⁷ Idem ant., t. III, pág. 55.

²⁰⁸ Idem ant. t. III, págs. 147 y 148.

²⁰⁹ Idem ant., t. III, págs. 67, 68 y 99.

²¹⁰ Cfr. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. XXI.

²¹¹ Circular fechada en Madrid el 18 de septiembre de 1776; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento. Alejandro de BACARDÍ, *Nuevo Colón, o sea tratado del derecho militar de España y sus Indias*, 3ª ed., Barcelona, Establecimiento tipográfico de los sucesores de N. Ramírez y Cía., 1878, t. III, pág. 230.

to, el abandono de guardia ²¹¹. Por otra parte, en ese mismo año se atribuyó al Consejo Supremo de Guerra la resolución de las cuestiones de competencia suscitadas entre la jurisdicción civil y la militar ²¹², aunque esto no duró mucho, pues tras una serie de cambios, en 1789 Carlos IV estableció que la resolución de dichas cuestiones debía ser solucionada mediante la implementación de un mecanismo de conferencias entre los fiscales de los consejos supremos de Castilla y de guerra, previéndose, para el caso de que no se llegase a un acuerdo, la formación de una junta de competencias ²¹³. En cuanto a la adopción de otras medidas reformistas, en 1780 se impuso pena de muerte para la tentativa de desertión con escalamiento de muralla, tanto respecto de la cometida en tiempos de paz como de guerra ²¹⁴; en 1782 se sancionó un nuevo reglamento para el juzgado de artillería ²¹⁵; en 1784 se despachó una instrucción -reforzada en 1801 y 1802 con sendas reales órdenes- estableciendo que los bandidos, los contrabandistas y los salteadores que, perseguidos por efectivos militares, se opusiesen a la detención, debían ser juzgados por consejos de guerra como incursores en el delito de resistencia a la autoridad ²¹⁶; en 1793 se dictó un real decreto en el que se determinó, entre otras cuestiones, que todo aforado que fuese demandado tanto por la comisión de delitos militares como de ordinarios debía ser sometido al juzgamiento de

²¹² Real cédula de 3 de abril de 1776. RAH, colección Mata Linares, doc., t. 108, f. 52.

²¹³ Real cédula de 30 de marzo de 1789. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento.

²¹⁴ Real orden de 17 de febrero de 1788; RAH, colección Mata Linares, documento 7679, t. 115, f. 11. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 123.

²¹⁵ Real cédula fechada en El Pardo el 26 de febrero de 1782. RAH, colección Mata Linares, doc. 7683, t. 110, fs. 15 a 22.

²¹⁶ Ley 8, título 17, libro XII, de la «Novísima Recopilación de los Reinos de España». En *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. IV, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1850, pág. 53.

los tribunales castrenses; mientras que en 1797 se reglamentó el recurso de segunda suplicación e injusticia notoria planteado en sede militar, adjudicándose el conocimiento de estos asuntos a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Guerra ²¹⁷. Finalmente, en cuanto a diseños de mayor envergadura, cabe consignar que en 1791 se pensó seriamente en reformar el conjunto de las ordenanzas de Carlos III ²¹⁸ y que en noviembre de 1793 se aprobaron unas nuevas ordenanzas de marina ²¹⁹, que resultaron reformadas en 1802 ²²⁰.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo. Aunque ya para mediados del siglo XVI, merced al aporte de juristas como Baltasar de Ayala, comenzó a perfilarse cierta autonomía doctrinal de la penalidad militar ²²¹, hasta bien avanzada la edad moderna los destinos de ésta siguieron íntimamente ligados al derrotero del régimen penal ordinario. En rigor de verdad, pues, incluso hasta el siglo XVII el régimen represivo castrense resultó parcialmente integrado por un conjunto de normas propias del ámbito civil, comenzando a aparecer hacia la décimoquinta centuria, de un modo embrionario, algunas figuras penales especiales, como el desbande en batalla, la entrada en

²¹⁷ Real cédula fechada en Aranjuez el 10 de mayo de 1797. RAH, colección Mata Linares, doc. 9745 t. 118, f. 366 vta. y ss..

²¹⁸ Fernando REDONDO DÍAZ, art. cit., pág. 70, nota 10.

²¹⁹ *Ibidem*. Francisco Luis PASCUAL SARRÍA, «Bosquejo histórico ... en el Estado moderno», cit., pág. 82.

²²⁰ Francisco Luis PASCUAL SARRÍA, trabajo citado en nota anterior, pág. 82.

²²¹ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 464.

almogavaría o el fraude en la administración militar ²²². Además, como expresión de los estrechos vínculos entre lo jurídico castrense y el régimen penal ordinario, cabe señalar que en algunas ocasiones se confundió al delito con la idea de pecado ²²³ y que no resultó para nada infrecuente que las disposiciones militares específicas se remitiesen a lo regulado por el derecho penal común ²²⁴. De este modo, todavía durante el siglo XVIII el artículo 5, título 10, libro 2, de las ordenanzas de 1728, y el artículo 3, título 5, tratado VIII, de las de 1768, previeron la aplicación de este reenvío ²²⁵. Sin embargo, durante la centuria referida en último término comenzó a producirse un cambio substancial en la materia. De este modo, frente a la anterior imprecisión conceptual, que, por ejemplo, había llevado a un autor a asimilar el motín con la traición ²²⁶, los expertos dieciochescos demostraron, en cambio, una creciente preocupación teórica. Fue así, por ejemplo, que al analizarse un proyecto de ordenanzas, se advirtió que el delito de cobardía debía ser tratado al margen del de desertión, porque al ser «*materia separada*» debía colocarse «como tal» ²²⁷. Así, además, la normativa comenzó, empírica-

²²² Cfr. al respecto, lo dispuesto en las ordenanzas de 1496, reproducidas en René QUATREFAGES, *El crisol español*, cit., págs. 360 y 361.

²²³ Dictamen de la junta de ordenanzas, 25 de mayo de 1773; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242. Respecto del imperio de la mencionada concepción en el derecho penal común, véase FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., pág. 219.

²²⁴ Véase, v.gr., el artículo 53 de la ordenanza militar de Bujía. Artículo 66 de la ordenanza de 1632. Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 5, artículos 50 y 54; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento. Real Cédula de 10 de mayo de 1797; RAH, colección Mata Linares, doc. 9745, t. 118, f. 366 vta. y ss..

²²⁵ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 130. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, págs. 109 y 129. Circular de 7 de febrero de 1792; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento.

²²⁶ Marcos de IZABA, ob. cit., pág. 174.

²²⁷ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al artículo 96, título 4, tratado 3, tomo 4. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

mente, a distinguir entre las conductas culposas y las dolosas ²²⁸. Por otra parte, también durante el curso de la centuria recordada los expertos comenzaron a distinguir, v.gr., en el caso del hurto, las figuras simples de las calificadas ²²⁹, aclarándose, por ejemplo, que la comisión de un determinado ilícito con fractura constituía una «*clase particular de delito*», reprimido con «*su propio y peculiar castigo*» ²³⁰. Así las cosas, durante el siglo XVIII se fueron incorporando nuevas concepciones penales, muchas de las cuales se dirigieron, en buena medida, a conceder mayores garantías a los reos. De este modo, y aunque no faltaron los casos en los que se impusieron penas sin haberse sustanciado proceso alguno ²³¹, a partir de ese entonces imperaron ideas como la de que el fundamento de todas las sentencias pasaba por «*la justificación del delito*» ²³², y la de que dicha justificación constituía un paso previo y necesario antes de intentar comprobar la autoría de los hechos ²³³. Así, y como una derivación de estos principios, se estableció, por ejemplo, que antes de aplicar una pena en el caso de una tentativa de robo con fractura, debía demostrarse la concreta existencia del delito denunciado en base a «*actos o conjeturas legítimas*» ²³⁴. Asimismo, junto con la acep-

²²⁸ Véase la real orden de 17 de agosto de 1795, sobre faltas de los proveedores y asentistas. En Alejandro de BACARDÍ, ob. cit., t. III, págs. 239 y 240.

²²⁹ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 229.

²³⁰ Minuta de la junta de ordenanzas sin fecha (probablemente, de 1773); AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

²³¹ Véase al respecto el caso recordado por Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, ob. cit., libro IV, cap. II, pág. 420.

²³² Artículo 38, título 10, libro 2 de las ordenanzas de 1728.

²³³ Artículo 8 de la real adición de 25 de octubre de 1717 a las ordenanzas de 1701; real adición de 15 de febrero de 1718 a las ordenanzas de 1701. Ambos en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, págs. 253 y 360.

²³⁴ Dictamen del asesor de guardias de Barcelona, Francisco de Treviño; Barcelona, 30 de enero de 1773. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

tación del principio de que la duda favorecía al reo ²³⁵, y frente a las rudimentarias normas anteriores, que se limitaban a recomendar al juez que tuviese en cuenta las «*circunstancias y calidades del caso*» ²³⁶, el derecho penal militar español dieciochesco también aceptó otras adelantadas expresiones jurídicas. De este modo, pues, salvo a partir de 1729 en los casos de desertión ²³⁷, la menor edad del delincuente pasó a considerarse como un atenuante ²³⁸, bajo el argumento de que juzgar del mismo modo a los mayores y a los menores constituía «*una necedad, y [una] notoria falta de justicia*» ²³⁹. Trato análogo suscitó, también, durante buena parte del siglo XVIII, la embriaguez involuntaria ²⁴⁰, mas no aquella adquirida con el objeto de cometer un delito ²⁴¹. Asimismo, vinculado a este tipo de posturas, los hombres del dieciocho pensaban que los reos no podían ser castigados cuando al cometer un delito hubiesen estado privados del «*uso regular de los sentidos y de la razón*» ²⁴², argumento que, empero, fue tan fraudulentamente invocado, que en 1791 un real decreto estableció la

²³⁵ Dictamen del auditor de guerra Francisco Pascual Cler, Barcelona, 11 de julio de 1786. En Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 321.

²³⁶ Artículo 67 de la ordenanza de 1632, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 105. Dictamen del Director General sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 7, artículo 25; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

²³⁷ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 361.

²³⁸ Artículo 1 de la real adición de 11 de octubre de 1723 a las ordenanzas de 1701, y real orden de 1 de febrero de 1726, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, págs. 615, 669 y 670. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 118.

²³⁹ Dictamen del auditor de guerra Francisco Pascual Cler, Barcelona, 11 de julio de 1786. En Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 318.

²⁴⁰ Cabe señalar que las ordenanzas de Carlos III eliminaron este atenuante en virtud de lo dispuesto por el art. 121, tratado 8, título 10.

²⁴¹ Artículo 5 de la real adición de 25 de octubre de 1717 a las ordenanzas de 1701. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 253.

²⁴² Real adición de 25 de octubre de 1717 a las ordenanzas de 1701. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 253.

inadmisibilidad de la excepción de demencia cuando el delito no hubiese sido precedido de «*una verdadera locura*», y ésta no hubiese podido ser probada ²⁴³.

Junto con lo dicho arriba, cabe señalar, además, que la referida transformación del derecho militar dieciochesco fue acompañada por un creciente interés de la corona en monopolizar, sin restricción alguna, todo lo atinente al régimen de las penalidades castrenses. De este modo, si bien por aquel entonces siguió afirmándose que la aplicación de las normas penales militares «*debía ser piadosa*» ²⁴⁴, las autoridades regias se preocuparon por terminar, paulatinamente, con la libre interpretación del derecho castrense ²⁴⁵. Se insistió, así, cada vez con mayor vigor, que las ordenanzas militares debían ser objeto de una «*observancia literal*», y que la potestad de «*variarlas, adicionarlas y decidir las dudas*» que ofreciesen sólo correspondía al rey ²⁴⁶. Empero, a despecho de la citada pretensión, la frecuencia con la que se insistía en la legislación sobre el cumplimiento de lo dispuesto por las ordenanzas, indican el éxito poco menos que relativo de esta política ²⁴⁷.

Respecto de lo mencionado en último término, cabe señalar que, a contrapelo de lo que había sucedido hasta el acceso de los Borbones al poder, el nuevo criterio regio se orientaba a concentrar en la persona del monarca la exclusiva au-

²⁴³ Real decreto de 31 de mayo de 1791, en Alejandro de BACARDÍ, ob. cit., t. III, pág. 434.

²⁴⁴ Real orden de 20 de septiembre de 1721. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 551.

²⁴⁵ Real orden de 8 de marzo de 1730, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, págs. 373.

²⁴⁶ Circular del conde de Ricla a los capitanes generales, Aranjuez, 24 de abril de 1772. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento.

²⁴⁷ Véase un ejemplo en una resolución regia con la cual, el 4 de julio de 1661, el monarca español respondió a una consulta de los consejos de estado y de guerra en pleno. Transcrita en Feliciano BARRIOS, ob. cit., pág. 600.

toridad para crear nuevas normas penales militares. En este orden de cosas, no está de más recordar que, junto con las disposiciones castrenses de origen regio, durante los siglos XVI y XVII habían gozado de particular importancia los bandos que, promulgados por los jefes militares ²⁴⁸, redactaban sus correspondientes auditores ²⁴⁹. Ello así porque, hasta ese entonces, las autoridades militares no sólo contaban con potestades jurisdiccionales sancionatorias, sino, también, con unas amplias facultades normativas ²⁵⁰, las mismas que no tardaron en ser drásticamente reducidas durante el curso del siglo XVIII. En cuanto a su importancia a comienzos de la edad moderna, cabe agregar, además, que si bien los bandos no constituyeron -como, en cambio, parece sugerirlo Quatrefages ²⁵¹- las únicas disposiciones que regulaban las infracciones castrenses, de acuerdo con el testimonio de los contemporáneos -quienes pedían moderación a los jefes en su dictado ²⁵²-, para la gente de guerra valían tanto «*como Bartolo y Baldo*» ²⁵³. Así las cosas, de acuerdo con

²⁴⁸ Sancho de LONDOÑO, *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1993, pág. 46. V.gr., antes de proceder a invadir Portugal, en 1580, el duque de Alba dictó uno. Joaquín ZUBIRI VIDAL, ob. cit., pág. 55. Héctor José TANZI, «Honor y derecho en una obra de Calderón», *Revista de Historia del Derecho «Ricardo Levene»*, N° 32, 1996, pág. 215.

²⁴⁹ Sebastián MONTSERRAT ALSINA, ob. cit., págs. 25 y 26.

²⁵⁰ Ángel SALCEDO Y RUIZ, ob. cit., pág. 47. Sebastián MONTSERRAT ALSINA, ob. cit., pág. 50 y ss.. Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 471. Entre algunas de las disposiciones que expresamente se refieren a los bandos, se puede mencionar el art. 1, título 9, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 127.

²⁵¹ Cfr. lo que dice este autor en su obra ya citada *Los tercios*, pág. 149.

²⁵² Carta de Martín Manrique de Padilla, adelantado mayor de Castilla, a su hijo, Juan de Padilla; Madrid, 1° de mayo de 1596. Transcrita al completo en Juan SOLANO ÁLVAREZ, «Carta a un soldado del siglo XVI», *Revista de Historia Militar*, N° 13, Madrid, 1963, pág. 79.

²⁵³ Palabras del duque de Alba, reproducidas por Ángel SALCEDO Y RUIZ, ob. cit., pág. 28.

todo lo expresado hasta el momento, durante los siglos XVI y XVII la totalidad del dispositivo jurídico represivo castrense se integró por una variopinta combinación de derecho penal ordinario, de disposiciones contenidas en ordenanzas particulares y de normas emanadas de diversos bandos ²⁵⁴. Asimismo, pese a la profunda modificación de este panorama durante el siglo XVIII -merced al dictado de ordenanzas generales y detalladas-, algo de esta tendencia perduró durante el gobierno de los Borbones, de modo que todavía en las postrimerías del antiguo régimen perduraban regímenes jurídico militares particulares, como el que tenían los cuerpos suizos, en virtud del cual, v.gr., se castigaba la desertión «*según [las] leyes, y estilo de su Nación ... [, como una] consecuencia del libre uso de la Justicia, que les está[ba] concedido*» ²⁵⁵.

2. Las penas. En otro orden de cosas, cabe apuntar aquí que la severidad del régimen jurídico militar español de la época no era gratuito, sino que respondía, en buena medida, a las exigencias del medio. En efecto, sobre todo durante los primeros siglos de la edad moderna, los ejércitos de la corona no se caracterizaron, precisamente, por la virtuosa disciplina de sus integrantes, situación que reconoció el mismísimo Felipe IV al denunciar que los campamentos de sus tropas en campaña parecían verdaderos «*aduares*» ²⁵⁶. Al respecto, también cabe señalar que, al igual que sus colegas del resto de las monarquías europeas ²⁵⁷, los pobres y maltratados soldados que seguían las banderas reales eran muy dados al juego, a los hurtos y a todo género de delitos ²⁵⁸. De

²⁵⁴ Joaquín ZUBIRI VIDAL, ob. cit., pág. 58.

²⁵⁵ Artículo 16 de la ordenanza contra desertores dictada en Aranjuez el 4 de mayo de 1765. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

²⁵⁶ Art. 41, ordenanzas de 1632. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 91.

²⁵⁷ Geoffrey PARKER, *La guerra de los treinta años*, Barcelona, Crítica, 1988, págs. 153 y 301.

²⁵⁸ René QUATREFAGES, *Los tercios*, cit., pág. 384 y ss..

este modo, un militar español llegó a decir que «*si la misericordia de Dios no tuviese su mano en disimular y olvidar nuestras flaquezas y miserias, sería poco castigo que la tierra se abriese y tragase [a] gente tan sujeta y esclava a vicio[s] tan insolente[s] y pestilencial[es]*»²⁵⁹. Empero, al tiempo que los contemporáneos decían que los militares no guardaban respeto alguno ni había atrevimiento que no ejecutasen²⁶⁰, y pensaban que eran unos «*hombres libres, holgazanes, facinerosos y ladrones y muy perjudiciales a la República, con que los ciudadanos honrados y quietos, y los mercaderes y hombres de negocios no está[baj]n seguros en sus casas ni por los caminos ni campos*»²⁶¹, también es cierto que los soldados tenían sus motivos para actuar como lo hacían. En efecto, a las fatigas propias de su profesión debían sumarle, frecuentemente, la falta de paga originada no sólo en las crónicas penurias financieras de la corona sino también en la aplicación de ciertas teorías peregrinas, como la de Ambrosio de Spínola, quien en 1605 sostuvo que no era malo que los soldados anduviesen «*escasos de dinero algunas veces*», ya que de este modo se lograría que fuesen «*más obedientes*»²⁶².

Así las cosas, la posición de los expertos en materia de penas reflejaba, a comienzos de la edad moderna, la pésima imagen de la comunidad respecto del comportamiento de los

²⁵⁹ Marcos de IZABA, *Cuerpo enfermo de la milicia española*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1991, pág. 163. Enrique VILLALBA PÉREZ, «Soldados y justicia en la Corte (finales s. XVI - principios s. XVII)», en Javier ALVARADO PLANAS y Regina María PÉREZ MARCOS (coords.), pág. 113.

²⁶⁰ Transcripción del *Libro de noticias para el gobierno de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte*, efectuada por Enrique VILLALBA PÉREZ, ob. cit., pág. 106.

²⁶¹ Petición elevada a la corona a nombre de las autoridades concejiles sevillanas; 16 de noviembre de 1598. Transcripto en I. A. A. THOMPSON, *Guerra y decadencia. Gobierno y administración en la España de los Austrias, 1560-1620*, Barcelona, Crítica, 1981, pág. 176.

²⁶² Geoffrey PARKER, *El ejército de Flandes y el camino español 1567-1659*, Madrid, Alianza Universidad, 1986, pág. 253. René QUATREFAGES, *Los tercios*, ob. cit., pág. 217.

militares. De esta manera, una de las consecuencias de este fenómeno sobre lo jurídico-castrense fue que se generalizara la idea de que la eficiencia de las normas de aplicación militar dependía del grado de temor que aquéllas inspirasen ²⁶³. Como consecuencia de ello, y pese a que el miedo constituía, v.gr., un permanente estímulo a la desertión ²⁶⁴, durante muchas décadas se pensó que la normativa militar debía acentuar el rigor, de modo tal que aunque la pena alcanzase efectivamente a pocos, el terror tocase «a todos» ²⁶⁵. Empero, el influjo de esta concepción no fue óbice para que, simultáneamente, en las causas de naturaleza represiva militar gozase de reconocida vigencia un mecanismo moderador del monto de las penas: nos referimos al asilo en sagrado. En efecto, aunque con paulatinas restricciones, en sede castrense se admitía el beneficio del refugio en iglesia, en virtud del cual los reos no podían ser condenados a penas de muerte ni a otras que produjesen efusión de sangre ²⁶⁶.

En contrapartida con la citada concepción penal, a partir del siglo XVIII se advierten algunos importantes cambios. Así, desde entonces se fue imponiendo la concepción según la cual las penas -que se consideraban fundadas en el derecho de la sociedad a «castigar [a] los delincuentes» y a «separarlos de ella» ²⁶⁷- debían, por sobre todas las cosas, perse-

²⁶³ Sebastián MONTERRAT ALSINA, ob. cit., pág. 26.

²⁶⁴ Artículo 4 de la real adición de 25 de octubre de 1717 a las ordenanzas de Flandes de 1701. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 252.

²⁶⁵ Dictamen de la junta de ordenanzas; Madrid, 5 de diciembre de 1764. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

²⁶⁶ Abelardo LEVAGGI, «Las instituciones de clemencia en el derecho penal rioplantense», Revista de la Facultad de Derecho de México, t. XXVI, N° 101-102 (enero-junio de 1976), pág. 276 y ss.. Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, «Derecho penal militar indiano y su jurisprudencia chilena», *Memoria de los Licenciados. Historia del Derecho*, vol. VI, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1950, págs. 130 a 134.

²⁶⁷ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 68.

guir la corrección y la ejemplaridad ²⁶⁸, disuadiendo antes que reprimiendo ²⁶⁹. Además, cabe señalar que a lo largo de todo el dieciocho, las disposiciones regias insistieron en ceñir a los juzgadores a lo prevenido en las ordenanzas ²⁷⁰, imponiendo, de esta manera, la noción de que las penalidades militares sólo se podían originar en la ley ²⁷¹. Paradójicamente, sin embargo, junto a las «penas ordinarias», establecidas expresamente en la legislación, no pocas veces la corona admitía la aplicación de otras, denominadas «extraordinarias» ²⁷², propias de un arbitrio judicial ²⁷³ fundado en la valoración de las circunstancias concurrentes y «*la calidad de las personas*» ²⁷⁴.

En lo atinente a la tipología de los castigos previstos en el derecho militar español de la época, cabe señalar que las penas podían tanto afectar la vida, como la libertad, la integridad o contextura física, el patrimonio o la situación militar de los reos. En cuanto a las mencionadas en primer lugar,

²⁶⁸ Art. 1, título 10, libro 2 de las ordenanzas de 1728, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 129. Real orden de 19 de enero de 1736, en Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 131. Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 463.

²⁶⁹ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., pág. 98.

²⁷⁰ Real orden de 29 de octubre de 1754. En Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 130.

²⁷¹ V.gr., véase la real orden de 20 de septiembre de 1721. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 550.

²⁷² Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 250. Cabe señalar que el art. 48, título 5, tratado VIII de las ordenanzas de 1768, menciona expresamente las penas extraordinarias.

²⁷³ José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 121. Véanse las ordenanzas de 1632. Art. 41, título 10, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 147. En cuanto al significado del «arbitrio», véase Alberto David LEIVA, «La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1810», Revista del Instituto de Historia del Derecho «Ricardo Levene», N° 24, 1978, pág. 94.

²⁷⁴ Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, ob. cit., libro IV, cap. II, pág. 419. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., págs. 317 y 331. José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 110.

corresponde aclarar que, durante el siglo XVIII, mientras que en toda Europa comenzaba a pensarse en moderar los castigos militares ²⁷⁵, paulatinamente se difundía en España la idea de que la pena capital debía limitarse a los delitos graves ²⁷⁶. Asimismo, respecto del particular cabe que hablemos de una modalidad de aplicación peculiar al derecho militar, y propia de aquellos delitos que, como el motín, complicaban a muchos reos y exigían un castigo inmediato: nos referimos al quinceo, consistente, en principio, en la aleatoria imposición de la pena de muerte a un delincuente de cada cinco ²⁷⁷. Por otra parte, respecto a los castigos que incidían sobre la libertad de desplazamiento, cabe señalar que la detención carcelaria no era frecuente, recurriéndose, en cambio, a otros métodos, como el destierro, el recargo de servicio o su prestación en presidios africanos o indios, y la remisión a galeras, pena, esta última, definitivamente suprimida del derecho español en 1803 ²⁷⁸. Además, cabe consignar que, a partir de una real pragmática de 12 de marzo de 1771, las penas de reclusión perpetua fueron suprimidas, estableciéndose, una década después, que el máximo imponible de privación de libertad no podía superar los 10 años ²⁷⁹. Por otra parte, en lo atinente a los castigos dirigidos contra la integridad o contextura física, un criterio humanitario evitó que se incorporase el castigo de pan y agua a las ordenanzas de 1728 ²⁸⁰, e

²⁷⁵ Geoffrey BEST, ob. cit., pág. 49.

²⁷⁶ Dictamen del asesor de guardias de Barcelona, Francisco de Treviño; Barcelona, 30 de enero de 1773. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

²⁷⁷ Art. 9, título 12, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, págs. 153 y 154. René QUATREFAGES recuerda un episodio en que se aplicó la pena de muerte previo sorteo a uno de tres soldados acusados de robo a civiles en *Los tercios*, cit., pág. 152.

²⁷⁸ Carlos GARCÍA VALDÉS, «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIX, Madrid, 1976, pág. 778.

²⁷⁹ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 128. Guillermo PALOMBO, «La aplicación del derecho penal militar...», pág. 57.

²⁸⁰ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), ob-

hizo desaparecer, también, la pena de mutilación -que, en cambio, se aplicaba con relativa frecuencia en el resto de los ejércitos europeos, como en el francés, donde en 1684 se dispuso el cercenamiento de la nariz y de las orejas a los condenados por desertión²⁸¹-. Sin embargo, ello no quiere decir que perdiesen vigencia otros formidables castigos físicos. Así, fue común que se aplicasen grilletes y durante los siglos XVI y XVII, latigazos²⁸² y tratos de cuerda²⁸³. Al respecto, cabe consignar que este último era un castigo que, a despecho de la conciencia social, que lo consideraba «afrentoso» y, por ende, no aplicable a los militares²⁸⁴, fue expresamente autorizado por Felipe IV²⁸⁵. Por otra parte, durante el siglo XVIII se recurrió a la imposición de las carreras de baquetas²⁸⁶. En cuanto a las penas de índole pecuniaria, cabe señalar que éstas perdieron paulatina importancia desde mediados del siglo XVI²⁸⁷. Finalmente, en lo atinente a la modificación de la situación militar, corresponde decir que las penas podían incidir sobre el tiempo de servicio del reo, aumentándolo con recargos, o sobre su posición en el escalafón castrense, merced a la degradación.

servaciones al tomo 4, tratado 4, título 6, artículo 1. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

²⁸¹ M. S. ANDERSON, ob. cit., pág. 130.

²⁸² Geoffrey PARKER, *El ejército de Flandes y el camino español...*, pág. 203, nota 6.

²⁸³ Según DE LAS HERAS SANTOS -ob. cit., pág. 110-, una vez atadas las manos del reo por la espalda, y hecho pasar por allí una soga, esta pena consistía en levantar al reo por lo alto, mediante la referida soga, para luego dejarlo caer de golpe, sin que llegase a tocar el suelo. Esta dolorosa operación se repetía varias veces.

²⁸⁴ Geoffrey PARKER, *El ejército de Flandes y el camino español...*, pág. 246.

²⁸⁵ Artículo 58, ordenanza de 1632. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 101.

²⁸⁶ Éstas -que se podían aplicar en cantidad variable, según la infracción castigada- consistían en hacer pasar al reo por entre dos extensas filas de soldados, para que éstos le aplicasen repetidos golpes con las baquetas.

²⁸⁷ V.gr., art. 51 de la ordenanza militar de Bujía.

b. Figuras penales

1. La deserción y otras figuras penales. En cuanto a las figuras penales en particular, éstas no se desarrollaron mucho hasta el siglo XVIII. Así las cosas, la preocupación de los expertos se depositó, principalmente, en la deserción y en el motín, delitos que constituían expresión del descontento militar frente a las inclemencias del tiempo, los atrasos en el pago y la severidad de los jefes ²⁸⁸.

En particular, superado definitivamente el concepto medieval según el cual la falta de pago sufrida durante seis semanas autorizaba a los soldados a abandonar el ejército sin nota de infamia ²⁸⁹, desde el siglo XVI la deserción no dejó de conmover a todos los ejércitos europeos, generando, en promedio, una merma anual del 2% de los contingentes ²⁹⁰. De este modo, por no citar sino algunos ejemplos paradigmáticos, cabe consignar que en 1732 los ejércitos rusos perdieron el 10% de sus efectivos en el curso de un solo año ²⁹¹; que, durante la guerra de los siete años, los disciplinados contingentes prusianos de Federico II mermaron en 80.000 hombres a causa de las deserciones ²⁹²; y que entre los años 1802 y 1804, en una sola división del ejército napoleónico se ventilaron cerca de 360 causas relativas a desertores ²⁹³. En cuanto a la particular experiencia española, la deserción también resultó permanente y grave ²⁹⁴. Así, llegó a decirse que los

²⁸⁸ Geoffrey PARKER, *El ejército de Flandes y el camino español...*, pág. 385 y ss..

²⁸⁹ Idem ant., pág. 264.

²⁹⁰ Geoffrey BEST, ob. cit., pág. 31.

²⁹¹ M. S. ANDERSON, ob. cit., pág. 131.

²⁹² Idem ant., pág. 167.

²⁹³ J. L. GAZZANIGA, «Les conseils de guerre de la 10^e Division sous le Consulat et l'Empire: La justice aux armées de l'intérieur», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Penale Comparé*, Nouvelle Serie, N° 1, enero-marzo de 1978, París, págs. 73 a 75.

²⁹⁴ José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 125 y pág. 112, nota 245. Véase, también, el real decreto de 28 de abril de 1734, transcrito en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 383 y ss..

regimientos de infantería española estaban «*llenos de desertores reincidentes*»²⁹⁵, y que la desertión se había hecho tan «*común*»²⁹⁶, que se había convertido en una verdadera «*epidemia*»²⁹⁷. En cuanto a la referencia a algunos sonados episodios, resultan particularmente gráficos los padecimientos de un ejército español situado en Flandes que en 1622, en el corto lapso de tres meses, perdió, por causa de las desertiones, al 36% de sus 20.000 hombres²⁹⁸. En consonancia, la desertión fue considerada como un delito «*detestable, y digno del mayor rigor*»²⁹⁹, opuesto «*directamente al instituto de la profesión*»³⁰⁰, y que constituía «*a la verdad [uno] de los más feos, que puede cometer el soldado, y que desde luego le degradan*»³⁰¹. Además, se afirmaba que el desertor no sólo cometía «*el crimen de infidelidad y la violación del contrato*», sino también un latrocinio, pues se llevaba consigo el enganchamiento, el vestuario y el armamento, y, posteriormente, se veía precisado a «*robar, y [a] ejecutar otras maldades que son demasiado evidentes*»³⁰².

²⁹⁵ Oficio del conde de Revillagigedo al marqués de Esquilache; San Lorenzo, 12 de noviembre de 1764. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

²⁹⁶ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 5, artículo 22. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

²⁹⁷ Observaciones de Pascual de Villacampa a un proyecto de bando redactado por el conde de Montemar; Santander, 14 de septiembre de 1726. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

²⁹⁸ Geoffrey PARKER, *El ejército de Flandes y el camino español...*, cit., pág. 259.

²⁹⁹ Real decreto de 4 de marzo de 1761. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

³⁰⁰ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 5, artículo 54. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

³⁰¹ Dictamen del contador del Ejército de Extremadura, Iturbe; Badajoz, 19 de octubre de 1772. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

³⁰² Dictamen de la junta de ordenanzas; Madrid, 5 de diciembre de 1764. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

Así las cosas, la deserción fue objeto de detalladas regulaciones ³⁰³, las que a mediados del siglo XVIII se volvieron más benignas por decisión de Carlos III ³⁰⁴, monarca que impuso el nuevo criterio a despecho de la opinión de sus colaboradores inmediatos ³⁰⁵. Asimismo, cabe consignar que la preocupación en la materia condujo a detalladas construcciones jurídicas, merced a las cuales se distinguió el delito simple de sus expresiones agravadas y atenuadas ³⁰⁶, se reguló exhaustivamente el beneficio de la inmunidad en sagrado de los desertores ³⁰⁷, y se estableció la figura de la inducción a la deserción ³⁰⁸.

Por otra parte, además del motín, común sobre todo durante los siglos XVI y XVII ³⁰⁹, entre otros delitos habituales en la milicia cabe mencionar la embriaguez, la enajenación de vestuarios ³¹⁰ y el duelo. En cuanto a este último, corresponde señalar, además, que, criticado duramente por un autor de fines del siglo XVI ³¹¹, el duelo no se transformó

³⁰³ Véase, v.gr., el título 14, libro 2, de las ordenanzas militares de 1728.

³⁰⁴ En sus *Juzgados militares de España e Indias*, t. I, Discurso preliminar, pág. LXV, Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI destaca esta innovación.

³⁰⁵ Véase el oficio dirigido al conde de Revillagigedo, presidente de la junta de ordenanzas; El Pardo, 9 de enero de 1761. En AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238. Cabe señalar que, tres años después de tomada esta decisión -el 5 de diciembre de 1764-, los integrantes de la junta de ordenanzas señalaría que, con ella, se había originado «*el abuso de la clemencia*».

³⁰⁶ Véase, v.gr., respecto del caso de la deserción con iglesia, el real decreto de 4 de marzo de 1761; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

³⁰⁷ Real orden de 23 de agosto de 1729, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 366 y ss.. Circular de 7 de octubre de 1775; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento.

³⁰⁸ AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

³⁰⁹ Geoffrey PARKER, *El ejército de Flandes y el camino español...*, apéndice J, págs. 342 a 347.

³¹⁰ Real orden de 1º de marzo de 1780. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, págs. 110 y 111.

³¹¹ Marcos de IZABA, ob. cit., pág. 144.

en una conducta punible hasta el dieciocho, cuando se propuso terminar «*eternamente*» con esta figura, que se consideraba fundada en un «*errado concepto de honor*»³¹². Así las cosas, la real pragmática de 16 de enero de 1716 calificó al duelo de conducta «*fea, criminal y abominable*», y estableció que su comisión pudiese probarse, al igual que en los delitos de lesa majestad, mediante testigos singulares, indicios y conjeturas³¹³.

c. Jurisdicción

1. Paulatina consolidación de la jurisdicción militar. Aunque algunas ordenanzas -como las dictadas por Alejandro Farnesio- no terminaron de concretar la formación de una jurisdicción militar uniforme para todos los hombres de armas sometidos a la misma autoridad castrense -recuérdese, v.gr., que las citadas reconocían cierta autonomía jurisdiccional a las tropas no españolas³¹⁴-, es lícito afirmar que durante el transcurso del siglo XVI se fue consolidando, paulatinamente, un ámbito jurisdiccional especial que, fundado en la pretensión de constituir uno de los «principales medios» que mantenían la disciplina militar³¹⁵ y dotado de una creciente especificidad y autonomía, no sólo comprendía a aquéllos que hacían de la milicia su ocupación diaria, sino también a muchos civiles que, en virtud de la comisión de algunas conductas particulares, afectaban la actividad cas-

³¹² Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 7, artículo 25. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

³¹³ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 97 y ss..

³¹⁴ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 471.

³¹⁵ Real cédula de 29 de abril de 1697. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 229.

trense. Tal el caso, por ejemplo, de los paisanos que transgredían los bandos militares, o de los que incurrían en figuras delictivas particularmente ligadas con la estructura militar, como la del auxilio a los desertores ³¹⁶. Asimismo, también fueron cobrando vida diversas jurisdicciones castrenses especiales ³¹⁷, como la del cuerpo de artillería -que instituyó Carlos I en 1553, y luego confirmaron Felipe II ³¹⁸ y el reglamento de 1782 ³¹⁹-, la del de ingenieros -establecida por Felipe V en 1718 ³²⁰, y posteriormente modificada a comienzos del siglo XIX ³²¹-, la del de guardias reales, establecida en 1551, y la de la marina de guerra.

Así las cosas, al calor de esta peculiar evolución jurisdiccional el derecho penal militar se fue perfeccionando y tecnificando. De este modo, por ejemplo, desde mediados de 1554 el Consejo Supremo de Guerra comenzó a recurrir al auxilio de los letrados ³²², asesoramiento que se institucionalizó a partir de 1598 ³²³. Asimismo, junto con el imperio de mecanismos procesales análogos a los del derecho penal ordinario, como el del arbitrio judicial ³²⁴ -alabado por los expertos siempre y cuando resultase dominado por la «*prudencia y*

³¹⁶ Respecto de lo dicho, véase Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 454.

³¹⁷ Eladio BALDOVÍN RUIZ, art. cit., págs. 58 y 59.

³¹⁸ Nicolás GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, art. cit., pág. 43.

³¹⁹ Real cédula de 26 de febrero de 1782. RAH, colección Mata Linares, doc. 7683, t. 110, fs. 11 a 22.

³²⁰ Nicolás GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, art. cit., pág. 54.

³²¹ Eladio BALDOVÍN RUIZ, art. cit., segunda parte, pág. 77.

³²² Santiago FERNÁNDEZ CONTI, ob. cit., pág. 253.

³²³ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», pág. 448, nota 27.

³²⁴ Artículo 67 de las ordenanzas de 1632, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 105. Real Orden de 27 de diciembre de 1715, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 96. Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo I, tratado 3, título 6, artículo 10, y título 9, artículo 74; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento. Dictamen de la junta de ordenanzas, Madrid, 18 de julio de 1765, AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 227.

circunstancias maduramente consideradas»³²⁵-, simultáneamente se fueron imponiendo algunas ideas y principios innovadores. Así, por ejemplo, ya desde mediados del siglo XVI se afirmó que los soldados no podían ser castigados ni juzgados sino por sus jueces naturales, y que los militares sólo podían renunciar a sus privilegios jurisdiccionales en el caso de que se los sindicase como autores de un delito ajeno al régimen disciplinario castrense³²⁶. Por otra parte, durante el siglo XVIII, mientras que la jurisdicción castrense fue considerablemente extendida³²⁷ a partir de la política jurídica de una Corona³²⁸ que encontró en ella el adecuado instrumento para asegurar la celeridad en la resolución de los procesos³²⁹, en sede militar se impusieron definitivamente el principio de la defensa de oficio de los reos³³⁰, la garantía de la doble instancia -asegurada con la incorporación del recurso de apelación³³¹-, y comenzó a desterrarse la práctica de los tormentos³³², bajo el argumento de que *«la confesión en este acto no es la más segura»*³³³.

2. El ejercicio de la administración de justicia mili-

³²⁵ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, págs. 167 y 279.

³²⁶ Respecto de esta cuestión, seguimos -con algunas diferencias- lo que dice Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 464.

³²⁷ Título 10, libro 4, de las ordenanzas militares de 1728.

³²⁸ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Conflictos de competencias...», pág. 1557.

³²⁹ Real cédula de 29 de abril de 1697, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 230. Artículo 1, título 10, libro 2, ordenanzas militares de 1728, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 129.

³³⁰ Ordenanza de 14 de junio de 1716 y real adición de 15 de febrero de 1718 a las ordenanzas de 1701, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, págs. 362 y 363. Real adición de 11 de octubre de 1723 a las ordenanzas de 1701, en Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 38. Real orden de 15 de diciembre de 1728, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 360.

³³¹ Providencia del Consejo Supremo de Guerra de 26 de noviembre de 1725. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 646.

³³² Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 311.

³³³ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 5, artículos 50 y 54. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

tar. En lo atinente al ejercicio de la administración de justicia militar, cabe decir aquí que fundadas las atribuciones jurisdiccionales castrenses en la delegación de las pertinentes potestades regias, durante los siglos XVI y XVII éstas fueron adjudicadas a los mandos responsables de la tropa, vale decir, a los capitanes generales, los maestros de campo, los coroneles, los gobernadores de los presidios y los capitanes a guerra ³³⁴. Empero, más allá de la referida delegación, la concreta tarea de juzgar en primera instancia fue desempeñada por los auditores de la gente de guerra. Por otra parte, en cuanto a la instancia jurisdiccional superior de la monarquía, cabe señalar que, en general, salvando circunstanciales actuaciones de juntas *ad hoc* ³³⁵ y una breve experiencia impulsada por Felipe II ³³⁶, esta función correspondió generalmente al Consejo Supremo de Guerra ³³⁷, organismo que, según refiere De las Heras Santos sólo ejerció una lánguida actividad en la materia ³³⁸. Así las cosas, este panorama fue objeto de una dramática transformación a comienzos del siglo XVIII. En efecto, bajo el reinado de Felipe V, despojados los jefes castrenses de las atribuciones jurisdiccionales inferiores, éstas fueron atribuidas a unos consejos de guerra, que integrados por oficiales legos, se establecían exclusivamente para la resolución de cada proceso. Como contrapartida, a raíz de la superación de la vieja estructura polisindial de la monarquía española -que suscitó el drástico cercenamiento de las atribuciones del Consejo Supremo de Guerra- la actividad

³³⁴ Cfr. la real orden de 16 de diciembre de 1620; transcripta en Enrique VILLALBA PÉREZ, ob. cit., págs. 107 y 108. Sancho de LONDOÑO, ob. cit., pág. 45. Sebastián MONTSERRAT ALSINA, ob. cit., pág. 33.

³³⁵ Santiago FERNÁNDEZ CONTI, ob. cit., pág. 254.

³³⁶ José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 45 a 49.

³³⁷ Refiere Santiago FERNÁNDEZ CONTI -ob. cit., pág. 253-, que durante el reinado del Rey *Prudente* desempeñaron, sucesivamente, esta función Martín de Velasco, Juan de Figueroa, el licenciado Salazar, Rodrigo Vázquez de Arce y Agustín Jiménez Ortiz.

³³⁸ José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., págs. 112 y 113.

jurisdiccional de este organismo sufrió un incremento notable ³³⁹. Así las cosas, durante el curso del siglo XVIII se produjo el progresivo perfeccionamiento de las competencias jurisdiccionales de un consejo supremo que entre los años 1776 y 1779 llegó a erigirse en autoridad exclusiva para dirimir las cuestiones de competencia suscitadas entre la justicia ordinaria y la castrense ³⁴⁰.

3. *El fuero militar.* Respecto a las materias sometidas a su resolución, la jurisdicción militar española conoció tanto de asuntos de índole penal como civil, exceptuados, empero, en cuanto a los mencionados en último término, los casos referidos a acciones reales, a hipotecas y a sucesiones de bienes raíces ³⁴¹. Por otra parte, en lo atinente a cuestiones de naturaleza criminal, durante el siglo XVIII se excluyeron del conocimiento de los magistrados castrenses el fraude cometido contra la real hacienda ³⁴²; el desafío -considerado por Felipe V como un «*delito infame*» ³⁴³-; la resistencia y desacato a la justicia ordinaria ³⁴⁴; la fabricación y empleo de moneda falsa ³⁴⁵; el uso de armas prohibidas ³⁴⁶; y el amancebamiento cometido dentro de la corte ³⁴⁷. Ahora bien, dada la

³³⁹ Véanse, entre otros, los reales decretos de 23 de agosto de 1715 y 20 de enero de 1717, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 80 y ss., 196. Este intrincado proceso es relatado detalladamente en FRANCISCO ANDÚJAR CASTILLO, ob. cit., pág. 27 y ss., y, en particular, pág. 50.

³⁴⁰ Jesús María VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *La Monarquía y un ministro, Campomanes*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 275 y ss., y 308 y ss..

³⁴¹ Artículo 3 de las ordenanzas de Flandes de 1587.

³⁴² Véase, v.gr., la real orden de 27 de abril de 1729. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 363.

³⁴³ Pragmática de 16 de enero de 1716, en Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, pág. 30.

³⁴⁴ Idem ant, t. I, pág. 34.

³⁴⁵ Idem ant., t. I, pág. 37.

³⁴⁶ Art. 2, título 2, tratado VIII, de las ordenanzas militares de 1768.

evidente coincidencia de atribuciones respecto de ciertas materias, resultó habitual que se produjeran fricciones entre los jueces castrenses y unos magistrados civiles ³⁴⁸, que «zelosos de [su] jurisdicción, forma[ba]n frecuentes causas de desafuero», o se introducían a conocer en «delitos, y puntos privativos a la jurisdicción de guerra» ³⁴⁹. Así las cosas, en un rasgo compartido con el resto de las monarquías del antiguo régimen ³⁵⁰, las abundantes cuestiones de competencia suscitadas en España provocaban, a menudo, larguísimas discusiones y demoras, llegando, incluso, a darse la situación de que, «después de muchos años» de tramitaciones infructuosas, los reos interesados en estos asuntos terminasen muriendo en la cárcel ³⁵¹. Al respecto, pese a que la corona intentó evitar la formación de estos conflictos, estableciendo que en el caso de darse un concurso de delitos la competencia debía adjudicarse al tribunal dotado con atribuciones para juzgar la infracción penada con mayor sanción ³⁵², los contemporáneos adjudicaban el origen de estas complicaciones a la diversidad de las resoluciones expedidas y a la ausencia de un ordenamiento que estableciese categóricamente su aplicabilidad. Asimismo, atribuían particular gravitación a «la ambición» de unos jefes que pretendían ensanchar su jurisdicción, «disputándose unos y otros neciamente sus privile-

³⁴⁷ Art. 3, título 2, tratado VIII, de las ordenanzas militares de 1768.

³⁴⁸ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Conflictos de competencias...». José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 115. Santiago FERNÁNDEZ CONTI, ob. cit., págs. 256 y 257. Véase, v.gr., la real cédula de 5 de noviembre de 1626, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, págs. 57 y 58.

³⁴⁹ Real cédula de 3 de abril de 1776. RAH, colección Mata Linares, t. 108, f. 52.

³⁵⁰ Véase, al respecto, lo que dice Alain BERBOUCHE respecto de la Francia del siglo XVII en «La justice criminelle de la Marine royale sous le règne de Louis XVI», *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 75, N° 2 (abril-junio de 1997), pág. 219.

³⁵¹ Real cédula de 3 de abril de 1776, cit., f. 52 vta.. En el mismo sentido, véase José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 124.

³⁵² Real orden de 25 de mayo de 1773. Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 120.

gios»³⁵³, y a la «*facilidad*» e «*impunidad*» con la que los interesados podían trabar este tipo de cuestiones³⁵⁴. En cuanto a la concreta resolución de estos conflictos jurisdiccionales, cabe señalar además, que, en general, los monarcas españoles tendieron a defender las prerrogativas de los magistrados militares en desmedro de las de los civiles³⁵⁵. Así, pues, justificada la superioridad de la jurisdicción castrense en motivos disciplinarios³⁵⁶, los reyes también ordenaron a los jueces ordinarios que no empleasen voces «preceptivas y conminatorias con los jefes castrenses»³⁵⁷, y que evitasen detener a los militares, salvo en el caso de que éstos se resistiesen a la justicia ordinaria, que la desacatasen, o que fuesen sorprendidos *in fraganti* en la comisión de un delito, debiendo, en este último caso, remitir inmediatamente a los presos a sus jueces naturales³⁵⁸.

Así las cosas, el conjunto de disposiciones jurídicas particulares conocido como «fuero militar» era conceptualizado, por sus usufructuarios, como «*una de las prerrogativas más nobles de la milicia*»³⁵⁹. En cuanto a este particular, cabe aclarar, además, que su goce -que era de naturaleza personal, y no real³⁶⁰, y que en general, como lo consagró un decreto de 9 de febrero de 1793, tuvo un carácter pasivo, vale decir, que

³⁵³ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, discurso preliminar, págs. LXXVI a LXVII.

³⁵⁴ Real cédula de 30 de marzo de 1789. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento.

³⁵⁵ En este sentido, véase lo dispuesto por real cédula de 29 de abril de 1667, transcrita en Sebastián MONTSERRAT ALSINA, ob. cit., pág. 38; y por real orden de 16 de julio de 1798, en RAH, colección Mata Linares, doc. 9897, t. 119, f. 105.

³⁵⁶ Sancho de LONDOÑO, ob. cit., pág. 45.

³⁵⁷ Real orden de 7 de marzo de 1796. RAH, colección Mata Linares, doc. 9575, t. 118, f. 45 vta.

³⁵⁸ José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 111. Enrique VILLALBA PÉREZ, ob. cit., pág. 109. En este sentido, véase lo dispuesto por real cédula de 5 de noviembre de 1626, reproducida en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 60.

³⁵⁹ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, Discurso preliminar, pág. LXX.

³⁶⁰ Sancho de LONDOÑO, ob. cit., pág. 45.

se aplicaba sólo cuando los militares resultaban demandados, y no a la inversa-, beneficiaba, más allá de los hombres de armas en sentido estricto, a un considerable número de personas. Tan es así, que el censo de 1787 señalaba, por ejemplo, la existencia de casi 78.000 aforados, guarismo que representaba el doble de los soldados que entonces se hallaban bajo bandera ³⁶¹. De este modo, además de los militares en actual servicio, durante el siglo XVIII gozaron del fuero los inválidos no dispensados expresamente, por la comisión de delitos de hurto, falta de subordinación y lesiones ³⁶²; los oficiales de milicias en todas las materias y circunstancias, y los milicianos de rango inferior sólo en asuntos de índole penal, y siempre que se hallasen prestando servicio ³⁶³; los asentistas y proveedores militares, en razón y con motivo de sus tareas específicas ³⁶⁴; las viudas ³⁶⁵ y los criados de los militares con «*servidumbre actual y goce de salario*» ³⁶⁶; y los extranjeros transeúntes ³⁶⁷. Asimismo, los civiles desligados de la profesión militar también podían ser sometidos a la jurisdicción castrense, aunque en este tipo de casos, en los que estaban en juego procesos que afectaban la integridad de los ejércitos o de sus bienes, o su seguridad, lejos de constituir

³⁶¹ Cristina BORREGUERO BELTRÁN, «Administración y reclutamiento militar en el ejército borbónico del siglo XVIII», Cuadernos de Investigación Histórica, N° 12, 1989, pág. 93.

³⁶² Oficio dirigido al conde de Aranda; San Lorenzo, 11 de noviembre de 1770. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

³⁶³ Dictamen del auditor de guerra de Buenos Aires, Juan Manuel de Labardén; 9 de junio de 1762. En *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie III, t. III, pág. 66.

³⁶⁴ Artículos 23 a 25 del real decreto de 23 de agosto de 1715, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, págs. 91 a 93. Al respecto, puede verse un antecedente de esta extensión del fuero a los asentistas en el contrato que la corona y el comerciante Manuel Gómez de Acosta celebraron, en 1618, para proveer de vituallas a la armada de la mar océano; I. A. A. THOMPSON, ob. cit., pág. 285.

³⁶⁵ Real cédula de 29 de abril de 1697. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. I, pág. 229 y ss..

³⁶⁶ Art. 9, título 1, tratado VIII, de las ordenanzas militares de 1768.

³⁶⁷ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, pág. 22.

un privilegio, la actuación de los tribunales militares venía a significar la aplicación de un mecanismo represivo más riguroso que el de los juzgados ordinarios ³⁶⁸.

En otro orden de cosas, cabe señalar ahora que así como el siglo XVIII señaló el apogeo en el otorgamiento del fuero militar, también en dicha centuria se efectuaron algunos de sus cuestionamientos más severos, parte de los cuales intentaron ser neutralizados merced al argumento de la antigüedad de la jurisdicción castrense ³⁶⁹ y a la de su presunta utilidad para la monarquía ³⁷⁰. Empero, la exagerada concesión del fuero ³⁷¹, y lo que resultaba aún más grave, su frecuente invocación abusiva -como que, respecto de cuestiones ajenas a la milicia, los aforados se amparaban en el fuero para evitar la actuación de las justicias ordinarias- ³⁷², motivaron la paulatina animadversión del común, no tanto en lo relativo a la existencia de un orden jurídico militar privativo -que, en general, era pacíficamente admitido ³⁷³-, sino respecto de los excesos cometidos por los aforados y de la constante multiplicación de los conflictos jurisdiccionales ³⁷⁴. De este modo, a comienzos del dieciocho llegó a ser la Corona misma la que asumió que el otorgamiento inmoderado del fuero militar «*embaraza[ba] el uso de la jurisdicción ordinaria*» y que atenta[ba] contra «*la buena administración de justicia*» ³⁷⁵. Sin embargo, iniciada por los monarcas una cierta ten-

³⁶⁸ José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., págs. 111 y 112.

³⁶⁹ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, Discurso preliminar, pág. LVIII.

³⁷⁰ Idem ant., t. I, Discurso preliminar, págs. LIX a LXII.

³⁷¹ Artículo 22 del real decreto de 23 de agosto de 1715. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 91.

³⁷² José Luis DE LAS HERAS SANTOS, pág. 118.

³⁷³ José CEPEDA GÓMEZ, ob. cit., págs. 298 y 299.

³⁷⁴ Véase, v.gr., la vista del fiscal del consejo de Castilla, Pedro Rodríguez de Campomanes, de 6 de junio de 1776. En José María VALLEJO-GARCÍA, ob. cit., pág. 278, en la que se dice que la multiplicación de los fueros implica el debilitamiento de la justicia.

³⁷⁵ Cfr. los términos del real decreto de 23 de agosto de 1715 referidos a este asunto en Feliciano BARRIOS, ob. cit., págs. 746 y 747.

dencia restrictiva en la materia, ésta fue parcialmente revertida por un real decreto de 9 de febrero de 1793, que reflejando las angustias bélicas de la Corona, concedió nuevos bríos al fuero militar ³⁷⁶.

III. Mentalidades

a. *Cultura jurídica*

1. Grado de conocimiento del derecho vigente. Indudablemente, entre los súbditos de la monarquía española el conocimiento de lo jurídico castrense fue por demás rudimentario. De este modo, a pesar de las específicas prescripciones existentes ³⁷⁷, que insistían en la obligación de difundir el contenido de las penalidades castrenses, no era raro que entre los militares se suscitasen «*continuas dudas*» «*por no saberse las muchas reales órdenes pertenecientes al gobierno militar*» ³⁷⁸, ni que los soldados invocasen, en el curso de las causas sustanciadas, su desconocimiento de las penas aplicables a sus conductas delictivas ³⁷⁹. Al respecto, reconocida esta situación por los expertos, éstos sólo atinaron a justificar la ignorancia del derecho bajo el argumento de que el dominio de lo jurídico castrense exigía «*un continuado estudio, superiores luces, meditación y práctica*» que resultaban

³⁷⁶ Juan José MATRAYA Y RICCI, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales (1819)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978, pág. 430.

³⁷⁷ V.gr., véase la real orden de 3 de noviembre de 1729. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 369 y ss..

³⁷⁸ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. XVIII.

³⁷⁹ Denunciando esta realidad, véase la real orden de 9 de octubre de 1720. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. II, pág. 530.

ajenos a los hombres de armas ³⁸⁰, y a reclamar, en consecuencia, con el objeto de que los soldados pudiesen «*desempeñar la formación de los procesos, y conocer sus pruebas para votarlos y defenderlos*», la redacción de reglas jurídico-militares «*separadas, escritas de intento*», y acomodadas al «*estilo y forma*» castrenses ³⁸¹. Asimismo, en lo atinente al desconocimiento normativo, cabe consignar que hacia fines del siglo XVIII la Corona intentó revertir los obstáculos procesales que se suscitaban frecuentemente, recurriendo al establecimiento de un mecanismo jurídico que preanuncia el imperio del principio según el cual el derecho se presume sabido por todos. En efecto, a partir de entonces en el ámbito de la marina de guerra española se estableció que para reputar conocido por los marinos el derecho penal aplicable, bastaba la existencia de una certificación del comandante de cada bajel, o de su oficial de detall, en la que se asentase que los pertinentes artículos de las ordenanzas vigentes habían sido leídos a la tripulación ³⁸².

En otro orden de cosas, cabe señalar también que si los militares contaron con conocimientos mediocres en la materia, en ocasiones algunos letrados actuantes tampoco estuvieron debidamente «*instruidos en las ordenanzas militares, y órdenes posteriores con que se gobierna el ejército*» ³⁸³. De este modo, no pocas veces fueron los mismos operadores jurídico castrenses los que desconocieron las novedades introducidas en el derecho vigente ³⁸⁴, e incluso ciertas normas procedimentales básicas, todo lo cual originó engorrosas complicaciones procesales ³⁸⁵.

Finalmente, en cuanto a la caracterización de las re-

³⁸⁰ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. XXIII.

³⁸¹ Idem ant., t. III, pág. XXV.

³⁸² Idem ant., t. III, pág. 121.

³⁸³ Idem ant., t. III, pág. XXV.

³⁸⁴ Idem ant., t. III, pág. XXI.

³⁸⁵ José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 114.

flexiones específicas elaboradas por los expertos más destacados, corresponde indicar que durante los siglos XVI al XVIII no se produjo una mayor integración doctrinal del derecho castrense ³⁸⁶. Así las cosas, entre los relativamente escasos aportes en la materia, cabe recordar que Baltasar de Ayala discriminó los delitos militares propios -vale decir, los cometidos por los soldados contra sus deberes castrenses- de los comunes ³⁸⁷; que Jerónimo Castillo de Bovadilla llegó a esbozar la distinción de «tres géneros de negocios y causas» propias de los soldados ³⁸⁸; y que el derecho positivo se hizo parcialmente eco de estas clasificaciones, señalando diferentes tratamientos y consecuencias entre los delitos comunes y los militares ³⁸⁹.

2. Caracterización de los expertos en la materia.

Desconocida hasta finales de la edad media, la presencia del técnico especializado en la aplicación del derecho militar, o mejor aún, del derecho en el ámbito castrense ³⁹⁰, constituyó una creación que, fomentada por la Corona, fue propia y original del siglo XVI. En efecto, durante dicha centuria apareció el auditor de la gente de guerra, cargo que, adjudicado consuetudinariamente a los letrados, fue consagrado legalmente por Carlos I con el dictado, en 1536, de las ordenanzas militares de Génova ³⁹¹. Asimismo, confirmando la tendencia

³⁸⁶ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., pág. 205.

³⁸⁷ JUAN CARLOS DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 463.

³⁸⁸ JERÓNIMO CASTILLO DE BOVADILLA, ob. cit., libro IV, cap. II, pág. 417.

³⁸⁹ Real decreto de 23 de agosto de 1715, transcripto en Feliciano BARRIOS, ob. cit., pág. 746.

³⁹⁰ Lejos de constituir un juego de palabras, la importancia de esta distinción radica en el hecho de que aún no consolidado como un conjunto orgánico de disposiciones y de principios orgánicos, durante los siglos XVI y XVII lo penal castrense aglutinó simultáneamente, junto con incipientes normas específicas militares, disposiciones propias del derecho ordinario.

militares de Génova ³⁹¹. Asimismo, confirmando la tendencia señalada por la norma anterior, en 1553 el rey instituyó el puesto de auditor del ejército de Flandes, función que se encomendó primero a Juan Stratius, y que posteriormente, entre 1580 y 1584, fue desempeñada por Baltasar de Ayala ³⁹². De este modo, presentes los auditores en todos los ejércitos, y consolidado su prestigio y autonomía de criterio ³⁹³, su opinión se erigió, sin mayores cortapisas, como la voz autorizada en la materia ³⁹⁴. Digamos, por último, que durante el transcurso del siglo XVIII la Corona volvió a estimular la vocación castrense de los abogados, propiciando, a partir de entonces, una especie de *cursus honorum* específico que culminaba, en algunos casos, con el acceso de los auditores a una de las plazas togadas del Consejo Supremo de Guerra ³⁹⁵.

3. Literatura jurídica especializada. Aunque ya durante el reinado de los Reyes Católicos un catalán de apellido Azamar publicó un trabajo sobre derecho militar ³⁹⁶, el auténtico surgimiento de una literatura específica no se produjo sino tiempo después, tras el establecimiento de los auditores de guerra en los ejércitos españoles. Así las cosas, precisamente, la primera gran obra española de derecho militar fue escrita por el ya recordado Baltasar de Ayala (1548-1584), quien en

³⁹¹ Véase lo dispuesto sobre el particular en la referida ordenanza en el texto que René QUATREFAGES reproduce en *El crisol español*, cit., pág. 430.

³⁹² Manuel Fraga Iribane, ob. cit., pág. 135.

³⁹³ Marcos de IZABA, ob. cit., pág. 206.

³⁹⁴ Puede verse un raro ejemplo en el que se hace caso omiso de la crítica de un auditor respecto de el régimen de la defensa del imputado previsto en las ordenanzas de 1728, en la real orden de 15 de diciembre de 1728. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 360.

³⁹⁵ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Conflictos de competencias...», pág. 1551.

³⁹⁶ José Antonio MARAVALL, «El pensamiento político de Fernando el Católico», en *Estudios de Historia del pensamiento Español*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1984, pág. 357.

1582 publicó, en Douai, un libro titulado *De iure et officii bellicis et disciplina militari*. Respecto del particular, cabe consignar que en el curso de esta obra -que gozó de especial aceptación entre los contemporáneos y que, incluso, fue reeditada en 1793³⁹⁷-, Ayala señaló la peculiaridad de las normas jurídico-militares, y analizó, entre otros delitos específicos, la contumacia, la deserción, la enajenación de equipo, el abandono del puesto, el hurto, la rapiña cometida contra civiles, las lesiones, y la usurpación de la autoridad militar³⁹⁸. Por otra parte, años después, Sancho de Londoño abordó algunas cuestiones relativas a la penalidad militar en su *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*, mientras que en 1594 Marcos de Izaba, en su *Cuerpo enfermo de la milicia española*, analizó algunos delitos castrenses y describió las funciones de los auditores³⁹⁹. Ya durante el siglo XVII, otros importantes hitos en la materia fueron debidos a Francisco de la Barreda, responsable de la adición de un apartado sobre juicios castrenses en la *Suma de todas las leyes penales, canónicas, civiles, y destos Reynos* de Francisco de la Pradilla Barnuevo⁴⁰⁰; y a Sala y Abarca, quien en su obra *Después de Dios, la primera obligación y glosa de órdenes militares*, editada en Nápoles en 1681, publicó y comentó diversas ordenanzas y disposiciones jurídico militares⁴⁰¹. En otro orden de cosas, cabe consignar, además, que este progreso literario contó con análogas expresiones en la Europa contemporánea. Así, respecto del particular cabe recordar que en el curso del siglo XVII el alemán Tratzberg editó un *Corpus Iuris Militaris*, y que en 1709 las imprentas parisinas publicaron un *Código Militar*, en

³⁹⁷ Manuel FRAGA IRIBANE, ob. cit., pág. 138, nota 31.

³⁹⁸ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 463.

³⁹⁹ Recientemente (1991), el Ministerio de Defensa español ha reeditado esta obra.

⁴⁰⁰ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., págs. 465 y 471 y 473. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. XVIII.

⁴⁰¹ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 466.

el que se compilaban los reglamentos y las ordenanzas dictados por Luis XIV «para la gente de guerra»⁴⁰².

Volviendo al análisis de la producción literaria española, cabe referir ahora que durante la primera mitad del siglo XVIII Francisco de Oya y Ozores, un fiscal del Consejo Supremo de Guerra, escribió algunas importantes obras. Así, en 1728 este autor publicó un libro titulado *Leyes penales de la milicia*, y en 1735 un *Prontuario del Consejo de Guerra*⁴⁰³. Por su parte, años después, otro funcionario del consejo, José Antonio Portugués, redactó un *Tratado de las leyes penales de la milicia española*, y, por encargo de la corona, una *Colección General de las Ordenanzas Militares*⁴⁰⁴. Además, con posterioridad a estos trabajos, y una vez producida la sanción de la normativa carolina, correspondió al alferez de dragones Mariano de Figueras y Grau escribir una *Idea del proceso militar*⁴⁰⁵. Asimismo, continuando con estos esfuerzos, a fines del siglo XVIII el brigadier Félix Colón de Larriátegui publicó unos *Juzgados Militares de España y sus Indias*. Respecto del particular, cabe consignar aquí que, aparecida en 1788⁴⁰⁶ y reeditada por primera vez, con modificaciones, en 1797, esta obra constituyó la expresión culminante de la doctrina jurídico-militar española, llegando a gozar de una autoridad indiscutida en toda la monarquía⁴⁰⁷. Así las cosas, partiendo de un *Formulario de procesos militares* que redac-

⁴⁰² M. S. ANDERSON, ob. cit., pág. 189.

⁴⁰³ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. XVIII.

⁴⁰⁴ Aporta datos sobre su biografía Joaquín MARTÍNEZ FRIERA, en su artículo titulado «Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugués», revista Ejército, N° 141 (octubre de 1951), Madrid, pág. 3 y ss..

⁴⁰⁵ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. XX.

⁴⁰⁶ Antonio PALAU Y DULCET, *Manual del librero hispanoamericano*, t. III, Barcelona, Librería Palau, 1950, pág. 581.

⁴⁰⁷ Tan es así, que incluso -como lo testimonian algunos papeles conservados en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento-, los funcionarios de la corona recurrían al Colón para conocer el derecho militar vigente...

tara hacia 1782, con el objeto de instruir a los cadetes del regimiento de reales guardias españolas ⁴⁰⁸, y basándose tanto en la documentación de los archivos de las secretarías de marina, guerra e Indias ⁴⁰⁹ como en la información brindada por Oya y Ozores y por Portugués ⁴¹⁰, el trabajo de Colón de Larriátegui se compuso de cuatro tomos, que estaban dedicados al estudio de la legislación, de la jurisprudencia y de las costumbres vigentes en temas tales como la competencia de los tribunales castrenses, los alcances del fuero militar y las penalidades específicas aplicables.

b. Tendencias

En cuanto al panorama general de las mentalidades jurídico-castrenses, cabe destacar aquí tanto el arraigo de ciertas tendencias tradicionales, como las transformaciones acaecidas en la materia a partir del siglo XVIII.

1. *Un mundo de creencias arraigadas.* Sin lugar a dudas, por debajo del tejido normativo castrense subyacieron ciertas convicciones indiscutibles. De este modo, junto con la sostenida creencia en que la administración de justicia debía permanecer ligada al ejercicio del mando militar ⁴¹¹, desempeñó un papel fundamental todo lo relativo al mantenimien-

⁴⁰⁸ Cfr. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, Discurso preliminar, págs. LXXX y LXXXII; t. III, págs. XX y XXVI. Este trabajo integró luego el t. III de sus *Juzgados Militares*.

⁴⁰⁹ Idem ant., t. I, Discurso preliminar, pág. LXXVIII.

⁴¹⁰ Véase, v.gr., la referencia que hace COLÓN DE LARRIÁTEGUI en el t. III de su obra citada, en la página, al comienzo de la nota 2.

⁴¹¹ Véase, v.gr., Sancho de LONDOÑO, ob. cit., págs. 45 a 47. Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo IV, tratado 3, título 9, artículo 83; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

to de la obediencia, respecto de la cual se afirmaba que emanaban «principalmente [todos] los bienes de la guerra»⁴¹². En este sentido, los contemporáneos estaban convencidos de que fundada en su absoluta negación -vale decir, pues, en la desobediencia-, la delincuencia contaba con aptitud suficiente como para desbaratar a los ejércitos⁴¹³. Así las cosas, mientras que en 1603 Cristóbal de Lechuga sostuvo que «un ejército sin justicia» era «como un bosque de ladrones»⁴¹⁴, otros contemporáneos insistieron en subrayar que el «cuerpo enfermo de la milicia española» sólo podría ser reparado merced a las virtudes terapéuticas de los tribunales militares. Asimismo, como derivación de estas ideas y de la creencia de que, entre los militares, el escarmiento era el único correctivo posible⁴¹⁵, y de que «la costumbre de bien hacer» debía convertirse en «naturaleza»⁴¹⁶, se impuso sin cortapisa alguna la convicción de que el derecho penal castrense tenía que resultar particularmente riguroso⁴¹⁷, y de que la actuación de la justicia militar debía ser ejemplar⁴¹⁸ y rápida⁴¹⁹ -sin

⁴¹² Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, ob. cit., libro IV, cap. I, pág. 371.

⁴¹³ *Ibidem*. En el mismo sentido: Marcos de IZABA; y el dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (circa 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 5, artículo 54, AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

⁴¹⁴ Reproducido en Sebastián MONTSERRAT ALSINA, ob. cit., pág. 23.

⁴¹⁵ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (circa 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 5, artículo 54. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

⁴¹⁶ Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, ob. cit., libro IV, cap. I, pág. 371.

⁴¹⁷ Oficio dirigido al conde de Revillagigedo, presidente de la Junta de Ordenanzas, El Pardo, 9 de enero de 1761, en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238. Sancho de LONDOÑO, ob. cit., pág. 46. Opinión de Cristóbal PÉREZ DE HERRERA, transcripta por Enrique VILLALBA PÉREZ, ob. cit., pág. 105.

⁴¹⁸ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (circa 1724), observaciones al tomo 4, tratado 4, título 5, artículo 60. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

⁴¹⁹ Sancho de LONDOÑO, ob. cit., pág. 46. Art. 1, título 10, libro 2 de las ordenanzas militares de 1728, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 129. Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (circa 1724), observaciones al tomo 4, tratado

admitir, por ende, «*efugios que dilat[as]en el castigo*»⁴²⁰. Sin embargo, fuera del ámbito castrense, los civiles dudaban de que en la realidad cotidiana de los cuarteles se aplicaran estos principios y, por el contrario, sospechaban que los mandos «*disimulaban*» los delitos de los soldados, dejando impunes sus frecuentes demasías⁴²¹.

Así las cosas, la preeminencia del valor jurídico del honor, y en particular del honor castrense⁴²², y la celosa actitud de los militares⁴²³, también prohió entre los operadores jurídicos castrenses otra creencia: la de la evidente justicia⁴²⁴ y conveniencia⁴²⁵ en mantener y acrecentar⁴²⁶ un fuero militar peculiar y privativo, que estimulase a los hombres de armas a «*entrar en tantos peligros y trabajosa profesión*»⁴²⁷.

2. Cambios de mentalidad acaecidos durante el siglo XVIII. Todavía impregnado de un estilo descriptivo y casuista⁴²⁸, y de las creencias mencionadas en el punto ante-

4, título 5, artículo 29; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

⁴²⁰ Dictamen de la Junta de Ordenanzas de 6 de octubre de 1769. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4241. También Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 149.

⁴²¹ José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 116. Enrique VILLALBA PÉREZ, ob. cit., pág. 106.

⁴²² Dictamen del contador del ejército de Extremadura, Iturbe; Badajoz, 19 de octubre de 1772. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

⁴²³ Un ejemplo en Sancho de LONDOÑO, ob. cit., pág. 45. Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (*circa* 1724), observaciones al tomo IV, tratado 3, título 9, artículo 85; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

⁴²⁴ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Conflictos de competencias...», pág. 1547.

⁴²⁵ Véase, al respecto, lo que dicen José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 117, y Santiago FERNÁNDEZ CONTI, ob. cit., pág. 257.

⁴²⁶ Sancho de LONDOÑO, ob. cit., pág. 46.

⁴²⁷ *Idem* ant.. En el mismo sentido, téngase en cuenta la respuesta del Consejo de Guerra a un memorial presentado en 1571 por el consejero de Castilla Velasco, en Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «Consejo de guerra...», cit., pág. 451. En el mismo sentido, Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, Discurso preliminar, pág. LIX y ss..

⁴²⁸ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., pág. 203.

rior, durante el siglo XVIII el derecho penal militar español fue objeto de importantes cambios, producto de una profunda transformación que impactó en la mentalidad de los operadores jurídico- castrenses. En efecto, aún vigentes, aunque desplazados, los antiguos criterios jurídicos que exaltaban la experiencia ⁴²⁹, y la aplicación del derecho natural y de la equidad ⁴³⁰, durante el dieciocho el pensamiento ilustrado irrumpió de lleno en la materia, impulsando el paulatino predominio de conceptos tales como el de utilidad y el de racionalidad.

Así, respecto al predominio del primero de los conceptos mencionados -vale decir, el de utilidad, frente al cual, se consideraba que debía «ceder toda conveniencia privada» ⁴³¹-, cabe referir su expresa gravitación en el proceso que culminó con la sanción de las ordenanzas de Carlos III ⁴³². En este sentido, en cuanto a sus concretas manifestaciones normativas, corresponde recordar el contenido de una resolución regia de 9 de enero de 1761, en virtud de la cual, en aras de contribuir al mantenimiento del potencial militar de la corona, el monarca se opuso a que las futuras ordenanzas mantuviesen en su articulado la aplicación de la pena de muerte para los desertores de tiempo de paz que no hubiesen huido del rei-

⁴²⁹ Oficio suscripto por el marqués de Arellano, Isidoro Gil de Jaz y Pedro Valdés León; Madrid, 29 de febrero de 1760. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

⁴³⁰ Al respecto, véase la concepción subyacente en Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, págs. 99, 100 y 315. Dictamen del auditor de guerra Francisco Pascual Cler, Barcelona, 11 de julio de 1786, en Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 317.

⁴³¹ Dictamen del auditor de guerra Francisco Pascual Cler; Barcelona, 11 de julio de 1786. En Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 317.

⁴³² De este modo, se alude a la utilidad en el oficio que el marqués de Arellano, Isidoro Gil de Jaz y Pedro Valdés León dirigieron al rey el 29 de febrero de 1760, y en el oficio de la junta de ordenanzas a Juan Gregorio Muniain de 21 de febrero de 1767; ambos en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240. También se menciona la palabra «utilidad» en el «Dictamen elevado a S.M sobre una nueva planta para el Consejo Supremo de Guerra», circa 1714, sin firma, en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento; y en la real cédula de 30 de marzo de 1789, AGS, sección Guerra Moderna, legajo 502 suplemento.

no, recomendando, en su lugar, un tipo de castigo que permitiese que los reos continuasen prestando servicios ⁴³³.

Por otra parte, en cuanto al predominio de la razón en la concepción de lo jurídico-militar, pese a que todavía a comienzos del siglo XVIII se afirmaba que las ordenanzas no podían «prevenirlo todo», ni «hacer regla fija porque no la tienen la variedad de [los] accidentes de la guerra» ⁴³⁴, resulta evidente que con el transcurrir de la centuria se fue imponiendo el criterio de que el derecho castrense debía asentarse necesariamente sobre «fundamentos racionales» ⁴³⁵. En este orden de cosas, por ejemplo, cabe mencionar la pretensión carolina de superar la práctica del arbitrio judicial, estableciendo «reglas fijas» ⁴³⁶ y generales, «para en adelante» ⁴³⁷.

IV. Consideraciones generales

Siendo el derecho penal militar español el fruto particular de una experiencia y de una tradición intelectual paulatinamente consolidadas, cabe cerrar este primer capítulo

⁴³³ Oficio dirigido al conde de Revillagigedo, presidente de la Junta de Ordenanzas; El Pardo, 9 de enero de 1761. En este documento se expresa que el rey se opone a la aplicación de la pena de muerte al soldado desertor -siempre en el marco de la situación descrita arriba, vale decir, en tiempo de paz y sin huir al extranjero-, toda vez que el monarca no podía «mirar sin dolor la pérdida de un vasallo, que tal vez pudiera ser muy útil al Estado». En AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

⁴³⁴ Dictamen del director general sobre la nueva ordenanza (circa 1724), observaciones al tomo III, título 13, y al tomo 4, tratado 3, título 8. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 497 suplemento.

⁴³⁵ Real cédula de 3 de abril de 1776. RAH, colección Mata Linares, t. 108, f. 53.

⁴³⁶ Preámbulo a las ordenanzas militares de 1768.

⁴³⁷ Dictamen del conde de Aranda elevado al marqués de Esquilache; Madrid, 17 de noviembre de 1764; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239. En análogo sentido, el dictamen dado por el conde de Aranda con motivo de un recurso del conde de Riela; Madrid, 16 de julio de 1767; AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

con algunas reflexiones tanto en torno a la relación existente entre lo jurídico militar y la realidad política y social, como en lo referido a su peculiaridad respecto del resto del ordenamiento jurídico.

1. *El derecho penal militar frente a la realidad política y social.* Indudablemente, las características del derecho penal militar no resultaron ajenas a las circunstancias sociales y políticas del antiguo régimen ⁴³⁸. De este modo, en lo atinente al aspecto señalado en primer término, resulta evidente que la estructura del fuero militar constituyó una de las tantas manifestaciones de la multiplicidad de instancias jurisdiccionales privilegiadas y socialmente discriminatorias por entonces imperante ⁴³⁹. Asimismo, la condición social también fue considerada relevante para regular las conductas penales, tal como lo demuestra, por ejemplo, un dictamen de la década de 1760, en virtud del cual se propuso que la omisión en la denuncia de los desertores fuese reprimida con distintos castigos, según que el reo fuese plebeyo o noble ⁴⁴⁰.

Por otra parte, en cuanto a la gravitación de lo político, es indudable que los importantes cambios introducidos en el ámbito de lo penal militar durante el transcurso del siglo XVIII sólo constituyeron una de las tantas modificaciones que, impulsadas por el absolutismo, afectaron la totalidad del ramo castrense. De este modo, por ejemplo, entre otras rutilantes manifestaciones de esta índole, cabe recordar la aparición de las academias destinadas a la formación de los oficiales y

⁴³⁸ María del Carmen BOLAÑOS MEJÍAS, ob. cit., pág. 164.

⁴³⁹ Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, prólogo a José Luis DE LAS HERAS SANTOS, ob. cit., pág. 11.

⁴⁴⁰ AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239. En el mismo sentido, pueden verse también: Artículo III de la ordenanza para la aprehensión de desertores de 10 de septiembre de 1754, y el dictamen de la Junta de Ordenanzas de 27 de junio de 1765; ambos en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4239.

la generalizada imposición de una vestimenta uniforme para todos los soldados. Asimismo, en lo atinente a la relación del absolutismo con el mundo castrense, no está de más subrayar el peculiar militarismo de las monarquías ilustradas ⁴⁴¹, que encontraban en el ejército una institución adecuada y modélica para poner previamente en práctica aquellas medidas que soñaban aplicar sobre la entera sociedad ⁴⁴². Así las cosas, como lógica derivación de esta orientación, los tribunales castrenses fueron perdiendo, paulatina y parcialmente, el carácter de instrumentos jurisdiccionales puestos al servicio de un estamento particular, para convertirse, en cambio -en lo que constituye, ciertamente, un preanuncio de la oposición del constitucionalismo a la vigencia de los fueros personales-, en una de las piezas más sumisas y dependientes del aparato judicial de la monarquía.

2. Algunas notas peculiares de lo penal castrense.

Aunque la permanente oposición de los operadores jurídico-militares a las «*frases hinchadas*», « *citas superfluas*» y «*artificios retóricos*» de los letrados civiles ⁴⁴³ no implica reconocer una absoluta autonomía de lo penal castrense frente al derecho represivo ordinario, resulta evidente que entre ambos ordenamientos existieron sustanciales diferencias. Al respecto, muchas de ellas resultaban de la tendencia de lo penal castrense a receptar instituciones que sólo tardíamente fueron incorporadas por el derecho represivo ordinario.

Así las cosas, aunque no terminó de concretarse el deslinde legislativo entre las materias específicamente jurídicas y el resto de las disposiciones militares, y siguió manteniéndose la tradicional indefinición entre lo penal y lo disciplinario, la sanción de las ordenanzas particulares, primero,

⁴⁴¹ M. S. ANDERSON, ob. cit., pág. 172.

⁴⁴² Idem ant., pág. 171.

⁴⁴³ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, págs. 69 y 78.

y la de otras normas de alcance general, después, preparó debidamente el terreno para que durante el siglo XVIII se llevase a cabo la vertiginosa transformación que culminó con la sustantivación del derecho penal castrense ⁴⁴⁴. Por otra parte, mucho antes que en otros ámbitos, en materia jurídico militar se impuso un monismo legalista -característico, indudablemente, de la modernidad jurídica-, que no sólo sofocó todo vestigio de pluralidad jurisdiccional, sino que tendió a circunscribir la legitimidad normativa al derecho creado por voluntad regia ⁴⁴⁵. Así las cosas, a partir de ese entonces la corona se esforzó evitar la ambigüedad ⁴⁴⁶ y la «*obscuridad de [las] voces*» jurídicas ⁴⁴⁷, y no sólo dispuso que las ordenanzas debían entenderse «*siempre a la letra*» ⁴⁴⁸ sino que hasta prohibió su interpretación por parte de los particulares ⁴⁴⁹.

Asimismo, en cuanto a otras notables innovaciones de lo jurídico-castrense, cabe señalar que desde el Renacimiento se produjo un despliegue más o menos sistemático del derecho penal militar, orientación que a partir del último tercio del siglo XVIII se consolidó conscientemente merced al influjo de los cultores de la Ilustración ⁴⁵⁰. En efecto, corres-

⁴⁴⁴ Véase, en general, FRANCISCO LUIS PASCUAL SARRÍA, «Bosquejo histórico ... en el Estado Moderno», cit., pág. 65.

⁴⁴⁵ Respecto de la «expansión jurídica» durante el gobierno de las monarquías absolutas, véase GUIDO ASTUTI, art. cit., págs. 301 y 302.

⁴⁴⁶ Dictamen de la junta de ordenanzas de 3 de febrero de 1769. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4241.

⁴⁴⁷ Real orden de 25 de enero de 1760, estableciendo una junta redactora de ordenanzas. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238.

⁴⁴⁸ Oficio del auditor de guerra de Valencia, Juan Bautista Ferrando, al conde de Ricla; Valencia, 13 de febrero de 1773. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

⁴⁴⁹ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 282. Oficio del marqués de Ensenada al capitán general Lucas Spínola; Buen Retiro, 30 de agosto de 1749, en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4238. Oficio dirigido al marqués de Ustáriz; El Pardo, 1º de abril de 1775, en AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

⁴⁵⁰ Respecto al empleo de la palabra *sistema* por parte de Aranda, véase su dictamen sobre honores y tratamientos militares de 5 de diciembre de 1767; AGS, sec-

pondió a los ilustrados insistir en el diseño y sanción de una normativa dotada de abundantes definiciones, de claridad expositiva y de un orden metódico externo que hiciese posible resolver anticipadamente todas las potenciales situaciones jurídicas ⁴⁵¹. En este sentido, en tanto que en toda Europa se iba imponiendo la idea de sistematizar el derecho ⁴⁵², y particularmente en España se comenzaba a barajar la idea de redactar tanto un «código criminal» ⁴⁵³ como uno militar ⁴⁵⁴, bien puede decirse que, a despecho de las afirmaciones de Tomás y Valiente respecto del derecho represivo ordinario ⁴⁵⁵, los contenidos penales auténticamente ilustrados de las ordenanzas de Carlos III constituyeron, a no dudarlo, un evidente anticipo de las abstracciones propias de las codificaciones decimonónicas ⁴⁵⁶.

Finalmente, en tren de referirnos a las peculiaridades de lo penal castrense, no queremos terminar con este apartado sin decir algunas palabras sobre la paulatina *juridización* de los procesos castrenses. Así, mientras que a finales del

ción Guerra Moderna, legajo 4240. Asimismo, téngase en cuenta la relevancia que la «razón» tiene en la labor judicial para COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 314.

⁴⁵¹ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, en particular, págs. 180, 191 y 192.

⁴⁵² Guido FASSO, *Historia de la filosofía del derecho*, t. III, Madrid, Pirámide, 1981, pág. 16.

⁴⁵³ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., pág. 107.

⁴⁵⁴ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, discurso preliminar, págs. LXXVI a LXXVIII.

⁴⁵⁵ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., pág. 111.

⁴⁵⁶ Véase, en un sentido coincidente: Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 111. Faustino MUGA LÓPEZ, «Antecedentes del Código Penal Militar de 1884»; Revista Española de Derecho Militar, N° 1 (enero-junio de 1956), pág. 29. Bernardino BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización», en Abelardo LEVAGGI (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992, pág. 132.

siglo XVI un autor tan prestigioso como Jerónimo Castillo de Bovadilla llegó a manifestarse a favor de la irresponsabilidad de los jefes militares en la aplicación de los castigos que creyesen oportunos ⁴⁵⁷, para el siglo XVIII esta concepción había variado sensiblemente. En efecto, aunque los testimonios de los contemporáneos dan cuenta de algunas evidentes vulneraciones de las garantías procesales ⁴⁵⁸, no puede negarse la constante preocupación de las autoridades por asegurar la defensa ⁴⁵⁹, conceptuada como un auténtico «derecho natural» de los reos ⁴⁶⁰. En este orden de cosas, por ejemplo, se ordenó la difusión de la legislación militar entre los soldados ⁴⁶¹; se garantizó, como parte «integral» del juicio criminal, la asistencia de un procurador desde la indagatoria ⁴⁶²; y se estableció, en beneficio de los reos presos, la brevedad en la resolución de los recursos elevados ante el Consejo Supremo de Guerra ⁴⁶³. Asimismo, se fueron imponiendo ideas tales como la de la presunción de inocencia de los imputados ⁴⁶⁴, y la de que no podía aplicarse pena alguna si previamente no se sustanciaba un proceso en el que se hubiese ofrecido un debido espacio a la acusación, a la defensa y a la prueba ⁴⁶⁵. En definitiva, en nuestra opi-

⁴⁵⁷ Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, ob. cit., libro IV, cap. II, pág. 419.

⁴⁵⁸ Véase, al respecto, Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 148.

⁴⁵⁹ En este sentido, véase el trabajo citado en nota anterior, t. III, págs. XXVI, 3 y 131.

⁴⁶⁰ Idem ant., t. III, págs. 99 y 100.

⁴⁶¹ Art. 7, título 1, tratado II, de las ordenanzas militares de 1768.

⁴⁶² En este sentido, véase la real orden de 3 de noviembre de 1729, en José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, pág. 369 y ss.. Empero, esta situación cambió con las ordenanzas militares de 1768, en las que se dispuso que la designación del defensor sólo tendría lugar una vez efectuada la indagatoria; cfr. Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 96, nota 1.

⁴⁶³ Real decreto de 16 de julio de 1737. En José Antonio PORTUGUÉS, ob. cit., t. III, págs. 392 y 393.

⁴⁶⁴ Ob. cit., t. III, pág. 314.

⁴⁶⁵ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, págs. 77, 98 a 101.

nión, durante el curso del siglo XVIII se produjo la paulatina transformación de lo penal militar en un derecho de auténtica naturaleza judicial ⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ Tomamos esta expresión de Antonio MOZO SEOANE, «Ilícito penal e ilícito disciplinario en el derecho militar», en Ramón BLECUA FRAGA y José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), ob. cit., pág. 188.

CAPÍTULO II

ORÍGENES DEL ORDENAMIENTO REPRESIVO MILITAR DE LOS ARGENTINOS (II): EL RÉGIMEN JURÍDICO CASTRENSE INDIANO Y SUS MANIFESTACIONES RIOPLATENSES *

I. Acontecimientos

a. Caracterización del derecho represivo militar indiano inicial

1. La situación en la materia durante los primeros tramos de la dominación hispánica. Fruto, en buena medida, del trasplante de las instituciones castellanas en el nuevo continente ¹, las características del régimen represivo castrense indiano inicial empero no fueron uniformes en todas las regiones sometidas a la autoridad de la corona, en la medida en que reflejaban la especial situación provocada por

* Descriptos, en el capítulo anterior, los lineamientos principales de la penalidad castrense española hasta comienzos del siglo XIX, en este capítulo sólo nos detendremos en el análisis de lo que resultó peculiar a Indias y, en particular, de lo que sucedió en el ámbito rioplatense.

¹ Cfme., Alfonso GARCÍA GALLO, «La Capitanía General como institución de gobierno político en España e Indias en el siglo XVIII», en *Memoria del Tercer Congreso Venezolano de Historia*, t. I, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1979, pág. 540.

la actividad militar de los primeros descubridores y exploradores. Así, en este orden de cosas cabe recordar que las *huestes* formadas para la conquista de América no tuvieron ningún tipo de dependencia orgánica respecto del resto de las fuerzas de la monarquía, lo que dio lugar a que los jefes dictasen, para cada contingente, reglas penales particulares ², en las que la autonomía normativa se combinaba con el reenvío al derecho penal ordinario castellano. Al respecto, resultan paradigmáticas las ordenanzas expedidas por Hernán Cortés en 1520 ³.

En cuanto al contenido de las mencionadas en último término, cabe señalar que primaba en ellas la preocupación por obtener la máxima eficiencia combativa de la hueste. Asimismo, que entre las principales figuras penales previstas -castigadas, en su mayor parte, con sanciones de naturaleza pecuniaria-, se encontraban las blasfemias, la práctica de juegos de azar prohibidos, las riñas, el incumplimiento de ciertos deberes militares -como no guardar el orden en el combate o no ejercer la debida vigilancia-, la cobardía, el saqueo sin autorización, y los fraudes en el reparto del botín.

Por otra parte, en lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción castrense, corresponde indicar aquí que además de las facultades legisferantes ya descritas, los caudillos indianos también actuaban como jueces de sus subordinados en tanto que capitanes generales ⁴, competencia que era vo-

² Héctor José TANZI, «El derecho de guerra en la América hispana», en *Revista de Historia de América*, N° 75-76 (enero-diciembre de 1973), Instituto Panamericano de Geografía e Historia, pág. 106. Asimismo, puede verse, del mismo autor, «El régimen de la guerra en la conquista de América»; en *Militaria. Revista de Cultura Militar*, N° 6, Madrid, 1994.

³ Dichas ordenanzas han sido reproducidas en *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Oceanía*, t. 26, págs. 19 a 29. Asimismo, se las analiza parcialmente en Fernando DE SALAS LÓPEZ, *Ordenanzas militares en España e Hispanoamérica*, Madrid, Mapfre, 1992, pág. 29 y ss..

⁴ Alfonso GARCÍA GALLO, «La Capitanía General...», art. cit., pág. 547.

luntariamente aceptada por los soldados al momento de suscribir el asiento mediante el cual se concretaba jurídicamente el alistamiento en la hueste ⁵. Así las cosas, y a tenor del espíritu altanero y levantisco de la tropa ibérica en Indias ⁶, cobró vida una justicia rígida y severa, no muy respetuosa de plazos ni de garantías procesales ⁷.

2. La consolidación de la presencia castellana en América y la transformación de lo jurídico militar. Hacia mediados del siglo XVI, avanzado el proceso del descubrimiento y población de las Indias, las estructuras jurídico militares iniciales comenzaron a ser modificadas ⁸, a tenor de la gravitación de la paulatina organización política de América en virreinos y en gobernaciones. Así las cosas, a partir de entonces el ejercicio de las atribuciones de los capitanes generales se adjudicó a los virreyes y a los gobernadores de los respectivos distritos ⁹, quienes asumieron la competencia exclusiva -con inhibición de toda otra justicia ¹⁰- en todos los asuntos relativos a «*los delitos, casos y causas, que en cualquiera forma tocaren a los Capitanes, Oficiales, Capi-*

⁵ Cfme., ALFONSO GARCÍA GALLO, «El servicio militar en Indias», en Anuario de Historia del Derecho Español, N° XXVII, 1956, pág. 474 y ss..

⁶ Respecto de este punto, cabe remitir al lector al análisis efectuado por el capitán Bernardo DE VARGAS MACHUCA en su *Milicia y descripción de las Indias*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1892, libro tercero, págs. 163 a 172.

⁷ Al respecto, véanse los testimonios recordados por Héctor J. TANZI en «El derecho de guerra...», art. cit., págs. 115 y 116.

⁸ Véase, al respecto, la real cédula de 7 de marzo de 1559, que adjudica competencia para resolver las causas penales militares de los soldados de las flotas al gobernador y capitán general de la isla de Cuba. En Diego DE ENCINAS, *Cedulario indiano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946, t. IV, pág. 24.

⁹ Real cédula de 19 de julio de 1612, en *Recopilación de leyes de Indias*, ley 3, título III, libro III.

¹⁰ Real cédula de 24 de marzo de 1593, en *Recopilación de leyes de Indias*, ley 43, título XV, libro II.

tanés de Artillería, Artilleros y demás gente de guerra», así en primera como en segunda instancia ¹¹. Sin embargo, a pesar de la claridad de esta disposición los magistrados ordinarios no siempre respetaron lo mandado por la Corona en la materia, razón por la cual ésta debió insistir en subrayar el carácter exclusivo de las prerrogativas jurídicas inherentes al cargo de capitán general ¹².

En otro orden de cosas, cabe también tener presente que al margen de las expresas atribuciones jurisdiccionales adjudicadas en América a los capitanes generales, en la práctica indiana lo común fue que el conocimiento de los asuntos penales castrenses se sometiese en primera instancia a la competencia de un jefe subalterno. De este modo, resultó habitual que los capitanes generales recién interviniesen en los procesos en una segunda instancia, oportunidad en la cual debían acudir al asesoramiento de, al menos, un letrado. Por otra parte, cabe señalar que en el caso de producirse la ausencia del gobernador, la calidad de máximo juez militar pasaba a la persona del sargento mayor de la plaza. Asimismo, que en las ciudades subalternas el ejercicio de la potestad jurisdiccional en materia castrense recaía en los tenientes de gobernador ¹³.

¹¹ Cfr. las reales cédulas de 2 de diciembre de 1608, 19 de julio de 1614 y 18 de febrero de 1628, en *Recopilación de leyes de Indias*, leyes 1 y 2, título XI, libro III.

¹² En este sentido, véase la real cédula de 2 de diciembre de 1608, dirigida al virrey del Perú. Ésta ha sido transcrita al completo en María del Carmen PURROY TURRILLAS, «Jurisdicción en Indias de los capitanes generales en causas militares (siglo XVII)», en *Poder y presión fiscal en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Valladolid, Instituto de Cooperación Iberoamericana-Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, 1986, pág. 340 y ss.. Respecto de un período posterior, también puede verse el dictamen del auditor de guerra de Buenos Aires, Juan Manuel DE LABARDEN, fechado en Buenos Aires el 9 de junio de 1762, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie III, t. III, pág. 70.

¹³ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, Biblioteca de la Sociedad Argentina de Historia, 1952, pág. 90. María del Carmen PURROY TURRILLAS, art. cit., pág. 351.

b. El régimen penal militar indiano durante el siglo XVII y la primera parte del siglo XVIII

1. Lo jurídico militar en todo el ámbito indiano. En líneas generales puede decirse que a partir del 1600 no se introdujeron mayores novedades en el ámbito jurídico militar indiano. Más aún, cabe afirmar que el grueso de las medidas adoptadas desde entonces -centradas primordialmente en aspectos jurisdiccionales- se limitaron a completar o a reiterar las dictadas a partir de mediados del siglo XVI. Ejemplo de ello son las quince leyes del título XI, libro III, de la *Recopilación de Indias*, que se agrupan bajo el título «De las causas de soldados».

Como un ejemplo de lo dicho en el párrafo anterior cabe recordar que a comienzos de la décimo sexta centuria la Corona volvió a decir que los virreyes y capitanes generales contaban con competencia exclusiva para conocer, en tiempo de paz, de «*todos los delitos, casos y causas*» que tocaren a la gente de guerra, «*en primera y segunda instancia*», asuntos respecto de los cuales las audiencias y demás justicias debían inhibirse¹⁴. Asimismo, para las épocas de guerra se restringió la competencia de los capitanes generales al conocimiento de los recursos, ya que en esas circunstancias la substanciación de la primera instancia se reservaba a «*los maestros de campo de la gente de guerra*»¹⁵.

Sin embargo, y a pesar de lo dispuesto expresamente en la normativa vigente, no pocas veces fueron los auditores quienes en la práctica indiana llegaron a administrar la justicia castrense¹⁶, costumbre que condujo a un jurista con-

¹⁴ Reales cédulas de 21 de abril de 1607 y 2 de diciembre de 1608. En *Recopilación de Leyes de Indias*, leyes 1 y 2, título XI, libro III.

¹⁵ Real cédula de 17 de noviembre de 1607. En *Recopilación de Leyes de Indias*, ley 3, título XI, libro III.

¹⁶ María del Carmen PURROY TURRILLAS, art. cit., pág. 352. Para un ejemplo de época posterior, véase la real orden de 2 de septiembre de 1794, en AGN, IX-15-2-3.

temporáneo a considerar que los auditores eran verdaderos jueces militares ¹⁷. Asimismo, otra característica del período fue la constante pretensión de las audiencias americanas a incursionar en la resolución de asuntos jurídico castrenses. De este modo, en 1612 la audiencia chilena solicitó al rey que se le concediese autoridad para conocer en la decisión de los delitos de los militares y en otros asuntos de guerra y de gobierno. Rechazada esta solicitud -tal como resulta de lo establecido en virtud de real cédula de 20 de octubre de 1627-, sin embargo no sólo continuó siendo habitual que las audiencias interpretasen restrictivamente el fuero militar toda vez que pudiesen -actitud que, dicho sea de paso, originó sonados conflictos con los capitanes generales ¹⁸-, sino que los oidores indianos siguieron participando, aunque a partir de entonces en forma particular, en la resolución de causas de índole castrense ¹⁹.

Por otra parte, corresponde decir aquí algunas palabras respecto del derecho militar y del fuero específico aplicados en Indias durante esta época. En cuanto a lo primero, cabe recordar que la Corona insistió en adecuar el régimen penal castrense indiano al vigente en España. De este modo, ya en 1617 se decía que en Indias la imposición de «*penas a los soldados y gentes de guerra*» debía respetar «*el estilo y costumbre de la milicia*» conocidos en Europa ²⁰, mientras que en 1695 una real cédula daba por sentado que en América correspondía observar las mismas ordenanzas militares que en

¹⁷ Antonio Xavier PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, Madrid, Imprenta de Antonio Espinosa, t. XIV, 1796, pág. 329.

¹⁸ Abelardo LEVAGGI, «La aplicación del fuero militar en el Virreinato del Río de la Plata», en *Poder y presión fiscal en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, ob. cit., pág. 317 y ss..

¹⁹ Roberto OÑAT y Carlos ROA, *Régimen legal del ejército en el Reino de Chile. Notas para su estudio*, Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 1953, págs. 195 y 196.

²⁰ Real cédula de 3 de septiembre de 1617. En *Recopilación de las Leyes de Indias*, ley 15, título XI, libro III.

el resto de la monarquía ²¹. Asimismo, a comienzos del siglo XVIII -más precisamente en agosto de 1736- Felipe V dispuso sujetar la disciplina militar de los contingentes indianos a la misma «regla que en España», para lo cual mandó que se cumpliese en América con lo normado en las ordenanzas militares de 1728 ²².

En cuanto al goce del fuero castrense en Indias, corresponde señalar que sus beneficiarios no tardaron en abusar de él. De allí que para corregir a los soldados que validos del fuero «*cometían enormes insultos, perdiendo el respeto debido a las justicias ordinarias, y resistiéndoseles, cuando querían prenderlos*», una real cédula de 3 de junio de 1620 estableció el desafuero de los soldados que se enfrentasen a los jueces civiles o que los injuriasen ²³. Así las cosas, cabe recordar que esta medida llegó a tener concreta aplicación, como que un alférez chileno fue degradado y condenado a cumplir cinco años de presidio por esta causa ²⁴.

2. Las particularidades del área rioplatense. Tal como surge del documento mediante el cual se designó, en 1623, como lugarteniente y capitán a guerra de Buenos Aires a Diego Páez de Clavijo, durante el siglo XVII el gobernador porteño fue la máxima autoridad local en el conocimiento de

²¹ Real cédula de 19 de diciembre de 1695, en Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Cedulaario de la Audiencia de Charcas, N° 5318. Agradecemos la obtención de este dato a la doctora Nelly Porro.

²² Real cédula de 20 de agosto de 1736. En Antonio MUÑOZ OREJÓN, *Cedulaario americano del siglo XVIII*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, Sevilla, vol. III, págs. 173 a 184.

²³ Biblioteca de la Real Academia de la Historia, Madrid (en adelante, BRAH), colección Mata Linares, documento 978, t. XXI, foja 220 vta. y ss.. Manuel José DE AYALA, *Diccionario de gobierno y legislación de Indias* (edición y estudios de Marta Milagros DEL VAS MINGO), Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1988, t. VI, pág. 256.

²⁴ Real cédula de 21 de marzo de 1726, en Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. VI, pág. 258.

«*todas las causas civiles y criminales*» que complicasen a los soldados profesionales y a los milicianos en servicio, tarea en la cual debían aplicar «*las leyes y ordenanzas reales*»²⁵. Además, dado su carácter de capitán general, el gobernador de Buenos Aires también era competente para resolver las causas militares en segunda instancia, oportunidad en la cual actuaba con el asesoramiento de un letrado, que habitualmente era alguno de los abogados habilitados para actuar en el foro local, salvo durante el breve período en el que funcionó la primera audiencia porteña, en la que esta tarea fue ejercida por uno de los oidores. Por otra parte, respecto del ejercicio de la actividad jurídico militar en el ámbito rioplatense, cabe recordar que, excepcionalmente, los jefes de tropas en campaña también contaron con facultades en la materia. Tal, por ejemplo, el caso de Juan Arias de Saavedra, quien en 1654 fue autorizado para conocer en todas las causas civiles y criminales suscitadas entre los hombres que integraron una expedición contra los indígenas chaqueños²⁶.

c. El derecho penal militar aplicado en Indias durante las últimas etapas del período hispánico

1. El reformismo borbónico y la transformación de lo jurídico militar indiano. Con la renovación del aparato defensivo indiano, iniciada tímidamente con la entronización

²⁵ Cabildo de 21 de mayo de 1623, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie I, t. V, pág. 363.

²⁶ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., pág. 91. Respecto de épocas posteriores, cabe referir el caso del gobernador tucumano Juan Victorino Martínez de Tineo, quien, un siglo después que Arias de Saavedra también administró justicia en el terreno durante sus campañas contra los indígenas del Chaco. Cfr. José M. MARILUZ URQUIJO, «Martínez de Tineo y la defensa de la frontera interior. Una denuncia de Baltasar Azebey», *Boletín del Instituto San Felipe y Santiago*, N° 41, Salta, 1992-1993, pág. 17.

de los reyes de la casa de Borbón, y encarada con mayor energía una vez finalizada la Guerra de los Siete Años, en 1763 ²⁷, lo jurídico castrense indiano comenzó a sufrir importantes modificaciones. Así, por ejemplo, la instalación de numerosos cuerpos de tropa veterana en las posesiones americanas y el mayor protagonismo y mejor organización alcanzados por las milicias locales ²⁸ acrecentaron considerablemente el radio de actuación de la magistratura militar ²⁹. Por otra parte, el régimen de las penalidades militares tampoco resultó ajeno al creciente centralismo de la corona. En efecto, algo característico de esta época fue la pretensión de superar el particularismo indiano en materia jurídico militar, adecuando el régimen jurídico local a los lineamientos trazados para toda la monarquía. De este modo, por ejemplo, cabe recordar que a poco de haber sido dictadas las ordenanzas de Carlos III la aplicación de éstas se extendió a Indias por real orden de 20 de septiembre de 1769 ³⁰. Así las cosas, el antiguo régimen penal militar previsto en la *Recopilación de leyes de Indias* y en otras disposiciones de los siglos XVI y XVII quedó casi totalmente fuera de vigencia y se impuso el sistema carolino de los consejos de guerra ³¹.

Sin embargo, la peculiar situación militar, económica y social de las Indias impidió la completa desaparición del particularismo jurídico castrense indiano. Al respecto, cabe señalar que si bien la corona rechazó el criterio de algunos je-

²⁷ Lyle McALISTER, *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, 2ª ed. castellana, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pág. 19 y ss.. Abelardo LEVAGGI, «La aplicación del fuero militar...», art. cit., pág. 285.

²⁸ Respecto del nuevo papel de las milicias, véase Marcela GONZÁLEZ, *Las milicias, origen y organización durante la colonia*, Córdoba, Centro de Estudios Históricos, 1995, pág. 23 y ss..

²⁹ Lyle McALISTER, ob. cit., pág. 27.

³⁰ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, Discurso preliminar.

³¹ Conforme, Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. II, pág. 283.

fes militares, como el gobernador de Puerto Rico ³² o el capitán general de Venezuela -quienes propusieron que los capitanes generales acompañados por un auditor subrogasen a los consejos en el dictado de las sentencias-, Carlos III autorizó que cuando se debiese juzgar a un soldado que integrara alguna de las compañías sueltas de los dominios americanos, y no fuese suficiente el número de oficiales existentes para formar consejo de guerra, el conocimiento de las causas se adjudicase al tribunal militar de la provincia, cuya titularidad recaía en los capitanes generales ³³. Así las cosas, un autor señala que durante esta época menos del 5% de los procesos militares sustanciados en Chile terminaron siendo decididos por los consejos de guerra ³⁴. Como otra expresión de la supervivencia del particularismo indiano cabe señalar, además, que si el 28 de febrero de 1804 el rey resolvió que los capitanes generales indianos disconformes con las sentencias de los consejos de guerra debían elevar los autos correspondientes al Consejo Supremo peninsular, tras una consulta elevada por el capitán general de Chile, el monarca resolvió, en 15 de julio de 1806, que, para el tiempo de guerra, *«en el caso de no conformarse los virreyes y capitanes generales con las sentencias de los consejos ordinarios de oficiales»*, los procesos fuesen revisados por los mismos capitanes generales, acompañados por tres oidores o uno solo de la audiencia del

³² Reales órdenes de 20 de agosto de 1771 y 1º de marzo de 1780; ídem ant., t. III, págs. 3, 110 a 112.

³³ Real orden de 10 de noviembre de 1781; ídem ant., t. III, págs. 3 y 4. Cabe señalar que esta disposición no era del todo conocida en algunas áreas rioplatenses. En efecto, en oficio de 21 de noviembre de 1802, el teniente de gobernador de Santa Fe, Prudencio María de Gastañaduy, dijo al virrey que la real orden de 10 de noviembre de 1781 nunca había sido comunicada a su comandancia, en AGN, IX-12-6-9, expediente 18.

³⁴ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, «Derecho penal militar indiano y su jurisprudencia chilena», *Memorias de licenciatura*, vol. VI, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1950, pág. 124.

distrito, según si el delito imputado mereciese o no «*la imposición de pena aflictiva o capital*»³⁵.

En cuanto a la expansión jurisdiccional militar, ésta se expresó en numerosas medidas, dictadas tanto por las autoridades residentes en la península como por las que tenían su asiento en América. En este sentido cabe recordar, entre otras disposiciones, la resolución del virrey novohispano Cruillas, de mayo de 1766, concediendo el goce del fuero a los milicianos mexicanos³⁶; el reglamento de las milicias de Cuba, de 1769, norma que -diseñada a instancias de Alejandro O'Reilly tras la derrota española sufrida a mano de los británicos en La Habana³⁷- otorgó el beneficio de la jurisdicción militar a los integrantes de las milicias, y que posteriormente se convirtió, al decir de Colón de Larriátegui, en un dispositivo de aplicación «cuasi general» en Indias³⁸; y la real orden de 29 de abril de 1774, que confirió el fuero a todos los milicianos que hubiesen obtenido su retiro con causa legítima, tras veinte años de servicios³⁹. Empero, el creciente malestar manifestado por los civiles frente a la notable expansión dieciochesca de la jurisdicción militar -expresado en las innumerables cuestiones de competencia planteadas⁴⁰-, no sólo dio lugar a que se concibiesen ciertos arbitrios originales, como lo fue la idea novohispana de redactar una ordenanza general que definiese y delimitase con precisión los privilegios jurisdiccionales de los militares⁴¹, sino que tam-

³⁵ *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, vol. III, cit., pág. 320.

³⁶ Lyle McALISTER, ob. cit., pág. 29.

³⁷ Allan J. KUETHE, «Las milicias disciplinadas en América», en *Temas de Historia Militar*, Ponencias, Zaragoza, 1988. Abelardo Levaggi, «La aplicación del fuero militar...», art. cit., pág. 304.

³⁸ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, *Juzgados militares de España e Indias*, Madrid, 2ª ed., 1797, t. II, págs. 509 y 510.

³⁹ *Idem ant.*, t. II, pág. 512.

⁴⁰ Lyle McALISTER, ob. cit., pág. 30.

⁴¹ Lyle McALISTER, ob. cit., págs. 74 y 87.

bién dio lugar al dictado de algunas medidas restrictivas en cuanto al fuero. Así, sendas reales órdenes de febrero de 1786 y diciembre de 1802 dispusieron que las milicias urbanas de América sólo gozaran de fuero militar mientras se hallasen prestando servicio ⁴², en tanto que una decisión regia de julio de 1790 prohibió que los criados de los militares que sirviesen en sus haciendas o en otros negocios ajenos a la milicia pudiesen ampararse en los beneficios del fuero ⁴³. Asimismo, a finales de agosto de 1799 y en febrero de 1801 el monarca dispuso que en las causas incoadas por «*intentada sublevación y sus incidencias, y otras de igual naturaleza*», los militares perdiesen los beneficios del fuero, y que los imputados fuesen juzgados por las reales audiencias ⁴⁴.

2. El caso rioplatense. Lógicamente, la gravitación del reformismo borbónico también se hizo sentir en el Río de la Plata, sobre todo a partir del último cuarto del siglo XVIII. De este modo, por ejemplo, el 2 de noviembre de 1774 el gobernador bonaerense Juan José de Vértiz dictó un auto concediendo el goce del fuero tanto a los oficiales, sargentos y cabos de las milicias porteñas como a todos los milicianos retirados que hubiesen prestado veinte o más años de servicios, medida que, posteriormente, se aplicó en otros distritos de la región ⁴⁵.

Empero, en rigor de verdad, los grandes cambios comenzaron a manifestarse recién a partir de 1776, cuando la implantación del Virreinato dio lugar a un sensible incremento de la vida militar rioplatense. Sin embargo, esta importantísima transformación institucional no se tradujo en

⁴² Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, pág. 10. *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, vol. III, cit., pág. 228.

⁴³ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, pág. 14.

⁴⁴ *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, cit., vol. III, págs. 47, 130 a 132.

⁴⁵ Abelardo LEVAGGI, «La aplicación del fuero militar...», cit., pág. 306.

lo inmediato en el dictado de ninguna normativa penal o procesal castrense nueva, sino, fundamentalmente, en ciertos cambios y actitudes frente a lo jurídico militar. Así, v.gr., para noviembre de 1779 el proceso de expansión de la jurisdicción castrense suscitó la oposición del cabildo de Mendoza, alarmado por la sensible reducción de competencia de la jurisdicción ordinaria ⁴⁶.

En cuanto a concretas modificaciones en el régimen jurídico militar rioplatense, cabe señalar que en 1782 se produjo un cambio, cuando el sistema de las gobernaciones fue reemplazado por el de las intendencias. En efecto, merced a esta medida la casi totalidad de las atribuciones jurídico militares de los antiguos gobernadores se adjudicó directamente a los jefes castrenses. Sin embargo, la real ordenanza de 1782 también concedió a los intendentes algunas competencias vinculadas con el ejercicio de la jurisdicción militar. De este modo, en el caso de que al producirse el desplazamiento de algún contingente de los ejércitos del rey, si los soldados hubieran ocasionado daños o extorsiones a las personas del pueblo, «*ya insultándolos o maltratándolos, o ya tomando de ellos dinero, frutos, géneros, u otras cosas*» que no correspondiesen, la instrucción de lo acontecido y la justificación del «ultraje o agravio» cometido correspondía a los intendentes y a las justicias que dependiesen de ellos, aunque una vez finalizada esta tarea, y determinado el monto que importaban los daños producidos, las actuaciones debían ser elevadas a la consideración del virrey, para que éste estableciese el oportuno castigo de los delincuentes ⁴⁷. Asimismo, en ene-

⁴⁶ Representación del cabildo de Mendoza al virrey Vértiz; Mendoza, 15 de noviembre de 1779. Transcrita parcialmente por Abelardo LEVAGGI, «La aplicación del fuero militar...», art. cit., pág. 309.

⁴⁷ Artículos 250 y 251 de la real ordenanza de intendentes de 1782. Dicha ordenanza es reproducida al completo en María Laura SANMARTINO DE DROMI, *Documentos Constitucionales Argentinos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1984.

ro de 1801 se introdujo otra novedad con la sanción del reglamento de las milicias de Buenos Aires, instrumento que, inspirado en el precedente cubano de 1769, extendió el goce del fuero militar a los milicianos porteños en aquellos casos en los que fuesen imputados de la comisión de delitos «*puramente criminales*»⁴⁸. También en 1801, pero en el mes de agosto, una junta de guerra celebrada en Montevideo estableció diversas normas relativas al delito de desertión⁴⁹.

Al margen de lo referido, y del dictado de algunas otras disposiciones aisladas, como la orden virreinal de 6 de marzo de 1809 relativa a los desertores⁵⁰, las mayores innovaciones rioplatenses en materia jurídico militar se produjeron a partir de las invasiones inglesas. En efecto, la masiva militarización de la población porteña -que en buena medida anticipó lo que sucedería a partir de la Revolución de Mayo-, no sólo extendió extraordinariamente la competencia de los tribunales castrenses, sino que dio lugar a la aparición de un orden penal militar *sui generis*, apoyado más en el entusiasmo de los soldados que en el cumplimiento de «*las reglas severas de las ordenanzas*»⁵¹. Dicho de otro modo, la elección de los oficiales de los nuevos cuerpos por parte de los soldados debilitó enormemente la disciplina militar, aun cuando el ejercicio de la voluntad popular fue objeto de manipulaciones⁵². Por otra par-

⁴⁸ Capítulos IV y V del reglamento para las milicias disciplinadas de infantería y caballería del Virreinato del Río de la Plata; transcritos al completo en *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, cit., vol. III, págs. 102 a 105. Hay una somera descripción de este reglamento en ROSA MELI, «Los fueros militares en el derecho indiano», *Memoria del Tercer Congreso Venezolano de la Historia*, t. II, Academia Nacional de la Historia (Venezuela), Caracas, 1979, pág. 249 y ss..

⁴⁹ Cfr. el auto del virrey Joaquín del Pino de 16 de diciembre de 1801, en AGN IX-12-7-1, expediente 5.

⁵⁰ Cfr. el oficio del comandante del Real Cuerpo de Artillería, Francisco de Orduña, al virrey, Santiago de Liniers; Buenos Aires, 10 de marzo de 1809. En AGN, IX-2-1-3.

⁵¹ Ignacio NÚÑEZ, *Autobiografía*, cit., págs. 127 y 148.

⁵² Refiriéndose a la elección de oficiales en el Cuerpo de Patricios, dijo BELGRANO: «... desde entonces, empecé a ver las tramas de los hombres de nada, para elevarse

te, la generalizada indisciplina se agravó con el acentuado mal ejemplo que brindaban los jefes, quienes no temían desobedecer a sus comandantes y faltarles el respeto frente la tropa formada ⁵³. Así las cosas, no resulta extraño que algunos soldados tuviesen actitudes absolutamente descomedidas, como fue el caso del centinela José Benítez Ortiz, quien tras haber sido justamente reprendido por el sargento mayor de la Plaza, José María Cabrer, por infractor a las disposiciones del servicio, no tuvo mejor ocurrencia que vociferar a voz en cuello su deseo de que Cabrer fuese puesto en el cepo... ⁵⁴. Asimismo, las autoridades de la corona contribuyeron a esta situación al tratar de evitar el «*descontento*» de los cuerpos y de sus comandantes ⁵⁵, merced al generoso otorgamiento de indultos generales y particulares, el ejercicio de una indulgencia cómplice frente a la comisión de las faltas militares ⁵⁶, y la aplicación de una equidad «*benévola*» en oportunidad de juzgarse las infracciones castrenses ⁵⁷.

sobre los de verdadero mérito; y no haber tomado por mí mismo la recepción de votos, acaso salen dos hombres oscuros, más por sus vicios que por otra cosa, a ponerse a la cabeza del cuerpo...». En *Biblioteca de Mayo*, t. II, pág. 960.

⁵³ V.gr., véase el oficio del comandante interino del Real Cuerpo de Artillería, Francisco Javier Pizarro, al Virrey y Capitán General, Santiago de Liniers; Buenos Aires, 8 de enero de 1808. En AGN, IX-2-1-3.

⁵⁴ Véase el parte del sargento mayor de plaza, José María Cabrer, al Virrey y Capitán General, Santiago de Liniers; Buenos Aires, 4 de abril de 1808. En AGN, IX-2-1-3.

⁵⁵ Véase el oficio del comisionado para el arreglo de los Cuerpos Militares de la capital, Pascual Ruiz Huidobro, al Virrey y Capitán General, Baltasar Hidalgo de Cisneros; Buenos Aires, 13 de octubre de 1809. En AGN, IX-2-1-3.

⁵⁶ Un ejemplo, en la resolución dictada el 18 de agosto de 1808, en la causa incoada contra el teniente coronel Santiago Cerro y Zamudio, en AGN, IX-2-1-3. Véase, en el mismo legajo, la declaración del virrey y capitán general, Santiago de Liniers, emitida el 18 de enero de 1808, ante una petición elevada por el Comandante Interino del Real Cuerpo de Artillería, Francisco Javier Pizarro, el 8 de enero del mismo año.

⁵⁷ Un caso de indulto general a desertores, motivado por la necesidad de reunir un contingente que reemplazase a la tropa destinada al servicio activo en Buenos Aires y en Montevideo, lo brinda el bando dictado por el virrey Cisneros el 20 de enero de 1810. En *Biblioteca de Mayo*, t. XVIII, pág. 16.032.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. Características del derecho penal militar aplicado en Indias. Aunque ya a principios del siglo XVII se hablaba de la existencia de unas «*leyes y costumbres*» de la milicia americana ⁵⁸, la situación jurídico-militar indiana no dejó de estar vinculada con la de la península. Incluso más, en un principio lo que se aplicó en América fue el mismo derecho militar que regía en las tierras castellananas. Así las cosas, por ejemplo, una real cédula dirigida al gobierno de Buenos Aires a finales del siglo XVII aludía a la aplicación local de las ordenanzas militares de la monarquía ⁵⁹. Vale decir, pues, que -con la salvedad de lo que decimos en las consideraciones generales de este capítulo- el régimen penal castrense indiano nunca estuvo totalmente desligado del peninsular. Sin embargo, cabe señalar que además del particularismo de las regulaciones penales militares dictadas en o para Indias, las normas comunes que regían a las tropas europeas y americanas eran objeto de una peculiar aplicación en América. En efecto, si hay algo que caracterizó definitivamente lo jurídico-militar indiano fue una práctica muy rudimentaria. En este orden de cosas, los ejemplos abundan, como que hubo casos en los que la instrucción del sumario no se confió a oficiales, sino a auditores e incluso a un escribano público, y otros en los que el escrito de defensa fue redactado por un

Como ejemplo de un caso de indulto particular, puede consultarse la resolución dictada por el auditor de guerra del Virreinato, Almagro, en la causa seguida al desertor Santiago Rojas; Buenos Aires, 16 de agosto de 1809. En AGN, IX-2-1-3.

⁵⁸ Real cédula de 3 de septiembre de 1627. *Recopilación de Leyes de Indias*, ley 15, título XI, libro III.

⁵⁹ Real cédula de 19 de diciembre de 1695, en cedulario de la Audiencia de Charcas, N° 5318. Agradecemos este dato a la gentileza de Nelly Porro Ghirardi.

sargento ⁶⁰. Además, también se registran procesos en los que se omitió la designación de defensor y la confesión de los reos ⁶¹, y otros en los que la instrucción debió volverse a labrar por haberse omitido importantes disposiciones de las ordenanzas ⁶², que afectaban «*la libertad con que los testigos deben expedirse*» ⁶³. Asimismo, también hubo sentencias que adolecieron de notorios «*desarreglos*» ⁶⁴, o en las que se invocaron reales órdenes que nunca fueron comunicadas a América ⁶⁵.

En cuanto a los criterios jurídicos manifestados, cabe señalar que en la práctica forense indiana se distinguía entre el homicidio culposo y el doloso ⁶⁶. Además, que en materia de atenuantes se tenía en consideración la ignorancia de los imputados ⁶⁷ y, pese a las expresas prescripciones en contra-

⁶⁰ Causa contra el sargento José Bega por insubordinación e insulto al superior, Santiago de Chile (1808), en Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 181. Causa criminal contra Zenón Mora, acusado del delito de abandono del puesto de centinela, Concepción, 1761, en Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 176 y ss..

⁶¹ Sumaria por insubordinación instruida contra los soldados Antonio Barroso y Rafael Rodríguez, Concepción, 1771. Causa contra el soldado Andrés Ibarra por evasión de presos, Valparaíso, 1726; ambas en Pedro Toledo Sánchez, ob. cit., págs. 179 y ss., 250.

⁶² BRAH, Colección Mata Linares, t. LV, documento 1530.

⁶³ Dictamen del asesor acompañado, Julián de Leiva, en la causa seguida al capitán Juan Francisco Borges por desacato e insulto a la persona del gobernador de la provincia de La Paz; Buenos Aires, 19 de septiembre de 1796. En AGN, IX-12-6-8, expediente 9.

⁶⁴ Vista del fiscal de la audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata; Buenos Aires, 17 de enero de 1788. En AGN, IX-12-6-9.

⁶⁵ Este episodio es recordado por Eduardo MARTIRÉ, ob. cit., págs. 300 y 301.

⁶⁶ Conclusión fiscal presentada por Vicente Lastra en la causa seguida a Faustino Alvarado por homicidio; Buenos Aires, 10 de noviembre de 1807. AGN, legajo IX-12-6-7, expediente 7.

⁶⁷ Sentencia dictada en la causa incoada al soldado Domingo Friz por atropello a centinela, Santiago de Chile, 16 de julio de 1784; Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 189. Conclusión del juez fiscal Rafael Hortiguera en la causa del blandengue Juan José Agriela; Frontera de Luján, 25 de enero de 1802; AGN, IX-12-6-7, exped. 8. Defensa presentada por Juan Vicente Colomer en la causa seguida al soldado Pedro Cuello, Ranchos, 28 de mayo de 1792; AGN, IX-12-6-9, exped. 6.

rio contenidas en las ordenanzas de Carlos III, a la embriaguez ⁶⁸. Asimismo, que fue habitual el recurso a la analogía ⁶⁹. En este sentido, por ejemplo, en un caso en el que se juzgaba a un soldado por haber maltratado al cabo que se hallaba al mando de su facción, se invocó, entre otros argumentos, una real cédula de 3 de agosto de 1771, que en realidad castigaba a quienes injuriasen a las patrullas ⁷⁰.

En lo atinente al procedimiento observado en las causas militares indianas, corresponde señalar que imperaba la idea de que las sentencias debían dictarse y aplicarse rápidamente, en «*beneficio del buen ejemplo y disciplina militar*» ⁷¹. Consecuentemente, la mayor parte de los procesos se confeccionaban y sentenciaban en plazos breves. Así, a partir del examen de la serie de expedientes sobre deserción que se conservan actualmente en el Archivo General de la Nación cabe concluir que un 38% de los procesos se instruyó y resolvió en menos de un mes; y que otro 38% demoró entre uno y seis meses hasta ser resueltos. Sin embargo, también se produjeron notables casos de negligencia en el cumplimiento de la función jurisdiccional. De este modo, hubo procesos cuya resolución se extendió a lo largo de dos y hasta de cuatro años, «*a causa de haberse traspapelado*» la sumaria ⁷². En este senti-

⁶⁸ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 116. Dictamen de José de Almagro y de la Torre en la causa seguida al blandengue Manuel Gómez (1805); transcripta parcialmente por Guillermo PALOMBO, «La aplicación del derecho penal militar en el Virreinato del Río de la Plata», en *Prudentia Iuris*, N° 6 (abril de 1982), pág. 52.

⁶⁹ Defensa presentada en la causa iniciada al soldado Simón Farfán por maltrato a superior, Santiago de Chile, 1804; Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 200.

⁷⁰ Dictamen fiscal recaído en el proceso contra el cabo Manuel Abarca y el soldado Dionisio Castro, Santiago de Chile, 1805, en Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 214.

⁷¹ Real cédula de 13 de diciembre de 1620. En *Recopilación de Leyes de Indias*, Ley 9, título X, libro V.

⁷² Decreto del virrey, Buenos Aires, 2 de julio de 1795; AGN, legajo IX-12-7-3, expediente 10. En AGN, legajo IX-12-7-5, expediente 18, también se justifica la demora

do, cabe señalar que no eran pocos los problemas que entorpecían el normal desempeño de la tarea instructoria. De este modo, por ejemplo, cabe recordar que la dispersión de los posibles testigos, ocupados en tareas militares o rurales, ocasionaba notables demoras, cuando no conspiraba decididamente contra el feliz término de las sumarias ⁷³. Asimismo, otra característica frecuente en el ámbito de lo procesal era recurrir a los términos de una real orden de 10 de noviembre de 1781, que autorizaba a las autoridades indianas a no cumplir con la formación de los pertinentes consejos de guerra cuando resultase imposible reunir el número de vocales necesarios ⁷⁴. En este sentido, el análisis cuantitativo de la realidad rioplatense -en donde los oficiales de los cuerpos se hallaban distribuidos «*en los diferentes puestos que cubren la frontera a considerable distancia unos de otros*» ⁷⁵- resulta inapelable: sólo en uno de cada cuatro casos se constituyeron los correspondien-

en la impartición de la sentencia porque se ha traspapelado la sumaria. Lo mismo surge del oficio del comandante interino del cuerpo de artillería, Francisco Javier Pizarro, al virrey, Santiago de Liniers, Buenos Aires, 9 de junio de 1808, en AGN, IX-2-1-3. En cuanto a otros procesos que se demoran, véanse en el AGN, IX-12-7-3, expediente 3; IX-12-7-5, expediente 11; IX-12-6-7, expediente 14.

⁷³ Puede verse un ejemplo en el oficio del comandante de fronteras, Francisco Balcarce, dirigido al virrey, marqués de Loreto -Luján, 8 de noviembre de 1786-, en el que se informa que no se le pudo tomar declaración ni al cabo Francisco Barrios ni a otros militares, por hallarse de expedición a las salinas. Ante el mantenimiento de estas circunstancias, el virrey, por superior providencia fechada en Buenos Aires, el 4 de diciembre de 1787, decidió dar por concluida la sumaria «*para evitar nuevos retrasos sobre el que ya experimenta esta causa*», en AGN, IX-12-7-2, expediente 6. Por su parte, en otro proceso el juez fiscal actuante debió solicitar que se remitiese el interrogatorio al lugar donde se hallaban los testigos, debido a que «*los aprehensores de dicho reo se hallan en la frontera del Salto de donde no será fácil separarlos por las presentes ocurrencias de la siega*». Véase el oficio de Pedro Ibáñez, ayudante mayor del regimiento de voluntarios de caballería de Buenos Aires, al virrey; Buenos Aires, 17 de diciembre de 1801. En AGN, IX-12-7-3, expediente 7.

⁷⁴ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 3.

⁷⁵ Sentencia recaída en la causa incoada a Juan de la Cruz Córdoba; Buenos Aires, 2 de octubre de 1787. AGN, IX-12-6-9, expediente 9.

tes consejos, en tanto que en el resto de los procesos las causas fueron resueltas directamente por los virreyes.

En cuanto al respeto de las garantías que interesaban a los procesados, cabe reconocer que en la práctica éstas se redujeron considerablemente, denunciándose, incluso, que los acusados solían ser sentenciados en base a pruebas «*débiles e incompletas*»⁷⁶, y que algunos consejos de guerra habían desatendido los escritos de defensa y sentenciado a los reos «*caprichosamente*»⁷⁷. En este orden de cosas, cabe señalar que, fundamentalmente, los motivos del sostenido deterioro de dichas garantías resultaban de las dificultades para confeccionar las sumarias, para dotar de defensor al reo y, como ya se ha señalado, para constituir los consejos de guerra⁷⁸. En lo atinente al socorro jurídico de los procesados, el limitado número de oficiales de dotación, quienes debían desempeñar numerosas comisiones, incidió para que se rechazasen no pocas propuestas de nombramiento. Así, por ejemplo, en una causa el defensor elegido puso en conocimiento del fiscal la imposibilidad de aceptar el encargo adjudicado, debido a que ejercía funciones en otro proceso⁷⁹. Pero esto no es todo. La disponibilidad de oficiales en condiciones de prestar adecuado auxilio a los reos llegó a ser tan reducida, que en alguna ocasión, ante la ausencia de personal idóneo, se decidió, sin más, privar del derecho de defensa al imputado⁸⁰. Pese a

⁷⁶ Defensa presentada por el capitán graduado Juan Antonio Díaz del Castillo; La Paz, 26 de septiembre de 1795. AGN, IX-23-1-7.

⁷⁷ Escrito de defensa presentado por el teniente José Miguel de Quintana Lasso de la Vega; Montevideo, 30 de mayo de 1798. En AGN, IX-12-6-10, expediente 3.

⁷⁸ Véase un ejemplo de lo dicho en la sentencia recaída en la causa del blandengue José Almada; Buenos Aires, 4 de enero de 1788. AGN, IX-12-6-7, expediente 10. Consúltese, además: AGN, IX-12-6-7, expediente 17; sentencia de 10 de marzo de 1791, en AGN, IX-12-6-8, expediente 14.

⁷⁹ Oficio del comandante de frontera, Nicolás de la Quintana, a Miguel Tejedor; Frontera de Luján, 23 de mayo de 1792. AGN, legajo IX-12-7-6, exped. 11.

⁸⁰ «*Procederá Vm.* -ordenó el comandante de la frontera, Nicolás de la Quintana, al juez fiscal, Juan Antonio Hernández, en la causa criminal iniciada contra el soldado

todo lo dicho, sin embargo, debemos advertir que no existió una tendencia definida y consciente para perjudicar a los procesados, sino que todas estas situaciones se debieron, en buena medida, a las limitaciones propias de la precaria estructura militar indiana.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que la relativamente rudimentaria estructura jurídico militar indiana debía hacer frente a una tropa cuya disciplina era inferior a la de los contingentes metropolitanos ⁸¹, y a la que no alcanzaban a corregir los castigos previstos en las reales ordenanzas ⁸². Respecto de esta cuestión, sin embargo, la situación no era igual en todas partes. En efecto, si a comienzos del siglo XVII llegó a denunciarse a un grupo de soldados que circunstancialmente se hallaban en Buenos Aires, como autores de numerosas «*pendencias y heridos y otros delitos*» ⁸³, los contingentes de tropa fija solían hacer gala de una gran obediencia. Al respecto, cabe recordar que el inusual motín de los veteranos de Cartagena de Indias en 1745, se debió al hecho de que no habían cobrado haberes por el término de ocho años ⁸⁴. Pero si la disciplina de los soldados profesionales era más o

Pedro Farías, de la 4ª compañía de blandengues, por ser desertor reincidente y por haberse llevado a una mujer soltera para casarse con ella- *a practicar las ratificaciones y careo correspondiente, poniendo también su conclusión fiscal, excusando la elección de defensa respecto a que no hay oficiales que puedan obtener dicho encargo, por hallarse ausentes y empleados en asuntos del real servicio*». Frontera de Luján, 11 de enero de 1796, en AGN, legajo IX-23-1-7.

⁸¹ Christon I. ARCHER, *El ejército en el México borbónico, 1760-1810*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pág. 321.

⁸² Oficio del comandante de la frontera, Francisco Betbecé, al virrey del Río de la Plata, Juan José de Vértiz; Buenos Aires, 19 de enero de 1781. En AGN, IX-12-6-9, expediente 15.

⁸³ Cabildo de 26 de junio de 1623, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie I, t. V, pág. 385.

⁸⁴ Relación del suceso acaecido en la Plaza de Cartagena de Indias con la tropa de su guarnición, día 2 de abril de 1745. En BRAH, Colección Mata Linares, documento 3898, t. LXXIX, foja 227 vta..

menos buena -aunque se «relajara» cuando las unidades se fragmentaban en pequeñas y distantes guarniciones ⁸⁵-, la situación era muy distinta en cuanto a las milicias, a las que se sindicaba, con justicia, como carentes de la «civilización y disciplina» de la tropa veterana ⁸⁶. De este modo, en el ámbito rioplatense la sublevación de Tupac Amaru sirvió para demostrar que las milicias locales carecían de «las mínimas tinturas» de la obediencia castrense ⁸⁷, situación que no hizo sino empeorar en el Buenos Aires prerrevolucionario, como consecuencia de la masiva militarización de la población porteña ⁸⁸.

2. Las penas. Respecto de las penas, imperó en Indias la idea de que debía usarse de la «prudencia» en su aplicación, y que el valor de los castigos no sólo residía en corregir a los reos sino también en servir de ejemplo para los que no habían delinquido ⁸⁹. Además, se pensaba que las penas debían imponerse de acuerdo con «el orden gradual que exige la justicia para que se logren los saludables fines de su establecimiento» ⁹⁰. Asimismo, otra característica de la práctica india, fue que los castigos no pocas veces resultaron menos rigurosos que lo que establecía la legislación general ⁹¹. De este

⁸⁵ Informe del regente y gobernador intendente de Cuzco, José Portilla, al virrey y capitán general, frey Francisco Gil y Lemos; Cuzco, 31 de julio de 1790. En BRAH, Colección Mata Linares, documento 3427, t. LXXVII, foja 749 vta..

⁸⁶ AGN, IX-24-5-5, expediente 38.

⁸⁷ Informe del inspector general del Virreinato del Perú, Gabriel de Avilés, al virrey y capitán general, frey Francisco Gil y Lemos; Lima, 27 de agosto de 1790. En BRAH, Colección Mata Linares, documento 3427, t. LXXVII, foja 751.

⁸⁸ Véase, v.gr., Ignacio Núñez, *Autobiografía*, Buenos Aires, Comisión de Cultura del Senado de la Nación - Academia Nacional de la Historia, 1996, *passim*.

⁸⁹ Oficio del subinspector, marqués de Sobremonte, al virrey, marqués de Avilés, Buenos Aires, 1° de julio de 1799, en AGN, IX-28-7-3, documento 386.

⁹⁰ Real orden de 29 de agosto de 1794. En AGN, IX-15-2-3.

⁹¹ V.gr., Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 143 y 149.

modo, por ejemplo, no fue raro que se solicitara la disminución de las penas, en atención a «*la mucha ignorancia*» de los reos ⁹². Sin embargo, en esta materia no dejaron de cometerse algunos excesos, como no respetar la inmunidad en sagrado de los reos ⁹³, o eludir la consulta al rey antes de imponer sentencias de muerte ⁹⁴. Por otra parte, la reiteración de ciertas figuras delictivas, como el abandono de las guardias, la venta de uniformes, la embriaguez o la comisión de faltas de respeto a los superiores, condujeron a algunos jefes indios a proponer que a las penas ordinarias se le agregase la aplicación de latigazos ⁹⁵. Empero, al igual que en el viejo continente, los militares no pudieron ser lícitamente objeto de azotes ⁹⁶, ni de vergüenza pública ⁹⁷, aun cuando el castigo de muerte mediante la horca -una pena que se consideraba afrentosa ⁹⁸- tuvo aplicación excepcionalmente. Así las cosas, los castigos más habituales en Indias fueron el trato de cuerda ⁹⁹, el cepo ¹⁰⁰ y las carreras de baquetas ¹⁰¹. Sin embargo, respecto de la pena mencionada en último término hubo ocasiones en la que se la reemplazó por otra, debido a que la escasez de

⁹² Defensa del soldado Pedro Cuello presentada por el oficial Vicente Juan Colomer el 28 de mayo de 1792. En AGN, IX-12-6-9, expediente 6.

⁹³ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 125.

⁹⁴ Idem ant., pág. 124.

⁹⁵ Christon I. ARCHER, ob. cit., págs. 326 y 327.

⁹⁶ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 128.

⁹⁷ Real cédula de 3 de septiembre de 1627. Ley 15, título XI, libro III, de la *Recopilación de Leyes de Indias*.

⁹⁸ Real orden de 29 de agosto de 1794. En AGN, IX-15-2-3.

⁹⁹ Puede verse un ejemplo en la real cédula de 21 de marzo de 1726, en Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. VI, pág. 258.

¹⁰⁰ Véase un ejemplo en el parte de 4 de abril de 1808, elevado al virrey por el sargento mayor de la plaza, José María Cabrer, en AGN, IX-2-1-3. También, Ignacio NÚÑEZ, *Autobiografía*, ob. cit., pág. 95.

¹⁰¹ V.gr., véase AGN, IX-12-7-1, expediente 5 (1801).

personal existente habría hecho del castigo más una «*irrisión*» que un verdadero «*escarmiento*»¹⁰². Además, bajo el influjo de las nuevas ideas penales, las reales cédulas de 10 de enero de 1803 y de 18 de febrero de 1805 condujeron a la suspensión de las baquetas respecto de algunos delitos, como la desertión¹⁰³. En cuanto a otros castigos, vale la pena decir que a veces se recurría al quinceo¹⁰⁴, y que en Chile la pena de presidio se cumplía en Valdivia, en la isla de Juan Fernández, y excepcionalmente en el puerto del Callao¹⁰⁵. Por otra parte, y al margen de los castigos permitidos, no fue raro que los oficiales castigasen a los soldados con palos y con planazos¹⁰⁶, costumbre que fue expresamente prohibida por el virrey novohispano Iturrigaray en agosto de 1804¹⁰⁷.

b. Figuras penales

1. Algunos tópicos relevantes. Entre los delitos indianos más frecuentes se encontraba la desertión¹⁰⁸, sobre todo entre las compañías de mestizos y de mulatos reclutados en Indias¹⁰⁹, y en los contingentes de tropa miliciana. En este sentido, por ejemplo, cabe referir que a mediados del siglo XVIII la guarnición de milicias cordobesas apostada en la

¹⁰² Causa criminal contra Zenón Mora, acusado del delito de abandono del puesto de centinela, Concepción, 1761, en Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 178.

¹⁰³ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 128. Christon I. ARCHER, ob. cit., pág. 345.

¹⁰⁴ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 185.

¹⁰⁵ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 130 y 180.

¹⁰⁶ Representación firmada por el cabo 1° Antonio Ximénez, el cabo 2° Felipe Astorga y el soldado Juan Manuel Hidalgo, de la compañía de zapadores del Regimiento Patriotas de la Unión, Buenos Aires, 26 de octubre de 1807. En AGN, IX-24-5-3.

¹⁰⁷ Christon I. ARCHER, ob. cit., págs. 327 y 328.

¹⁰⁸ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 142. Christon I. ARCHER, ob. cit., pág. 341.

¹⁰⁹ Véase la real cédula de 9 de abril de 1662, transcrita parcialmente en Roberto OÑAT y Carlos ROA, ob. cit., pág. 90.

frontera chaqueña vio mermado su personal a la mitad en el curso de un bimestre ¹¹⁰. De un modo semejante, en México la deserción era calificada, sin exageración, de «escandalosa» ¹¹¹. Al respecto, se sabe que entre 1800 y 1802 fugaron de las filas novohispanas más de mil quinientos soldados. Así las cosas, para enfrentar el problema suscitado por los desertores indios -muchos de ellos reincidentes-, el 9 de diciembre de 1788 la corona estableció la pena de ocho meses en las obras públicas ¹¹². Asimismo, también recurrió a la concesión de indultos ¹¹³. Sin embargo, los resultados distaron de ser los apetecidos. Así, una autoridad rioplatense expuso que frente a la «*natural propensión*» indiana a la deserción no bastaban ni los castigos ni las precauciones ¹¹⁴.

En cuanto a figuras penales específicamente indianas, cabe decir que si bien el reglamento para las milicias de Cuba remitía al dispositivo penal de las ordenanzas de Carlos III ¹¹⁵, y por ejemplo, castigaba a los sargentos, cabos y soldados desertores en tiempo de guerra con la «*pena de muerte im-*

¹¹⁰ Marcela GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 64.

¹¹¹ María del Carmen VELÁZQUEZ, *El estado de guerra en Nueva España 1760-1808*, México, El Colegio de México, 1950, nota 263, pág. 78. Sobre esta expresión -«deserción escandalosa»- hemos registrado su empleo en el Río de la Plata, en un borrador de oficio dirigido al subinspector general, fechado en el campamento del Monte de Castro el 29 de junio de 1806, en AGN, IX-1-4-6. Respecto de la deserción indiana, se encuentran referencias a otras áreas de la monarquía española en Lucio MUJARES PÉREZ, «La organización de las milicias venezolanas en la segunda mitad del siglo XVIII», *Memoria del Tercer Congreso Venezolano de Historia*, t. II, Academia Nacional de la Historia (Venezuela), Caracas, 1979, pág. 278, en Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 148, en Christon I. ARCHER, ob. cit., págs. 337 y 339; y en María del Carmen VELÁZQUEZ, *El estado de guerra en Nueva España 1760-1808*, ob. cit., págs. 132, 170 y 199.

¹¹² Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 141.

¹¹³ Por no citar sino un caso, cabe mencionar el indulto de 12 de julio de 1778, mencionado por el virrey del Río de la Plata, Juan José VÉRTIZ, en un oficio fechado el 30 de noviembre de 1778. En AGN, IX-8-1-7.

¹¹⁴ Memoria del virrey Juan José VÉRTIZ, EN *Memorias de los virreyes del Río de la Plata* (con noticia preliminar de Sigfrido RADAELLI), Buenos Aires, Bajel, 1945, pág. 161.

¹¹⁵ Artículo 11, capítulo 1, reglamento de las milicias de Cuba de 1769.

*puesta en las ordenanzas generales del ejército a los soldados veteranos»*¹¹⁶, aquél también preveía algunas disposiciones represivas autónomas. De este modo, en tiempo de guerra o mientras cumpliesen servicio, la ausencia injustificada de los milicianos de su destino se castigaba con presidio en las reales obras por dos años¹¹⁷; asimismo, algo semejante sucedía en materia de casamientos contraídos sin autorización¹¹⁸. Por otra parte, en el Río de la Plata un bando de 3 de octubre de 1780 impuso la pena de muerte para aquellos soldados que marchasen a las tolderías en tiempo de guerra¹¹⁹, mientras que otra disposición de finales del siglo XVIII castigó la inasistencia a la convocatoria a las armas con la pena de seis años de presidio y con la confiscación de bienes¹²⁰.

c. Jurisdicción

1. Las estructuras jurisdiccionales. Hasta la instauración de los consejos de guerra a mediados del siglo XVIII, la justicia castrense indiana fue administrada por los funcionarios dotados con las máximas facultades militares, quienes debían contar con asesoramiento letrado cuando ello fuera posible¹²¹. Vale decir, pues, que la jurisdicción castrense integró el ejercicio del mando, tal como resulta de los términos de la real orden dictada el 17 de noviembre de 1607 por Felipe III. Sin embargo, la magistratura militar también fue

¹¹⁶ Artículo 4, capítulo 5, reglamento de las milicias de Cuba de 1769.

¹¹⁷ Artículo 54, capítulo 5, reglamento de las milicias de Cuba de 1769.

¹¹⁸ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. II, pág. 514 y ss..

¹¹⁹ *Documentos para la Historia del Virreynato del Río de la Plata*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1912, t. I, pág. 305.

¹²⁰ Idem ant., t. I, pág. 218.

¹²¹ Héctor J. TANZI, «La justicia militar en el derecho indiano (con especial referencia al Río de la Plata)», *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, 1969, t. XXVI, pág. 201.

responsable de la resolución de otro tipo de causas, como las de los extranjeros transeúntes ¹²², o aquellas en las que estuviesen complicadas personas que, sin ser soldados ni asimilados a los militares, hubiesen participado en la comisión de delitos tales como el auxilio a los desertores, la producción de daños en los cuarteles, o la resistencia y el desercato a las tropas del rey.

De esta manera, mientras que en los castillos y en los fuertes, el ejercicio de la primera instancia en materia militar se adjudicó a los alcaides, respecto de las causas concernientes a los milicianos fueron los gobernadores de las plazas quienes debían conocer en análoga oportunidad ¹²³. Por otra parte, la instancia jurisdiccional superior en el orden local -destinada a resolver las apelaciones, ponderadas como un «*remedio natural y favorecido en derecho*» ¹²⁴- era habitualmente desempeñada por los capitanes generales de la respectiva gobernación ¹²⁵. Sin embargo, no todos ellos contaron con este tipo de atribuciones jurisdiccionales. Así, por ejemplo, respecto de los procesos sustanciados en Cartagena de Indias, Cuba, Florida, Puerto Rico, Santa Marta, Venezuela, Honduras y Yucatán, la segunda instancia residía en la Junta de Guerra de Indias ¹²⁶, un organismo con sede en la península del que hablaremos más adelante. Volviendo al análisis de las atribuciones de los capitanes generales, cabe referir aquí que a éstos también les correspondía resolver

¹²² Dictamen del fiscal de la audiencia porteña, Manuel Genaro de Villota, de 28 de abril de 1803. Transcripto en Abelardo LEVAGGI (ed.), *Los escritos del Fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota*, Buenos Aires, Fecic, 1981, pág. 222.

¹²³ Capítulo 10, reglamento de las milicias de Cuba de 1769.

¹²⁴ Juan de SOLÓRZANO PEREYRA, *Política indiana*, Madrid, Biblioteca de Autores Españoles, 1972, libro V, capítulo XVIII, N° 10.

¹²⁵ Real cédula de 20 de noviembre de 1606. *Recopilación de Leyes de Indias*, ley 7, título XI, libro III.

¹²⁶ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, «La junta de guerra de Indias», *Temas de Historia Militar*, I, Madrid, 1988, pág. 107.

las numerosas cuestiones de competencia planteadas ¹²⁷, y que además estaban facultados para revocar las sentencias y para indultar o reducir las penas de los delitos castrenses ¹²⁸. Al respecto, una real orden de 8 de agosto de 1798 los autorizó a reducir en un tercio las penas privativas de libertad establecidas en las sentencias ¹²⁹. En cuanto al concreto ejercicio de estas funciones jurisdiccionales, la normativa vigente establecía que el capitán general debía contar con el asesoramiento de su auditor, o en su defecto con el de otro funcionario letrado -más no de un abogado de la matrícula ¹³⁰-, para ofrecer «*mayor satisfacción de las partes*» ¹³¹.

Por encima de los capitanes generales y completando el cuadro jurisdiccional castrense indiano, también existía una instancia superior en plena metrópoli. Al respecto, y de acuerdo con lo que indica Héctor José Tanzi, es bueno señalar que los recursos interpuestos ante este tipo de tribunales sólo generaban un efecto devolutivo ¹³². Vale decir, pues, que, en principio, salvo que se tratase de una condena a pena capital, el remedio procesal iniciado no suspendía la ejecución de la sentencia dictada por las autoridades militares americanas. Sin embargo, incluso en esas circunstancias, la doctrina admitía la aplicación de la pena «*cuando el delito fuese grave y*

¹²⁷ Dictamen del auditor de guerra de Buenos Aires, Juan Manuel de Labardén; 9 de junio de 1762. En *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie III, t. III, pág. 66.

¹²⁸ Véase un ejemplo en la orden del virrey rioplatense, Pedro Melo de Portugal, al subinspector general del virreinato; Buenos Aires, 17 de diciembre de 1795. AGN, IX-15-2-3, f. 295.

¹²⁹ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 130.

¹³⁰ Cfr. la real cédula de 24 de agosto de 1754, en Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. II, pág. 53.

¹³¹ Reales cédulas de 21 de abril de 1607 y 2 de diciembre de 1608; *Recopilación de Leyes de Indias*, leyes 1 y 2, título XI, libro III. Puede verse un ejemplo concreto de este mecanismo en la causa del soldado Manuel Cristaldo, ventilada en Buenos Aires durante 1809 y 1810, en AGN, IX-10-8-9.

¹³² Héctor J. TANZI, «La justicia militar en el derecho indiano», art. cit., pág. 185.

*notorio y la pena establecida en derecho, o [los delincuentes] se hallasen en acto de guerra y con las armas en la mano»*¹³³. Por otra parte, corresponde señalar que el ejercicio de la función jurisdiccional militar superior no siempre se adjudicó al mismo organismo. Así, si durante el siglo XVI esta tarea se encomendó al Consejo de Indias, a partir de agosto de 1600 y hasta comienzos del siglo XVIII, dicha función se atribuyó, con ciertas intermitencias, a una junta especial con competencia sobre toda América¹³⁴, época a partir de la cual comenzó a entender en estos asuntos el Consejo de Guerra de la monarquía. En cuanto a la junta de guerra de Indias - autodenominada, en alguna oportunidad, Consejo de Guerra de Indias¹³⁵-, ésta estuvo integrada por ocho miembros - cuatro letrados del consejo indiano, y cuatro del de guerra-¹³⁶. Tiempo después, en enero de 1807, se creó un consejo supremo del almirantazgo, con competencia en las causas de marina¹³⁷. Sin embargo, para fines del siglo XVIII se había modificado sustancialmente el ejercicio de la jurisdicción militar superior, ya que con el objeto de evitar que los aforados militares indianos tuviesen que recurrir las sentencias ante el Consejo Supremo radicado en España, la corona adjudicó la resolución de esta instancia a los virreyes y presidentes americanos en tanto que capitanes generales¹³⁸. Asimismo, cuando en 1776 se prohibió la remisión en consulta de los procesos al Consejo Supremo de la Guerra, también se concedió a los

¹³³ Juan de SOLÓRZANO PEREYRA, ob. cit., libro V, capítulo XVIII, N° 11.

¹³⁴ Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, art. cit., pág. 88.

¹³⁵ Lewis HANKE (ed.), «Un manuscrito desconocido de Antonio León Pinelo»; Revista Chilena de Historia y Geografía, t. LXXXIII, N° 91 (julio-diciembre de 1937), pág. 223.

¹³⁶ Héctor J. TANZI, «La justicia militar en el derecho indiano», art. cit., págs. 182, 183 y 187. Juan de SOLÓRZANO PEREYRA, ob. cit., libro V, capítulo XVIII, N° 10.

¹³⁷ *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, La Plata, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, 1938, vol. III, págs. 113 y 116.

¹³⁸ Leyes 1 y 2, título XI, libro III, *Recopilación de Leyes de Indias*. Real orden de 20 de abril de 1784. OÑAT y ROA, ob. cit., pág. 209.

capitanes generales facultades suficientes como para reformar las sentencias que adoleciesen de injusticia notoria ¹³⁹.

Al margen del cuadro general descrito, en Indias también existieron jurisdicciones castrenses especiales. Así, desde 1782 se implantó el juzgado privativo de artillería, con la peculiaridad de que ante la ausencia del comandante del cuerpo, pudiese presidir los respectivos consejos de guerra el gobernador de la plaza, o, en su defecto, el comandante de armas. Además, si no se podía verificar la formación de dichos consejos por falta de oficiales, la causa podía ser determinada directamente por el comandante de artillería, en su ausencia por un auditor, y a falta de éste, por la justicia ordinaria, para que procediesen «*en calidad de sus comisionados a la actuación y formación de la causa*», remitiéndose luego todo lo actuado al juzgado de artillería del departamento, donde se dictaría la correspondiente sentencia ¹⁴⁰.

2. El problema del fuero. A despecho de lo que han sostenido en el siglo XX algunos autores ¹⁴¹, en Indias el goce del fuero militar resultó sumamente extendido. Al respecto, se calcula que, para 1800 y sólo en la Nueva España, el número de aforados superaba los 21.000 individuos ¹⁴².

En lo atinente a los alcances de este fuero, cabe señalar que salvo las cuestiones de mayorazgos y particiones de herencia, los magistrados castrenses entendieron en todos los asuntos -civiles y criminales- que pudieron afectar la vida de un militar y de su familia. Sin embargo, este principio también tenía sus excepciones. De este modo, en 1801, a raíz de

¹³⁹ Guillermo PALOMBO, «La aplicación del derecho penal militar...», cit., pág. 46.

¹⁴⁰ Reales cédulas de 4 de abril de 1782. En Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. II, pág. 425.

¹⁴¹ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 192.

¹⁴² Lyle McALISTER, ob. cit., pág. 83 y ss..

una petición elevada por las autoridades del consulado de Buenos Aires, en la que se manifestaba al rey que la justicia mercantil se veía obstruida porque los aforados -que eran la mayoría de los vecinos- invocaban permanentemente los beneficios del fuero, el rey declaró «*por punto general*» que en los negocios mercantiles no se pudiese «*alegar por ninguno de los individuos, fuero militar*»¹⁴³. Por otra parte, también debe advertirse que si durante algunas épocas el fuero castrense tuvo tanto carácter pasivo como activo -lo que equivale a decir que la jurisdicción militar resultaba aplicable no sólo cuando los soldados eran era objeto de demandas, sino también cuando era los actores de una causa-, a partir del 9 de febrero de 1793 el fuero militar sólo contó con carácter pasivo.

En rigor de verdad, durante el período hispánico el fuero castrense fue considerado como la «*más apreciable*» prerrogativa que el rey concedía a los militares¹⁴⁴ por su condición de tales antes que por el hecho de ser unos «*simples ciudadanos*»¹⁴⁵, resultando a este respecto paradigmático que los milicianos porteños asimilaban el honor del militar con el goce del fuero castrense¹⁴⁶. Por otra parte, cabe señalar que este peculiar concepto se fortaleció a tenor de la actitud de las autoridades regias¹⁴⁷, que encontraron en el fuero un valioso

¹⁴³ Real orden de 21 de junio de 1801. En BRAH, Colección Mata Linares, documento 10201, t. CXX, foja 301.

¹⁴⁴ Escrito de defensa presentado por el capitán de navío Santiago de Liniers en la causa seguida contra el teniente coronel Francisco Arce; Montevideo, febrero de 1801. En AGN, IX-12-6-7, expediente 18.

¹⁴⁵ Representación del capitán Juan Francisco Borges al comandante de armas de La Paz, coronel Francisco Cuellar, La Paz, 23 de julio de 1793, en AGN, IX-12-6-8, expediente 3.

¹⁴⁶ Representación del alférez Manuel Cartelos al virrey Baltasar Hidalgo de Cisneros, Buenos Aires, mayo de 1810. En AGN, X-2-2-12, foja 36, vuelta.

¹⁴⁷ Real cédula de 7 de febrero de 1796. En BRAH, Colección Mata Linares, documento 9562, t. CXVIII, foja 25.

estímulo para el alistamiento de los americanos ¹⁴⁸. Así las cosas, el beneficio de la jurisdicción militar privilegiada adquirió un papel esencial en el marco de la transformación militar de las Indias encarada por los reformistas del siglo XVIII ¹⁴⁹.

En cuanto a sus beneficiarios, en un principio las prerrogativas inherentes al fuero castrense sólo se otorgaron a los militares que recibían sueldo de la Corona. Sin embargo, y de acuerdo con dos disposiciones de 1608 y de 1628, respectivamente, también se las concedió a los milicianos, cuando éstos cumplieren con el servicio de las armas, o se preparasen para prestarlo. En este orden de cosas, cabe recordar que los súbditos indios no se cansaron de solicitar la concesión del fuero. Incluso, y tal como lo recordaría el gran jurista del período hispánico, Juan de Solórzano Pereyra, en 1618 los integrantes de los cuerpos de lanzas y de arcabuces de Lima llegaron a ofrecer la prestación gratuita de servicios militares, si el rey les otorgaba las prerrogativas del fuero ¹⁵⁰. En definitiva, pues, el beneficio del fuero comprendió tanto a los oficiales, como a los soldados, a los cadetes, a los integrantes de las milicias regladas ¹⁵¹, a los auxiliares de justicia, de la sanidad y de la administración castrense, a los asentistas de pertrechos militares, a los prisioneros de guerra, e incluso, a los familiares y a los criados de los militares. Además, desde temprano, el fuero militar también se extendió a los milicianos que se encontrasen en campaña o prestando servicio de armas ¹⁵² -salvo respecto de las causas

¹⁴⁸ Dictamen del auditor de guerra de Buenos Aires, Juan Manuel de Labardén, 9 de junio de 1762, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie III, t. III, pág. 67. En cuanto a la generalizada opinión contemporánea respecto del fuero militar como «*aliciente*», véase Abelardo LEVAGGI, «La aplicación del fuero militar...», art. cit., pág. 312 y ss..

¹⁴⁹ Allan J. KUETHE, *Military reform and society in New Granada, 1773-1808*, cit., pág. 25.

¹⁵⁰ Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, cit., libro III, cap. XXXIII, pág. 408.

¹⁵¹ Artículo 1, capítulo IV, del reglamento de las milicias de Cuba de 1769.

¹⁵² Reales cédulas de 21 de abril de 1607 y 2 de diciembre de 1608, en *Recopilación de Leyes de Indias*, leyes 1 y 2, título XI, libro III. Reales cédulas de 22

incoadas con anterioridad a su desempeño militar ¹⁵³-, o que se hubiesen retirado con causa legítima tras la prestación de veinte años de servicios ¹⁵⁴. Sin embargo, no todos los milicianos se encontraban en las mismas condiciones, ya que salvo en el caso de guerra, sólo obtenían los beneficios del fuero aquellos que integraban los cuerpos que habían sido aprobados por el monarca ¹⁵⁵. En cuanto a otros usuarios del fuero, cabe señalar que también se lo concedió a algunos indígenas chilenos, como los reducidos de Chiloe ¹⁵⁶, y a los «*capitanes de amigos*» de Cuyo y del reino de Chile ¹⁵⁷.

En tanto que privilegio concedido por el rey, y ante la falta de expresas disposiciones legales, durante algún tiempo se discutió si el fuero militar podía ser renunciado ¹⁵⁸. Al respecto, García Gallo entiende que los soldados podían prescindir de él cuando les conviniese ¹⁵⁹, criterio que se volcó en una real cédula de 1642, merced a la cual se permitió que los aforados militares pudiesen renunciar a su privilegio en cuestiones civiles, con el objeto de facilitar sus negocios ¹⁶⁰. Sin

de septiembre de 1687 y 30 de diciembre de 1714, en Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. VI, págs. 257 y 258.

¹⁵³ Real cédula de 30 de marzo de 1635. En *Recopilación de Leyes de Indias*, ley 5, título XI, libro III.

¹⁵⁴ Alfonso GARCÍA GALLO, «El servicio militar en Indias», cit., pág. 509.

¹⁵⁵ Real orden de 8 de abril de 1791. Dictamen del fiscal de la audiencia porteña, Manuel Genaro de Villota, de 6 de octubre de 1802; transcripto en Abelardo LEVAGGI (ed.), *Los escritos...*, ob. cit, pág. 199.

¹⁵⁶ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 118.

¹⁵⁷ Abelardo LEVAGGI, «Una institución chilena trasplantada al Río de la Plata: el ‘capitán de amigos’», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XIII (1989-1990), Valparaíso, pág. 100.

¹⁵⁸ Juan de SOLÓRZANO PEREYRA, ob. cit., libro V, capítulo XVIII, N°s 15 y 16.

¹⁵⁹ Alfonso GARCÍA GALLO, «El servicio militar en Indias», cit, pág. 499.

¹⁶⁰ *Recopilación de Leyes de Indias*, ley 17, título XI, libro III. Abelardo LEVAGGI, «Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata», *Revista del Instituto de Historia del Derecho ‘Ricardo Levene’*, N° 22, 1971, pág. 50. Lewis HANKE (ed.), art. cit., pág. 218.

embargo, esta postura se modificó sustancialmente durante el siglo XVIII, como lo demuestran el articulado del reglamento de las milicias de Cuba ¹⁶¹ y una circular porteña de 1806 ¹⁶², que prohibían la renuncia del fuero. En otro orden de cosas, cabe señalar que el desafuero de los militares tenía lugar en el caso de que éstos fuesen juzgados por usar armas prohibidas; por amancebarse y cometer hurtos en la Corte; por resistirse a la justicia real; por participar en conmociones y desórdenes populares; y por ejercer el contrabando. Además, desde antiguo se estableció la inoponibilidad del beneficio del fuero cuando los militares ejerciesen una actividad comercial y resultasen demandados por ella ¹⁶³. Sin embargo, en la práctica, los militares no fueron sumisos a esta disposición, como cabe ejemplificar con un proceso rioplatense del que resulta que un jefe castrense hizo caso omiso de lo ordenado por un alcalde, y liberó de prisión a un aforado que había infringido un bando relativo a la actividad comercial ¹⁶⁴. Todo ello motivó que las disposiciones en la materia debiesen ser reiteradas por las autoridades de aplicación, como lo hizo en 1718 el gobernador porteño, Bruno Mauricio de Zavala ¹⁶⁵.

En materia de fuero militar el problema más grave suscitado en Indias fue su abusiva invocación -agravada

¹⁶¹ Artículo 22, capítulo 11, del reglamento de las milicias de Cuba de 1769.

¹⁶² *Cedulario de la Audiencia de Buenos Aires*, cit., t. III, pág. 321.

¹⁶³ Real cédula de 24 de marzo de 1614. En BRAH, colección Mata Linares, documento 1026, t. XXI, foja 320.

¹⁶⁴ Vista del fiscal de la audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata; Buenos Aires, 26 de enero de 1804. Transcrita en Abelardo LEVAGGI (ed.), *El Virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1988, págs. 1160 y 1161. Asimismo, véase un decreto virreinal de 23 de abril de 1793, con el que se rechazó la pretensión de interesar a la jurisdicción castrense en un caso, por tratarse de un asunto «*proveniente de trato y negocio de compañía sobre materia comerciable*», en AGN, IX-12-6-8, expediente 3.

¹⁶⁵ *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie II, t. II, pág. 549.

considerablemente con la expansión jurisdiccional del siglo XVIII-, ya que ella obstaculizaba indebidamente la intervención de la justicia ordinaria ¹⁶⁶. Al respecto, en 1780 el regente novogranadino Gutiérrez de Piñérez llegó a considerar que la amplia concesión del fuero castrense conspiraba contra la estabilidad política y social de la monarquía ¹⁶⁷. Así también lo entendieron distintos funcionarios concejiles, quienes insistieron permanentemente en dar cumplimiento a la norma que restringía el goce del fuero militar a los integrantes de las milicias urbanas ¹⁶⁸, y no dejaron de manifestar su oposición a su excesiva concesión, en tanto que ello implicaba reducir considerablemente el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria ¹⁶⁹, sobre todo en algunas regiones, como la rioplatense, en las «*que todos o lo más*» de los varones mayores de edad estaban alistados ¹⁷⁰. En este orden de cosas,

¹⁶⁶ Real cédula de 24 de marzo de 1614, en BRAH, colección Mata Linares, documento 1026, t. XXI, foja 320. Con respecto a un caso concreto, véase José M. MARILUZ URQUIJO, «La Real Audiencia de Buenos Aires y el Juzgado de Provincia», *Memoria del Segundo Congreso Venezolano de Historia*, t. II, Academia Nacional de la Historia (Venezuela), Caracas, 1975, pág. 154.

¹⁶⁷ Allan J. KUETHE, *Military reform and society in New Granada, 1773-1808*, ob. cit., pág. 80.

¹⁶⁸ Acta del cabildo de Santiago del Estero, 4 de septiembre de 1807, en *Actas capitulares de Santiago del Estero*, t. VI, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1951, pág. 95. Véase, además, el argumento de Antonio José Escalada reproducido por María Rosa PUGLIESE, «La mirada judicial sobre la vida cotidiana en el Buenos Aires de principios del siglo XIX», en Alberto David LEIVA (ed.), *Los días de mayo*, t. II, San Isidro, Academia de Ciencias y Artes de San Isidro, 1998, pág. 280.

¹⁶⁹ Allan KUETHE, «Reforma militar y control político en la Nueva Granada», *Memoria del Tercer Congreso Venezolano de Historia*, t. II, Caracas, Academia Nacional de la Historia (Venezuela), 1979, pág. 156. Eduardo R. SAGUIER, «Las contradicciones entre el fuero militar y el poder político en el Virreinato del Río de la Plata», *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, N° 56 (junio de 1994), Países Bajos, nota 24, pág. 57 y ss..

¹⁷⁰ Dictamen de Manuel Genaro de Villota, fiscal de la Audiencia porteña, en la causa instruida a José Domingo Machuca, Mariano Funes y José Pérez por ladrones; Buenos Aires, 22 de julio de 1800. Transcrito en Abelardo LEVAGGI (ed.), *Los escritos...*, ob. cit., pág. 105.

además de las correspondientes peticiones al rey, las autoridades capitulares también trataron de evitar el crecimiento de la jurisdicción castrense por otros medios. Así, en 1762 el cabildo de Buenos Aires intentó adjudicarse atribuciones para conocer en las causas criminales relativas a todos los vecinos y forasteros alistados en las milicias, pretensión que concluyó abruptamente cuando un bando del gobernador Pedro de Cevallos reprendió la audacia del ayuntamiento, y estableció solemnemente que «*la declaración de cuándo y en qué forma deben gozar del fuero militar los oficiales y soldados de las compañías de milicias de esta ciudad*» era una atribución exclusiva del gobernador ¹⁷¹. Por su parte, años después, invocando presuntos «*males y perjuicios que resulta[ba]n al público*», el cabildo de Córdoba se opuso a que se ampliase el fuero militar a la «*gente de vil condición*» ¹⁷², registrándose también análoga pretensión capitular en Mendoza ¹⁷³ -ciudad en la cual los milicianos defendieron enérgicamente sus prerrogativas jurisdiccionales ¹⁷⁴.

Atendiendo al panorama descrito en el párrafo anterior, no resulta sorprendente que durante el período indiano la competencia de la jurisdicción castrense fuese discutida no sólo por los jueces capitulares, sino también por otros magistrados ¹⁷⁵. De este modo, por ejemplo, no faltaron las oportu-

¹⁷¹ Providencia de 12 de junio de 1762, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie III, t. III, pág. 70.

¹⁷² Sesión del cabildo cordobés de 12 de mayo de 1783. Citada por Marcela GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 66.

¹⁷³ Cfr. Abelardo LEVAGGI, «La aplicación del fuero militar...», art. cit., nota 82, pág. 306.

¹⁷⁴ Véase, v.gr., la petición del capitán de milicias José de Almeyda Jordán; Mendoza, noviembre de 1778. En AHM, carpeta 82, documento 5.

¹⁷⁵ Véase un ejemplo en José M. MARILUZ URQUIJO, «La Real Audiencia de Buenos Aires y el Juzgado de Provincia», art. cit., pág. 154. Allan J. KUETHE, *Military reform and society in New Granada, 1773-1808*, Gainesville, University Presses of Florida, 1978, *passim*.

nidades en las que los jueces eclesiásticos reclamaron frente a lo que consideraron una violación del asilo en sagrado ¹⁷⁶. Asimismo, las cuestiones de competencia también ocuparon los estrados metropolitanos. Al respecto, fue en éstos donde se resolvió la polémica entablada a fines del siglo XVIII entre el virrey y capitán general del Río de la Plata, Nicolás de Arredondo, y la Audiencia porteña, con motivo del juzgamiento del sargento Elías Bayala, quien se había introducido en la cárcel de Buenos Aires para propinar latigazos a unos presos que lo habían insultado ¹⁷⁷. Así también, en 1763 las autoridades peninsulares reconviniéron a la audiencia de Charcas por haber inhibido a la jurisdicción militar de conocer en un proceso incoado a un miliciano salteño ¹⁷⁸.

III. Mentalidades

a. *Cultura jurídica*

1. Grado de conocimiento del derecho vigente. Aún más que en la península ibérica, en Indias el conocimiento del derecho militar resultó fragmentario e impreciso. Sin embargo, ello no quiere decir que los jueces castrenses americanos hiciesen «*caso omiso de la ley escrita*», ni que castigasen el delito sólo «*de acuerdo con los dictados de su concien-*

¹⁷⁶ Al respecto, véase Jorge COMADRÁN RUIZ, «Algunas notas sobre el derecho de inmunidad o asilo eclesiástico y la jurisdicción civil y canónica (dos dictámenes de mediados del siglo XVIII)», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'*, N° 22, 1971, pág. 239 y ss..

¹⁷⁷ Eduardo MARTIRÉ, *Los regentes de Buenos Aires. La reforma judicial india de 1776*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1981, págs. 279 a 281. Cabe consignar que se transcriben importantes documentos relativos a esta causa en Abelardo LEVAGGI, «Los fueros especiales», art. cit., pág. 86 y ss..

¹⁷⁸ Real orden fechada en San Ildefonso el 21 de agosto de 1763. En BRAH, *Colección Mata Linares*, t. CV, f. 149.

cia»¹⁷⁹. Lo que sí es cierto es que los conocimientos que los militares indios tuvieron respecto de lo jurídico fueron deficientes, sobre todo debido a la falta de materiales de estudio. De este modo, la habitual despreocupación de la Corona sobre el particular tornó excepcionales medidas como la adoptada en 1767, en virtud de la cual se decidió la remisión a Indias de unos 216 juegos de la *Colección general de ordenanzas* compiladas por José Antonio Portugués¹⁸⁰.

En cuanto al manejo del derecho penal militar, los testimonios son contestes en el sentido de que la mayor parte de los hombres de armas sólo contaban con vagas nociones generales. Así, mientras que en 1771 una altísima autoridad castrense peninsular reconoció que no pocos oficiales de los cuerpos fijos americanos carecían de ejemplares propios de las ordenanzas¹⁸¹ -hecho que se reflejó en los frecuentes errores en los que incurrieron los defensores al efectuar las correspondientes citas legales¹⁸²-, un testigo novohispano de finales del siglo XVIII advirtió que la mayoría de los oficiales de las milicias virreinales no estaban familiarizados con la normativa castrense, ni se encontraban en condiciones de actuar como vocales de los consejos de guerra¹⁸³. Obviamente, la situación de los soldados era aún peor. De este modo, pese a que las prescripciones vigentes ordenaban la frecuente lectura de las ordenanzas¹⁸⁴ -lo que se hacía semanalmente,

¹⁷⁹ Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 106.

¹⁸⁰ Oficio de Antonio de Prado y Rozas a Juan Gregorio Muniain; Madrid, 1º de marzo de 1767. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4240.

¹⁸¹ Oficio del inspector general, Alejandro O'Reilly, a Juan Gregorio Muniain; Madrid, 23 de enero de 1771. AGS, sección Guerra Moderna, legajo 4242.

¹⁸² Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 113.

¹⁸³ Lyle McALISTER, ob. cit., pág. 70.

¹⁸⁴ Véase, v.gr., el artículo 32 de la «Instrucción que debe observar el comandante de la Frontera subinspector de las milicias del campo y por ausencia o legítimo impedimento los ayudantes mayores a quien corresponda por su grado y antigüedad», en

variándose el contenido de lo que se leía ¹⁸⁵-, no eran excepcionales aquellos casos en los que los imputados pretendían escudarse en su «*ignorancia y poca versación en las leyes militares*» ¹⁸⁶, o en los que declaraban desconocer las penas aplicables a los delitos cometidos ¹⁸⁷, ni tampoco aquellos en los que los reos decían carecer de «*conocimiento pleno*» respecto de la gravedad de la infracción castrense adjudicada ¹⁸⁸.

Las citadas características generales se agudizaban aún más en el Río de la Plata. En efecto, allí el derecho militar no sólo era mal conocido entre los procesados -lo que, dentro de todo, resulta medianamente comprensible- sino también entre los demás usuarios -léase auxiliares civiles, defensores e incluso juzgadores-. En este orden de cosas, como un contundente ejemplo de que muchos soldados rioplatenses no sólo no conocían las ordenanzas sino que tampoco comprendían genéricamente las peculiaridades del universo jurídico castrense, resultan particularmente interesante los dichos del desertor José Mariano Cortés, quien explicó que había hecho abandono de su bandera porque creía que tenía libertad para hacerlo, ya que consideraba que incorporarse al ejército era igual que conchabarse como peón ¹⁸⁹. Por otra parte, en cuanto al nivel del conocimiento jurídico militar de las autorida-

Política seguida con el aborigen (período 1750-1819), t. I, Comando General del Ejército, Dirección de Estudios Históricos, vol. I, pág. 197.

¹⁸⁵ Defensa presentada por Miguel Tejedor en la causa seguida contra José Matías Montiel; Frontera de Luján, 3 de julio de 1792, en AGN, legajo IX-12-7-4, expediente 10.

¹⁸⁶ Oficio del capitán de las milicias de Luján, Francisco Aparicio, al virrey; Fuerte de San José de Luján, 28 de enero de 1789. En AGN, IX-12-6-7, expediente 11.

¹⁸⁷ Sumaria contra el artillero Santiago Rojas (1809), en AGN, IX-2-1-3. AGN, IX-12-6-9, expediente 15.

¹⁸⁸ Confesión del soldado desertor José Mariano Cortés, Buenos Aires, 5 de septiembre de 1792. En AGN IX-12-6-9, expediente 19.

¹⁸⁹ Confesión de José Mariano Cortés; 5 de septiembre de 1792. AGN, legajo IX-12-6-9, exped. 19.

des, cabe recordar algunos casos, como aquel en el que se amonestó a un funcionario civil, responsable de la captura de un desertor, para que en el futuro y en casos semejantes, arreglase su conducta «*a lo prevenido en las reales ordenanzas generales del ejército*»¹⁹⁰, o el de un instructor que aplicó disposiciones legales equivocadas¹⁹¹. Nimios, sin embargo, parecen los procederes mencionados, frente a los hechos que fueron denunciados en 1798 por el teniente José Miguel de Quintana en el curso de un escrito de defensa¹⁹². En efecto, en la recordada oportunidad se tachó de nulidad tanto la conclusión fiscal como la sentencia del Consejo de Guerra, por haber desatendido «*las reales y soberanas disposiciones de S.M.*» y por haber hecho caso omiso del eximente de pena establecido en el artículo 112, título 10, tratado 8, de las ordenanzas¹⁹³.

2. Caracterización de los expertos en la materia.

Aunque Antonio de León Pinelo dijera que, en materia de fuero militar, eran «doctores los soldados y jurisconsultos los cabos»¹⁹⁴, no caben dudas de que los máximos expertos indios en materia de derecho militar fueron los auditores, quie-

¹⁹⁰ Decreto del virrey, rubricado por su auditor; Buenos Aires, 7 de febrero de 1788. AGN, legajo IX-12-6-9, exped. 4.

¹⁹¹ Véase el oficio del comandante del cuerpo de blandengues de la frontera, Nicolás de la Quintana, al capitán Miguel Tejedor, comandante del fuerte de Ranchos, advirtiéndole que en la confección de la sumaria no debía aplicar la real orden de 28 de enero de 1788 sino la de 29 de agosto de 1794, pues no se trata de una deserción en tiempo de paz sino en tiempo de guerra; Frontera de Luján, 6 de febrero de 1801. AGN, legajo IX-12-6-8, expediente 10. El texto de la citada real orden de 1794 puede consultarse en AGN, IX-15-2-3, fs. 279 y 280.

¹⁹² Montevideo, 30 de mayo de 1798; AGN, IX-12-6-10, expediente 3.

¹⁹³ Tan ajustados a derecho eran los reclamos de Quintana, que el virrey consideró que debía «*reformular y reformar la sentencia pronunciada contra dicho reo, conmutando la pena*»; Buenos Aires, 25 de agosto de 1798. En AGN, IX-12-6-10, expediente 3.

¹⁹⁴ Lewis HANKE (ed.), art. cit., pág. 214.

nes en los distritos más aislados de América, como Nuevo México, llegaron a erigirse en «*the judicial figure with perhaps the greatest clout*»¹⁹⁵. En cuanto a su presencia en Indias, y si bien desde los inicios del siglo XVII se insistió en proveer a los capitanes generales del auxilio letrado de los auditores¹⁹⁶, cabe señalar que no siempre los gobernantes indios contaron con el auxilio de auditores permanentes. En este sentido, cabe recordar que en 1608 el virrey del Perú, marqués de Montesclaros, se vio precisado a comunicar a la corona que «*no tenía auditor que conociera de las causas de los soldados como los demás virreyes de la corona de Castilla que eran capitanes generales*»¹⁹⁷. Asimismo, podía suceder que en los distritos más alejados -como en Luisiana- pasasen largos años sin que se ocupasen las plazas establecidas legalmente, debido a la «*falta de prácticos*» suficientes¹⁹⁸.

Por otra parte, corresponde indicar que en las gobernaciones, las funciones del auditor se adjudicaron a los tenientes letrados¹⁹⁹. Así las cosas, en 1728 se creó el cargo de teniente de gobernador y auditor de guerra de la Capitanía General de Venezuela²⁰⁰, mientras que en Puerto Rico recién sucedió lo propio en 1759²⁰¹. En cuanto a Chile, el primer auditor del reino, Andrés de Toro Mazotte, se instaló en 1612²⁰². Sin embargo, a partir de 1703 el monarca español

¹⁹⁵ Charles R. CUTTER, *The legal culture of Northern New Spain, 1700-1810*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1995, pág. 55.

¹⁹⁶ Cfr. la real cédula de 2 de diciembre de 1608, ya citada.

¹⁹⁷ María del Carmen PURROY TURRILLAS, art. cit., pág. 342 y ss..

¹⁹⁸ Véase el real decreto de 31 de enero de 1774, en Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. II, pág. 54.

¹⁹⁹ Real cédula de diciembre de 1608. *Recopilación de Leyes de Indias*, ley 4, título XI, libro III.

²⁰⁰ Real cédula de 20 de junio de 1728 transcripta en Guillermo MORÓN, *Historia de Venezuela*, t. IV, Caracas, Italgráfica, 1971, pág. 184 y ss..

²⁰¹ Luis E. GONZÁLEZ VALES, «Fuentes para el estudio del derecho indiano en Puerto Rico», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 14, 1991, pág. 129.

²⁰² OÑAT y ROA, ob. cit., pág. 228.

dispuso que las tareas del auditor de guerra chileno fuesen desempeñadas por el oidor decano de la Audiencia de Santiago -función que, entre otros, ejerció Benito de la Mata Linares ²⁰³-, situación que persistió al menos hasta 1795 ²⁰⁴.

Respecto de su designación, y dado que los auditores debían ser letrados, por aplicación de lo dispuesto en la ley 39, título 2, libro 5, de la recopilación indiana, los candidatos debían ser examinados y aprobados por el Consejo de Indias en el caso de que residiesen en España, o por la audiencia correspondiente al ejercicio del cargo, cuando se encontrasen en América ²⁰⁵. En cuanto al régimen jurídico de la función -de gran relevancia, como que los auditores podían aspirar legítimamente a tornarse merecedores de una plaza como oidores ²⁰⁶-, éste se consideraba incompatible con el desempeño de otros cargos, como el de abogado de naturales ²⁰⁷. Sin embargo, ni los requisitos establecidos, ni los honores concedidos garantizaban la plena idoneidad de los auditores. En efecto, no faltaron aquellos que se excusaron de intervenir en ciertos procesos argumentando que los asuntos remitidos contenían «*puntos arduos del real servicio*» ²⁰⁸, ni aquellos que fueron denunciados por corruptos ²⁰⁹. Asimismo, el asesoramiento letrado brindado por los auditores tampoco aseguraba siempre que las decisiones de los capitanes generales se

²⁰³ Del citado jurista, puede verse un dictamen actuando como auditor en BRAH, Colección Mata Linares, t. LV, documento 1530.

²⁰⁴ Real orden de 2 de septiembre de 1794; AGN, IX-15-2-3, f. 282.

²⁰⁵ Marta Milagros DEL VAZ MINGO, comentario a Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. II, pág. 50.

²⁰⁶ Consulta del Consejo de Indias de 28 de junio de 1734. En Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. II, pág. 52.

²⁰⁷ Real cédula de 21 de julio de 1730. En Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. II, pág. 53.

²⁰⁸ Real cédula de 15 de marzo de 1715. En Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. II, pág. 51.

²⁰⁹ Cfr. la real cédula de 18 de abril de 1670, que dispone investigar al auditor de Mérida de Yucatán, acusado de cohecho. En Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. II, pág. 51.

ajustase a derecho. En este sentido, por ejemplo, cabe recordar el caso del auditor chileno Alvaro Bernardo de Quirós, quien fue castigado por el monarca por agraviar a la jurisdicción eclesiástica, como consecuencia de haber recomendado la aplicación de pena de muerte para unos reos que se habían asilado en sagrado ²¹⁰.

Respecto del peculiar caso rioplatense, la ausencia -y, posteriormente, escasez- de operadores jurídico militares letrados fue constante, fenómeno que resultó análogo a lo acontecido en la actividad forense ordinaria ²¹¹. Así las cosas, los reclamos elevados en 1716 por el gobernador porteño Bruno Mauricio de Zavala, respecto de la necesidad de contar con la asistencia letrada permanente en asuntos de naturaleza penal militar, recién fueron satisfechos en 1729, cuando se designó como asesor a Juan Manuel de Arce y Sotomayor ²¹². Posteriormente, el cargo llegó a ser desempeñado por los letrados Juan Vázquez de Agüero, José López Lisperguer, y Alonso Pastor, adjudicándosele a este último, de modo expreso, las funciones que correspondían a los auditores de los capitanes generales ²¹³. Tiempo después, en 1738, la asesoría porteña fue dotada con «*la misma autoridad y reglas*» que las de La Habana, Cartagena de Indias, Yucatán

²¹⁰ Cfr. la real cédula de 19 de marzo de 1709, en Alberto D. LEIVA (dir.) y Hugo S. GARAVELLI, traducción mecanografiada de los *Comentarios* de Juan DEL CORRAL CALVO DE LA TORRE, t. I, Madrid, 1756, número 12 del comentario al libro I, título V, leyes 1, 2 y 3 de la *Recopilación de leyes de Indias*. Agradecemos al equipo de traductores el habernos facilitado este dato.

²¹¹ Al respecto, puede consultarse lo que dice María Rosa PUGLIESE, «La firma letrada en el proceso civil en el Virreinato del Río de la Plata», en *Actas del X Congreso de Historia del Derecho Indiano*, t. II, pág. 1256.

²¹² José M. MARILUZ URQUIJO, «El asesor letrado del Virreinato del Río de la Plata», *Revista de Historia del Derecho*, N° 3, Buenos Aires, 1975, pág. 174. En cuanto a los distintos letrados que actuaron como auditores en el Río de la Plata, a continuación seguimos lo dicho en este artículo, salvo expresas referencias a otros textos.

²¹³ José M. MARILUZ URQUIJO, «El asesor letrado...», art. cit., pág. 178.

y Caracas, y se concedió su titularidad a Florencio Antonio de Moreyras ²¹⁴. Éste, a su vez, fue reemplazado en 1761 por Manuel José de Labardén, quien falleció en el ejercicio de la asesoría en 1777. Sin embargo, para 1776, con la súbita expansión de la actividad jurídico castrense que acompañó la instauración del Virreinato del Río de la Plata y con el arribo a la América austral de la inmensa expedición militar de Pedro de Cevallos -en la cual se desempeñaron como auditores José Márquez de la Plata ²¹⁵ y Francisco de Avellaneda-, el cargo de auditor se separó de la asesoría por un corto lapso de tiempo. Posteriormente, vuelta a integrar la asesoría virreinal- con las funciones propias de la auditoría, llegaron a desempeñarse como asesores los siguientes letrados: entre 1778 y 1781, Manuel de Ortega y Espinosa ²¹⁶; entre el último de los años citados y 1786, Miguel Sánchez Moscoso -quien dejó el cargo al ser promovido como oidor limeño-; y desde 1786 hasta los inicios de la emancipación rioplatense, Juan Almagro y de la Torre.

3. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses. Sin ser abrumador, el predominio de las ordenanzas generales del ejército y de las reales órdenes complementarias resultó indiscutible en los escritos y sentencias militares ²¹⁷. Sin embargo, simultáneamente también se

²¹⁴ Real decreto de 19 de septiembre de 1738. En Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. II, pág. 52.

²¹⁵ Ángel SANZ TAPIA, *El final del Tratado de Tordesillas. La expedición del virrey Cevallos al Río de la Plata*, Valladolid, V Centenario del Tratado de Tordesillas, 1994, pág. 154. Abelardo LEVAGGI (ed.), *El Virreinato rioplatense...*, ob. cit., pág. 5. Enrique BARBA, «Documentos sobre Cevallos», original mecanografiado en Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, A2-2-1/2.

²¹⁶ Real cédula de 28 de febrero de 1778. En Manuel José DE AYALA, ob. cit., t. I, pág. 241.

²¹⁷ V.gr, se encuentran referencias a las ordenanzas de Carlos III en AGN, legajo IX-12-6-7, expediente 17; AGN, IX-12-6-8, expediente 8; oficio del comandante de la

invocaban las enseñanzas de algunos autores ²¹⁸, entre los cuales descollaba, con fortuna sin par, Félix Colón de Larriátegui ²¹⁹. En efecto, a semejanza de lo acontecido en la península, los *Juzgados militares* gozaron de una difusión tan amplia ²²⁰ y de una estimación tal en el foro castrense indiano ²²¹, que los particulares le adjudicaron una autoridad análoga a la de la misma ley ²²². Pero esto no es todo, ya que las mismas autoridades regias también recurrieron con frecuencia al *Colón* ²²³, no siendo raro que los burócratas indianos contaran con ejemplares de esta obra en sus propias bibliotecas ²²⁴, y que se asignase vigencia a una disposición por el hecho de figurar impresa en las páginas de los *Juzgados militares* ²²⁵.

frontera, Francisco Balcarce, al virrey, Fuerte de Luján, 27 de octubre de 1787, en AGN, IX-12-6-9.

²¹⁸ Defensa interpuesta por el teniente Basilio Irigoyen; Buenos Aires, 6 de abril de 1802. En AGN, IX-12-7-4, expediente 1.

²¹⁹ AGN, IX-12-6-10, expediente 3; AGN IX-12-7-5, expediente 5. Defensa interpuesta por el teniente Manuel de Lizarazu en la causa formada al soldado Pedro Palacios, Frontera de Ranchos, 28 de noviembre de 1792, en AGN, IX-12-7-5, expediente 16. Representación del capitán Juan Francisco Borges al comandante de armas de La Paz, coronel Francisco Cuellar, La Paz, 23 de julio de 1793, en AGN, IX-12-6-8, expediente 3. Defensa interpuesta por el capitán graduado José de la Sota y Parada en autos «Sargento Francisco Domínguez», La Paz, 8 de febrero de 1797, en AGN, IX-10-8-9. Defensa interpuesta por el alférez José María Escobar en la causa del soldado Manuel Cristaldo, Buenos Aires, 8 de agosto de 1809, en AGN, IX-10-8-9.

²²⁰ Charles R. CUTTER, ob. cit., pág. 55.

²²¹ Guillermo PALOMBO, «La aplicación del derecho penal militar...», art. cit., pág. 42.

²²² Véase, en este sentido, Abelardo LEVAGGI, «La aplicación del fuero militar...», art. cit., pág. 298.

²²³ Puede verse un ejemplo en Abelardo LEVAGGI (ed.), «Los escritos...», ob. cit., pág. 181.

²²⁴ Así, por ejemplo, podemos mencionar el caso del secretario virreinal del Río de la Plata, Manuel Gallego. Cfr. José M. MARILUZ URQUIJO, *Orígenes de la burocracia rioplatense*, Buenos Aires, Cabargón, 1974, pág. 128.

²²⁵ Véase AGN, IX-12-6-9, expediente 18.

b. Tendencias

1. La relación entre el derecho militar y el ordinario, y la conciencia de la especificidad de lo jurídico castrense. Aunque lentamente fueron incorporándose al imaginario jurídico indiano nociones tales como que «*los individuos militares y sus procesos no están exentos del cuerpo legislativo que rige la constitución civil*»²²⁶, o que el particular régimen penal militar se hallaba inserto en el amplio marco de la «*constitución civil*» de la monarquía²²⁷, tales ideas no lograron desplazar las creencias relativas a la especificidad y autonomía del derecho penal militar. De este modo, los prácticos del foro castrense americano no ocultaban su desprecio por las «*sutilezas del derecho común*»²²⁸, ni por «*los medios reprobados e indignos de la ponderación[,] hipérboles, y discursos sofísticos*»²²⁹ de los letrados civiles y, por ejemplo, consideraban como verdades indiscutibles que los hombres de armas no estaban obligados a «*saber las leyes*»²³⁰, y

²²⁶ Defensa del sargento Domínguez, presentada en La Paz el 8 de febrero de 1797 por el capitán graduado José de la Sota y Parada, en AGN, IX-10-8-9.

²²⁷ Dictamen del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota, de 9 de noviembre de 1803, en Abelardo LEVAGGI (ed.), *Los escritos...*, ob. cit., pág. 229. Defensa interpuesta por el capitán graduado José de la Sota y Parada en autos «Sargento Francisco Domínguez», La Paz, 8 de febrero de 1797; AGN, IX-10-8-9.

²²⁸ Defensa interpuesta por el teniente Basilio Irigoyen; Buenos Aires, 6 de abril de 1802. En AGN, legajo IX-12-7-4, expediente 1.

²²⁹ Defensa presentada por el capitán graduado Juan Antonio Díaz del Castillo en la causa seguida contra Josef Gallester; La Paz, 26 de septiembre de 1795. AGN, legajo IX-23-1-7. Recordemos que eran las mismas ordenanzas las que se expresaban en términos severos al referirse a los habituales argumentos esgrimidos por los letrados civiles. Así, mandaban que los escritos de los defensores se fundasen «*en razones sólidas y no sofísticas que conspiran a embarazar caprichosamente el curso de la justicia*» (artículo 39, título V, tratado VIII).

²³⁰ Defensa interpuesta por José Toribio Torres, apoderado de Diego de Cartagena, en la causa seguida a Gregorio Frías por injurias, Santiago de Chile, 1809. En Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 275.

que la apreciación de los delitos militares en los que no estuviere comprometido el honor debían ser considerada con cierta indulgencia ²³¹. Asimismo, cabe advertir que aun cuando algunos juristas civiles afirmasen que los procedimientos ordinarios y militares compartían la misma «*esencia legal*» y que sólo se diferenciaban por «*el método*» ²³², tampoco faltaron los abogados que reconocieran que «*los juzgados de guerra*» aborrecían «*las pesadeces, las complicaciones y el escribir muchos folios para buscar la verdad*» ²³³, tendencia que, en algunas oportunidades, condujo a los jefes militares a solicitar el establecimiento de procedimientos militares más ágiles y desprovistos de formalidades ²³⁴.

2. La irrupción de las ideas jurídicas ilustradas. Sin embargo, la pretensión autonómica de lo jurídico castrense no impidió que a partir de mediados del siglo XVIII, en gran medida merced al influjo de las «*luces*» de las ordenanzas ²³⁵, se produjera una paulatina recepción de las ideas jurídicas ilustradas que por aquel entonces sacudían al derecho penal ordinario. Así las cosas, en la praxis forense militar indiana comenzaron a incorporarse elementos propios de la modernidad jurídica en ciernes ²³⁶. En este sentido, cabe recordar

²³¹ Escrito de defensa presentado por el capitán de navío Santiago de Liniers en la causa seguida contra el teniente coronel Francisco Arce; Montevideo, febrero de 1801. AGN, IX-12-6-7, expediente 18.

²³² Dictamen del fiscal de la Audiencia porteña, Manuel Genaro de Villota, de 9 de noviembre de 1803. Transcrito en Abelardo LEVAGGI (ed.), *Los escritos...*, ob. cit., pág. 229.

²³³ Opinión del letrado Jorge del Pozo Delgadillo en la testamentaria de José de Andrés Sanz (1784). Transcrita parcialmente en Eduardo R. SAGUIER, art. cit., pág. 65.

²³⁴ Christon I. ARCHER, ob. cit., pág. 344.

²³⁵ Véase, hablando de las «*luces*» de las ordenanzas, la petición del capitán de las milicias de Luján, Francisco Aparicio, al virrey, marqués de Loreto; Fuerte de San José de Luján, 28 de enero de 1789. En AGN, IX-12-6-7, expediente 11.

²³⁶ V.gr., se invoca el derecho natural en la defensa presentada por Antonio González Balcarce, en la causa seguida contra Hermenegildo Sena; Frontera de San Miguel del Monte, 23 de marzo de 1793. AGN, IX-12-7-7, expediente 19.

que un defensor invocó a favor de la situación de su representado, el «*derecho natural*» de las personas a proteger la propia vida ²³⁷, y que en sendos casos en los que se habían suscitado dudas respecto de la autoría del hecho imputado, se invocó el beneficio de la duda a favor del reo ²³⁸. Por su parte, un oficial, que se consideró a sí mismo «*ilustrado con las verdaderas luces de una sana filosofía*», abogó por la preeminencia de los principios propios de la humanidad y de la naturaleza, a los que calificó como «*más antiguos que las sanciones de los legisladores*» ²³⁹. Asimismo, también las autoridades rioplatenses se hicieron eco de los reclamos jurídicos más adelantados, llegando a sostener que las penas no se habían establecido «*para el exterminio de los delincuentes, sino para recabar de ellos su enmienda, haciendo de unos miembros corrompidos de la sociedad, otros que puedan ser útiles a la Patria con la reforma de sus costumbres*» ²⁴⁰.

Conforme con lo dicho arriba, para finales del siglo XVIII la invocación del derecho natural racionalista se hizo más o menos frecuente en los tribunales castrenses

²³⁷ Defensa presentada por el teniente Manuel Ruiz en la causa seguida contra Manuel Salomón; Buenos Aires, 24 de septiembre de 1797; AGN, IX-10-8-9.

²³⁸ Defensa presentada por Miguel Tejedor en la causa seguida contra José Matías Montiel; Frontera de Luján, 3 de julio de 1792, en AGN, IX-12-7-4, expediente 10. Recurso de revista presentado por el alférez José María Escobar en la causa del soldado Manuel Cristaldo; Buenos Aires, 2 de diciembre de 1809, en AGN, IX-10-8-9. Defensa presentada por Miguel Tejedor en la causa seguida contra José Matías Montiel; Frontera de Luján, 3 de julio de 1792, en AGN, IX-12-7-4, expediente 10. Véanse, además: Defensa de José Antonio Espinoza, presentada por el subteniente Pedro Lozano Beruti el 19 de septiembre de 1799, en AGN, IX-12-6-10, expediente 9; Defensa interpuesta por el teniente Basilio Irigoyen el 6 de abril de 1802, en AGN, IX-12-7-4, expediente 1.

²³⁹ Defensa interpuesta el 6 de abril de 1802 por el teniente Basilio Irigoyen; AGN, IX-12-7-4, expediente 1. Por su parte, en la defensa presentada por el capitán graduado Juan Antonio Díaz del Castillo, se alude a «*las recomendaciones que la naturaleza, la razón y la humanidad dictan en beneficio de la vida, de la salud y del sosiego de nuestros hermanos*», en AGN, IX-23-1-7.

²⁴⁰ Dictamen del auditor de guerra, Juan Almagro de la Torre; Buenos Aires, 2 de octubre de 1805. En AGN, IX-12-7-8, expediente 11.

indianos ²⁴¹. Al respecto, cabe referir que bajo el influjo de los principios iusnaturalistas se afirmó que nadie estaba «*obligado a condenarse a sí mismo*» ²⁴², que la imposición de las penas debía apoyarse en la comprobación cierta y determinada del delito y del delincuente ²⁴³, y que los postulados del derecho natural exigían la piedad de los jueces ²⁴⁴. Del mismo modo, se puso en tela de juicio el valor de los indicios, y se dijo que la culpabilidad debía probarse con elementos «*positivos e indudables*» ²⁴⁵, considerándose que nada era «*más falible*» que admitir el «*torrente de voces y argumentos sin examinar unos y otros con la madurez que corresponde*» ²⁴⁶.

Consideraciones generales

1. *El mundo indiano y la construcción de un modo jurídico militar particular.* Aunque para fines del siglo XVIII el monarca no ocultaba su desagrado frente a las reite-

²⁴¹ Dictamen del oidor de la Audiencia de Santiago de Chile, Benito de la Mata Linares, en calidad de auditor; Santiago de Chile, 1° de junio de 1778. En BRAH, Colección Mata Linares, t. LV, documento 1530. Defensa presentada por el teniente Manuel Ruiz en la causa del soldado Manuel Salomón, Buenos Aires, 24 de septiembre de 1797, en AGN, IX-10-8-9.

²⁴² Defensa interpuesta por el teniente Basilio Irigoyen; Buenos Aires, 6 de abril de 1802. En AGN, IX-12-7-4, expediente 1.

²⁴³ Defensa presentada por el capitán graduado Juan Antonio Díaz del Castillo; La Paz, 26 de septiembre de 1795, en AGN, IX-23-1-7. Resolución del juez fiscal Rodrigo Flores Picón, recaída en la causa seguida por homicidio contra el sargento segundo Juan Berguizas, La Paz, 9 de junio de 1789, en AGN, IX-12-6-8, expediente 15.

²⁴⁴ Recurso presentado por el alférez José María Escobar en la causa seguida al soldado Manuel Cristaldo, Buenos Aires, 2 de diciembre de 1809, en AGN, IX-10-8-9.

²⁴⁵ Defensa de José Antonio Espinoza, presentada por el subteniente Pedro Lozano Beruti; Buenos Aires, 19 de septiembre de 1799. En AGN, IX-12-6-10, expediente 9.

²⁴⁶ Defensa interpuesta por el alférez Vicente Juan Colomer en la causa del blandengue Manuel Ramallo; Ranchos, 29 de mayo de 1792. En AGN, IX-12-7-6, expediente 11.

radas prácticas jurídicas indianas que se desviaban de la normativa dispuesta por las ordenanzas de 1768 ²⁴⁷, la situación distaba de ser sustancialmente nueva. En efecto, ya desde los inicios de la experiencia conquistadora americana la penalidad militar peninsular y las facultades jurisdiccionales de los jefes superiores debieron amoldarse a las exigencias de la realidad local ²⁴⁸. De este modo, por ejemplo, ante la diversidad de situaciones particulares, los jefes militares americanos propusieron a la superioridad el dictado de normas especiales para ciertas provincias ²⁴⁹, mientras que algunos fiscales recomendaron no aplicar las penas previstas por las ordenanzas para los tiempos de guerra, cuando se tratase de conflictos bélicos siempre que resultase inconcebible la posibilidad de un ataque enemigo en tierras americanas ²⁵⁰. Incluso no fueron raras las ocasiones en las que la corona siguió con atención las solicitudes locales tendientes a adecuar la penalidad castrense indiana a las realidades americanas ²⁵¹, ni aquellas otras en las que las autoridades regias propusieron *motu proprio* adaptar las disposiciones generales a «*las circunstancias locales de cada distrito*» ²⁵². Así, v.gr., en el Río de la Plata algunas normas penales de la monarquía se modificaron a tenor de «*las circunstancias locales del distrito de este Virreinato*» ²⁵³. Empero, no todos los aspectos

²⁴⁷ Real orden de 2 de septiembre de 1794, en AGN, IX-15-2-3.

²⁴⁸ Héctor J. TANZI, «La justicia militar en el derecho indiano», art. cit., pág. 195.

²⁴⁹ V.gr., Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, pág. 4.

²⁵⁰ Véase la conclusión fiscal de Juan Francisco BORGES, fechada en La Paz el 4 de octubre de 1795. En AGN, legajo IX-23-1-7.

²⁵¹ Cfr. lo que Christon I. ARCHER en su obra ya citada, págs. 341 a 343, relata respecto de lo acontecido, a fines del siglo XVIII, con la represión de la desertión en el Virreinato de México.

²⁵² Véase la comunicación del virrey del Río de la Plata a la Auditoría Militar de Buenos Aires de 31 de julio de 1795. En AGN, IX-15-2-3, f. 286 vta..

²⁵³ Conclusión del juez fiscal Antonio González Balcarce, fechada el 3 de enero de 1801 en la Frontera de Luján, en AGN IX-12-7-7, expediente 12. Sentencia dictada en

de lo jurídico militar fueron objeto del mismo grado de adaptación. En efecto, más que el derecho de fondo, lo que resultó más alterado fue la praxis forense ²⁵⁴. Así, por ejemplo, a despecho de la insistencia del monarca de que en «*la formación, substanciación y determinación de los procesos militares*» se observasen «*rigurosamente los trámites de ordenanza*», en el Chile indiano se solía dar traslado de los expedientes castrenses a los fiscales de la audiencia, mientras que el oidor decano -que actuaba como auditor- también pretendía participar de las causas como conjuez ²⁵⁵.

Si bien a la hora de evaluar el origen de las peculiaridades del derecho penal militar indiano, no resulta irrelevante la situación de aislamiento que afectaba a los territorios americanos ²⁵⁶ -al respecto, téngase presente que, en no pocas oportunidades las disposiciones dictadas para el ejército peninsular sólo se comunicaron tardíamente a Indias ²⁵⁷, y que muchas de ellas ni siquiera llegaron a remitirse a América en mérito a la desigualdad de circunstancias obrantes en España y en las posesiones indianas ²⁵⁸-, en rigor de verdad,

Buenos Aires el 5 de abril de 1802, en la causa del soldado Felipe Aguilar, en AGN, IX-12-6-7, expediente 17.

²⁵⁴ En contra, asegurando que «*las tropas que irán a prestar servicios en Indias, seguirán las mismas normas que rigen para las metropolitanas*», Emilio A. BIDONDO, «Las tropas del Río de la Plata bajo la influencia de la legislación militar borbónica», Investigaciones y Ensayos, N° 32 (enero-junio de 1982), Buenos Aires, pág. 199.

²⁵⁵ Real orden de 2 de septiembre; AGN, IX-15-2-3, f. 282. Sentencia dictada el 18 de junio de 1770, reproducida por Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 131.

²⁵⁶ Roberto OÑAT y Carlos ROA, ob. cit., pág. 235.

²⁵⁷ Por ejemplo, una real orden de 12 de septiembre de 1773, que establecía que el defensor en un proceso castrense debía ser un oficial del mismo cuerpo -aunque no de la misma compañía- del reo, se reiteró al ejército peninsular el 30 de octubre de 1781, y recién se comunicó a Indias seis años después, el 18 de abril de 1787, en Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, págs. 37 y 38. Otra real orden dictada en noviembre de 1772, relativa al valor jurídico del juramento de fidelidad a las banderas, no se comunicó a Indias sino pasados dieciséis años; Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. III, págs. 102 y 103.

²⁵⁸ Félix COLÓN DE LARRIÁTEGUI, ob. cit., t. I, Discurso preliminar, pág. LXXXVIII.

el motivo de estas diferencias reside en el particularismo jurídico indiano ²⁵⁹, estimulado, a veces, por la imposibilidad de encuadrar las conductas juzgadas en la penalidad general de la monarquía ²⁶⁰. Además, la aplicación de antiguas herramientas jurídicas, como la equidad y el arbitrio judicial, y el influjo de nuevos criterios, como la creencia en la función pedagógica de las penas ²⁶¹, sirvieron para morigerar el rigor del derecho castrense proveniente de la península ²⁶². De esta manera, mientras que en el curso de un alegato un defensor invocó a favor del encartado la conocida «*rudeza de estos pobres campestres*» ²⁶³, en otra se sostuvo que no era «*usual aplicar el rigorismo de las leyes de España en*

²⁵⁹ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el Espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pág. 102.

²⁶⁰ Al respecto, véase lo solicitado por el teniente Pedro DE ALCÁNTARA RUIZ, en la conclusión fiscal presentada en Montevideo el 28 de octubre de 1805. AGN, IX-12-6-9, expediente 11.

²⁶¹ Conforme, Guillermo PALOMBO, «La aplicación del derecho penal militar...», art. cit., pág. 52. Entre otros casos, se invoca la equidad en el escrito elevado por el promotor fiscal, capitán graduado Francisco Guillermo, en la causa del soldado Manuel Cristaldo, Buenos Aires, 14 de diciembre de 1809, en AGN, legajo IX-10-8-9; y en la defensa del soldado José Antonio Espinoza presentada por el teniente Pedro Lozano Beruti, Buenos Aires, 19 de septiembre de 1799, en AGN, IX-12-6-10, expediente 9. Al respecto, también pueden verse en el AGN: IX-12-7-1, expediente 5; IX-12-7-2, expediente 15; IX-12-7-8; expediente 11; IX-28-7-3, doc. 386. En torno del arbitrio judicial en materia civil puede consultarse, de Alberto David LEIVA, «La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1810», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho 'Ricardo Levene'*, N° 24, Buenos Aires, 1978.

²⁶² Puede verse un ejemplo en el de José de Almagro y de la Torre en la causa seguida al blandengue Manuel Gómez (1805), que transcribe parcialmente Guillermo PALOMBO en «La aplicación del derecho penal militar...», art. cit., pág. 52. Sentencia recaída en la causa del blandengue José Almada; Buenos Aires, 4 de enero de 1788; AGN, IX-12-6-7, exped. 10.

²⁶³ Escrito presentado por el teniente Pedro Nolasco García en la defensa del miliciano José Antero Magallán; Montevideo, 29 de octubre de 1805. AGN, IX-12-6-9, exped. 11.

América»²⁶⁴. Asimismo, ante la indeterminación del autor de un homicidio y recaída sospecha sobre varios soldados, se optó por aplicar una pena menor a todos los complicados²⁶⁵. Asimismo, en el restringido ámbito rioplatense el particularismo jurídico castrense se agudizó a tenor del peculiar estilo militar de las tropas, muchas veces ajeno al del resto de los contingentes de la monarquía²⁶⁶, pero adecuado a «*la constitución de estos países*»²⁶⁷.

En función de lo dicho hasta el momento, no pueden haber dudas que de la amalgama de todas las circunstancias mencionadas, cobró vida en Indias un régimen jurídico militar particular, fundado, sí, en las disposiciones metropolitanas, pero distinto a ellas. En cuanto a la determinación de sus características, resultan orientadoras algunas reflexiones contemporáneas, como las del subinspector rioplatense marqués de Sobremonte, quien al ocuparse de un proyecto de norma penal, sostuvo que en América la tarea de juzgar debía estar dominada por la prudencia, la certeza y la mode-

²⁶⁴ Causa criminal contra Zenón Mora, acusado del delito de abandono del puesto de centinela, Concepción, 1761, en Pedro TOLEDO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 178.

²⁶⁵ Resolución del gobernador porteño Juan José de Vértiz; Buenos Aires, 11 de marzo de 1772. Mencionada en Abelardo LEVAGGI, «Las instituciones de clemencia en el derecho penal rioplatense», Revista de la Facultad de Derecho de México, t. XXVI, N° 101-102 (enero-junio de 1976), pág. 284.

²⁶⁶ Puede observarse un ejemplo de lo expresado en el expediente seguido a un presunto desertor -quien acusado de abandonar las banderas, alegó haber salido del cuartel sin autorización, en busca de una tropilla de caballos-. En este proceso, el defensor sostuvo, como atenuante, que era «*evidente y estilo de todas las tropas de esta provincia que saliendo al campo con cualquiera disparada que haya de cualquiera animal no dan estos casos lugar para pedir permiso a sus jefes*». Defensa del alférez Vicente Juan Colomer; Fuerte de Ranchos, 29 de mayo de 1792, en AGN, IX-12-7-6, expediente 11.

²⁶⁷ Oficio del subinspector, marqués de Sobremonte, al virrey, marqués de Avilés, Buenos Aires, 1° de julio de 1799, en AGN, IX-28-7-3, documento 386. Este oficio ya ha sido tenido en cuenta por José M. MARILUZ URQUIJO, quien reprodujo un fragmento en *El Virreinato del Río de la Plata en la época del Marqués de Avilés (1799-1801)*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988, nota 84, pág. 110.

ración ²⁶⁸. De esta manera, el modo jurídico militar indiano se volcó en una variedad de sentencias y de dictámenes contruidos merced al expediente de eludir la cita de las normas vigentes o de interpretarlas de forma original ²⁶⁹. Así, como manifestación de esta especial atmósfera jurídica pueden recordarse, por ejemplo, los términos de una sentencia aplicada a un desertor de reincidencia, en la que haciéndose caso omiso a lo prescripto explícitamente por las ordenanzas, se decidió imponer al reo 4 meses de prisión con destino a la limpieza del cuartel, con más el recargo de 8 años de servicio ²⁷⁰.

2. Las fuentes formativas del régimen penal militar aplicado en las Indias. Típicamente particular y casuista, como ya lo hemos dado a entender, el derecho militar indiano terminó siendo el producto complejo de varias fuentes. Así, amén del derecho castrense general, propio de toda la monarquía, las autoridades residentes en la península también dictaron normas penales castrenses para la totalidad de las Indias, o para una región de ellas. En este orden de cosas, claros ejemplos de lo dicho lo constituyen la real orden de 6 de noviembre de 1781, que dispuso que a los desertores americanos se les aplicaran las sanciones aplicables a esta infracción en tiempos de paz, «*sin embargo de las actuales circunstancias de la guerra*», y el reglamento para las milicias de Cuba de 1769.

Por su parte, las autoridades con asiento en América también produjeron normas penales y procesales castrenses. Al respecto, cabe recordar, por ejemplo, la «Instrucción para el subinspector de las milicias del campo», dictada por el virrey

²⁶⁸ Idem ant..

²⁶⁹ Un caso de creación del derecho a partir de la interpretación de una norma, puede verse en la ya citada conclusión del juez fiscal, Juan Francisco Borges, fechada en La Paz el 4 de octubre de 1795. AGN, IX-23-7-1.

²⁷⁰ Sentencia de 2 de mayo de 1794. En AGN, IX-12-7-6, expediente 11.

Vértiz el 8 de mayo de 1779, en cuyo articulado se estableció, como castigo para quienes cometiesen desertión, la pena de diez años de presidio en las islas Malvinas, «*y aún ... pena capital, según las circunstancias del caso*»²⁷¹. Además de ellos, y aunque excepcionalmente, algunos grupos de milicianos sublevados también llegaron a crear un derecho militar particular, mediante el dictado de bandos. En este sentido, no está de más recordar que en 1745 los veteranos de Cartagena de Indias castigaron «*con pena de la vida*» a los soldados que maltratasen o injuriasen de palabra o de obra a nadie, «*y el que hurtasen o tomasen comestibles sin pagarlos*», y con pena de baquetas «*al que se emborrachase, o disparase fusil, como con efecto estuvieron para dar baquetas a un soldado*»²⁷². Asimismo, en la concreta conformación del derecho militar indiano también contribuyeron con lo suyo las opiniones de los auditores -cuyas declaraciones fijaron, en ciertos casos, el criterio oficial de interpretación jurídica²⁷³-, la jurisprudencia y las costumbres locales; estas últimas admitidas expresamente por la corona en tanto que, según reales órdenes de 12 de octubre de 1789 y 12 de agosto de 1792, resultasen «*adecuadas a las circunstancias del país*».

²⁷¹ AGN, sección Manuscritos de la Biblioteca Nacional, legajo 314, documento 5122.

²⁷² Relación del suceso acaecido en la Plaza de Cartagena de Indias con la tropa de su guarnición, el día 2 de abril de 1745. En BRAH, Colección Mata Linares, documento 3898, t. LXXIX, foja 227 vta..

²⁷³ Véanse al respecto: escrito presentado por el teniente José Miguel de Quintana Lasso de la Vega, fechado en Montevideo el 30 de mayo de 1798, en AGN, IX-12-6-10, expediente 3. Sentencia dictada en la causa seguida al soldado Felipe Aguilar, fechada en Buenos Aires el 5 de abril de 1802, en AGN, IX-12-6-7, expediente 17.

CAPÍTULO III

REVOLUCIÓN POLÍTICA Y TRANSFORMACIONES JURÍDICAS: EL PRIMER DERECHO PENAL MILITAR PATRIO (1810-1819)

I. Acontecimientos

a. El panorama internacional

1. **La situación en Europa.** Mientras que a partir de 1810 el derecho militar rioplatense resultó particularmente sensible tanto a los avatares de las luchas por la emancipación como al influjo de nuevas ideas, en el viejo continente la modernidad jurídica también dejó su huella sobre el derecho castrense. De este modo, por ejemplo, en la Francia napoleónica las autoridades siguieron respetando las tendencias sentadas por los revolucionarios de 1789, lo que condujo a que la jurisdicción militar se mantuviese como un mero fuero de causa, impuesto por la especificidad de los delitos castrenses ¹. Al respecto, cabe señalar que esta orien-

¹ Respecto de la justicia militar francesa de la época, véase J. L. GAZZANIGA, «*Les conseils de guerre de la 10 Division sous le Consulat et l'Empire*», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé, nouvelle serie*, enero-marzo de 1978.

tación fue expresamente reconocida por el emperador, quien mediante el acta constitucional de 1815 restringió la competencia de la jurisdicción castrense al exclusivo conocimiento de las infracciones militares ². Por otra parte, las innovaciones en la materia también se hicieron sentir en otros países. Así, en diciembre de 1816 el rey del Piamonte, Víctor Manuel I, dispuso la formación de una comisión destinada a redactar un proyecto de código militar que reflejase los recientes avances en el área ³.

Sin embargo, al margen de la relevancia europea del fenómeno descrito en el párrafo anterior, lo que a nosotros más nos interesa señalar aquí -por su posterior gravitación sobre la evolución del derecho militar rioplatense- es que el influjo del nuevo espíritu jurídico castrense resultó particularmente impactante en España, tanto en las zonas que se hallaban bajo la soberanía del rey José como en las que respondían a la autoridad de las Cortes gaditanas.

Así las cosas, para fines de 1810 en la España sometida al poder napoleónico los colaboradores del monarca concibieron un interesantísimo proyecto -que no superó la condición de tal-, dirigido a reformar el régimen jurisdiccional militar carolino y a uniformar el procedimiento castrense. Este estuvo dominado por ideas tales como que el militar era un ciudadano y que era necesario adaptar los viejos tribunales castrenses «a los principios de [una] justicia que no conoce [de] privilegios» ⁴. De este modo, y atendiendo a los resultados de la experiencia jurídico castrense francesa, los autores del proyecto de marras criticaron tanto la tradicional exten-

² Ramón PARADA VÁZQUEZ, «Toque de silencio por la justicia militar», en Revista de Administración Pública, N° 127 (enero-abril de 1992), Madrid, pág. 9, nota 3.

³ Vittorio A. VIOLA, *La codificazione del diritto penale militare negli stati sabaudi*, Torino, Centro di Studi di Storia del Diritto Italiano dell'Università di Torino, 1983, pág. 5.

⁴ Informe del ministro de guerra al rey, Madrid, 23 de octubre de 1810. En Biblioteca de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares, t. LXXI, documento 2765.

sión del fuero militar español, como los problemas de competencia que ésta ocasionaba, razón por la cual se propusieron instaurar una novedosa jurisdicción castrense -integrada por tribunales permanentes de primera y de segunda instancia-, restringida al conocimiento de los delitos de naturaleza militar.

Mientras tanto, en la España que se resistía al avance napoleónico también tuvieron lugar importantes debates en materia de derecho militar. De este modo, en agosto de 1811 la comisión de guerra de las cortes de Cádiz juzgó conveniente «revisar las ordenanzas militares» de acuerdo con la normativa aplicada en otros países ⁵. Cabe señalar, además, que si bien un nutrido grupo de diputados consideró a la jurisdicción castrense como un instrumento imprescindible para «conservar la disciplina en los ejércitos», también es cierto que no pocos de ellos aspiraban a restringir el fuero de los militares de modo que los tribunales castrenses sólo conociesen en delitos contrarios a la disciplina ⁶. Al respecto, no está de más recordar el inmenso valor atribuido por los diputados gaditanos a la política militar adoptada por los hombres de la Revolución Francesa. De este modo, por ejemplo, y aunque nunca lograrse imponerse el pensamiento de Marat -quien había preconizado la completa supresión de la jurisdicción castrense-, la obra de las cortes se orientó decididamente en el sentido de atribuir al Poder Legislativo la exclusiva facultad de crear derecho militar ⁷. Además, cabe consignar que, como fruto de esta orientación, la redacción original de lo que después sería el artículo 250 de la Constitución de 1812 -en el que campeaba una gran fidelidad respecto de los pre-

⁵ Cfr. sesiones de las cortes de Cádiz de 30 de agosto y de 17 de noviembre de 1811; respectivamente en *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*, t. VIII, Cádiz, Imprenta Real, 1811, pág. 87, y t. X, Cádiz, Imprenta Real, 1811, pág. 144.

⁶ Sesión de las cortes de Cádiz de 16 de noviembre de 1811, en *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*, t. X, cit., pág. 117.

⁷ Miguel Alonso BAQUER, «La doctrina militar de los diputados de Cádiz», en *Revista de Historia Militar*, N° 33, Madrid, 1972, págs. 142, 145 a 147 y 150.

cedentes franceses-, sólo admitía la aplicación del fuero castrense en el caso de la comisión de delitos opuestos a la disciplina del ejército ⁸. Empero, dicha propuesta -que llegó a ser tachada por algunos diputados como una ofensa a los militares españoles ⁹- generó tal oposición en el seno mismo de las cortes, que el texto del artículo en cuestión terminó siendo reemplazado por otro, en el que se establecía que los soldados gozaban de fuero particular en los términos prevenidos por las ordenanzas militares vigentes ¹⁰. Vale decir, pues, que las cortes terminaron pronunciándose por la continuidad de la jurisdicción militar del Antiguo Régimen ¹¹, y que, como bien lo advierte en nuestros días Ramón Parada Vázquez, a pesar de haberse proclamado en la Constitución española de 1812 la vigencia de principios tales como el de unidad de jurisdicción, el de designación de juez competente antes del hecho de la causa, y el del carácter letrado de la judicatura, en dicha constitución se mantuvieron algunas notas típicas de la jurisdicción militar dieciochesca, como la unidad entre el ejercicio del mando y la administración de justicia, y la plenitud de competencia de los tribunales castrenses en materia civil y penal ¹².

Por último, cabe señalar que al margen de lo resuelto en materia constitucional, las cortes peninsulares también se ocuparon de otras cuestiones de interés jurídico militar. En efecto, mientras que el 1º de julio de 1812 el referido cuerpo

⁸ Cfr. la sesión de las Cortes de Cádiz de 17 de noviembre de 1811, en *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*, t. X, cit., pág. 138. Cabe recordar, asimismo, que esta situación ya ha sido señalada por MANUEL BALLBÉ en *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, pág. 50.

⁹ Sesión de las Cortes de Cádiz de 17 de noviembre de 1811, en *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*, t. X, cit., pág. 139.

¹⁰ Sesión de las cortes de Cádiz de 18 de noviembre de 1811, en *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*, t. X, cit., pág. 152.

¹¹ Manuel BALLBÉ, ob. cit., pág. 53.

¹² Ramón PARADA VÁZQUEZ, art. cit., págs. 23 y 24.

estableció un tribunal especial de guerra y marina ¹³, el 8 de septiembre del año siguiente las cortes prohibieron la aplicación de la pena de azotes ¹⁴.

2. La situación en América. En lo que se refiere a la América española, las experiencias bélicas revolucionarias iniciadas a partir de 1810 motivaron tanto el surgimiento de nuevos institutos jurídico militares como la formación de un derecho castrense más o menos rústico, adecuado, en gran medida, a la generalizada ignorancia de las reglas militares básicas que padecían los hombres de armas americanos ¹⁵.

De este modo, por ejemplo, ante la imposibilidad de constituir los tribunales *ad hoc* establecidos por las ordenanzas de Carlos III, en Colombia se dispuso, en 1819, la creación de un consejo de guerra permanente con jurisdicción para todo el ejército ¹⁶. En el mismo país y año, además, se modificaron las disposiciones carolinas en materia de robo ¹⁷, mientras que la frecuente comisión de desertiones -un mal que, dicho sea de paso, también asoló a los efectivos realistas del Perú ¹⁸-, motivó el dictado de un «*reglamento para la conservación de los*

¹³ Manuel BALLBÉ, ob. cit., pág. 53.

¹⁴ Alejandro de BACARDÍ, *Nuevo Colón, o sea tratado del derecho militar de España y sus Indias*, 3ª ed., Barcelona, Establecimiento tipográfico de los sucesores de N. Ramírez y Cía., 1878, t. III, pág. 315.

¹⁵ V.gr., véase el oficio de Francisco de Paula Santander fechado en La Trinidad el 16 de enero de 1819. En Andrés MONTAÑA (comp.), *Santander y los ejércitos patriotas, 1811-1819*, t. I, Bogotá, Biblioteca de la Presidencia de la República, 1989, pág. 316.

¹⁶ En FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, *Diarios de campaña, libro de órdenes y reglamentos militares, 1818-1834*, Bogotá, Biblioteca de la Presidencia de la Nación, 1988, pág. 27 y ss..

¹⁷ Véase la orden general de 6 de enero de 1819, suscripta por el general Santander. En FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, *Diarios de campaña, libro de órdenes y reglamentos militares, 1818-1834*, Bogotá, Biblioteca de la Presidencia de la Nación, 1988, pág. 19.

¹⁸ Véase, v.gr., Susana LLONTOP SÁNCHEZ CARRIÓN, «Las desertiones en el ejército realista (1810-1821)», en *Boletín del Instituto Riva Agüero*, N° 8 (1969-1971), Lima, pág. 319 y ss..

*ejércitos de la república»*¹⁹. Por otra parte, en los contingentes dirigidos por Simón Bolívar también se trató de reprimir la desertión, en este caso merced a la imposición de fusilamientos sin sustanciación de proceso previo alguno²⁰. En cuanto al resto de la actividad jurídico castrense del libertador venezolano, cabe recordar, además, que el 17 de junio de 1814 el prócer estableció la ley marcial, en virtud de la cual todos los individuos de la república, salvo los religiosos, quedaron sometidos a la jurisdicción castrense²¹. Al respecto, cabe señalar que éste era un mecanismo bastante difundido en la época. Así, en 1815, en plena guerra con los británicos, Andrew Jackson dispuso la aplicación de una medida análoga en Nueva Orleans²². Volviendo a Bolívar, cabe referir también que en diciembre de 1817, días después de dictar un reglamento que regulaba el proceso penal castrense²³, el libertador estableció que todos los varones mayores de catorce años y menores de sesenta que resultasen aprehendidos sin estar alistados en los ejércitos patriotas, serían considerados como traidores y pasados por las armas²⁴.

En otro orden de cosas, cabe referir, en cuanto a la realidad jurídico-militar chilena, que, a semejanza de lo acontecido en el Río de la Plata, una vez vencidos los realistas en 1817, el gobierno trasandino adjudicó el ejercicio de la jurisdicción castrense a una comisión militar integrada por cinco

¹⁹ En FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, *Diarios de campaña...*, cit., pág. 87 y ss..

²⁰ LIVIO SCHIAVENATO ACOSTA, «Las leyes marciales del Libertador», en *Revista de las Fuerzas Armadas (Colombia)*, vol. XXXVII, N° 108 (julio-septiembre de 1983), pág. 276.

²¹ Cfr. SIMÓN BOLÍVAR, *Obras completas* (compiladas por VICENTE LECUNA), t. II, La Habana, Lex, 1947, pág. 1067.

²² AMANCIO ALCORTA, *Las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1881, págs. 94 y 136.

²³ LIVIO SCHIAVENATO ACOSTA, art. cit., pág. 277.

²⁴ SIMÓN BOLÍVAR, *Obras Completas*, cit., págs. 1116 y 1117.

miembros, que a su vez eran jefes del ejército²⁵. Además corresponde señalar que, creada en junio de 1817 una legión de mérito de Chile, también se estableció una jurisdicción militar privativa destinada a juzgar a los legionarios²⁶. Asimismo, durante un corto lapso de tiempo en este país tuvieron vigencia las ordenanzas militares del Ejército de los Andes²⁷ y se receptaron brevemente algunos de los criterios jurídico-castrenses sostenidos en la Argentina por San Martín. De este modo, se llegó a despenalizar el desafío, medida que, sin embargo, quedó sin efecto rápidamente²⁸.

b. El derecho militar rioplatense durante los primeros años de la Revolución

1. El derecho militar rioplatense durante los tramos iniciales de la experiencia revolucionaria. En principio, durante las primeras etapas de la experiencia revolucionaria rioplatense el corpus penal castrense hispánico permaneció en vigencia, más o menos intacto. Vale decir, que entonces no se produjeron mayores cambios en la regulaciones jurídico militares, y que la antigua legislación española

²⁵ Véase el oficio de José Ignacio Zenteno al presidente de la Comisión Militar, Juan Gregorio de Las Heras; Concepción, 9 de julio de 1817. En Archivo de la Nación Argentina, *Documentos referentes a la guerra de la independencia y emancipación política de la República Argentina y de otras secciones de América a que cooperó desde 1810 a 1828*, vol. II, Buenos Aires, Talleres del Instituto Geográfico Militar, 1920, pág. 152.

²⁶ Decreto expedido por el director supremo chileno respecto de la instrucción y reglamento de la legión de mérito de Chile; Concepción de Chile, 1° de junio de 1817. En Archivo General de la Nación, Colección Sánchez de Bustamante (en adelante, AGN-CSB), legajo 1, documento 30.

²⁷ Museo Mitre, Archivo del General San Martín (en adelante, MM), documento 3047.

²⁸ De acuerdo con una relación de causas tramitadas en Chile, fechada en Santiago el 15 de noviembre de 1818, y firmada por Juan Paz del Castillo, para entonces se consideraba al duelo como un delito. En MM, documento 4510.

resultó tácitamente aceptada por las autoridades patrias ²⁹. Así, por ejemplo, en septiembre de 1811 la Junta Grande recomendó a los jefes militares, «*como único principio del orden y conservación de un ejército*», seguir las disposiciones de las leyes militares «*con la mayor severidad*» ³⁰.

Empero, ello no fue óbice para que se introdujesen algunas modificaciones en la materia. Al respecto, cabe señalar que una vez desencadenado el conflicto con los realistas, los hombres de Mayo se vieron precisados a dictar algunas disposiciones aisladas. De este modo, el 21 de octubre de 1810 el general Manuel Belgrano emitió un bando aplicable al contingente expedicionario al Paraguay, en virtud del cual se impusieron penas de degradación y de muerte para los oficiales que, sin licencia, se separasen de la formación para entrar en las casas de los civiles o para vejarnos, y para «*todo soldado que se atreviere a ofender a cualesquiera vecino ya sea en su persona o en la más mínima de sus propiedades[,] es decir que robar una gallina [o], un huevo*» ³¹. Poco menos de un año después, atendiendo a la idea de que «*ningún Estado es libre y feliz sin una fuerza efectiva*» fue el gobierno central el que incursionó en estos asuntos, estableciendo, así, el 6 de septiembre de 1811, una comisión o tribunal militar ³². En otro orden de cosas, cabe señalar, además, que la masiva movilización castrense de la población agudizó las ya tradi-

²⁹ Osvaldo MAGNASCO, *Introducción a los códigos militares de la República*, Buenos Aires, Félix Lajouane editor, 1895, pág. VII. Como un testimonio contemporáneo sobre el particular, puede verse el oficio del coronel Francisco Javier Pizarro al Supremo Poder Ejecutivo, Buenos Aires, 24 de junio de 1813, en *Biblioteca de Mayo*, t. XIII, pág. 11719.

³⁰ Ercilio DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares concernientes al ejército y armada de la República Argentina. 1810 a 1896*, t. I (1810-1853), Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1898, pág. 32.

³¹ El texto del bando referido ha sido transcrito en Facundo ARCE, *Belgrano. De la expedición del Norte al Campo de las Carreras. Ocaso del creador de la Bandera*, Paraná, edición del autor, 1974, págs. 82 a 84.

³² Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 31.

cionales críticas de la opinión pública contra la exagerada concesión de privilegios jurisdiccionales a los hombres de armas. Ello así, y como consecuencia de la extensión del número de aforados militares y de los abusos registrados en el goce del fuero, el 27 de junio de 1812 el gobierno dispuso que los milicianos sólo disfrutarían del mismo mientras se hallasen prestando servicio ³³.

Por otra parte, y como derivación de la fracasada sublevación de Martín de Álzaga, el 18 de julio de 1812 las autoridades del primer triunvirato sancionaron -con penas que incluían la muerte en el caso de los peninsulares- a todos los civiles que comprasen armas y equipos militares a los individuos de tropa ³⁴. Una semana después, vale decir el día 24 del mismo mes, el gobierno procedió a dictar un indulto en favor de los desertores, y estableció que, de allí en adelante, los reos de este delito, fuesen o no reincidentes, serían castigados con la pena capital, decisión que la Asamblea General convalidó posteriormente, el 23 de marzo de 1813 ³⁵, y que permaneció en vigencia hasta ser derogada por obra del artículo 3, capítulo 2, sección 6, del estatuto provisional de 5 de mayo de 1815 ³⁶. Además, en 1812 también se dictó un reglamento sobre deserciones -que fue publicado en la *Gaceta* de 4

³³ Jorge CABRAL TEXO, «La ley de abolición de los fueros personales de la provincia de Buenos Aires», en *Homenaje a Salvador de la Colina*, Ministerio de Educación, Universidad Nacional Eva Perón, Eva Perón, 1951, pág. 97. Véase, además, el oficio dirigido por las autoridades nacionales al gobernador intendente de Córdoba el 27 de junio de 1812; reproducido en *Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza*, t. VI (febrero de 1937), pág. 236.

³⁴ Decreto de 18 de julio de 1812. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 81.

³⁵ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, págs. 82 y 97. Emilio RAVIGNANI (ed.), *Asambleas Constituyentes Argentinas seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación* (en adelante, *ACA*), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1937, t. I, pág. 29.

³⁶ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 82.

de diciembre ³⁷-, en virtud del cual se estableció una gratificación de 30 pesos para toda persona que se presentase ante las autoridades con un desertor, y una de 20 pesos para aquellos que indicasen el paradero de un soldado ilegítimamente alejado de las filas. Asimismo, en virtud de este reglamento se penó con dos años de servicio en las líneas a los que receptasen, abrigasen u ocultasen a los soldados desertores, castigo que, en caso de que el culpable fuese persona impedida debía ser sustituido por multa arbitraria según la «*posibilidad y fortuna*» del reo, o, en su defecto, por presidio de seis meses para los varones, o por la imposición de trabajo personal por el mismo tiempo para las mujeres ³⁸.

En otro orden de cosas, y mientras que todo lo referido se decidía en Buenos Aires, en el curso de su marcha hacia el Alto Perú, el general Belgrano imponía a sus hombres pena de la vida para aquellos que robasen a los civiles ³⁹.

2. La Asamblea del año XIII y las modificaciones introducidas en el derecho penal militar rioplatense.

En 1813, con motivo de la reunión de la Asamblea General constituyente, no sólo se avanzó en la formulación de ciertas propuestas transformadoras en materia jurídico militar -que, en el caso de haber sido aplicadas, hubieran significado importantes novedades respecto del régimen imperante hasta el momento-, sino que, además, se incorporaron modificaciones en el ámbito procesal penal vigente, en parte como respuesta a la desarticulación sobreviniente de las estructuras jurisdiccionales hispánicas.

En cuanto a lo que se refiere a las propuestas renovadoras, se presentaron formando parte de los distintos proyec-

³⁷ ACA, t. I, pág. 29.

³⁸ Archivo General de la Nación (en adelante, AGN), X-7-8-1.

³⁹ José María PAZ, *Memorias póstumas*, Buenos Aires, Ediciones Estrada, 1957, t. I, pág. 112.

tos constitucionales debatidos por aquel entonces ⁴⁰. Fundamentalmente, estas propuestas giraron en torno a los alcances de la jurisdicción castrense, e hicieron gala de una notable permeabilidad frente a los ejemplos brindados por el constitucionalismo gaditano ⁴¹. Así, de modo análogo a lo propuesto en la Constitución española de 1812, el proyecto de la comisión oficial -que estuvo integrada, entre otros, por hombres como Manuel José García, Pedro Somellera y José Valentín Gómez, quienes años después ejercerían, en el ámbito bonaerense, un particular protagonismo a la hora de abolirse el carácter de privilegio personal de la jurisdicción castrense- recomendó que los militares fuesen juzgados «*en los términos que la ley [vigente] expres[as]e*» ⁴². Por su parte, dotado de una mayor dosis de audacia y tras establecer el principio de unidad de jurisdicción, el proyecto de constitución patrocinado por la Sociedad Patriótica reducía el goce del fuero castrense a «*los militares en campaña*» solamente ⁴³, sentando un principio que posteriormente sería reiterado en el denominado *Proyecto de la Asamblea* ⁴⁴. Asimismo, tanto

⁴⁰ Respecto de los proyectos constitucionales presentados con motivo de la reunión de la Asamblea del año XIII, puede verse Ezequiel ABÁSULO, «Presencia de Venezuela en los orígenes del constitucionalismo argentino», *II Congreso Argentino de Americanistas*. 1997, t. I, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Americanistas, 1998, pág. 290 y ss..

⁴¹ Respecto de la gravitación del constitucionalismo gaditano en toda Hispanoamérica, véase Eduardo MARTIRÉ, «Proyección del liberalismo gaditano en los países de América», en *Las cortes de Castilla y León. 1188-1988*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1990; principalmente las págs. 698 a 700.

⁴² Artículos 34 y 35, capítulo 21, del proyecto de Constitución de la comisión oficial. Ambos pueden consultarse en María Laura SANMARTINO DE DROMI, *Documentos Constitucionales Argentinos* (en adelante, *DCA*), Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pág. 2117.

⁴³ Artículo 195 del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica. En *DCA*, pág. 2139.

⁴⁴ Artículos 165 y 179 del proyecto de Constitución de la comisión *ad hoc*, en *DCA*, págs. 2084, 2085 y 2087. Abelardo LEVAGGI, «Los fueros personales. Contribu-

el proyecto constitucional de la comisión *ad hoc* -que limitó la posibilidad de aplicar la jurisdicción castrense a los civiles en el caso de suspenderse la vigencia del derecho de seguridad individual⁴⁵- como el de carácter federal atribuyeron al Poder Legislativo la exclusiva facultad para dictar ordenanzas militares⁴⁶.

Por otra parte, en lo que se refiere a las efectivas modificaciones incorporadas por la Asamblea del año XIII al derecho militar argentino, cabe recordar que una de las primeras medidas en la materia derivó del dictado del «Estatuto dado al Supremo Poder Ejecutivo» de 27 de febrero de 1813, norma mediante la cual se desconoció la autoridad del rey español para imponer el derecho militar aplicable a los contingentes rioplatenses y se suprimió la competencia de alzada atribuida hasta entonces al consejo supremo de guerra. Correlativamente, el estatuto no sólo delegó en el ejecutivo patrio la atribución de dictar las normas militares aplicables, sino que también lo facultó para «*confirmar, o revocar*» en último grado, «*con arreglo a ordenanza*», las sentencias dictadas por los consejos de guerra⁴⁷. Meses después, en septiembre del mismo año, evidenciada la ausencia en el Río de la Plata de oficiales de graduación superior -lo que dificultaba sobremanera la formación de los consejos de guerra-, la asamblea también decretó que a los efectos de la administración de justicia militar debían asimilarse a la condición de oficiales superiores los brigadieres, los coroneles y los tenientes coroneles, en defecto de los capitanes generales y de

ción al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata», en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, N° 22, 1971, pág. 70.

⁴⁵ Artículos 34 y 36, capítulo 22, del proyecto de Constitución de la comisión *ad hoc*, en *DCA*, pág. 2117.

⁴⁶ Artículo 13, capítulo 14, del proyecto de Constitución de la comisión *ad hoc*. Artículo 35 del proyecto de carácter federal. Ambos en *DCA*, págs. 2104 y 2149.

⁴⁷ *ACA*, t. I, pág. 17. Guillermo PALOMBO, «La justicia penal militar en el Río de la Plata (1810-1894)», en *Prudentia Iuris*, N° 12 (abril de 1984), Buenos Aires, pág. 111.

los demás militares mencionados en las ordenanzas carolinas ⁴⁸. Finalmente, respondiendo a una solicitud elevada al cuerpo el 14 de octubre de 1813, y teniendo en cuenta ciertas «*consideraciones de política*», la escasez de oficiales, las dificultades procesales surgidas por efecto de «*los accidentes de la guerra*», la advertida morosidad en la sustanciación de los procesos, y las «*repetidas oscilaciones que se han experimentado y [que se] han producido [en] diferentes causas, las cuales conviene, oídas las partes, o sofocarlas en el silencio, o determinarlas con energía*», el 29 de octubre de 1813 la Asamblea facultó al Ejecutivo para dictar sentencia en las causas militares, incluso respecto de aquellas que, de acuerdo con el artículo 21, título VI, tratado VIII de las ordenanzas de Carlos III, estaban originariamente reservadas al conocimiento del monarca ⁴⁹.

En otro orden de cosas, y ya que aquí estamos hablando de lo acontecido durante 1813, cabe señalar ahora que en el curso de este año el coronel José de San Martín dio forma al reglamento interno para los oficiales del regimiento de granaderos a caballo, dispositivo que posteriormente imitado por otros cuerpos ⁵⁰, se redactó con el objeto de enaltecer al oficial, arraigando el espíritu de cuerpo ⁵¹. Al respecto, cabe señalar que buena parte de las disposiciones y de las normas procesales del reglamento poco tenían que ver con el derecho castrense hispánico tradicional. En efecto, de acuerdo con el reglamento referido, los oficiales del regimiento estaban sometidos a una especie de jurisdicción de honor, en la que la acusación y el juzgamiento eran ejercidos por sus

⁴⁸ Decreto de 1° de septiembre de 1813. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 108.

⁴⁹ Ley de 29 de octubre de 1813. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., págs. 109 y 110.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, el reglamento del Batallón de Infantería N° 10, que se aprobó el 7 de noviembre de 1818, en Aníbal Jorge LUZURIAGA y Julio Arturo BENENCIA, *Formación castrense de los hombres de armas de Belgrano*, Buenos Aires, Instituto Nacional Belgraniano, 1996.

⁵¹ José María PAZ, ob. cit., t. I, pág. 227 y ss..

camaradas, quienes estaban facultados para indagar si el sospechado había demostrado cobardía en acción de guerra, había rechazado un desafío, era indiferente respecto del deshonor del cuerpo, había practicado trampas, faltaba a la integridad en el manejo de caudales, había sido desleal para con el honor de un compañero o para con las resoluciones del cuerpo de oficiales, mantenía amistad notoria con miembros de las clases inferiores, había agredido físicamente a una mujer, había desoído el pedido de socorro de un compañero en acción de guerra, se había presentado públicamente con prostitutas o desaseado, jugaba por dinero con personas de baja condición social, o hacía un uso inmoderado del alcohol ⁵². Así las cosas, en el caso de hallarse indigno al imputado, la pena más grave que se podía aplicar era el pedido de separación del cuerpo.

3. Lo jurídico militar durante los inicios del Directorio. Advertidas ciertas falencias y tardanzas en la tramitación de las causas castrenses, y oídas las propuestas de algunos importantes jefes ⁵³, a comienzos de 1814 las autoridades nacionales se preocuparon por la reorganización de los tribunales militares. De este modo, con los inicios del Directorio se produjo un significativo giro en materia de administración de justicia castrense. En efecto, el 2 de marzo de 1814 el Ejecutivo dictó un decreto con el objeto de «uniformar el método de las causas de los individuos del ejército» ⁵⁴. Fue así

⁵² «Reglamento del regimiento de granaderos a caballo», en *Documentos para la Historia del Libertador General San Martín* (en adelante, *DPHLGSM*), Buenos Aires, Ministerio de Educación y Justicia, Instituto Nacional Sanmartiniano y Museo Histórico Nacional, 1950-1979, t. II, págs. 66 y 67.

⁵³ Oficio de José de San Martín al gobierno, Tucumán, 11 de febrero de 1814, en A. J. Pérez AMUCHÁSTEGUI, *San Martín y el Alto Perú - 1814*, Tucumán, Ediciones Fundación Banco Comercial del Norte, 1976, pág. 375.

⁵⁴ Dictamen del auditor general de guerra, Juan José Paso; Buenos Aires, 6 de septiembre de 1815. En *Boletín Jurídico Militar*, N° 2 (julio-diciembre de 1952), pág. 121.

que se constituyó en Buenos Aires una comisión militar permanente que, dotada con jurisdicción en todo el territorio del Estado, reemplazó a los tradicionales consejos de guerra ⁵⁵. Tiempo después, el 7 de mayo del mismo año, las actividades de la referida comisión fueron definidas por un reglamento de 13 artículos, que dejaba sin efecto algunos aspectos de las viejas ordenanzas de Carlos III.

Entre otras cuestiones, el reglamento de mayo de 1814 dispuso que la Comisión Militar Permanente asumiera en todo el país la misma competencia que hasta entonces ejercían los antiguos consejos de guerra de oficiales generales, los ordinarios y los extraordinarios; y que sus miembros y sus reemplazantes fueran elegidos por la persona que desempeñase la jefatura de los ejércitos de la patria. Por otra parte, en materia de procedimientos el reglamento hacia hincapié en la celeridad en el tratamiento de las causas, principio expresado no sólo en la brevedad de los trámites -que no debían insumir más de seis días-, sino también en la supresión de algunos pasos -como la ratificación y la confrontación- en la mayor parte de las causas, y en la concesión, a los jefes de los ejércitos en operaciones, de facultades suficientes como para poder aplicar pena de muerte a los reos de desertión sin necesidad de consultar previamente con el gobierno central ⁵⁶.

Respecto del asunto comentado en este acápite, no está de más consignar que a comienzos de 1814 la cuestión de la ineficiencia de la administración de justicia militar revolucionaria también preocupó hondamente al nuevo jefe del Ejército del Norte, general José de San Martín. Así las cosas, no conociendo aún las decisiones adoptadas por el gobierno central en la materia, y auxiliado jurídicamente por Teodoro Sánchez de Bustamante, San Martín propuso en marzo, sin

⁵⁵ Decreto de 10 de marzo de 1814, en AGN, X-7-8-2.

⁵⁶ «Reglamento de la Comisión Militar Permanente», Buenos Aires, 7 de mayo de 1814, en AGN-CSB, legajo 1, doc. 20.

éxito, que en el Ejército Auxiliador del Perú se estableciesen dos consejos de guerra permanentes: uno integrado por «*los jefes de los regimientos y cuerpos del Ejército[,] para juzgar a todos los oficiales de cualquier clase y graduación*» que fuesen, y otro «*compuesto de capitanes para juzgar a la tropa desde sargento abajo en los casos de pena capital o gravemente aflictiva*». Además, el futuro libertador concibió la idea de que «*la policía correccional de los soldados*» fuese administrada en cada unidad por juntas militares regimentales ⁵⁷.

Volviendo al análisis de la Comisión Militar Permanente, cabe señalar aquí que mediante decreto de 23 de diciembre de 1814 su amplia jurisdicción nacional se redujo parcialmente, a tenor de la delicada situación creada con la derrota de los patriotas trasandinos en Rancagua. En efecto, a partir de ese entonces se consideró que mientras durase la ocupación realista de Chile la guarnición militar con asiento en Mendoza se hallaba «*como en campaña*», situación que dio lugar al establecimiento de unos consejos de guerra que reasumieron las atribuciones jurisdiccionales delegadas en marzo a la Comisión Militar Permanente. Además, en virtud esta medida -que fue adoptada por el director supremo de acuerdo con el dictamen de su Consejo de Estado-, se facultó al comandante del Ejército de los Andes para autorizar la ejecución de las penas capitales dispuestas por los correspondientes tribunales castrenses, sin necesidad de elevar previamente los autos a la consideración del gobierno central ⁵⁸.

En cuanto a otras medidas de interés jurídico-militar dictadas durante esta época, cabe consignar que en marzo de 1815, durante los últimos días del directorio de Carlos María de Alvear, un decreto firmado por este último dispuso la crea-

⁵⁷ Véase el borrador del oficio de José de San Martín al director supremo, Tucumán, 10 de marzo de 1814; AGN-CSB, legajo 1.

⁵⁸ Oficio del Consejo de Estado al director del Estado de 20 de diciembre de 1814 -con el conforme del último de los nombrados de 23 del mismo mes y año-, en AGN, X-7-8-2.

ción en Buenos Aires de una comisión especial, destinada a juzgar «*privativa y militarmente*» a todos aquellos civiles que «*de palabra o por escrito, directa o indirectamente*» atacasen «*el sistema de libertad o independencia*», atentasen contra el orden público, estimulasen la deserción o no denunciasen las conspiraciones contra la autoridad. Asimismo, en virtud de la misma medida se castigó con la muerte a todos aquellos que tratasen de seducir a los soldados o de promover la deserción en los ejércitos de la patria ⁵⁹.

c. Lo jurídico-militar rioplatense entre los prolegómenos de la Declaración de la Independencia y la disolución de las autoridades nacionales

1. La realidad jurídico-castrense argentina a partir de la sublevación de Fontezuelas. Si bien tras la caída de Alvear se decidió la inmediata conformación de una nueva comisión militar ejecutiva especial, que integrada por Miguel Estanislao Soler, Juan José Viamonte y Juan Bautista Bustos ⁶⁰, se dedicó a juzgar a los colaboradores de las autoridades depuestas, las principales novedades en materia penal militar se produjeron en mayo de 1815, con motivo de la sanción del estatuto provisorio. En efecto, este instrumento reguló varias cuestiones de interés, como que, por ejemplo, atribuyó al director del Estado la autoridad para confirmar o revocar con arreglo a ordenanza, y previo dictamen del auditor, las sentencias dictadas por la Comisión Militar Permanente y por los consejos de guerra ⁶¹, y también declaró vigente el reglamento de mayo de 1814 respecto de la subs-

⁵⁹ Decreto de 28 de marzo de 1815, en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, págs. 156 y 157.

⁶⁰ Armando Alonso PIÑEIRO, *Historia del general Viamonte y su época*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1969, pág. 161.

⁶¹ Art. 26, capítulo I, sección III, del estatuto provisorio de 1815, en DCA, pág. 2183.

tanciación y sentencia de «*las causas criminales contra individuos militares del ejército*»⁶². Sin embargo, simultáneamente el estatuto alteró algunas disposiciones del citado reglamento, al declarar abolida la pena de muerte respecto de los soldados reos de primera desertión -salvo que fuesen aprehendidos yendo en dirección al enemigo-, y al dejar sin efecto la imposibilidad de alegar como atenuante la falta de prest respecto del mismo tipo de asuntos⁶³.

Por otra parte, en lo atinente a los soldados cívicos acusados de usar indebidamente sus armas, el articulado del estatuto provisorio declaró que la justicia ordinaria debería aplicarles las penas previstas por las leyes generales a los que matasen, hiriesen o infiriesen grave daño⁶⁴. Además, el estatuto calificó de «*sospechoso*» al soldado que perdiese o enajenase el arma, en cuyo caso no sólo era imponible pena de arresto al culpable hasta tanto se reintegrase al erario el importe del arma faltante, sino que también debía labrarse una instrucción, con el objeto de determinar el destino del material, y, «*según las circunstancias del caso*», decidir la aplicación de una pena más grave al responsable⁶⁵. Asimismo, preocupadas las autoridades de que no quedase «*sin ejercicio*» la jurisdicción ordinaria, en el caso de las milicias cívicas se restringió el goce del fuero a sus integrantes veteranos⁶⁶. Finalmente, cabe señalar que el estatuto provisorio también encomendó a la junta de observación la tarea de «*metodizar*» la normativa del título 10, tratado VIII, de las ordenanzas carolinas -que se consideraban reformadas «*en la*

⁶² Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 160.

⁶³ Capítulo 2, sección VI, del estatuto provisorio de 1815, en *DCA*, págs. 2196 y 2197. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 160.

⁶⁴ Art. 16, capítulo 3, sección VI del estatuto provisorio de 1815, en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 162.

⁶⁵ Art. 15, capítulo 3, sección VI del estatuto provisorio de 1815. *Ibidem*.

⁶⁶ Art. 5, capítulo 3, sección VI del estatuto provisorio de 1815. *Idem ant.*, pág. 161.

mayor parte» por diferentes disposiciones patrias- para que sirviese «*de instrucción y lectura a todo el ejército*»⁶⁷.

Empero, esto no fue todo lo realizado por el nuevo gobierno, ya que con posterioridad a la sanción del Estatuto, siguieron dictándose medidas de naturaleza penal militar. Así, en junio de 1815 se estableció una pena de ocho años de presidio -aplicable por la comisión militar permanente mediante un procedimiento «*sumario y breve*»- para todas aquellas personas que indujesen a los soldados a la desertión, comprasen o aceptasen en empeño prendas del vestuario, o procurasen introducir el «*desorden en la milicia*»⁶⁸. Por otra parte, como resultado de una consulta elevada por el general San Martín, el 17 de noviembre de 1815 la junta de observación autorizó a los comandantes en jefe que actuasen frente al enemigo para que, previo dictamen del auditor correspondiente, pudiesen ordenar directamente la ejecución todas las sentencias dictadas por los consejos de guerra contra los espías, los infidentes, los inductores a la desertión, y los autores de todos aquellos delitos que comprometiesen la causa pública y el honor de las armas de la patria⁶⁹.

2. El derecho militar en el Ejército de los Andes. Al margen de las transformaciones advertidas en el orden nacional, las crecientes facultades conferidas a partir de mediados de la década de 1810 al general San Martín⁷⁰ hicieron posible que en el seno del Ejército de los Andes la realidad jurídico militar reflejase el particular criterio personal de su

⁶⁷ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 160.

⁶⁸ Idem ant., pág. 171, Boletín Jurídico Militar, N° 4 (julio-diciembre de 1954), pág. 367.

⁶⁹ Boletín Jurídico Militar, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 125.

⁷⁰ Jorge CABRAL TEXO, «Las ordenanzas penales para el Ejército de los Andes», en *Actas del Congreso Nacional de Historia del Libertador General San Martín*, t. II, Mendoza, Ministerio de Educación, Universidad Nacional de Cuyo, 1953, pág. 521.

comandante, el mismo que, para algunos contemporáneos, expresaba una «*inversión absoluta de los establecimientos legales, bajo los cuales hasta hoy hemos sido regidos*»⁷¹. Así las cosas, en septiembre de 1816 San Martín dictó unas leyes penales para el ejército de los Andes⁷², dispositivo que los estudiosos han considerado como el primer esfuerzo penal militar orgánico de origen nacional⁷³.

En cuanto a la autoría de las cláusulas de dichas leyes penales, si bien Gerónimo Espejo asegura que fueron obra exclusiva del genio sanmartiniano⁷⁴, cabe concluir que sólo el exordio y el consejo final fueron escritos por San Martín, ya que la redacción técnica de sus 41 artículos -que en un gran porcentaje se limitaban a resumir el título 10, tratado VIII, de las ordenanzas de Carlos III- dan la impresión de haber sido resultado de la pluma de un jurista, posiblemente el auditor Bernardo de Vera y Pintado⁷⁵. En cuanto a lo dicho en último término, lo expuesto no significa que compartamos el criterio de quienes afirman que las ordenanzas del Ejército de los Andes no fueron más que un mero calco de sus pares carolinas⁷⁶. Por el contrario, observamos que entre el dispositivo sancionado por Carlos III y las normas cuyanas se encuentran importantes diferencias, como que las últimas no penaban ciertas figuras que sí eran consideradas delictivas

⁷¹ Representación del teniente de granaderos a caballo Vicente Mármol ante el supremo Poder Ejecutivo; Buenos Aires, octubre de 1813. En *DPHLSM*, t. II, pág. 34.

⁷² Reproducidas en numerosas ocasiones, aquí seguimos la versión de las ordenanzas editada por ZINNY en su «Efemeridiografía argiroparquiótica», *La Revista de Buenos Aires. Historia americana, Literatura y Derecho*, año VIII, N° 89 (septiembre de 1870).

⁷³ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, «Historia de la legislación militar argentina», en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, 5ª serie, t. I, Buenos Aires, 1898, pág. 216. Oscar Ricardo SACHERI, presentación de la sección «Historia del Derecho», en *Boletín Jurídico Militar*, N° 1 (enero-junio de 1953), pág. 109.

⁷⁴ Gerónimo ESPEJO, «El paso de los Andes», en *Biblioteca de Mayo*.

⁷⁵ Véase Jorge CABRAL TEXO, «Las ordenanzas penales...», cit., pág. 531.

⁷⁶ Sostiene esta, a nuestro parecer, equivocada posición, el autor de *La Organización de la Justicia en el Ejército de los Andes*, monografía mecanografiada -sin indicación del autor- que se conserva en la Biblioteca del Instituto Nacional Sanmartiniano de Buenos Aires, pág. 16.

por las disposiciones españolas, como el contrabando, el sacrilegio, el desafío y las adulteraciones provocadas por los vivanderos en las mercaderías ⁷⁷. Además, corresponde señalar dos cuestiones. Primero, que en no pocas oportunidades los castigos previstos en la normativa mendocina resultaban más rigurosos que sus homólogos peninsulares, como sucedió con la sedición y con el motín, con la figura del centinela dormido, y con los conatos de desertión; y segundo, que las ordenanzas del Ejército de los Andes no contemplaban la posibilidad de invocar algunos atenuantes, como el refugio en sagrado. Por otra parte, en lo que se refiere a las características de las leyes penales sanmartinianas, no está de más recordar que en su articulado ocupaba un papel importante todo lo relativo al delito de desertión -materia regulada en los artículos 16 a 19-, así como otras figuras que mermaban los contingentes patrios, como la inutilización para el servicio -regulada en el artículo 31-. Además, entre las innovaciones introducidas por las ordenanzas cuyanas, podemos mencionar la incorporación de la omisión en el cumplimiento de bandos militares, establecida en el artículo 38.

Pero esto no es todo lo que puede decirse del derecho militar en los contingentes sanmartinianos. En efecto, junto con el derecho de fondo, otro aspecto a considerar en la trayectoria jurídico militar del Ejército de los Andes es el de la administración de justicia. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, como derivación de una orden del gobierno central, el 23 de septiembre de 1815 se constituyó en Mendoza la Comisión Militar Permanente del Ejército de los Andes, cuyas actividades se hallaban sometidas a la autoridad del general en jefe ⁷⁸. Así establecida, los primeros miembros del tribu-

⁷⁷ Con respecto a este último delito, San Martín lo reguló posteriormente mediante el dictado de un bando especial, de 13 de octubre de 1816. Cfr. C. GALVÁN MORENO, *Bandos y proclamas del General San Martín. Una exposición documental de su heroica gesta libertadora*, Buenos Aires, Claridad, 1947, págs. 122 y 123.

⁷⁸ Vale decir, pues, que este tribunal carecía de facultades para comunicarse directamente con las autoridades del gobierno central. Véase al respecto el oficio del

nal fueron el coronel graduado Zapiola (en calidad de presidente), los tenientes coroneles Melián, Gregorio de Las Heras y Villanueva y el sargento mayor graduado De la Plaza ⁷⁹. En cuanto al procedimiento aplicado, éste era el mismo que se aplicaba en el resto del país. Sin embargo, cabe señalar que insatisfecho con la lentitud de este régimen, San Martín elevó a la consideración de las autoridades centrales un proyecto de reformas redactado a su pedido por el auditor Vera y Pintado. Si bien éste no fue aceptado por el gobierno, vale la pena tener en cuenta que estaba dominado por la idea de acelerar los trámites del proceso a costa de eliminar la mayor cantidad posible de formalidades. De este modo, el proyecto en cuestión recomendaba la instauración de un procedimiento abreviado en el caso de que las declaraciones de los testigos resultasen contestes con los términos de las denuncias presentadas, limitándose, de este modo, la puesta en marcha del proceso militar tradicional -dotado de todas las formalidades de estilo- para aquellos casos en los que a partir de la instrucción no surgiese la indudable culpabilidad del imputado ⁸⁰.

En otro orden de cosas, cabe referir que junto con la actuación de la comisión militar, en el Ejército de los Andes la administración de la jurisdicción castrense se delegó, en ciertas circunstancias, en otros órganos. De este modo, en el seno de cada una de las columnas que cruzaron la Cordillera se formaron sendas comisiones militares de cinco miembros, organizadas de un modo análogo a la que administraba justi-

general José de San Martín a la Comisión Militar que se reproduce en *DPHLGSM*, t. IV, págs. 193 y 194.

⁷⁹ Resolución de José de San Martín creando la Comisión Militar del Ejército de los Andes; Mendoza, 23 de septiembre de 1815. En Archivo Histórico de Mendoza (en adelante, AHM), carpeta 471, Sección Militar, Auditoría de Guerra, doc. 3.

⁸⁰ Oficio de José de San Martín al secretario de guerra, coronel mayor Marcos Balcarce, presentando un proyecto de modificación al régimen procesal militar; Mendoza, 2 de noviembre de 1815. En Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, cit., vol. I, pág. 359.

cia para el ejército en pleno. Empero, éstas contaban con reglamentos particulares y aplicaban un procedimiento oral ⁸¹.

3. Lo jurídico-militar rioplatense durante los últimos años del Directorio. Si se exceptúa el caso particular del Ejército de los Andes, durante el cuatrienio que comienza en 1816 buena parte de las innovaciones jurídico-militares introducidas en el Río de la Plata se vincularon a la actividad del Congreso que por aquellos años declaró la independencia de las Provincias Unidas y redactó la Constitución de 1819. De este modo, mientras que para fines de junio de 1816 en el seno de dicho cuerpo se recomendó la revisión de los aspectos penales de las ordenanzas de Carlos III ⁸², poco más de un mes más tarde, el 3 de agosto, se decretó que cuando resultase necesario juzgar un delito en un lugar alejado del asiento de la Comisión Militar Permanente, debían constituirse consejos de guerra de acuerdo con la usanza tradicional ⁸³. Posteriormente, el 16 de noviembre del mismo año, el Congreso confirmaría los términos del estatuto provisorio de 1815, al dejar sin efecto aquellas disposiciones del reglamento de mayo de 1814 en virtud de las cuales se imponía pena de muerte por la primera desertión, y además restauraría la plena vigencia de las ordenanzas carolinas respecto de todos los casos de desertión ⁸⁴. Por otra parte, respecto del procedimiento aplicable para juzgar a los desertores, cabe recordar, además, que a propuesta de la Comisión Militar Permanente, el 5 de febrero de 1817 el director del Estado decidió, para evitar el exceso de trabajo que suscitaba la instrucción

⁸¹ Véase el oficio de José de San Martín con las instrucciones para el comandante en jefe de la división del norte del Ejército de los Andes, sargento mayor Juan Cabot; Mendoza, 2 de enero de 1817. En *DPHLGSM*, t. V, pág. 16.

⁸² Sesión de 28 de junio de 1816 del Congreso Nacional. En *ACA*, t. I, pág. 229.

⁸³ Sesión de 3 de agosto de 1816 del Congreso Nacional. En *ACA*, t. I, pág. 242.

⁸⁴ Sesión de 16 de noviembre de 1816 del Congreso Nacional. En *ACA*, t. I, pág. 273.

de causas a los desertores de primera vez y para no distraer a los fiscales del estudio de asuntos de «*mayor gravedad*», que en esos casos las sumarias se confeccionasen directamente en la misma unidad del delincuente, elevándose posteriormente lo actuado al inspector general, para que éste procediese a su anotación en la foja de servicios del reo ⁸⁵.

Sin pretender ignorar la importancia de las «*reglas de disciplina*» para el personal de la marina que se aprobó en mayo ⁸⁶, ni la propuesta elevada por el director del Estado, tendiente a sustituir la Comisión Militar Permanente por unos tribunales militares que actuaran de acuerdo con las disposiciones de un reglamento que se hallaba en elaboración ⁸⁷, cabe señalar que durante 1817 la preocupación fundamental del congreso se centró en el estudio de las cuestiones jurídico militares que debían integrar el texto de un futuro reglamento provisorio nacional. De este modo, a partir de octubre de 1817 los diputados comenzaron a discutir diversos tópicos vinculados a la penalidad y al procedimiento militares ⁸⁸. Como fruto de estos debates, y de la consulta al texto del estatuto de 22 de noviembre de 1816 -que no llegó a entrar en vigencia-, el reglamento provisorio que se aprobó el 3 de diciembre de 1817 estableció, entre otras cuestiones de interés jurídico castrense, las siguientes: la sustitución de la antigua Comisión Militar Permanente por un tribunal militar, «*con la calidad de que el defensor de los reos deba asistir a la confesión personalmente*» ⁸⁹; la reiteración del régimen penal aplicable a los desertores de acuerdo con el

⁸⁵ AGN, X-8-8-7.

⁸⁶ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 233 y 234, 240 a 244. Boletín Jurídico Militar, N° 5 (enero-junio de 1955), pág. 135 y ss..

⁸⁷ ACA, t. I, pág. 332.

⁸⁸ En ACA, t. I, pág. 332 y ss..

⁸⁹ Artículo 8, capítulo 1, sección sexta, del reglamento provisorio de 1817, en DCA, pág. 2287.

decreto de 16 de noviembre de 1816⁹⁰; la obligación de los oficiales subalternos de leer a los soldados «*con frecuencia*» las «*leyes penales de ordenanza*»⁹¹; la futura «*metodización*», de acuerdo con las reformas introducidas por las autoridades patrias, del título 10, tratado VIII, de las ordenanzas de Carlos III⁹²; la supresión del goce del fuero militar por parte de los integrantes de las milicias cívicas, salvo en el caso de los veteranos incorporados, con el objeto de evitar que la jurisdicción ordinaria quedase «*sin ejercicio*», y se recargase «*indebidamente la militar*»⁹³.

Corresponde aclarar ahora que, como una derivación de la puesta en vigencia del reglamento provisorio de 1817, el 18 de febrero del año siguiente el comandante del Ejército del Perú denunció a la superioridad que a raíz de la restitución del régimen de las ordenanzas carolinas en materia de desertión se observaban ciertas dificultades en la sustanciación de los procesos. Es que al parecer, dicha restauración estimulaba a los defensores a invocar la inasistencia de prest como la base de «*la protección de sus clientes*», aspirando así, al decir del general Belgrano, a «*la impunidad de un crimen de la mayor trascendencia a la salud pública*». En consecuencia, el 26 de marzo de 1818 el Congreso Nacional decidió que mientras el ejército estuviese en campaña, para la aplicación de las penas contra los desertores se debían considerar como equivalentes al prest, la comida, el vestuario y el entretenimiento o socorro que se suministrase a la tropa, de acuerdo con lo que permitiesen «*las exigencias del erario*»⁹⁴.

⁹⁰ Artículo 9, capítulo 1, sección sexta, del reglamento provisorio de 1817, en *DCA*, pág. 2288.

⁹¹ Artículo 15, capítulo 1, sección sexta, del reglamento provisorio de 1817, en *DCA*, pág. 2288.

⁹² Artículo 16, capítulo 1, sección sexta, del reglamento provisorio de 1817, en *DCA*, pág. 2288.

⁹³ Artículo 6, capítulo 3, sección sexta, del reglamento provisorio de 1817, en *DCA*, pág. 2291.

⁹⁴ *ACA*, t. I, pág. 347.

Un año después, el 4 de marzo de 1819 más precisamente, atendiendo a los reclamos del Ejecutivo respecto de las dilaciones observadas en la tramitación de las causas incoadas en materia de conspiración, y a los «*peligros a [los] que está[ba] expuesta la tranquilidad pública por la morosidad*» resultante «*de las formas y trámites ordinarios*», el Congreso estableció, por un período de seis meses, una comisión militar de cinco vocales -uno de los cuales debía ser letrado- con el objeto de que ésta conociese «*privativamente en las causas de conspiración y [de] traición*» cometidas por militares y por paisanos. Respecto del particular, se adjudicó al director del Estado la designación de los miembros de la referida comisión, quienes en el juzgamiento de las causas debían ajustarse a lo dispuesto en el reglamento de mayo de 1814 y en un decreto de 3 de agosto de 1816 ⁹⁵. Un mes y medio después de su sanción, la antedicha resolución sufrió un ligero cambio como consecuencia de la solicitud de un procesado. Fue así que el congreso decidió que los reos juzgados por la comisión militar especial pudiesen defenderse por sí o por procuradores elegidos por ellos, aún cuando estos últimos no fuesen aforados militares ⁹⁶.

Cabe referir, finalmente, que en el texto constitucional que fue aprobado el 22 de abril de 1819 también se incorporó alguna disposición de contenido penal militar. En efecto, aun cuando en esta carta se omitió reiterar las detalladas prescripciones en la materia contenidas en el reglamento de 3 de diciembre de 1817, en ella se adjudicó al Poder Ejecutivo atribuciones suficientes como para confirmar o revocar «*con arreglo a ordenanza las sentencias de los reos militares pronunciadas en los tribunales de su fuero*» ⁹⁷.

⁹⁵ ACA, t. I, pág. 411. Domingo MATHEU, «Autobiografía», cit., pág. 2788. Cabe señalar que la resolución del Congreso habla, equivocadamente, del «soberano decreto de 1º de agosto de 1816». Sin embargo, ese día no se dictó ningún decreto sobre materia jurídico-militar, lo que sí se hizo el día 3.

⁹⁶ ACA, t. I, pág. 420.

⁹⁷ Artículo 90 de la Constitución de 1819, en DCA, pág. 2329.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. Las instituciones del derecho penal militar rioplatense frente al fenómeno revolucionario. Aunque los primeros gobernantes patrios miraron con simpatía las posturas jurídicas más innovadoras de su época, y en los semirregulares ejércitos revolucionarios fueron escasos los hombres de armas que, imbuidos en la «añeja rutina de la milicia española»⁹⁸, contaron con aptitud suficiente como para convertirse en obstáculo a las transformaciones pretendidas, lo cierto es que en el ámbito del derecho penal militar los aires renovadores que acompañaron al proceso de emancipación no se hicieron sentir tanto en el campo de las concretas instituciones aplicables, como en el de las mentalidades. Asimismo, es evidente que al margen de que las necesidades bélicas dieron lugar a la incorporación de puntuales modificaciones en el régimen jurídico castrense tradicional, la formalidad del derecho sustantivo permaneció sin mayores alteraciones, mientras que todo lo relativo a la administración de justicia -vale decir, la organización de los tribunales, el procedimiento y la extensión del fuero castrense- fue lo que, a la postre, demostró mayor receptividad frente a las novedades. Empero, como ya se ha dicho, ello no significa que no se hubieran introducido algunos cambios, fruto tanto de las nuevas ideas como de la peculiar realidad revolucionaria. En este sentido, por ejemplo, cabe señalar que paulatinamente se impusieron nociones tales como que las causas debían ser públicas⁹⁹; que los imputados debían gozar de las

⁹⁸ José María PAZ, ob. cit., t. I, págs. 3 y 7.

⁹⁹ Esta afirmación debe ser considerada con ciertas reservas. Para un ejemplo de la permanencia del secreto en el proceso militar patrio, véase el dictamen del auditor Bernardo de Vera y Pintado -que lleva el conforme de San Martín- en la causa contra Juan Francisco Cortes; Mendoza, 8 de enero de 1816, en MM, documento 461.

garantías del debido proceso ¹⁰⁰ conforme con el derecho natural ¹⁰¹; que era necesario que la determinación de la culpabilidad se asentase en la demostración de hechos positivos ¹⁰²; y que la determinación de las penas debía resultar de la adecuada ponderación de los respectivos atenuantes y agravantes. En cuanto a lo dicho en último término, cabe consignar que se consideraban atenuantes las características culposas del delito ¹⁰³, la falta de educación del reo ¹⁰⁴ y la previa prestación de servicios a la patria ¹⁰⁵, mientras que se sindicaban como agravantes la reincidencia ¹⁰⁶ y la escasa adhesión de los reos a la empresa revolucionaria ¹⁰⁷. Asimismo, otro criterio que obtuvo general aceptación fue el de considerar lo penal militar como un elemento moralizador del ejército, útil para la educación del ciudadano y del soldado en tanto que severo límite a la delincuencia y simultáneo estímulo de las virtudes republicanas ¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Véase un ejemplo de lo dicho en el bando dictado por José de San Martín el 12 de septiembre de 1815. En GALVÁN MORENO, ob. cit., pág. 89.

¹⁰¹ Oficio de Manuel Belgrano al director supremo, Gervasio Posadas; Tucumán, 4 de marzo de 1814. En *Epistolario Belgraniano* (recopilación de María Teresa PIRAGINO y prólogo de Ricardo CAILLET-BOIS), Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1970, carta 141, pág. 255.

¹⁰² Véase la carta de José de San Martín al gobernador intendente de Mendoza; Mendoza, 1° de enero de 1816. En *DASM*, t. II, p. 165.

¹⁰³ Véase el dictamen del auditor Vera y Pintado en la causa seguida al coronel Francisco Calderón; Mendoza, 12 de noviembre de 1816. En Juan DRAGHI LUCERO, «Oficios firmados por el general San Martín», *Revista de la Sociedad de Historia y Geografía de Cuyo*, t. I, Mendoza, 1946, pág. 146.

¹⁰⁴ Dictamen del auditor Vera y Pintado de 14 de mayo de 1816, en MM, legajo 771. Véase también el dictamen de Vera, de 10 de septiembre de 1816, en MM, legajo 1315.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, el caso del oficial Pringuel, en *Boletín del Ejército Unido Libertador del Perú*, N° 9, Huaura, 24 de enero de 1821.

¹⁰⁶ Dictamen del auditor Vera y Pintado de 19 de octubre de 1816. En MM, legajo 1225.

¹⁰⁷ Dictámenes de Bernardo de Vera y Pintado de 28 de marzo y 22 de mayo de 1816. En AHM, carpeta 443.

¹⁰⁸ Carta de Manuel Belgrano a Feliciano Chiclana; Salta, 5 de marzo de 1813. En *Epistolario Belgraniano*, cit., carta 92, pág. 183.

2. Caracterización de los ejércitos rioplatenses.

Aunque era común convicción entre los patriotas que de «*la subordinación y la disciplina*» dependía la victoria ¹⁰⁹ y que nada era «*más interesante al orden militar, que el castigo del delincuente para cortar la frecuencia del crimen*» ¹¹⁰, la realidad de los ejércitos rioplatenses distaba de las aspiraciones de orden y disciplina como las que figuraban en el catecismo militar que se mandó a imprimir a finales de 1810 ¹¹¹. En otras palabras, no era nada sencillo imponer un severo régimen de penalidades en unos contingentes como los revolucionarios, en los que «*la tardía e indebida aplicación de las leyes penales*» ¹¹² era sordamente resistida por unos antiguos milicianos devenidos en soldados, que habitualmente mal pagados ¹¹³, no sólo se mostraban reacios a ajustarse a las ordenanzas y a las reglamentaciones castrenses ¹¹⁴, sino que frecuentemente hacían gala de una «*conducta viciosa*» casi convertida en «*sistema*» ¹¹⁵.

En este orden de asuntos, cabe reconocer que las manifestaciones delictivas de los soldados rioplatenses fueron más

¹⁰⁹ Orden del día 3 de octubre de 1812. Reproducida en Julio Arturo BENENCIA, «La personalidad de Belgrano a través del libro de órdenes generales del capitán Pardo de Zela», en Boletín Informativo de la Dirección de Estudios Históricos del Ejército, ts. III-IV, 1970, pág. 41.

¹¹⁰ Acusación de Juan José Torres en la causa seguida al soldado José Peletay; Mendoza, 30 de septiembre de 1815. En AHM, carpeta 442.

¹¹¹ Gabriel NELLAR y Rosa MELLI, «Aplicación de medidas disciplinarias y de penas por faltas y delitos cometidos en el Ejército de la Revolución de Mayo, años 1810 a 1816», en Boletín Informativo de la Dirección de Estudios Históricos del Ejército, ts. V-VI, 1971, pág. 155.

¹¹² Borrador de un oficio de José de San Martín al director supremo del Estado, en AGN-CSB, legajo 1, documento 17.

¹¹³ Oficio de José de San Martín al supremo director de Chile, 17 de diciembre de 1818. En *Documentos del Archivo de San Martín* (en adelante, *DASM*), t. V, Buenos Aires, Comisión Nacional del Centenario, 1910, pág. 253.

¹¹⁴ Gabriel NELLAR y Rosa MELLI, art. cit., pág. 158.

¹¹⁵ Borrador de un oficio de José de San Martín al director supremo del Estado, en AGN-CSB, legajo 1, documento 17.

que numerosas. De este modo, pese a que públicamente se alababa la moderación de los ejércitos patriotas, resultaba evidente que los soldados protagonizaban a diario Episodios violentos en desmedro de las poblaciones civiles indefensas ¹¹⁶. Así tenemos, por ejemplo, el caso de la división del Ejército de los Andes comandada por Juan Manuel Cabot, que en Coquimbo saqueó bienes por un valor de 6.000 pesos ¹¹⁷; el de unos soldados del Ejército del Norte que fueron descubiertos asaltando una carreta de sandías ¹¹⁸, o el de una partida de cazadores de los Andes que, en cercanías de Santiago de Chile, cometió todo tipo de desmanes, asesinó a un barbero y violó a una menor de 11 años ¹¹⁹. Asimismo, quienes también cometían frecuentes desórdenes y delitos eran los desertores ¹²⁰.

Además, y amén de la comisión de otras figuras, como la cobardía ¹²¹ o la venta y empeño de elementos del equipo ¹²², los ejércitos patriotas se destacaban por una indisciplina ¹²³ que conspiraba contra la vigencia del principio según el cual «*el alma del ejército*» era «*la subordinación*» ¹²⁴. En este sen-

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, la «Sumaria instruida contra los oficiales del Regimiento N° 8, Aniceto Vega y Juan Correa» (1815), en AGN, X-30-3-4, expediente 960. Sobre esta situación vale la pena recordar las palabras con que San Martín amonestó a sus tropas: «*Son repetidas las quejas que se me dan de los insultos cometidos por la tropa a extramuros de este cuartel general*»; orden del día del Ejército del Norte del 26 de febrero de 1814. Véase también la orden del día del mismo ejército de 9 de abril de 1814, en *Documentos del Archivo de Belgrano*, t. V, cit., págs. 319 y 337.

¹¹⁷ Oficio de Toribio de Luzuriaga al teniente de gobernador de San Juan; Mendoza, 5 de mayo de 1817. En MM, documento 2506.

¹¹⁸ Orden del día 23 de enero de 1817, en «Libro de órdenes del Ejército Auxiliador del Perú», cit., pág. 152.

¹¹⁹ MM, documento 4133.

¹²⁰ *Biblioteca de Mayo*, t. XIII, pág. 11.669.

¹²¹ Gabriel NELLAR y Rosa MELLI, art. cit., pág. 156.

¹²² *Idem ant.*, pág. 157.

¹²³ Orden del día 11 de diciembre de 1816. En «Libro de órdenes del Ejército Auxiliador del Perú», cit., pág. 124.

¹²⁴ *Diario Militar del Ejército Auxiliador del Perú*, N° 6, Tucumán, 14 de agosto de 1817. Publicado por la Academia Nacional de la Historia, t. XXVI de la Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1970, pág. 37.

tido, no fue raro que la presencia de elementos facciosos ¹²⁵ y el carácter deliberativo de los ejércitos llevara a los comandantes a prescindir de algunos oficiales ¹²⁶. Por otra parte, en cuanto a concretos ejemplos de indisciplina, podemos mencionar el caso de los emigrados chilenos, «*incapaces de ser útiles*» por su carácter insubordinado ¹²⁷; el de un teniente primero que, intimado a hacerse cargo de una guardia, respondió a su superior «*que así aunque lo matasen*», no lo haría ¹²⁸; o el de los oficiales del Ejército del Norte, quienes demostraban una «*conducta ajena de la subordinación*» aun en presencia de la tropa ¹²⁹.

3. Las penas. En materia de penas, cabe señalar que durante estos años se adjudicó un gran valor pedagógico a los castigos ¹³⁰. Al respecto, se insistió en señalar las ventajas que deparaba «*el rigor de repetidos ejemplares*» ¹³¹, y se impusieron penas curiosas, como aquel caso en el que un reo fue castigado a ser conducido en público, llevando en su fren-

¹²⁵ José María PAZ, ob. cit., t. I, pág. 44.

¹²⁶ Idem ant., págs. 30 y 69.

¹²⁷ Oficio de José de San Martín al secretario de guerra, refiriéndose a las tropas emigradas de Chile; Mendoza, 19 de noviembre de 1814. En «Libro copiador de la correspondencia del gobernador intendente de Cuyo», *Anales de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo*, t. II (1942), pág. 135.

¹²⁸ MM, documento 3707. Puede verse otro caso de insubordinación en el sumario instruido al soldado Antonio Muñoz, en AHM, carpeta 442.

¹²⁹ Oficio del general Manuel Belgrano; Jujuy, 18 de julio de 1812. En «Libro copiador del Ejército del Perú», cit., pág. 169.

¹³⁰ Borrador de un oficio de José de San Martín al director supremo, marzo de 1814; AGN-CSB, legajo 3.

¹³¹ Oficio de José de San Martín, 9 de enero de 1817, en *DPHLGSM*, t. V, pág. 29. En coincidencia con la concepción pedagógica del castigo, propuso Monteagudo, al emitir un dictamen, que todos los enemigos de la causa que se hallasen confinados asistiesen a la ejecución de las condenas de muerte, «*para que la memoria de esta terrible escena, haga más efectivo el escarmiento*». Dictamen definitivo en la causa seguida a los prisioneros realistas sublevados, San Luis, 14 de febrero de 1819, en Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, cit., vol. II, pág. 384.

te un rótulo que decía: «*Infieles a la Patria, e indecentes amigos del Tirano Osorio*»¹³².

En cuanto a sus características, los operadores jurídicos patriotas pensaban que la pena debía estar relacionada con la magnitud del delito¹³³, ya que, de lo contrario, no se cumpliría con su objeto¹³⁴. Además, también insistían en que su pronta aplicación¹³⁵ era necesaria para obtener «*más hombres, [y] menos criminosos*»¹³⁶, y en que su imposición tuviese efecto en el mismo lugar en el que los crímenes se hubiesen perpetrado¹³⁷.

Respecto de las penas efectivamente aplicadas, durante la guerra de independencia se dispusieron castigos corporales -palos, azotes y baquetas¹³⁸-, la pena capi-

¹³² Véase el oficio de José de San Martín al teniente de gobernador de San Luis; Mendoza, 5 de octubre de 1815. En «Libro copiador de la correspondencia del gobernador intendente...» «, cit., pág. 513.

¹³³ Dictamen del auditor Bernardo de Vera y Pintado de 22 de diciembre de 1815, en AHM, carpeta 443.

¹³⁴ Dictamen del auditor Bernardo de Vera y Pintado en la causa seguida al soldado Rafael Jardín, Mendoza, 22 de diciembre de 1815. En AHM, carpeta 443.

¹³⁵ «*Los derechos del Pueblo y de los Ciudadanos* -expuso Bernardo de Monteagudo- *no tendrían garantía alguna si sobre la cabeza de los agresores del orden no cayese rápidamente la espada de la justicia: entre su crimen y el castigo, apenas debe mediar el tiempo*». Dictamen definitivo en la causa seguida a los prisioneros realistas sublevados, San Luis, 14 de febrero de 1819, en Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, cit., vol. II, pág. 384.

¹³⁶ Dictamen del auditor Bernardo de Vera y Pintado en la causa seguida al soldado Rafael Jardín, Mendoza, 22 de diciembre de 1815. En AHM, carpeta 443.

¹³⁷ Borrador de un oficio de José de San Martín al director supremo del Estado, en AGN-CSB, legajo 1, documento 17.

¹³⁸ Sobre castigos corporales, véase la aplicación de una barra de grillos a un oficial realista prisionero, de acuerdo con los términos de un oficio de Vicente Dupuy, San Luis, 22 de junio de 1818, en AGN, VII-7-7-2. Respecto del particular, cabe recordar que en numerosas disposiciones se estableció la aplicación de palos. De este modo, en el Ejército del Norte se adjudicaron 50 por alejarse del cuartel sin autorización y 200 por primera desertión; cfr. las órdenes del día de 26 de febrero y 24 de abril de 1814, en *Documentos del Archivo de Belgrano*, t. V, cit., pág. 344. En cuanto a otras característi-

tal ¹³⁹, y otras limitativas de la libertad ambulatoria. En cuanto a las primeras, los recuerdos de un contemporáneo dan cuenta de que «*el castigo infamante de azotes era casi diario: se cerraban las puertas del cuartel para evitar la presencia de algún extraño, formaba el batallón, salían los cabos con sus varas y el mayor con otra y empujaba el vapuleo ... Entretanto la banda de tambores no cesaba de tocar y la música otras veces; para que no se oyesen los gemidos de aquellos desgraciados que sabían llevar hasta quinientos y seiscientos palos*» ¹⁴⁰. Por otra parte, la detención de las personas se llevaba a cabo no sólo en establecimientos carcelarios, sino también en cualquier paraje que se estimase adecuado ¹⁴¹. Finalmente, en lo que se refiere a la pena de muerte, al parecer ésta fue impuesta con cierta prudencia, a tenor de la idea de que

cas, en la orden de 24 de abril -firmada por Cruz en ausencia de San Martín- se estableció, además, que los palos aplicables deberían distribuirse en dos tandas, con algunos días intermedios entre ambas, con el objeto de que el reo recuperase su salud. Asimismo, se imponía la obligatoriedad de la presencia del cirujano del regimiento durante la ejecución del correctivo, a fin de controlar -y suspender en su caso- el castigo. En cuanto a la imposición de pena de baquetas, véase el oficio del presidente de la Comisión Militar Permanente del Ejército de los Andes, coronel José Matías Zapiola, al gobernador intendente de Cuyo; Mendoza, 18 de octubre de 1815, en AHM, carpeta 471, sección militar, auditoría de guerra, doc. 6. También, la sentencia dictada en Mendoza contra José Peletay por desertor, el 14 de octubre de 1815, en AHM, carpeta 442.

¹³⁹ Respecto de la ejecución de condenas a muerte, véanse: orden de 31 de mayo de 1814, en *Documentos del Archivo de Belgrano*, t. V, cit., pág. 332; MM, documento 4398; dictamen de Bernardo de Monteagudo en la causa seguida a los prisioneros realistas sublevados, San Luis, 14 de febrero de 1819, en Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, cit., vol. II, pág. 384.

¹⁴⁰ Tomás de IRIARTE, *Memorias*, t. I, «La independencia y la anarquía», Buenos Aires, Ediciones Argentinas «S.I.A.», 1944, págs. 198 y 199.

¹⁴¹ Así, las tierras puntanas fueron elegidas, en numerosas ocasiones, como el lugar de destino para la detención de militares realistas, gracias, sobre todo, a su lejanía de los teatros de operaciones. De allí que, para el 1º de febrero de 1819 moraran en la ciudad de San Luis 167 realistas, entre confinados y prisioneros. Cfr. Víctor SAA, *San Luis en la gesta sanmartiniana*, San Luis, Junta de Historia de San Luis - Fondo Editorial Sanluisense, 1991, pág. 291.

la sangre americana debía ser economizada, y de que «*la viva impresión de los cadalsos*» no era plenamente eficaz para obtener la enmienda de los vivos ¹⁴².

b. Figuras penales

Aun cuando a partir de 1810 no faltaron los comentarios referidos a ciertos delitos en particular, como aquel dirigido a conceptualizar la sublevación como «el delito mayor que conoce la milicia» ¹⁴³, o aquel otro tendiente a subrayar la gravedad del robo cometido por oficiales, en tanto que conducta reñida con «*el decoro del estado militar, la dignidad del gobierno, y el honor individual del jefe bajo cuya conducta sirve[n]*» ¹⁴⁴, durante la década revolucionaria no abundaron las regulaciones sobre específicas figuras delictivas, excepto en lo atinente a la desertión.

1. *El caso de la desertión.* Calificada de «*criminoso delito*» ¹⁴⁵, la desertión fue un mal frecuente ¹⁴⁶ que aquejó a todos los ejércitos de la época ¹⁴⁷. Al respecto, resultan por

¹⁴² Dictamen del auditor Vera; 14 de mayo de 1816. En MM, documento 771.

¹⁴³ Dictamen del auditor de guerra de 14 de octubre de 1814, en la causa seguida al capitán Mariano Riverola por defraudación. En AGN, X-7-8-1.

¹⁴⁴ Oficio del capitán general del puerto, Martín Jacobo Thompson, elevando al gobierno una sumaria instruida contra el oficial Lorenzo Morlote; Buenos Aires, 13 de enero de 1813. En AGN, X-7-7-6.

¹⁴⁵ Decreto del supremo director ofreciendo indulto a los desertores; Buenos Aires, 25 de junio de 1814. En AGN, X-7-8-2.

¹⁴⁶ Bando de 24 de noviembre de 1812. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág.89.

¹⁴⁷ Véanse algunos aspectos de la desertión entre las fuerzas patriotas, en la época en que el héroe de Bailén dirigió el Ejército del Norte, en Félix A. Torres, «San Martín, Córdoba y el Ejército del Norte (1813-1814)», en Todo es Historia, N° 254 (agosto de 1988), págs. 93 a 95. En oficio al director supremo, fechado en Tucumán el 16 de febrero de 1814, San Martín decía que «*de los cien artilleros que salieron de esa*

demás elocuentes las cifras de los incursos en esta infracción -algunos de los cuales llegaron a reincidir en la infracción en más de cuatro oportunidades¹⁴⁸-. Así, hubo veces en las que los desertores llegaron a sumar el 25% de todos los condenados por los tribunales castrenses patrios¹⁴⁹. En consecuencia, y con el objeto de erradicar estas conductas, las autoridades revolucionarias dictaron numerosas disposiciones relativas a este asunto. Tal fue el caso del general Belgrano, quien luego de establecer pena de la vida para todos aquellos soldados que se separasen de las columnas veinte pasos, la impuso en varias oportunidades¹⁵⁰. Por su parte, modificando el régimen represivo de las ordenanzas de Carlos III, el 24 de julio de 1812 el gobierno central estableció la pena de muerte para todos los desertores, incluidos los de primera vez. Sin embargo, dicha penalidad, que fue convalidada por la Asamblea General el 23 de marzo de 1813¹⁵¹, tuvo corta vida, ya que resultó derogada por la sanción del Estatuto Provisorio de 5 de mayo de 1815¹⁵². Sin embargo, este dis-

Capital con la expedición a mi cargo han desertado cuarenta y cuatro», y un mes más tarde confesaba que «no obstante haber tomado las medidas más eficaces para evitar la deserción del Ejército, ésta continúa a pesar de repetidos ejemplares». Cfr. A. J. PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, ob. cit., págs. 362 y 369. En torno de la frecuente defección de los soldados patriotas, pueden consultarse con provecho la comunicación del supremo poder ejecutivo al jefe del Ejército del Norte, de 30 de enero de 1814, la orden del día 29 de marzo de 1814; y la orden del día 17 de abril de 1814. Todos en *Documentos del Archivo de Belgrano*, t. V, cit., págs. 313, 314, 331 y 340.

¹⁴⁸ AGN, X-30-3-4, expediente 974.

¹⁴⁹ «Relación de militares presos que se hallan en los cuarteles del Ejército Unido»; 22 de junio de 1818. MM, documento 3530. Cabe señalar que era tal la cantidad de desertores que, en el transcurso de un solo mes, el teniente de gobernador de San Luis, Vicente Dupuy, pudo capturar y remitir a Mendoza a 28 desertores. Víctor SAA, ob. cit., pág. 290.

¹⁵⁰ Manuel BELGRANO, *Autobiografía*, en José María PAZ, ob. cit., t. I, págs. 409 y 429.

¹⁵¹ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., págs. 82 y 97.

¹⁵² *Idem ant.*, pág. 82.

positivo mantuvo en vigencia otras disposiciones patrias relativas a la deserción. Asimismo, en cuanto al régimen penal relativo a este delito, cabe señalar que posteriormente, en noviembre de 1816, el Congreso Nacional decidió restaurar la completa vigencia de las ordenanzas carolinas en todo lo atinente a la deserción ¹⁵³, criterio que el mismo cuerpo confirmó al dictar el Reglamento Provisorio de 3 de diciembre de 1817.

Por otra parte, además de la modificación del régimen penal aplicable a los desertores, las autoridades patrias también intentaron evitar la deserción mediante la incriminación de todas las personas que colaborasen con la perpetración del delito. Así, por ejemplo, mientras que en noviembre de 1812 se impusieron penas pecuniarias y privativas de la libertad contra los paisanos que ocultaban soldados desertores ¹⁵⁴, en 1815 se estableció que la simple omisión en denunciar a uno de estos delincuentes era merecedora de la muerte ¹⁵⁵. En otra oportunidad, empero, las autoridades militares adoptaron una solución mucho más pragmática, al disponer que la pena del cómplice civil en la defección de un soldado se limitaba a tener que cubrir el lugar dejado vacante por el desertor ¹⁵⁶.

Al margen de la actitud represiva, otro recurso al que acudieron las autoridades para evitar las deserciones fue la indulgencia frente al delito. De este modo, entre los numerosos indultos que se ofrecieron, pueden mencionarse los que se dictaron el 13 de agosto y el 28 de noviembre de 1812 ¹⁵⁷; el

¹⁵³ Sesión de 16 de noviembre de 1816 del Congreso. En *ACA*, t. I, pág. 273.

¹⁵⁴ Bando de 24 de noviembre de 1812. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 89.

¹⁵⁵ Bando de 22 de agosto de 1815. En *DASM*, t. II, pág. 247.

¹⁵⁶ Bando de Toribio de Luzuriaga, de 10 de diciembre de 1816. En GALVÁN MORENO, ob. cit., págs. 124 a 126.

¹⁵⁷ Domingo MATHEU, «Autobiografía escrita por su hijo Don Martín Matheu», en *Biblioteca de Mayo*, t. III, Buenos Aires, 1960, pág. 2406. Decreto de 28 de noviembre de 1812, en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 90.

que se dispuso el 8 de febrero de 1813, que aunque comprensivo de los desertores, no incluyó a los inductores a la deserción, ni a los que comprasen armas o vestuarios a los soldados ¹⁵⁸; el que se estableció el 13 de diciembre de 1813 ¹⁵⁹; el que se dictó el 25 de junio de 1814 ¹⁶⁰; todos los que se ofrecieron en 1815 ¹⁶¹; el que se difundió el 24 de febrero de 1816 ¹⁶²; el indulto general que se dispuso el 4 de abril de 1816, con motivo de la instalación del soberano Congreso Nacional ¹⁶³; el del mismo tipo de julio de 1816 ¹⁶⁴; y los numerosos indultos que decretó José de San Martín ¹⁶⁵.

2. Otras novedades en la materia. Amén de la deserción, entre las conductas que fueron objeto de específica regulación patria podemos referirnos a tres figuras distintas, relacionadas con el uso de elementos de pirotecnia, con la venta de equipo militar y con el duelo, que fueron normadas en el ámbito del Ejército de los Andes.

En cuanto a la primera, cabe señalar que la necesidad de proveer a la seguridad de los talleres y depósitos militares provocó que en mayo de 1815 cobrase vida en Mendoza un delito de peligro abstracto, aplicable tanto a militares como a civiles. De este modo, se castigó con multa de hasta 100 pesos o, en su defecto, con la imposición del servicio de armas, a todas aquellas personas que disparasen o que vendie-

¹⁵⁸ ACA, t. I, pág. 9. Véase también la aclaración al indulto dictada el 18 de marzo de 1813, en ACA, t. I, pág. 27.

¹⁵⁹ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., págs. 112 y 113.

¹⁶⁰ AGN, X-7-8-2.

¹⁶¹ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., págs. 154, 162 y 163.

¹⁶² Idem ant., pág. 186.

¹⁶³ ACA, t. I, pág. 189. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 189.

¹⁶⁴ Boletín Jurídico Militar, N° 4 (julio-diciembre de 1954), pág. 368.

¹⁶⁵ Bando de 4 de febrero de 1815, en *DASM*, t. II, pág. 237. Bando de 10 de enero de 1817, en *DASM*, t. II, págs. 266 y 267.

sen en las pulperías, cohetes o fuegos de artificio, siempre y cuando la acción prohibida se efectuase a menos de cuatro cuadras de la fábrica de pólvora de Mendoza ¹⁶⁶.

Por su parte, con el objeto de terminar con la frecuente venta de elementos del equipo por parte de los soldados, el general San Martín también estableció penas de hasta 2 años de trabajo en las obras públicas y de confiscación de bienes para todos aquellos que fuesen considerados culpables de comprar «*alguna prenda, ya sea de vestuario, montura o de cualquier otra especie*» a los soldados ¹⁶⁷. Además, tiempo después agregó una calificación al delito, estableciendo que si el comprador era vivandero del ejército, la pena se incrementaba a 200 azotes y 6 años de presidio ¹⁶⁸.

Finalmente, en cuanto al duelo, ya hemos señalado que en el ámbito cuyano San Martín lo desinclinó ¹⁶⁹, para desagrado de algunos oficiales y asombro de los vecinos ¹⁷⁰.

c. Jurisdicción

En materia jurisdiccional dos son los tópicos que merecen tratarse. Nos referimos a los cambios acaecidos en la estructura de los tribunales castrenses y a la expansión de la jurisdicción militar.

¹⁶⁶ Bando de 15 de mayo de 1816. En GALVÁN MORENO, *Bandos y proclamas...*, cit..

¹⁶⁷ Bando de 13 de octubre de 1816; Mendoza. En GALVÁN MORENO, ob. cit., pág. 89.

¹⁶⁸ Idem ant., págs. 122 y 123.

¹⁶⁹ Véase al respecto el reglamento del regimiento de granaderos a caballo, en *DPHLGSM*, t. II, págs. 66 y 67. En «San Martín en el Ejército del Norte», artículo aparecido en la revista San Martín, N° 35, septiembre-diciembre de 1954, pág. 36; Alfredo GARGARO recuerda cómo el futuro libertador permitió la práctica del duelo.

¹⁷⁰ Carta de Manuel Belgrano a José de San Martín; Santiago del Estero, 6 de abril de 1814, en *DPHLGSM*, t. II, pág. 123. Véase también José María PAZ, ob. cit., t. I, págs. 228 y 229.

1. Cambios operados en la estructura de la jurisdicción militar. Junto con las inevitables reestructuraciones jurisdiccionales que motivó la emancipación -a las cuales ya nos hemos referido en la primera parte de este capítulo, por ejemplo al hablar de la supresión de la competencia del Consejo Supremo de Guerra español-, y que, v.gr., dieron lugar a que la Asamblea del año XIII se erigiese, en su oportunidad, como instancia de apelación militar superior ¹⁷¹, y que desapareciesen los juzgados militares privativos, como el de los ingenieros o el de los artilleros ¹⁷², la lucha armada y la inestabilidad política propias de la revolución también originaron otros cambios, como la subrogación de los viejos consejos de guerra por una comisión militar permanente o la institución de tribunales castrenses especiales. En este sentido, cabe recordar que mientras que el 15 de mayo de 1812 se integró un tribunal para entender en la causa seguida por la derrota del Desaguadero ¹⁷³, el 28 de marzo de 1815 se dispuso la creación de una comisión para juzgar «*privativa y militarmente*» a los enemigos al gobierno ¹⁷⁴. Posteriormente, tras la caída de Alvear se constituyó una nueva comisión militar, destinada, en la oportunidad, a evaluar la conducta de los colaboradores del director depuesto, tribunal que, integrado por Soler, Viamonte y Bustos, dispuso la muerte del coronel Paillardel, amén de otros castigos ¹⁷⁵. Por otra parte, en marzo de 1819 el Congreso aplicó un criterio análogo, en este caso para juzgar a los reos de conspiración.

¹⁷¹ Dictamen de Pascual Ruiz Huidobro en la causa del Desaguadero; Buenos Aires, 12 de noviembre de 1812. En *Biblioteca de Mayo*, t. XIII, pág. 11.705.

¹⁷² Al respecto, cabe aclarar que si bien no hemos hallado ninguna disposición expresa que los suprima, lo cierto es que tampoco hemos encontrado ninguna referencia a estos juzgados privativos a partir de la emancipación.

¹⁷³ *Biblioteca de Mayo*, t. XIII, pág. 11.714.

¹⁷⁴ Decreto de 28 de marzo de 1815. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., págs. 156 y 157. Domingo MATHEU, *Autobiografía*, cit., pág. 2544.

¹⁷⁵ Domingo MATHEU, «Autobiografía», cit., págs. 2565 y 2568. Guillermo PALOMBO, «La justicia penal militar en el Río de la Plata (1810-1894)», art. cit., pág. 113.

Asimismo, otro hecho que merece destacarse es que el relativo éxito demostrado por el accionar de los tribunales castrenses entusiasmó de tal modo a las autoridades revolucionarias, que en varios casos se recurrió a la jurisdicción militar para solucionar cuestiones ajenas a la disciplina de los ejércitos. De este modo, mientras que el 4 de octubre de 1811 los integrantes del triunvirato decidieron que los autores de robos, simples o calificados fuesen juzgados militarmente ¹⁷⁶, en 1813, durante su avance al Alto Perú, el general Belgrano resolvió instalar una comisión militar para juzgar mediante trámite abreviado a «*los enemigos ocultos de la causa de la libertad*» ¹⁷⁷. Por otra parte, tiempo después los tribunales del Ejército de los Andes se consideraron competentes para entender en las causas suscitadas por los paisanos sorprendidos trasladándose a Chile, con el objeto de unirse a los realistas ¹⁷⁸. Además, cabe recordar que ante la solicitud del director supremo, que recomendó suspender el giro «*de las fórmulas [judiciales] ordinarias, en cuya lentitud hallan los malvados, cuando no la impunidad de sus crímenes, al menos la retardación de la pena*», a finales de junio de 1817 el Congreso Nacional discutió la posibilidad de establecer una comisión militar destinada a reprimir a los ladrones y cuatrerros de la ciudad de Buenos Aires y de la campaña circunvecina, criterio que se adoptó sólo parcialmente, ya que lo que se decidió fue la creación de una comisión especial carente de carácter militar ¹⁷⁹.

2. La masiva militarización revolucionaria y la cuestión del fuero. Fruto de la masiva movilización militar revolucionaria y de la correlativa ampliación del número de

¹⁷⁶ Cuaderno de órdenes del superior gobierno, en AGN, X-7-8-1.

¹⁷⁷ José María Paz, ob. cit., t. I, pág. 134.

¹⁷⁸ Bando de 22 de agosto de 1815. En *DASM*, t. II, pág. 247.

¹⁷⁹ Domingo MATHEU, *Autobiografía*, cit., pág. 2693. *ACA*, t. I, págs. 302 y 304.

aforados, la notable expansión de la jurisdicción castrense característica de este período agudizó los tradicionales conflictos de competencia entre la jurisdicción militar y los magistrados de la ordinaria, quienes se consideraron indebidamente menoscabados por unos soldados que seguían considerando el goce del fuero como un valioso privilegio ¹⁸⁰. Al respecto, junto con la permanente resistencia a reconocer el fuero de los milicianos ¹⁸¹, los jueces civiles no se cansaron de responsabilizar a los alistamientos generalizados, por el hecho de que las justicias ordinarias parecieran «*fantasmas con jurisdicción*» ¹⁸², y que su autoridad apenas fuera reconocida por «*los ancianos, y niños, como inútiles a otro servicio*» ¹⁸³.

Más allá de lo exageradas que puedan parecer estas palabras, había indudablemente en ellas un fondo de verdad, que no escapaba a los más avezados hombres de la revolución. De allí que hombres como San Martín se opusiesen a ampliar el número de los aforados ¹⁸⁴, y que no sólo se manifestasen reacios al otorgamiento del fuero a los milicianos ¹⁸⁵, sino que además prometiesen ser «*inexorables*» en castigar todo abuso en su goce ¹⁸⁶. Del mismo modo, Manuel Belgrano condenó la excesiva difusión del fuero militar, so-

¹⁸⁰ Véase declaración de Manuela Angulo, Buenos Aires, 3 de febrero de 1818. En AGN, X-30-3-4, expediente 973.

¹⁸¹ Véase, al respecto, el acta del cabildo porteño correspondiente al 6 de febrero de 1816, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. VII, pág. 51.

¹⁸² Oficio del cabildo de Salta al gobernador intendente de Salta, Martín Miguel de Güemes, Salta, 5 de agosto de 1815. En Luis GÜEMES, *Güemes documentado*, t. VII, Buenos Aires, Plus Ultra, 1982, pág. 446.

¹⁸³ Acta del cabildo porteño de 10 de marzo de 1815, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. VI, pág. 406.

¹⁸⁴ Véase Abelardo LEVAGGI, «Los fueros especiales...», cit., pág. 72.

¹⁸⁵ Oficio de José de San Martín al director supremo; Mendoza, 3 de enero de 1815. En Archivo de la Nación Argentina, *Documentos*, cit., vol. I, pág. 231.

¹⁸⁶ Oficio de José de San Martín al alcalde de primer voto de Mendoza; Mendoza, 6 de junio de 1815. En *DPHLGSM*, t. II, pág. 522.

bre todo entre las tropas de milicias, en mérito a entender que su concesión sólo servía para la comisión de «*picardías y no para estimular el servicio de la patria*». Así las cosas, en bien de la tranquilidad pública nuestro prócer sugirió que no se otorgase el fuero a los integrantes de las milicias sino cuando éstos se encontrasen en servicio activo ¹⁸⁷. En consecuencia de lo recordado, y a tenor, también de los permanentes reclamos restrictivos de los jueces civiles ¹⁸⁸, quienes periódicamente daban cuenta de los excesos en los que incurría la jurisdicción castrense ¹⁸⁹ y «*del modo altanero, insultante y atrevido*» con el que se dirigían a ellos los aforados militares ¹⁹⁰, en 1812 el gobierno restringió el goce del fuero a los milicianos que prestasen servicio, y en 1816 dispuso que sólo lo disfrutasen aquellos que se encontrasen acuartelados «*por cuerpos enteros*», y que no concurriendo esta circunstancia, la jurisdicción castrense sólo pudiese conocer de los delitos puramente militares cometidos por los milicianos durante el cumplimiento del servicio de armas ¹⁹¹.

Al margen de lo dicho hasta el momento, cabe señalar que en materia de goce del fuero militar, tuvo lugar en Salta

¹⁸⁷ Oficio de Manuel Belgrano al gobierno; Jujuy, 1° de junio de 1812. En «Libro copiator del Ejército del Perú», cit., pág. 138.

¹⁸⁸ Oficio del cabildo de Salta al gobernador intendente de Salta, Martín Miguel de Güemes, Salta, 5 de agosto de 1815. En Luis GÜEMES, *Güemes documentado*, t. VII, Buenos Aires, Plus Ultra, 1982, págs. 445.

¹⁸⁹ Acta del cabildo porteño de 29 de mayo de 1815, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. VI, pág. 503.

¹⁹⁰ Acta del cabildo porteño de 10 de marzo de 1815, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. VI, pág. 406. Acta del cabildo porteño de 19 de febrero de 1816, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. VII, pág. 77 y ss..

¹⁹¹ Oficio del secretario de guerra, Luis Berutti, a José de San Martín, de 16 de marzo de 1816, en Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, cit., vol. I, pág. 396. Véase también el oficio de San Martín al secretario de guerra, fechado en Mendoza el 20 de febrero de 1816, en *DASM*, t.III, pág. 193.

un notable fenómeno que llegó a alterar significativamente el objeto y los alcances del privilegio jurisdiccional castrense en la región norte del país. Al respecto, cabe recordar que respondiendo a la especialísima situación bélica vivida en el área, el comandante general de la provincia, Martín Miguel de Güemes, decidió estimular la participación popular en la guerra contra los realistas merced al otorgamiento del «*fuego y preeminencias de los gauchos*», instituto que no fue otra cosa que un régimen jurídico innovador y peculiar¹⁹², que abarcó, junto con los beneficios tradicionales inherentes al fuero militar, el goce de otros privilegios, entre los cuales cabe mencionar la eximición del arrendatario gaucho de cumplir con sus obligaciones de dinero y de servicios personales para con sus arrendadores y la de abonar los correspondientes derechos parroquiales¹⁹³. Así las cosas, la extensión de la jurisdicción privilegiada que implicó la vigencia del fuero gaucho fue considerada como una puerta al «*caos*» y un «*trastorno de los pactos sociales*»¹⁹⁴ por los integrantes de los grupos sociales superiores, quienes hicieron todo lo posible para hacerlo desaparecer. De este modo, a comienzos de 1818 éstos propagaron una versión, según la cual desde la sanción del reglamento provisorio de 1817 «*se quedaban los gauchos*

¹⁹² En contra, considerándolo como una continuación de la más rancia «*tradición [jurídica] indiana*», Abelardo LEVAGGI, «Díptico de historia del fuero militar», en *Revista de Historia del Derecho* «Ricardo Levene», N° 28, 1991, pág. 139.

¹⁹³ Carlos S. A. SEGRETI, *La acción política de Güemes*, Córdoba, Centro de Estudios Históricos, 1991, pág. 14 y ss.. Lilia Fanny PÉREZ DE ARÉVALO, «El fuero gaucho», en *Revista de Historia del Derecho*, N° 6, 1978, pág. 109 y ss..

¹⁹⁴ Oficio del cabildo de Salta al gobernador intendente de Salta, Martín Miguel de Güemes, Salta, 5 de agosto de 1815. En Luis GÜEMES, *Güemes documentado*, t. VII, Buenos Aires, Plus Ultra, 1982, págs. 445 y 446.

¹⁹⁵ Oficio de Martín Miguel de Güemes al director supremo, Juan Martín de Pueyrredón; Salta, 27 de abril de 1818. Oficio del comandante del Ejército del Norte, general Manuel Belgrano, al director supremo; Tucumán, 3 de mayo de 1818. Ambos en Luis GÜEMES, ob. cit., t. VII, págs. 440 a 442. Puede verse, además, Francisco M. GÜEMES, «Fuero gaucho», en *Boletín del Instituto Güemesiano de Salta*, N° 5, 1981, pág. 37 y ss..

*desnudos del fuero militar»*¹⁹⁵. Sin embargo, el intento fue desbaratado por Güemes, quien mediante el bando de 11 de abril de 1818 confirmó que todos los milicianos salteños gozaban, a perpetuidad y a título de privilegio, del fuero castrense¹⁹⁶, medida que fue aprobada por el director del Estado el 4 de junio de 1818, con fundamento en las disposiciones del artículo 2, capítulo 2, sección 6^a del ya mencionado reglamento provisorio¹⁹⁷.

III. Mentalidades

a. *Cultura jurídica*

1. Grado de conocimiento del derecho vigente. En líneas generales, puede afirmarse que el grado de conocimiento del derecho castrense fue muy deficiente entre todos los usuarios y operadores jurídicos de la época, ello incluso a pesar que desde los inicios mismos de la revolución las autoridades se esforzaron por asegurar la difusión de las ordenanzas de Carlos III. En este sentido, cabe recordar que ya para el 3 de agosto de 1810 se dispuso que los oficiales y los cadetes porteños asistiesen diariamente a conferencias de una hora y media en las cuales se explicaría su contenido¹⁹⁸. Pero esto no fue todo, ya que, con posterioridad, se acudió a

¹⁹⁶ Transcripto en Luis GÜEMES, ob. cit., t. VII, pág. 441.

¹⁹⁷ Véanse el oficio de Martín Miguel de Güemes al director supremo, Juan Martín de Pueyrredón, suscripto en Salta el 27 de abril de 1818, y la resolución del gobierno central, fechada en Buenos Aires el 4 de junio de 1818; ambos en Luis Güemes, *Güemes documentado*, t. VII, Buenos Aires, Plus Ultra, 1982, págs. 440 a 442. Además, véase Francisco M. GÜEMES, «Fuero gaucho», en Boletín del Instituto Güemesiano de Salta, N° 5, 1981, pág. 46.

¹⁹⁸ Se transcribe la resolución de marras al completo en Boletín Jurídico Militar, N° 3 (enero-junio de 1954), pág. 115.

otros expedientes para subsanar la generalizada ignorancia de los cuadros y de los soldados respecto del régimen penal castrense. De este modo, en noviembre de 1810 y ante la evidente ineptitud demostrada por sus oficiales, en plena campaña del Paraguay el general Manuel Belgrano obligó a sus oficiales a instruirse en la lectura de las ordenanzas¹⁹⁹. Asimismo, tiempo después, con el objeto de perfeccionar la instrucción de los oficiales y «*lograr la mejor disciplina*», el mismo jefe, entonces a cargo del Ejército Auxiliador del Perú, solicitó la remisión de un «*número competente de ejemplares impresos de las leyes penales de ordenanzas*» para instruir a los oficiales²⁰⁰. Mientras tanto, en las fuerzas que estuvieron al mando del general San Martín se dispuso que las ordenanzas penales se leyeran a la tropa todos los días sábados²⁰¹ y también se difundió el contenido de otras disposiciones de índole represiva²⁰², para que fueran conocidas por todos²⁰³. De un modo análogo, el estatuto provisorio de 1815 preconizó la frecuente lectura, «*entre las demás leyes penales de ordenanza*», de los artículos 26 hasta el 43, del título 10, tratado 8²⁰⁴. Finalmente, cabe recordar que, con el objeto de difundir la normativa penal, a partir de septiembre de 1816 se impartieron clases a los oficiales del ejército del norte acerca del «*modo de proceder en los juicios militares*»²⁰⁵.

¹⁹⁹ Carta de Manuel Belgrano a Mariano Moreno; Curuzú Cuatiá, 13 de noviembre de 1810. En *Epistolario Belgraniano*, cit., págs. 72 y 73.

²⁰⁰ Oficios de Manuel Belgrano al gobierno, fechados el 31 de diciembre de 1811 en Jujuy, y el 5 de mayo de 1812 en el cuartel general del Campo Santo; ambos en «Libro copiador del Ejército del Perú», cit., págs. 49 y 122.

²⁰¹ Gerónimo ESPEJO, ob. cit., pág. 14029. Algo semejante se ordenó en el ejército del norte cuando San Martín estuvo al mando; *Documentos del Archivo de Belgrano*, t. V, cit., pág. 324.

²⁰² Véase la orden del día 26 de febrero de 1814 del Ejército del Norte, en *Documentos del Archivo de Belgrano*, t. V, cit., pág. 319.

²⁰³ Véase el exordio de las leyes penales del Ejército de los Andes.

²⁰⁴ Art. 6, capítulo 2, sección VI. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 160.

²⁰⁵ Orden del día 16 de septiembre de 1816. En «Libro de órdenes del Ejército Auxiliador del Perú», cit., pág. 73.

2. Caracterización de los expertos en la materia. En tanto que en mayo de 1810 Juan Almagro de la Torre -quien fuera, quizás, el jurista con mayor experiencia en lo penal militar que había por aquellos días en el Río de la Plata- no se plegó al movimiento revolucionario ²⁰⁶, lo jurídico castrense rioplatense de la época se caracterizó por el hecho de que quienes durante el período fungieron como auditores carcarieron, en general, de conocimientos profundos sobre la materia a su cargo. Incluso más, hubo casos como el de un Manuel Bernabé Orihuela, quien llegó a ejercer el cargo de auditor del Ejército del Norte sin siquiera contar con un diploma universitario en derecho ²⁰⁷.

Así las cosas, entre las personalidades que por aquellos días ocuparon el papel de auditores, cabe mencionar a Feliciano Chiclana, designado el 14 de junio de 1810 como auditor del Ejército Expedicionario al Perú ²⁰⁸; Pedro Valle, auditor del ejército en campaña desde el 4 de marzo de 1811; José Eugenio del Portillo, nombrado para actuar en el Ejército del Perú a partir de noviembre de 1811; Norberto del Signo ²⁰⁹; Manuel Luis de Oliden; Teodoro Sánchez de Bustamante ²¹⁰; Antonio Álvarez Jonte, quien fue auditor de

²⁰⁶ José María MARILUZ URQUIJO, «Burocracia y Revolución», en Alberto David LEIVA (coord.), *Los días de mayo*, San Isidro, Academia de Ciencias y Artes de San Isidro, 1998, t. II, pág. 245. Carlos IBARGUREN (H.), «Juan María Almagro de la Torre», en *Genealogía* (Revista del Instituto Argentino de Ciencias Genealógicas), N° 13, 1961, pág. 23.

²⁰⁷ José María PAZ, ob. cit., t. I, pág. 289.

²⁰⁸ Respecto de todo el tema de los primeros auditores patrios, véase Oscar Ricardo SACHERI, «La Auditoría General de Guerra y Marina en su 130° aniversario», en *Revista Militar*, año 40, N° 474 (julio de 1940), Buenos Aires, pág. 46 y ss..

²⁰⁹ *Biblioteca de Mayo*, t. XIII, pág. 11677.

²¹⁰ Este jurista fue designado auditor general del Ejército Auxiliar del Perú el 10 de agosto de 1813, tomando posesión del cargo, de manos del general Belgrano, recién el 3 de enero de 1814. Luego de una primera entrevista con San Martín, fue confirmado en su puesto al asumir aquél, el 18 de enero de 1814, como general en jefe del mencionado ejército. Poco duro, sin embargo, en esta función, pues el 24 de febrero el vencedor de San Lorenzo libró oficio al director supremo, solicitando que Sánchez de Bustamante pasase

guerra del Ejército de las Provincias Interiores desde febrero de 1814 ²¹¹, y a partir del 12 de enero de 1819 ocupó el mismo cargo en el Ejército de los Andes ²¹²; Gregorio Tagle - quien fue designado auditor general de las Provincias Unidas el 26 de abril de 1814 ²¹³; Agustín Pío de Elía ²¹⁴; Pedro Somellera ²¹⁵; Juan José Paso ²¹⁶; Tomás Antonio Valle -quien reemplazó interinamente al doctor Paso a fines de 1815 ²¹⁷; Mariano Tagle ²¹⁸; Bernardo de Monteagudo, quien ejerció el cargo de auditor del Ejército de los Andes en Chile ²¹⁹ y luego en el Perú ²²⁰; Carlos Correa, quien también se desempeñó como

a desempeñarse como su secretario. Este pedido fue favorablemente resuelto por el gobierno, el 10 de marzo siguiente en atención a las 'excelentes cualidades' del jurista de marras. AGN-CSB, legajo 1.

²¹¹ Ercilio DOMÍNGUEZ, t. I, pág. 126. El director supremo nombró a Alvarez Jonte auditor del Ejército del Norte el 14 de febrero de 1814, según consta en una comunicación del gobierno; AGN, X-3-10-7. El 7 de marzo del mismo año las fuerzas estacionadas en Tucumán lo reconocieron como tal; *Documentos del Archivo de Belgrano*, t. V, cit., pág. 322.

²¹² *DPHLGSM*, t. X, pág. 166. El nombramiento es de 12 de enero de 1819, en *Tomas de razón...*, pág. 41.

²¹³ AGN, X-7-8-2.

²¹⁴ Resolución del secretario de Estado y guerra, Juan Larrea, fechada en Buenos Aires el 10 de septiembre de 1814. En AGN, X-7-7-6.

²¹⁵ Puede verse un dictamen suscripto por Somellera en febrero de 1816 en AGN, X-30-3-4, expediente 961.

²¹⁶ Héctor J. TANZI, *Juan J. Paso, el político*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 203 y ss..

²¹⁷ Boletín Jurídico Militar, N° 4 (julio-diciembre de 1954), pág. 368. Puede verse un dictamen de Valle de febrero de 1818 en AGN, X-30-3-4, expediente 973.

²¹⁸ Acta del cabildo porteño de 6 de marzo de 1818, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. VIII, pág. 35.

²¹⁹ *DPHLGSM*, t. VIII, p. 169. En febrero de 1819 Monteagudo tuvo una activa participación, como juez fiscal y auditor *ad hoc*, en la causa seguida contra unos prisioneros realistas sublevados, siendo nombrado por el teniente de gobernador de San Luis, Vicente Dupuy. Véase el proceso en Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, cit., vol. II, págs. 360 a 387.

²²⁰ Decreto de 3 de agosto de 1821. Citado por Luis A. LEDESMA MEDINA, «El protectorado de San Martín en el Perú», en Comisión Nacional Ejecutiva de Homenaje al Bicentenario del Nacimiento del General José de San Martín, *Primer Congreso Internacional Sanmartiniano*, t. VI, Buenos Aires, 1979, pág. 130.

auditor del Ejército de los Andes, aunque por un breve período, a fines de 1818 ²²¹; y José Simón García de Cossio. Asimismo, cabe resaltar el papel desempeñado por Bernardo de Vera y Pintado, quien descolló como auditor de guerra del Ejército de los Andes entre 1815 y 1818 ²²² por su talento y por su práctica en la materia ²²³.

3. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses. En lo inmediato, el triunfo de la revolución no significó el reemplazo de la literatura jurídico militar hasta entonces conocida. En este sentido, los *Juzgados Militares* de Félix Colón de Larriátegui siguieron gozando de la estima del foro argentino ²²⁴, fenómeno que, dicho sea de paso, se prolongaría a lo largo de buena parte del siglo XIX ²²⁵. Empero, ello no significa que durante el período en estudio no se hayan producido ciertos cambios. De este modo, a partir de 1810 algunos operadores jurídico militares patrios comenzaron a incursionar en el derecho comparado y a manejar nuevos autores. Así, por ejemplo, en tanto que Manuel Belgrano llegó a elogiar la legislación militar francesa ²²⁶, la biblioteca personal de José de San Martín reunió libros de Bentham y de Filangieri, y obras de índole jurídico-militar francesas e inglesas ²²⁷.

²²¹ Se aprobó su nombramiento el 4 de noviembre de 1818. En *DPHLGSM*, t. IX, pág. 99.

²²² Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, cit., vol. I, pág. 354.

²²³ Carta de Balcarce a San Martín; 6 de julio de 1818. *DPHLGSM*, t. VIII, pág. 9.

²²⁴ Acta del cabildo porteño de 6 de marzo de 1818, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. VIII, pág. 90. Dictamen del auditor general de guerra, Juan José Paso, fechado en Buenos Aires el 6 de septiembre de 1815, en *Boletín Jurídico Militar*, N° 2 (julio-diciembre de 1952), pág. 122.

²²⁵ Guillermo PALOMBO, «La justicia penal militar en el Río de la Plata», art. cit., pág. 104.

²²⁶ Carta de Manuel Belgrano a Mauricio Echevarría; Tucumán, 9 de septiembre de 1816. En Academia Nacional de la Historia, *Epistolario Belgraniano*, cit., pág. 280.

²²⁷ Teodoro CAILLET BOIS, «El incendio de la biblioteca de Lima y la colección de San Martín», y José Pacífico OTERO, «Catálogo de la biblioteca que poseía San Martín

b. Tendencias

1. La paulatina recepción de los principios filosófico-jurídicos de la modernidad. Si para la totalidad de la cultura jurídica rioplatense los inicios del período revolucionario significaron la definitiva recepción de las críticas iluministas contra el orden tradicional -que no eran sino las mismas que circulaban en Europa desde hacía varios años, censurando las deficiencias formales y la vetustez del viejo derecho-²²⁸, en el ámbito específico del derecho militar también se produjo una paulatina transformación de las ideas y de las creencias. Desde luego, empero, el cambio no fue abrupto, resultando característico de la década revolucionaria la simultánea convivencia de concepciones jurídicas antiguas y modernas. En este sentido, por ejemplo, mientras que no faltó oportunidad para que los miembros de una junta electoral local recomendasen a su diputado al Congreso de Tucumán evitar a toda costa que la diversidad de fueros personales fragmentase la sociedad «*en multitud de clases*»²²⁹, otro de los participantes en el citado congreso, lejos de este espíritu de prevención contra la multiplicidad de jurisdicciones, las admitió

y regaló a la ciudad de Lima», ambos en *San Martín y la cultura*, Buenos Aires, Instituto Nacional Sanmartiniano, 1978. Jorge Armando PINI, «Perfiles culturales de la personalidad sanmartiniana», en *Primer Congreso Internacional Sanmartiniano*, cit., t. VI, Buenos Aires, 1979, pág. 69. J. GARCÍA BASALO, *San Martín y la reforma carcelaria. Aporte a la historia del derecho penal argentino y americano*, Buenos Aires, Arayú, 1954, *passim*, págs. 4 a 22. Marco Aurelio RISOLÍA, «La información y la formación jurídica en el pensamiento y en la obra del general San Martín», en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, años XXII y XXIII, segunda época, N° 16, pág. 13.

²²⁸ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho «Ricardo Levene», 1977, pág. 116.

²²⁹ Joaquín CARRILLO, *Jujui provincia federal argentina. Apuntes de su historia civil (con muchos documentos)*, Buenos Aires, 1877, pág. 257.

explícitamente, al tiempo que consideró a los individuos de las «*clases aforadas*» como a «*ciudadanos distinguidos*»²³⁰.

De este modo, aun cuando avanzaba la recepción de las tendencias modernas, numerosas expresiones de la cultura jurídica tradicional, como el arbitrio judicial²³¹ o la invocación de la equidad²³², conservaron su vigencia, al tiempo que algunas instituciones inspiradas en las nuevas tendencias suscitaban críticas por su exotismo²³³ y su presunta «*ilegalidad*»²³⁴. Así y todo, empero, las creencias de la modernidad se fueron arraigando lentamente. En este sentido, el soldado comenzó a ser considerado primordialmente como un ciudadano²³⁵, mientras que paulatinamente se abandonó la noción del fuero castrense como un privilegio, para reemplazarla por la idea de que la jurisdicción militar constituía un mero instrumento disciplinario²³⁶. Asimismo, es interesante advertir que lejos de obstaculizar las tendencias renovadoras,

²³⁰ Sesión del Congreso Nacional de 31 de agosto de 1818. En *ACA*, t. I, pág. 377.

²³¹ Dictamen de Pedro N. Ortiz fechado en Mendoza el 12 de abril de 1815, en AHM, carpeta 442. Dictamen del auditor de la Comisión Militar Permanente, Tomás Antonio Valle, en autos «Manuel Maydana»; Buenos Aires, 24 de diciembre de 1816, en AGN, X-30-3-4, expediente 956. Por otra parte, en junio de 1817, el director supremo solicitó la creación de una comisión militar destinada a juzgar a delincuentes comunes, con atribuciones para imponer a los delincuentes «*las penas arbitrarias, que se consideren precisas para escarmentarlos*», en *ACA*, t. I, pág. 302. Véase también el artículo 19 de las ordenanzas del Ejército de los Andes.

²³² Véanse, a manera de ejemplos: Dictamen del auditor Bernardo de Vera y Pintado en la causa seguida a varios empleados por malversación de fondos, fechado en Mendoza el 4 de marzo de 1816, en AHM, carpeta 443. Dictamen del auditor Bernardo de Monteagudo de 30 de julio de 1818, emitido en la causa seguida contra los soldados Antonio Valenzuela, Villegas y Manuel Muñoz, en MM, legajo 3361.

²³³ Carta de Manuel Belgrano a José de San Martín; Santiago del Estero, 6 de abril de 1814. En *DPHLGSM*, t. II, pág. 123.M

²³⁴ Oficio del teniente de granaderos a caballo Vicente Mármol a José de San Martín; Buenos Aires, 7 de octubre de 1813. En *DPHLGSM*, t. II, pág. 25.

²³⁵ Sesión de la Asamblea del año XIII de 9 de marzo de 1813. En *ACA*, t. I, pág. 22.

²³⁶ Sesión de 18 de noviembre de 1811. *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*, t. X, Cádiz, Imprenta Real, 1811, pág. 153.

en buena medida fueron los mismos operadores jurídico-militares quienes estimularon la recepción en el foro castrense de algunos conceptos que por aquel entonces recién se abrían camino en el ámbito civil. Al respecto, los ejemplos abundan. De este modo, mientras que para impugnar la suspensión de unas actuaciones el general Antonio González Balcarce no encontró mejor justificativo que invocar la «*seguridad individual, tantas veces recomendada*»²³⁷, en el curso de una causa instruida a un soldado, el fiscal actuante afirmó que en el proceso se había atentado «*injustamente*» contra la «*seguridad propia e individual de un ciudadano inocente útil y pacífico*»²³⁸. Además, en otra oportunidad el procurador de un desertor trató de fundar la eximición de responsabilidad de su pupilo, bajo el argumento de que incumplidas las obligaciones alimentarias del Estado para con el acusado, el vínculo contractual entre ambos se había disuelto y que, por ende, resultaba inaplicable el régimen penal de las ordenanzas²³⁹. Asimismo, el arraigo de las nuevas ideas también se advirtió en la consagración legal de principios tales como el de la libre elección de la defensa²⁴⁰, o el de la obligación de que el defensor asistiese personalmente al reo en el momento de llevarse adelante la confesión²⁴¹, y en el temprano entusiasmo que suscitó la posibilidad de encarar una codificación del derecho militar rioplatense.

Respecto de lo señalado en último término, cabe aclarar que no sólo se procedió a identificar las ordenanzas vigentes

²³⁷ Representación del general Antonio González Balcarce al gobierno; Buenos Aires, 12 de octubre de 1812. En *Biblioteca de Mayo*, t. XIII, pág. 11695; véase también la representación de pág. 11712

²³⁸ Conclusión del juez fiscal de la Comisión Militar Permanente, capitán José de Cosío, en autos «Manuel Maydana»; Buenos Aires, 10 de diciembre de 1816. En AGN, X-30-3-4, expediente 956.

²³⁹ Causa seguida al soldado José Peletay, Mendoza, octubre de 1815, en AHM, carpeta 442.

²⁴⁰ ACA, t. I, pág. 420.

²⁴¹ *Idem ant.*, t. I, pág. 336.

con un «*código militar*»²⁴², sino que además se impuso rápidamente un criterio reformista²⁴³. De este modo, pues, se pensó en extractar las ordenanzas españolas, y en «*metodizar*» su contenido²⁴⁴, idea que se reflejó cabalmente en un decreto del director supremo de 12 de noviembre de 1816, en el que se estableció que hasta que no se publicase «*un código militar para los ejércitos de las Provincias Unidas de Sud América*», las ordenanzas y normas del derecho hispánico sólo podrían aplicarse siempre y cuando fuesen «*adaptables en las actuales circunstancias del país*»²⁴⁵.

IV. Consideraciones generales

1. *El surgimiento de un derecho penal militar revolucionario.* Aunque es cierto, como afirmara Osvaldo Magnasco hace más de un siglo, que la revolución de 1810 no pudo hacer sentir de inmediato «*su influencia de reformas radicales*» en el ámbito de la normativa penal militar rioplatense²⁴⁶ -fenómeno que bien cabe vincular con la nutrida do-

²⁴² Véanse la sesión de 23 de marzo de 1813 de la Asamblea del año XIII, en *ACA*, t. I, pág. 29. Oficio de la comisión militar destinada a juzgar la causa del Desaguadero al supremo Poder Ejecutivo; Buenos Aires, 16 de septiembre de 1813, en *Biblioteca de Mayo*, t. XIII, pág. 11733.

²⁴³ Véase, a manera de ejemplo, el art. 18, cap. 1, sec. 6ª, del proyecto de Constitución ya citado en este trabajo.

²⁴⁴ Art. 6, capítulo 2, sección VI. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 160.

²⁴⁵ Decreto del director supremo, de 12 de noviembre de 1816, en *DPHLSM*, t. IV, págs. 456 y 457. Referencia a éste efectuada en la sesión de 30 de julio de 1860 de la Cámara de Diputados de la Confederación Argentina, en *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 201. Cabe señalar que una medida análoga se adoptó posteriormente en Chile, de acuerdo con los términos de la «Instrucción teórica y práctica de la Academia Militar de Chile», aprobada el 16 de marzo de 1817, en *MM*, documento 2470.

²⁴⁶ Osvaldo MAGNASCO, *Introducción a los códigos militares de la República*, Buenos Aires, Félix Lajouane editor, 1895, págs. V y VI.

sis de modernidad jurídica que se cobijaba en los pliegues de las ordenanzas de Carlos III-, no por ello cabe ignorar que a partir de la emancipación comenzó a cobrar vida un derecho penal militar de nuevo cuño, caracterizado por su mayor rusticidad y por su paulatino alejamiento de la tradición jurídica hispánica. Al respecto, cabe señalar que, amén de la influencia de nuevas ideas, el desarrollo de la guerra de la independencia ejerció una particular gravitación en la conformación de lo penal militar patrio. Vale decir, pues, que mientras se procedía a la subrogación más o menos anárquica de numerosas normas del corpus jurídico militar carolino -lo que suscitaba diversas dudas acerca de cuáles eran las normas que se hallaban vigentes²⁴⁷, y exigía de las autoridades el dictado de aclaraciones sobre el particular²⁴⁸-, las experiencias bélicas revolucionarias orientaban la formación de un derecho penal castrense original que, adaptado a las circunstancias, pretendía, fundamentalmente, contribuir al logro de la máxima eficiencia castrense²⁴⁹.

De esta manera, la guerra influyó decididamente en las características y en las modalidades jurídico castrenses de la época. Al respecto, cabe mencionar las habituales dificultades suscitadas para reunir al personal necesario para hacer funcionar los consejos de guerra²⁵⁰, lo que atestigua el caso de un capitán Luis Perichon, quien en octubre de 1815 se excusó de actuar como defensor *«por tener orden de mar-*

²⁴⁷ Véase, v.gr., el oficio de Nicolás de Viana al inspector general, fechado en Buenos Aires el 12 de diciembre de 1814, mediante el cual el director supremo evacuó la incertidumbre planteada en torno a la inteligencia que debía darse al artículo 10, título 25, tratado II, de las ordenanzas de Carlos III. En AGN, X-7-8-2.

²⁴⁸ AGN, X-7-8-2.

²⁴⁹ Véase al respecto el oficio de José de San Martín al secretario de guerra, coronel mayor Marcos Balcarce; Mendoza, 2 de noviembre de 1815. En Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, cit., vol. I, pág. 359.

²⁵⁰ Véase el oficio del comandante de Punta Gorda de 3 de julio de 1813. En la «Sumaria seguida a José Videla por homicidio en la persona del soldado Juan de Dios Díaz», en AGN, X-30-3-4, expediente 959.

*char a San Juan con su compañía»*²⁵¹. De un modo análogo, la «*multitud de los vicios*» procesales advertidos y la dispersión de los testigos indispensables forjó la idea de que era imposible la sustanciación de los procesos militares «*con arreglo a las leyes*»²⁵², llegándose a admitir también que en el trámite de algunas causas se incumpliese con requisitos formales, como el del reconocimiento del cadáver por los cirujanos²⁵³. Asimismo, la tardanza en la resolución de los procesos castrenses se tornó habitual²⁵⁴.

Junto con las alteraciones en el mecanismo procesal, las circunstancias bélicas también gravitaron en el criterio de los magistrados y de los jefes a la hora de resolver los autos²⁵⁵. Así, muchas causas que hoy podríamos catalogar «*de gravedad institucional*» se decidieron en forma extraordinaria a la luz de «*consideraciones importantes de política*»²⁵⁶, pese a la impugnación planteada por los afectados²⁵⁷. En definitiva, pues, el concreto ejercicio de la justicia militar se sometió a los accidentes de la guerra, como cuando el procesamiento de Juan Gregorio de Las Heras fue suspendido por San Mar-

²⁵¹ Oficio de Gavino García al presidente de la Comisión Militar Permanente del Ejército de los Andes, coronel José Matías Zapiola; Mendoza, 10 de octubre de 1815. En AHM, carpeta 471, Sección Militar, Auditoría de Guerra, doc. 4.

²⁵² Oficio de Antonio González Balcarce al presidente de la Comisión Militar Permanente; Buenos Aires, 22 de junio de 1814. En AGN, X-7-8-1.

²⁵³ V.gr., dictamen del auditor de la delegación, Cayetano Campana; Villa de Luján, 22 de mayo de 1819. En AGN, X-30-3-5, expediente 1007.

²⁵⁴ Pueden verse algunas referencias a este proceso en el oficio de San Martín al director supremo -que contiene una resolución marginal de las autoridades porteñas de 4 de marzo de 1814-, fechado en Tucumán el 12 de febrero de 1814, en AGN, X-3-10-7.

²⁵⁵ Sentencia suscripta por José de San Martín el 1º de mayo de 1815, en la causa seguida al soldado Juan García. En AHM, carpeta 442.

²⁵⁶ Dictamen del Auditor Bernardo de Vera y Pintado de 30 de septiembre de 1816, en AHM, carpeta 471, sección militar, auditoría de guerra, doc. 13.

²⁵⁷ Véase un ejemplo en *Biblioteca de Mayo*, t. XIII, pág. 11.707. Véase también Guillermo PALOMBO, «Derrotas y capitulaciones. Su enjuiciamiento militar. Aspectos históricos», en *Revista Argentina de Derecho Militar*, N° 4 (julio de 1986), pág. 58.

tín debido a que se avecinaba un combate ²⁵⁸. Al respecto, también son elocuentes aquellos casos en los que los juicios militares se convirtieron en una mera formalidad convalidatoria de decisiones ya adoptadas, como cuando Matías de Irigoyen ordenó que un anarquista fuese pasado por las armas previa constancia de los hechos imputados «*por una breve y sumaria indagación verbal*» ²⁵⁹, o como cuando Belgrano hizo fusilar a Juan Francisco Borges «*sin guardar forma alguna, violando groseramente las ordenanzas y el procedimiento necesario a todo juicio*» ²⁶⁰. En este orden de cosas, además, corresponde indicar que la riesgosa situación revolucionaria impuso, muchas veces, la toma de decisiones reñidas con la seguridad jurídica paradójicamente enaltecida por la modernidad a la que decían adherir los hombres de Mayo. Ello motivó, por ejemplo, que en ocasiones los simples indicios provocaran la detención preventiva de las personas ²⁶¹, que se produjera la condena de los imputados sin admitirse sustanciación alguna ²⁶², y que se impusiera la vigencia de una especie de ‘peligrosismo’ precautorio ²⁶³ que se traducía en la vigilancia secreta y constante de ciertas personas ²⁶⁴.

²⁵⁸ Oficio reservado de José de San Martín al director supremo de Chile; Santiago de Chile, 1° de junio de 1817. En Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, vol. II, cit., pág. 138.

²⁵⁹ Oficio de Matías de Irigoyen a Juan Ramón Balcarce, 21 de octubre de 1818. Transcripto por Armando Alonso PiÑEIRO, ob. cit., pág. 195.

²⁶⁰ Domingo MATHEU, *Autobiografía*, cit., pág. 2655.

²⁶¹ Véase, por ejemplo, la carta de José de San Martín al gobernador intendente de Mendoza; Mendoza, 1° de enero de 1816, en *DASM*, t. II, pág. 165. Sobre el empleo del término «indicios», véase el dictamen del auditor Bernardo de Vera y Pintado de 28 de marzo de 1816, en AHM, carpeta 443.

²⁶² Dictamen de Bernardo de Vera; 19 de septiembre de 1816. En MM, documento 1211.

²⁶³ Véase el empleo de la palabra ‘peligroso’ en el dictamen pronunciado por el auditor Vera en la causa seguida al coronel Francisco Calderón; Mendoza, 12 de noviembre de 1816. En Juan DRAGHI LUCERO, art. cit., t. I, pág. 146.

²⁶⁴ Causa criminal contra Juan Andrés Pereira, Mendoza, 19 de septiembre de 1814, en AHM, carpeta 442. Dictamen de Bernardo Vera y Pintado -con el conforme de

Así, también, se computaron abundantes procedimientos violentos e indiscretos ²⁶⁵, como en el caso de Ignacio Escalante, a quien se castigó sin «*necesidad de más juicio ... que la notoriedad misma de su antipatriotismo*» ²⁶⁶. En otras palabras, el derecho penal militar de la Argentina revolucionaria terminó amoldándose a las circunstancias de la guerra ²⁶⁷.

San Martín-, fechado en Mendoza el 8 de enero de 1816, en MM, documento 461. Oficio de José de San Martín al asesor de gobierno, Mendoza, 30 de enero de 1816, en AHM, carpeta 443. Bando de 13 de octubre de 1816, art. 3, en Galván Moreno, ob. cit., pág. 122. Sumario iniciado contra Guillermo Paz, Mendoza, 19 de enero de 1820, en AHM, carpeta 444. Como otro ejemplo de la vigilancia secreta, véase la recomendación del gobierno al futuro libertador, para que «*esté a la mira de la conducta del Coronel Don Juan Josef Fernández Campero ex-Marqués de Toxo, prestando con sigilosa prudencia los efectos de cualesquiera siniestra invención contra los intereses del Estado*». Oficio de José de San Martín al director supremo, Tucumán, 16 de febrero de 1814, en AGN, X-3-10-7.

²⁶⁵ Véase MM, documento 461.

²⁶⁶ Oficio de José de San Martín; Mendoza, 8 de enero de 1817. En Juan DRAGHI LUCERO, art. cit., t. II, pág. 18.

²⁶⁷ Proyecto de modificaciones al régimen procesal militar, propuesto por el auditor Bernardo de Vera y Pintado; Mendoza, 28 de octubre de 1815. En Archivo de la Nación Argentina, *Documentos...*, vol. I, cit., pág. 359.

CAPÍTULO IV

LA PENALIDAD CASTRENSE ARGENTINA EN EL TRÁNSITO HACIA LA ORGANIZACIÓN DEFINITIVA DE LA REPÚBLICA (1820-1851)

I. Acontecimientos

a. El panorama internacional

1. La situación en Europa. Durante los años comprendidos entre 1820 y 1850 el derecho penal militar europeo continuó avanzando por el camino abierto en la materia por la modernidad política. De este modo, en 1822 se sancionó un edicto piemontés que regulaba sistemáticamente las penalidades militares, dispositivo que, tras largos años de estudios, fue reemplazado, en julio de 1840, por un verdadero código penal militar, inspirado en el modelo francés¹. Por su parte, el resto de los estados italianos también acompañó la tendencia. De este modo, en 1842 apareció un reglamento pontificio de justicia criminal y disciplina militar, en junio de 1848 hizo lo propio una ley penal militar lombarda; y en 1849 co-

¹ Vittorio A. VIOIRA, *La codificazione del diritto penale negli stati sabaudi*, Torino, Centro di Studi di Storia del Diritto Italiano dell'Università di Torino, 1983, passim.

bró vida el código penal militar de la república romana ². Por su parte, el derecho español también fue objeto de transformaciones. Así, durante el denominado trienio liberal se suprimió la jurisdicción castrense en asuntos civiles, al tiempo que el fuero militar pasó a ser considerado como “*una excepción onerosa y no como un privilegio que favorezca a los individuos que se hallan sujetos a él*” ³. Sin embargo, a partir de mediados de la década de 1820, restaurado el régimen absolutista en España, el sistema jurisdiccional de las antiguas ordenanzas carolinas recobró todo su vigor original, e incluso se avanzó más, ya que desde entonces se hizo habitual que los civiles fuesen juzgados por los tribunales castrenses ⁴.

Pero si la legislación pudo resultar contradictoria, hasta el punto de retrogradar en el camino avanzado, estos años resultaron particularmente ricos para el desarrollo de la doctrina. En efecto, durante esta época autores como Constant y como Bentham aportaron ideas que contribuyeron a conciliar las peculiaridades de lo jurídico militar con los preceptos filosóficos sustentados por los defensores de la modernidad política. De este modo, por ejemplo, el prestigioso pensador inglés arriba mencionado conceptuó necesaria la existencia de los tribunales militares, bajo el argumento de que éstos eran indispensables para la existencia de los ejércitos. Ello así en tanto que, para nuestro filósofo, la exactitud de la disciplina militar descansaba “enteramente sobre la pronta obediencia de los soldados, los cuales nunca son tan dóciles como deben, sino en cuanto ven en el jefe que los manda un juez que puede castigarlos, y que no hay medio de

² Cfr. Vincenzo MANZINI, *Diritto Penale Militare*, Padova, CEDAM, 1928, págs. 2 y 3, nota 2.

³ Faustino MUGA LÓPEZ, “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884 (notas para la historia de la codificación del derecho penal militar)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 2 (1956), págs. 30 y 31.

⁴ Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, pág. 88 y ss..

escapar, ni intervalo alguno entre la falta y el castigo”. Además, otro argumento de Bentham a favor de la jurisdicción castrense partía de la idea de que para juzgar era preciso ser perito en el arte, conocimiento específico que, en lo relativo al ámbito castrense, sólo poseerían los militares, ya que al decir del pensador inglés sólo ellos se encontrarían “*en estado de formar un juicio pronto e ilustrado en todo lo que pertenece a la disciplina, o sobre lo que hubiese ocurrido en una acción*” de guerra ⁵.

2. La situación en América. Mientras tanto, en el nuevo continente también se produjeron importantes transformaciones. Así, por ejemplo, como derivación de varios conflictos bélicos y fundamentalmente de la guerra mantenida con México en 1848, en los Estados Unidos de América la Corte Suprema de Justicia elaboró, a partir de casos como “Martin c/ Mott”, de 1827, o “Luther c/ Borden”, de 1849, una jurisprudencia que convalidó la declaración de la ley marcial toda vez que a juicio de las autoridades una guerra o una rebelión la hiciesen necesaria ⁶. Por otra parte, en lo que se refiere al Brasil, cabe señalar que producida la independencia y constituido el Imperio, allí siguió aplicándose el antiguo derecho militar portugués, tal como lo reconoció implícitamente el art. 308 del código criminal civil de diciembre de 1830. Sin embargo, el ordenamiento jurídico castrense brasileño también fue objeto de algunas modificaciones parciales, como consecuencia de la sanción de disposiciones patrias específicas ⁷.

⁵ Jeremy BENTHAM, *De la organización judicial y de la codificación (extractados de varias obras de Jeremías Bentham, juriconsulto inglés por E.Dumont)*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, págs. 20 y 21.

⁶ Respecto de la experiencia mexicana, véase William WHITTING, *Poderes de guerra bajo la constitución de los Estados-Unidos*, Buenos Aires, Imprenta de El Nacional, 1869, págs. 232 y 388.

⁷ Ladislau DOS SANTOS TITÁRA, *O auditor brasileiro*, Porto Alegre, Typographia de Isidoro José Lopes, 1844, *passim*. Agradecemos a Marinonio Lages el habernos facilitado fotocopia de esta obra.

Experiencias análogas también tuvieron lugar en las nuevas repúblicas hispanoamericanas. Así las cosas, cabe decir algunas palabras acerca de México, Colombia, Bolivia y Chile. En cuanto al primero de los países nombrados, si bien en enero de 1822 se designó a los integrantes de una comisión destinada a redactar un código militar ⁸, los avatares de la política azteca impidieron la concreción de este anhelo. En consecuencia, hasta bien entrado el siglo XIX no sólo continuaron aplicándose las viejas ordenanzas carolinias -que incluso fueron reimpresas varias veces durante el período independiente ⁹-, sino que el fuero militar mexicano siguió constituyendo un privilegio, característica que suscitó frecuentes contiendas de competencia con la jurisdicción ordinaria ¹⁰.

Por otra parte, en lo que se refiere a Colombia podemos decir que en 1823 se modificó la estructura de la jurisdicción militar, al erigirse una corte marcial de cinco miembros -de los cuales dos debían ser togados- ¹¹. Además, que en 1828, durante la última gestión presidencial de Simón Bolívar, se impuso la aplicación de la ley marcial a los civiles ¹², aunque

Véase, además, el comentario bibliográfico de la obra de H. CANABARRO REICHARDT, *Esboço de uma história do Direito militar brasileiro. 1843-1943*, publicado en Revista Española de Derecho Militar, N° 1 (enero-junio de 1956), pág. 124.

⁸ Oscar CRUZ BARNEY, "Las ordenanzas generales de los ejércitos de Carlos III en el México independiente", original mecanografiado presentado al XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, San Juan de Puerto Rico, mayo de 2000, pág. 18.

⁹ *Idem ant.*, pág. 38.

¹⁰ Linda ARNOLD, "Buscando a México: conflictos, jurisprudencia y la Suprema Corte Mexicana (1825-1853)", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, N° IV (1992), pág. 260 y ss..

¹¹ Ley de 2 de agosto de 1823. En FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, *Diarios de campaña, libro de órdenes y reglamentos militares, 1818-1834*, Bogotá, Biblioteca de la Presidencia de la Nación, 1988, págs. 124 y 125.

¹² Livio SCHIAVENATO ACOSTA, "Las leyes marciales del Libertador", en Revista de las Fuerzas Armadas (Colombia), vol. XXXVII, N° 108 (julio-septiembre de 1983), pág. 279.

ello no fue óbice para que la vieja normativa hispánica siguiera rigiendo sin mayores alteraciones ¹³. Ello así, fue bajo la presidencia de Francisco de Paula Santander que las ideas renovadoras alcanzaron un mayor predicamento. De este modo, a mediados de la década de 1830 no sólo se abolieron las penas de palos y se estableció que en materia de derecho penal militar no podrían aplicarse penas si en virtud de sentencias judiciales ¹⁴, sino que hasta se pensó seriamente en redactar un código militar patrio ¹⁵.

Malgrado este anhelo en Colombia, no sucedería lo mismo en Chile, país en el cual las antiguas disposiciones carolinas servirían de base para la redacción de las ordenanzas patrias de 1839 ¹⁶. Asimismo, también en Bolivia se producirían cambios. En efecto, bajo la presidencia del mariscal Andrés de Santa Cruz, en diciembre de 1829 se sancionó allí un reglamento orgánico militar, cuyo capítulo noveno, referido a la administración de justicia, se redactó teniendo en cuenta los lineamientos procesales de los *Juzgados Militares* de Colón de Larriátegui ¹⁷. Asimismo, en 1846 y en la última república mencionada, el presidente José Ballivián im-

¹³ Al respecto, véase el art. 108 de la Constitución de 1830. FRANCISCO AFANADOR CABRERA, "El orden jurídico militar", en *Revista de las Fuerzas Armadas (Colombia)*, vol. XXXVII, N° 108 (julio-septiembre de 1983), pág. 290.

¹⁴ Art. 74 de la ley orgánica de las Fuerzas Armadas colombianas de 1° de junio de 1834. En FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, ob. cit., pág. 186.

¹⁵ Adición a la ley orgánica de las Fuerzas Armadas colombianas de 1° de junio de 1834. *Idem ant.*, pág. 192.

¹⁶ Cfr. el decreto chileno de 25 de abril de 1839, suscripto por Joaquín Prieto y Ramón Cavareda. En RICARDO ANGUITA, *Leyes promulgadas en Chile, de 1810 hasta el 1° de junio de 1912*. Santiago de Chile, Imprenta, litografía y encuadernación Barcelona, 1913, t. I, pág. 319.

¹⁷ Carlos Manuel SILVA RUIZ, "Bolivia primer país en América con legislación propia. Los códigos Santa Cruz", en *Corte Suprema de Justicia. Pasado y presente*, Sucre, Corte Suprema, 1989, págs. 102 y 103. JOSÉ MARÍA PAZ, *Memorias póstumas*, t. IV, Buenos Aires, Ediciones Estrada, 1957, pág. 377.

pulsó la sanción de un *código de enjuiciamientos militar*, fundado en un concepto personal del fuero castrense ¹⁸.

b. El régimen jurídico militar argentino durante la década de 1820

1. Los cambios introducidos en la ponderación de lo penal castrense en los inicios de la autonomía bonaerense. Desde el surgimiento mismo de Buenos Aires como provincia, sus autoridades se preocuparon por la regulación de lo jurídico castrense. Así, mientras que el 24 de marzo de 1820 el gobernador Sarratea dictó un bando relativo a la deserción ¹⁹, una semana más tarde se estableció un tribunal militar extraordinario, que integrado por los coroneles mayores Hilarión de la Quintana y Nicolás de Vedia, el coronel Luis Berutti, y el auditor Antonio Esquerreneá, estuvo destinado a juzgar la conducta de los jefes y de los oficiales sospechados de apoyar una intentona revolucionaria protagonizada por Carlos María de Alvear ²⁰. Posteriormente, el 26 de mayo del mismo año, dicho tribunal fue reemplazado por una comisión militar, cuerpo que tuvo por vocales al brigadier Miguel de Azcuénaga y a los coroneles José Gascón y Pedro Andrés García, en tanto que el coronel Manuel Dorrego ofició de fiscal ²¹. Por otra parte, y ya en septiembre de 1821, el gobierno porteño dictó un indulto por quince días para la ciudad y por treinta para la campaña, en beneficio de los desertores que se presentasen voluntariamente ante las autoridades ²².

¹⁸ Cfr. *Código de enjuiciamientos militar*, Paz de Ayacucho, edición oficial, 1847. Agradecemos a José M. Mariluz Urquijo el habernos facilitado la consulta de este código.

¹⁹ Transcripto en MARCOS DE ESTRADA, *Manuel de Sarratea. Prócer de la revolución y de la independencia*, Buenos Aires, Ediciones Barreda, 1991, pág. 141.

²⁰ Ercilio DOMÍNGUEZ, *Colección de leyes y decretos militares concernientes al ejército y armada de la República Argentina*, t. I, Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1898, págs. 304 y 305.

²¹ *Idem ant.*, t. I, pág. 306.

²² *Idem ant.*, t. I, pág. 314.

Tiempo después, una vez estabilizada la situación institucional de la nueva provincia bajo el gobierno de Martín Rodríguez y de sus colaboradores, la anterior política jurídico castrense coyuntural fue abandonada en beneficio de un ambicioso y profundo programa de reformas, orientado a transformar el carácter del fuero militar²³ y a imponer la codificación del régimen penal castrense patrio. Al respecto, cabe señalar que el espíritu de este proceso se inspiró fundamentalmente en las concepciones de Jeremy Bentham²⁴ -comentadas arriba- y en las de Benjamin Constant²⁵. Así, y dado que ya hemos aludido a las ideas del primero, corresponde decir ahora que el pensador suizo reputaba como esencial terminar con el imperio de las jurisdicciones castrenses privilegiadas y “extendidas más allá de sus límites”, y que también era partidario de que los delitos “meramente militares” fuesen juzgados por tribunales castrenses especiales²⁶.

De este modo, bajo el estímulo de las ideas de Bentham y de Constant -no pocas veces citadas o glosadas en el curso de los debates parlamentarios porteños-, los dirigentes bonae-

²³ Jorge CABRAL TEXO, “La ley de abolición de los fueros personales de la provincia de Buenos Aires. Su subrogación por los fueros de causa”, en *Homenaje a Salvador de la Colina*, Eva Perón, Ministerio de Educación, Universidad Nacional Eva Perón, 1952.

²⁴ Ricardo PICCIRILLI indaga en la influencia del filósofo inglés en Buenos Aires en “Los principios de Bentham en la legislación porteña”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 11 (1960). En cuanto a la repercusión del utilitarismo entre los legisladores porteños, cabe recordar la referencia a la “aplicación del gran *principio de utilidad*” (subrayado en el original) efectuada por el representante Fernández de Agüero; cfr. *Diario de Sesiones de la Honorable Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires* (en adelante, DSHJRBA), sesión del 29 de octubre de 1823, págs. 439 y 440. Véase, además, DSHJRBA, sesión del 15 de octubre de 1822, pág. 425.

²⁵ Respecto de un ejemplo del influjo de las ideas de este pensador en el Buenos Aires post revolucionario, véase José M. MARILUZ URQUIJO, “Manuel José García. Un eco de Benjamín Constant en el Plata”, *Journal of Inter-American Studies*, vol. IX, N° 3 (julio de 1967), págs. 438 a 440.

²⁶ Benjamín CONSTANT, *Curso de política constitucional* (traducido libremente al español por Marcial Antonio López), t. II, Burdeos, Imprenta de Lawalle, Joven y Sobrino, 1821, págs. 68 a 71.

renses conceptuaron necesario no reconocer más diferencia de jurisdicciones que las exigidas por la naturaleza de los distintos servicios públicos y de los mismos asuntos sometidos a juicio. Además, convencidos de que la obtención de la perfección social dependía del mayor o menor vigor del principio de la igualdad ante la ley -definido como “el primer garante de la libertad de los hombres”²⁷-, también compartían la creencia de que el imperio de las jurisdicciones privilegiadas afligía a los pueblos y retardaba su civilización²⁸. Asimismo, como derivación de lo referido, consideraban que el carácter privilegiado de la jurisdicción militar conspiraba contra “el poder de las leyes” y generaba el “entorpecimiento de las formas judiciales”²⁹. En consecuencia, estaban persuadidos de que para lograr el imperio de un régimen jurídico de verdadera libertad resultaba imprescindible abolir los fueros³⁰. Empero, ello no impedía que los bonaerenses reconociesen la importancia de la justicia militar como un eficaz regulador de la disciplina castrense³¹. De este modo, se discriminó entre un fuero militar de carácter real -cuya existencia se consideraba indispensable para el funcionamiento del ejército de la provincia-, y otro de carácter personal, al que se reprochaba en tanto que opuesto a los principios jurídicos impulsados desde la revolución³².

Al respecto, no está de más recordar que a partir de ciertos excesos protagonizados por algunos beneficiarios del fuero militar las columnas periodísticas comenzaron a dirigir

²⁷ “Igualdad”, artículo sin firma aparecido en *El Centinela* (Buenos Aires), N° 49, 29 de junio de 1823. En Senado de la Nación, *Biblioteca de Mayo. Colección de Obras y Documentos para la Historia Argentina*, t. IX-2, Buenos Aires, 1960, pág. 8.685.

²⁸ Cfr. los considerandos del decreto bonaerense de 8 de julio de 1823 en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 354.

²⁹ “Igualdad”, art. cit., pág. 8.685.

³⁰ DSHJRBA, sesión del 15 de octubre de 1822, págs. 424 y 425.

³¹ Idem ant., sesión del 3 de noviembre de 1823, págs. 453 y 454.

³² Idem ant., sesión del 15 de octubre de 1822, pág. 427.

agudas críticas contra el mecanismo jurisdiccional castrense en vigencia. De este modo, por ejemplo, después de caracterizar al fuero castrense tradicional como “un abuso que ofendía la dignidad del pueblo y las leyes por las cuales se rige”³³, en enero de 1822 el periodista Ignacio Núñez proclamó “la necesidad de exterminar” esa “costumbre gótica” que se apoyaba “en un principio destructor de todo el orden social”³⁴. Por su parte, en agosto del mismo año el distinguido jurista Manuel Antonio de Castro también se refirió con acritud a los fueros privilegiados³⁵.

2. La incidencia de las nuevas ideas en el régimen jurídico militar porteño. La abolición del carácter personal del fuero y las aspiraciones en materia de codificación. Así las cosas, la puesta en práctica de las nuevas ideas comenzó a manifestarse en la adopción de medidas tales como el decreto de 12 de abril de 1822, en virtud del cual se redujo el goce del fuero de los milicianos a su exclusiva persona³⁶, o como la supresión de la competencia de los tribunales castrenses en asuntos de naturaleza mercantil³⁷. Pero esto no fue sino el comienzo de un proceso que culminaría a mediados de 1823, con la definitiva abolición del carácter personal del fuero castrense.

Al respecto, cabe recordar que el itinerario que se recorrió para arribar a este resultado fue bastante sinuoso. En

³³ Cfr. el acta N° 10 de la Sociedad Literaria de Buenos Aires; Buenos Aires, de 26 de enero de 1822. Reproducida al completo en Gregorio F. RODRÍGUEZ, *Contribución histórica y documental*, t. I, Buenos Aires, Casa Jacobo Peuser, 1922, pág. 314.

³⁴ El Argos de Buenos Aires, N° 4, de 30 de enero de 1822. Reimpresión facsimilar de la Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, t. XIV, Buenos Aires, 1937, pág. 217.

³⁵ La Gaceta de Buenos Aires, N° 70, de 29 de agosto de 1821. Reimpresión facsimilar de la Junta de Historia y Numismática, t. VI, Buenos Aires, 1915, pág. 593.

³⁶ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, págs. 330 y 331.

³⁷ Cfr. las palabras de Manuel J. García en DSHJRBA, sesión del 15 de octubre de 1822, pág. 423.

efecto, los orígenes de esta trascendente medida no tuvieron lugar sino en el curso de una discusión parlamentaria en torno a la reforma del clero bonaerense, ocasión en la cual el diputado Pedro Somellera sostuvo que si se pensaba en eliminar la jurisdicción personal eclesiástica, también debía suprimirse el resto de los fueros privilegiados, incluido el militar. Curiosamente, a pesar de que la mayoría de sus colegas en la Cámara compartían este criterio, la primera reacción de la Legislatura porteña frente a la propuesta de Somellera estuvo lejos de constituir un cerrado apoyo. Empero, cabe recordar que los motivos de esta actitud reticente eran de índole exclusivamente coyuntural, como lo dejó sentado el entonces ministro de Hacienda de la provincia, Manuel José García, al decir que si bien “nadie podía dudar que el objeto del gobierno era abolir todo fuero y privilegio personal, como incompatible con el sistema adoptado... la prudencia exigía ir aplicando el remedio paulatinamente, para que se hiciese menos sensible”³⁸, expresiones que fueron reforzadas por otras del ministro de Gobierno, Bernardino Rivadavia³⁹, y del diputado Julián Segundo de Agüero. Así, por ejemplo, el último de los nombrados manifestó que primero correspondía avanzar con la abolición del fuero eclesiástico, y que recién después debía encararse la extinción del militar, pues “en semejante caso la política dictaba que se empezase por lo más fácil, para llegar a lo más difícil”⁴⁰. Por otra parte, entre quienes acompañaron la propuesta de Somellera, José Valentín Gómez insistió en afirmar que la abolición de los fueros se fundaba en “la naturaleza del gobierno que hoy nos preside”⁴¹, mientras que el veterano revolucionario y antiguo auditor de guerra Juan José Paso sos-

³⁸ DSHJRBA, sesión del 15 de octubre de 1822, pág. 422.

³⁹ Idem ant., pág. 429.

⁴⁰ Idem ant., pág. 425.

⁴¹ Idem ant., pág. 424.

tuvo “que si a una clase tan privilegiada y sagrada, como la del clero, se [le] quitaba el fuero, no había una razón [válida] para que no se le quitase a la militar”⁴². Así las cosas, tratando de conciliar las opiniones vertidas en el curso del debate, el diputado Gómez propuso que se aboliese el fuero eclesiástico, y que simultáneamente se formase una comisión destinada a redactar un proyecto de ley que suprimiese el resto de las jurisdicciones privilegiadas⁴³. Aprobada esta moción por la Junta de Representantes, se designó a los integrantes de dicha comisión *ad hoc*⁴⁴.

Como consecuencia de la resolución antedicha, Somellera diseñó un proyecto de ley que fue elevado a la consideración de la Junta de Representantes el 5 de diciembre de 1822⁴⁵, pero que recién se incluyó en el orden del día del 23 de junio de 1823. Al respecto, cabe señalar que, en clara adhesión a las ideas de Bentham y de Constant, y al tiempo que establecía la supresión de “todo fuero personal” en la provincia “así en las causas civiles, como criminales por delitos comunes”⁴⁶, el proyecto de marras también reconoció la necesaria existencia de un fuero militar de carácter real. De este modo, en su artículo tercero se decía que “el conocimiento de las causas, que se formen para la averiguación y castigo de delitos, que sólo son tales cometidos por un militar, queda sujeto a la jurisdicción militar”, mientras que en el cuarto se disponía

⁴² *Idem ant.*, pág. 430.

⁴³ *Idem ant.*, pág. 426.

⁴⁴ Originalmente, los miembros de esta comisión fueron los diputados Gómez, Díaz Vélez, Rojas, Vega y Agüero; empero, al poco tiempo el último de los citados renunció, siendo reemplazado por Somellera. Cfr. *idem ant.*, pág. 430; y Abelardo Levaggi, “Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, N° 22 (1971), pág. 75, nota 57.

⁴⁵ Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires “Ricardo Levene” (en adelante, AHPBA), C.48 - A.4 -L.31- documento 194.

⁴⁶ DSHJRBA, sesión del 23 de junio de 1823, pág. 89.

la sujeción a la misma jurisdicción de “todo delito cometido por los militares dentro de los cuarteles, en marcha, en campaña, o en actos del servicio”⁴⁷.

Sometido este proyecto a la discusión general de la Junta de Representantes bonarense, el miembro informante -quien no fue otro que el mismo Somellera- insistió en la necesidad de terminar con todos los fueros personales, en tanto que “semillero de competencias” que perjudicaban a los inocentes y beneficiaban a los culpables”⁴⁸. Por su parte, cupo al diputado Lezica afirmar que la proclamación de los principios democráticos por obra de la revolución había tornado imprescindible el cese de “todo fuero personal, como opuesto a la igualdad”⁴⁹. Así las cosas, el proyecto no suscitó otra oposición que la del coronel Manuel Dorrego, quien si bien consideró que éste no podía dejar de ser aplaudido como justo, también sostuvo que su aprobación resultaba políticamente inconveniente debido a la falta de ilustración de los militares, a su fatuo amor por el fuero y a la posibilidad de que los soldados llegasen a considerar la abolición del fuero como un verdadero “despojo”⁵⁰. En consecuencia, Dorrego propuso dejar la abolición del fuero castrense “para cuando la milicia estuviese cimentada bajo otro pie”. Sin embargo, desestimados este tipo de argumentos, el proyecto fue rápidamente aprobado en general y en particular el mismo día de su discusión en la Cámara. Por su parte, el 5 de julio de 1823 la ley correspondiente fue promulgada por el Ejecutivo provincial⁵¹, poder que a los pocos días dictó un decreto complementario, merced al cual se estableció que, previo a la resolución de cada cuestión de competencia suscitada a raíz de la aplica-

⁴⁷ Idem ant., pág. 90.

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ DSHJRBA, sesión del 23 de junio de 1823, págs. 90 y 92.

⁵⁰ Idem ant., págs. 91 y 92.

⁵¹ DSHJRBA, sesión del 7 de julio de 1823, pág. 104.

ción de la ley de 23 de junio, debía consultarse al gobierno, y que el superior tribunal de justicia de la provincia estaba obligado a informar a las autoridades sobre “todas las declaraciones que sucesivamente la práctica le vaya haciendo ver que conviene hacerse [en la ley] por punto general”⁵². Así las cosas, con motivo de una cuestión planteada en un expediente criminal ante un juez de primera instancia de la campaña, el 17 de septiembre de 1823 las autoridades porteñas dictaron una declaración relativa a los alcances de la ley de abolición de los fueros. En virtud de ella se dispuso que todas las causas que girasen “por privilegio de fuero ante jueces especiales, no estando aún sentenciadas” debían ser pasadas en el estado en el que se hallasen “a los jueces de primera instancia”, mientras que las que se encontrasen “en grado de apelación o recurso de queja” correspondían al conocimiento del tribunal de justicia⁵³.

En cuanto a la repercusión de la ley de junio entre los habitantes de la provincia, cabe señalar que si las columnas oficiosas de *El Argos* se limitaron a reproducir su texto sin mayores comentarios⁵⁴, las páginas de *El Centinela* fueron más demostrativas del entusiasmo con el que se la recibió. En efecto, en este último periódico se afirmó que gracias a esta ley los bonaerenses finalmente eran iguales “*de hecho y de derecho*”, y que sus disposiciones constituían “una gran prueba de [lo] que se adelanta[ba] en el camino de la libertad”⁵⁵. Asimismo, en lo atinente a la actitud de los magistrados judiciales, cabe señalar aquí que la abolición de los fueros personales encontró en el superior tribunal de justicia de la provincia a uno de sus más celosos defensores⁵⁶.

⁵² Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 354.

⁵³ Idem ant., pág. 355.

⁵⁴ *El Argos de Buenos Aires*, cit., N° 52 de 28 de junio de 1823, pág. 217.

⁵⁵ “Igualdad”, art. cit., pág. 8.685.

⁵⁶ Cfr. el oficio elevado por el presidente del Superior Tribunal de Justicia, Manuel Antonio de Castro, al ministro de gobierno bonaerense; Buenos Aires, 2 de julio

No se agotó con esto, sin embargo, el impulso renovador. En efecto, como resultado del convencimiento de que el régimen penal castrense vigente resultaba imperfecto, y como inmediata consecuencia de las incidencias de una causa seguida contra el coronel Celestino Vidal ⁵⁷, a partir de septiembre de 1822 tanto el gobierno como los legisladores porteños comenzaron a acariciar la idea de suplantar las ordenanzas carolinas por un código militar patrio ⁵⁸. Fue así que dos años más tarde, el 1° de septiembre de 1824, el gobernador Juan Gregorio de Las Heras decidió encargar a una comisión integrada por el coronel mayor Ignacio Álvarez, el coronel Blas José Pico y el doctor Pedro Somellera, la redacción de un código penal para el ejército de la provincia. En particular, las autoridades porteñas aspiraban a que dicho código contribuyese a “conservar en todo su rigor la disciplina más severa, la subordinación sin límites y la más ciega obediencia a sus jefes”, y que merced a la expresión de “las reglas y [de] los casos” se obstaculizase el surgimiento de interpretaciones distorsivas ⁵⁹. Lamentablemente, los avatares de la vida política del país incidieron para que la comisión no produjera ningún trabajo concreto, retomándose la idea de codificar el derecho militar patrio recién a mediados del siglo XIX.

3. La situación en el resto del país. Ajena a los debates intelectuales que caracterizaron la vida porteña de la época, la

de 1825. Transcrito como apéndice en Benito Díaz, “La igualdad ante la ley: abolición de los fueros personales (1822-1823)”; *Trabajos y Comunicaciones* (La Plata), N° 3 (1952), pág. 33.

⁵⁷ Véase AHPBA, C. 48 - A. 4 - L. 28- documento 183.

⁵⁸ DSHJRBA, sesión del 23 de septiembre de 1822, págs. 256 y 257. Oficio de la comisión militar de la Junta de Representantes -suscripto el 20 de septiembre de 1822 por Pedro Andrés García, Santiago Rivadavia e Ignacio Álvarez- a la presidencia del cuerpo, en AHPBA, C. 48 - A. 4 - L. 28- documento 183.

⁵⁹ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 372. *Registro Oficial de la República Argentina que comprende los documentos expedidos desde 1810 hasta 1873*, t. II (1822 a 1852), Buenos Aires, Imprenta “La República”, 1880, pág. 64.

vida penal castrense del resto de las provincias argentinas se desarrolló, en gran medida, en torno a los lineamientos jurídico militares de las ordenanzas de 1768. De este modo, no sólo se reconoció la subsistencia de estas últimas, sino que muchas normas del incipiente derecho público provincial siguieron reconociendo el carácter personal del fuero castrense.

Así, entre los numerosos ejemplos que podemos mencionar, el estatuto provisorio santafesino de 26 de agosto de 1819 declaró que quedaban “en vigor todas las leyes, disposiciones y prácticas” que hubiesen regido la administración hasta el momento, y sólo modificó las ordenanzas para determinar que el grado de coronel era el último de la carrera de las armas ⁶⁰. Mientras tanto, en junio de 1820 el gobernador de La Rioja, Francisco Ortiz de Ocampo, consideró subsistente el reglamento de milicias de 1801 y dispuso que los milicianos gozaran de fuero castrense “en toda especie de causa, ya sea civil o criminal” ⁶¹. Por otra parte, en lo que se refiere a Córdoba, también allí se mantuvo la idea de que el fuero militar debía seguir siendo un privilegio estamental. De este modo, pese a reconocer expresamente la unidad de jurisdicción en materia civil y criminal, el reglamento provisorio que rigió los destinos de la provincia entre 1821 y 1847 dejó subsistente la jurisdicción militar en los términos previstos por las ordenanzas ⁶², limitándose a reducir el goce del fuero de los milicianos al tiempo en el que éstos prestasen servicio ⁶³. Respecto de lo dicho en último término, y en lo atinente a Mendoza, cabe señalar que si bien allí continuó rigiendo el

⁶⁰ Véanse los arts. 28 y 59 en *Registro Oficial de la Provincia de Santa Fe*, t. I (1815 al año 1847), Santa Fe, Tipografía de La Revolución, 1888, pág. 40.

⁶¹ *Archivo del Brigadier General Juan Facundo Quiroga*, Buenos Aires, Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”, t. I, 1958, documento 153.

⁶² Art. 4, capítulo 19 del reglamento provisorio de la provincia de Córdoba de 30 de enero de 1821. Transcrito en María Laura Sanmartino de Dromi, *Documentos Constitucionales Argentinos* (en adelante, *DCA*), Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pág. 722.

⁶³ Art. 6, capítulo 26, en *DCA*, pág. 733.

carácter personal del fuero militar ⁶⁴, el 28 de noviembre de 1820 se estableció el desafuero de los soldados rasos de las milicias, salvo que se encontrasen “en actual fatiga” ⁶⁵.

Por otra parte, y en lo que se refiere a otras provincias, digamos que la reglamentación entrerriana para el orden de los departamentos, de 1820, concedió a los oficiales departamentales “los mismos fueros y privilegios, que los veteranos en sus respectivas clases” ⁶⁶. Asimismo, que el estatuto provisorio constitucional de Entre Ríos, sancionado el 4 de marzo de 1822, reconoció la tácita vigencia de las ordenanzas ⁶⁷, orientación que también se incorporó al reglamento constitucional catamarqueño de 11 de julio de 1823, aun cuando éste también adjudicó a la Legislatura provincial la tarea de ordenar todo lo relativo “al fuero militar y sus alcances” ⁶⁸.

Pese a todo lo dicho, el triunfo de la tradición jurídico militar hispánica no fue del todo absoluto durante los inicios del régimen de las autonomías provinciales. En efecto, aunque con cierta timidez, en más de un distrito se incorporaron instituciones inspiradas en las nuevas ideas jurídicas, tal como lo recordaría en 1826 el diputado Gómez durante las sesiones del Congreso Constituyente ⁶⁹. De este modo, por ejemplo, el estatuto provisorio constitucional correntino del 11 de diciembre de 1821 estableció que “ningún oficial, cabo, sargento ni soldado” podría ser ejecutado “con pena de muer-

⁶⁴ Véase un ejemplo de lo dicho en el desarrollo de la apelación planteada en agosto de 1825 por Rosa Corbalán contra su marido, el capitán Pedro Bargas, en un juicio de alimentos. En *Actas de la Legislatura de Mendoza*, t. I (1820-1827), Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1988, pág. 190.

⁶⁵ *Actas de la Legislatura de Mendoza*, cit., pág. 11.

⁶⁶ *DCA*, pág. 892.

⁶⁷ Véase el art. 81, en *DCA*, pág. 920.

⁶⁸ *DCA*, pág. 672.

⁶⁹ Cfr. Emilio Ravnani [ed.], *Asambleas Constituyentes Argentinas* (en adelante, *ACA*), t. III, Buenos Aires, Peuser, 1937, pág. 994.

te, u otra aflictiva de cuerpo, sin haber sido antes procesado y sentenciado en consejo de guerra, según la clase a que pertenezca el reo”⁷⁰, disposición que se reiteró en el texto de la constitución política de la provincia de 15 de septiembre de 1824⁷¹. Asimismo, resulta evidente que el modelo de la ley porteña de junio de 1823 ejerció su influencia en algunos distritos. Al respecto, cabe recordar que en septiembre de 1823 las autoridades sanjuaninas redujeron la competencia de la jurisdicción castrense a “los delitos puramente militares”⁷², medida que se incorporó a la Constitución Provincial dictada en junio de 1824⁷³. Algo semejante también sucedió en Salta, donde la política de desmovilización social encarada por el gobernador Álvarez de Arenales contra el fuero gaucho implantado por Güemes dio lugar, a fines de octubre 1824, a que la Sala de Representantes provincial discutiese un proyecto de ley de supresión del fuero militar “en las causas de naturaleza puramente civil”⁷⁴. Así las cosas, el 2 de noviembre de 1824, luego de plantearse, incluso, la posibilidad de abolir por completo el fuero militar, la competencia de la jurisdicción castrense salteña se redujo a los asuntos de naturaleza criminal⁷⁵, dispositivo que se incorporó posteriormente al texto de un proyecto constitucional⁷⁶.

⁷⁰ Véase el art. 6, sección 7ª, en *DCA*, cit., pág. 789.

⁷¹ *DCA*, pág. 806.

⁷² Art. 1, capítulo 6, del reglamento del Poder Judicial de 3 de septiembre de 1823. Transcrito en Abelardo Levaggi, *Orígenes de la codificación argentina: los reglamentos de administración de justicia*, Buenos Aires, Museo Social Argentino, 1997, pág. 483.

⁷³ *DCA*, pág. 1170.

⁷⁴ Respecto de la repercusión de este proyecto en Buenos Aires, véase *El Argos* de Buenos Aires, N° 95 de 20 de noviembre de 1824, reimpresión facsimilar de la Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, t. XIX, Buenos Aires, 1941, págs. 422 y 423.

⁷⁵ Atilio Cornejo, *El derecho privado en la legislación patria de Salta*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1947, págs. 26 a 29.

⁷⁶ Véase *DCA*, cit., págs. 1133 y 1134.

4. Los debates sobre la materia en el Congreso Constituyente de 1824. Durante la década de 1820 lo jurídico militar también mereció algún espacio en el seno del Congreso Constituyente, aun cuando este cuerpo no expresó mayor interés respecto de este tipo de asuntos, como lo demuestra el hecho de que los diputados nunca hallaran el tiempo suficiente para evacuar una consulta sobre los alcances del fuero militar elevada el 3 de enero de 1825 por la inspección general del ejército ⁷⁷. De este modo, en el campo de las concretas medidas jurídico militares aprobadas, cabe señalar que en diciembre de 1825 el Congreso autorizó al gobierno a conceder al jefe del ejército en operaciones las facultades previstas en el artículo 6, título 1, tratado VII de las ordenanzas carolinias, vale decir, la posibilidad de ejercer el mando absoluto militar en las provincias comprometidas por la contingencia bélica ⁷⁸. Además, que en diciembre del año siguiente se aprobó la presencia de un auditor en la plantilla del estado mayor del ejército ⁷⁹. Asimismo, que en el texto de la Constitución de 1826 se reconoció la tácita vigencia de la antigua legislación militar hispánica merced al expediente de facultar al Poder Ejecutivo nacional proveería para proveer “con arreglo a ordenanza a las consultas que se le hagan en los casos que ella previene, sobre las sentencias pronunciadas por los juzgados militares” ⁸⁰.

Al margen de esta magra producción normativa, no está de más señalar que el Congreso también fue caja de resonancia de las tendencias jurídico militares renovadoras que se habían manifestado años antes en Buenos Aires. En este sentido, cabe referir que en el curso de algunos debates se ex-

⁷⁷ Véase ACA, t. II, pág. 553.

⁷⁸ ACA, t. II, págs. 290 y ss., y 340.

⁷⁹ Sesiones del Congreso Constituyente de 25 de octubre y 12 de noviembre de 1825, en ACA, t. II, págs. 195 y 220.

⁸⁰ ACA, t. III, pág. 1197.

presó el anhelo de reemplazar el corpus jurídico militar de 1768 por un “código militar, u ordenanza del ejército de la nación”⁸¹, propuesta que, sin embargo, fue rechazada -en tanto que considerada inoportuna- por los diputados Dorrego⁸² y Cavia⁸³. Por otra parte, cabe tener presente que la mayoritaria opinión en el Congreso fue inequívocamente contraria al carácter privilegiado del fuero castrense⁸⁴, si bien algunas veladas pretensiones de llegar a la completa desaparición de toda jurisdicción militar suscitaron también la oposición de Manuel Dorrego, quien defendió la competencia de los tribunales castrenses para resolver los delitos de naturaleza militar, bajo el argumento de que los imputados en estas causas debían ser juzgados por “jueces inteligentes, que son del arte, y peritos en los acontecimientos de esta clase”⁸⁵. En cuanto al rechazo del carácter personal del fuero, cabe señalar también que los integrantes de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso -vale decir, Valentín Gómez, Manuel Antonio de Castro, Francisco Castellanos, Eduardo Pérez Bulnes y Santiago Vázquez- llegaron a sostener que aquél debía desaparecer⁸⁶. Incluso más, encandilados por el ejemplo de la ley porteña de 1823, algunos diputados, como Medina y el ya mencionado Gómez, consideraron, equivocadamente, que el fuero militar privilegiado ya había desaparecido de todo el país⁸⁷.

⁸¹ Palabras del ministro de Guerra de la Nación, Marcos Balcarce, en *ACA*, t. I, pág. 1391.

⁸² Sesión del Congreso Constituyente de 8 de agosto de 1826, en *ACA*, t. III, pág. 373.

⁸³ Sesión del Congreso Constituyente de 9 de agosto de 1826, en *ACA*, t. III, pág. 385.

⁸⁴ Sesiones del Congreso Constituyente de 9 de agosto y 9 de octubre de 1826. Ambas en *ACA*, t. III, págs. 386, y 994 a 998.

⁸⁵ Sesión del Congreso Constituyente de 9 de octubre de 1826, en *ACA*, t. III, pág. 996.

⁸⁶ *ACA*, t. III, pág. 994.

⁸⁷ Sesiones del Congreso Constituyente de 12 de noviembre de 1825 y 9 de octubre de 1826. En *ACA*, t. II, pág. 223 y t. III, pág. 994.

c. Caracterización de la penalidad castrense patria en el contexto de las guerras civiles

1. Los principales acontecimientos de la década de 1830. Vuelto el país al estado de inconstitución, durante la década de 1830 las provincias siguieron reconociendo, implícitamente, la vigencia de las ordenanzas carolinias, aunque en alguno que otro caso también se dictaron normas jurídico castrenses complementarias.

Así las cosas, los estatutos jujeños de noviembre de 1835 y febrero de 1839 dejaron subsistente en la nueva provincia el régimen penal de las ordenanzas ⁸⁸, en tanto que un decreto de febrero de 1837 reconoció que el fuero militar seguía teniendo carácter de privilegio personal para las “viudas e hijos de todo individuo del ejército” y para los “oficiales de las milicias provinciales, desde la clase de alférez, inclusive para arriba” ⁸⁹. Muy distinto fue, en cambio, el criterio expresado en el reglamento de administración de justicia mendocino de 1834, dado que con éste se decidió dar por finalizado el carácter personal del fuero militar ⁹⁰.

Por otra parte, también cabe recordar aquí que la Constitución correntina de 4 de agosto de 1838 mantuvo, en materia jurídico militar, disposiciones análogas a las establecidas durante la década de 1820 ⁹¹. Asimismo, que en materia de propuestas de reforma, se destacaron el art. 162 del proyecto de Constitución tucumana de 1834 -en tanto que dirigido a

⁸⁸ Véanse los arts. 37 del Estatuto Provisorio de 1835 y del Estatuto Provincial de 1839; ambos transcriptos en *DCA*, págs. 971 y 983.

⁸⁹ Teófilo SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *El derecho privado patrio en la legislación de Jujuy*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho, 1958, pág. 45.

⁹⁰ Véase el art. 1 del capítulo final, en *DCA*, pág. 1067. Además, Abelardo LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina*, cit., pág. 389.

⁹¹ Véanse el art. 10, capítulo II, y el art. 5, capítulo IV, ambos de la sección 6ª, en *DCA*, págs. 826 y 828.

terminar con la vigencia de la jurisdicción militar de carácter personal ⁹²-, y el tímido intento porteño de mediados de la década, orientado a renovar el régimen de la administración de justicia en asuntos del fuero militar ⁹³.

2. La regulación de lo jurídico militar argentino entre el apogeo y la desaparición del sistema confederal.

Lejos también del espíritu renovador de los años '20, durante la década de 1840 las regulaciones jurídico militares argentinas continuaron transitando por la senda tradicional, salvo en lo atinente a la introducción de algunas modificaciones en materia de fuero. De este modo, se siguió admitiendo la vigencia de las ordenanzas en el art. 46 de la Constitución santafesina de julio de 1841 ⁹⁴, en el Código Constitucional Provisorio de la provincia de Córdoba de febrero de 1847 ⁹⁵, y en el Estatuto Provisorio jujeño de enero de 1851 ⁹⁶.

Así las cosas, salvo el caso de San Juan, en donde al parecer el gobernador Nazario Benavídez mandó a aplicar las leyes penales del Ejército de los Andes ⁹⁷, teóricamente las fuerzas militares de la época continuaron rigiéndose por el dispositivo carolino ⁹⁸, si bien las exigencias de la vida militar llegaron a imponer el dictado de algunas modificaciones a

⁹² DCA, pág. 1352.

⁹³ Cfr. la participación Eduardo Lahitte en el debate de la Junta de Representantes bonaerense de 19 de mayo de 1836. Reproducido en La Gaceta Mercantil, N° 3894, sábado 28 de mayo de 1836.

⁹⁴ *Registro Oficial de la Provincia de Santa Fe*, cit., pág. 385.

⁹⁵ Véase DCA, págs. 754 y 755.

⁹⁶ DCA, pág. 996.

⁹⁷ Antonio Zinny, "Efemeridiografía argiroparquiótica", en La Revista de Buenos Aires. Historia americana, Literatura y Derecho, año VIII, N° 89 (septiembre de 1870).

⁹⁸ Véanse, v.gr., el decreto correntino de 23 de agosto de 1840 que aparece en el Boletín Oficial de Corrientes, t. IV (1838-1841), pág. 273; y José María PAZ, ob. cit., t. IV, pág. 86.

éste ⁹⁹. Empero, en la práctica el sistema jurídico de las ordenanzas fue distorsionado o, incluso, completamente ignorado. En este sentido, téngase presente que no fueron pocos los jefes autorizados a aplicar “penas discrecionales”, ajenas a los textos legales ¹⁰⁰. Así, por ejemplo, Justo José de Urquiza imponía la disciplina en sus ejércitos de un modo más o menos arbitrario, merced a la aplicación de severos correctivos “en proporción” a las faltas cometidas ¹⁰¹.

En cuanto al tema del fuero militar, durante esta época nuevas provincias argentinas se sumaron a la abolición de su carácter personal. De este modo, el reglamento de policía riojano de marzo de 1844 prohibió que la jurisdicción castrense se inmiscuyese en el conocimiento de causas ordinarias ¹⁰². Por otra parte, y siguiendo el ejemplo de un proyecto de constitución elaborado por Juan Mateo Arriola, Fermín Pampín y Antonio Benítez ¹⁰³, a partir de julio de 1847 y merced al dictado de un reglamento de administración de justicia, Corrientes sólo admitió el carácter real del fuero castrense ¹⁰⁴. También Entre Ríos se adhirió a la tendencia, lo que tuvo lugar en abril de 1849, cuando a imitación de la ley porteña de 1823, su reglamento de administración de justicia decidió abolir todos los fueros personales, y circunscribir la jurisdicción militar al conocimiento de aquellos delitos que sólo eran

⁹⁹ Decreto correntino de 26 de octubre de 1843, en Boletín Oficial de Corrientes, cit., t. V (1842-1846), pág. 150.

¹⁰⁰ Véanse los decretos correntinos de 21 de junio de 1843, de 28 de diciembre de 1843 y de 7 de abril de 1846; todos en Boletín Oficial de Corrientes, t. V, cit., págs. 132 y 133, 155, y 374.

¹⁰¹ Carta de Urquiza al encargado de las relaciones exteriores, Juan Manuel de Rosas, mayo de 1847. Transcripta parcialmente por Julio VICTORICA, *Urquiza y Mitre. Contribución al estudio histórico de la organización nacional*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, pág. 269.

¹⁰² Abelardo LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina*, cit., pág. 350.

¹⁰³ DCA, pág. 856.

¹⁰⁴ Abelardo LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina*, cit., pág. 207.

“tales cometidos por un militar”¹⁰⁵. Asimismo, en enero de 1851 la Legislatura jujeña dictó una ley casi en todo idéntica a la porteña de junio de 1823¹⁰⁶.

En otro orden de cosas, no está de más recordar aquí que en tanto lo referido arriba tenía lugar en el territorio de la Confederación Argentina, en el extranjero muchos de los argentinos exiliados tomaron algún contacto con el derecho militar. Tal, por ejemplo, los casos de Valentín Alsina, quien abordó tangencialmente este tipo de asuntos al escribir una obra de derecho internacional en Montevideo, o el de José Barros Pazos, quien llegó a actuar como defensor militar en Chile¹⁰⁷.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. Principales lineamientos del derecho militar contemporáneo. Aunque, como ya lo hemos demostrado arriba, a lo largo del período 1820-1851 las viejas ordenanzas españolas -calificadas en alguna ocasión como “ordenanzas de la patria”¹⁰⁸- conservaron oficialmente su vigencia¹⁰⁹, en la

¹⁰⁵ Dictamen de Ramón Ferreira de 4 de mayo de 1860, en *Boletín Jurídico Militar*, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 40. Abelardo LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina*, cit., págs. 274 y 292.

¹⁰⁶ Teófilo SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, ob. cit., pág. 45.

¹⁰⁷ Cfr. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Colección documental Barros Pazos, documento 399.

¹⁰⁸ José Cabero, certificación de la sentencia de fusilamiento de José Miguel Carrera; Mendoza, 3 de septiembre de 1821. Transcripta en Cristian GARCÍA GODOY, *Tomás Godoy Cruz. Su tiempo, su vida, su drama. Ensayo crítico*, Washington D.C., Full Life, 1991, pág. 432.

¹⁰⁹ Entre los innumerables ejemplos que se pueden citar a este respecto, véanse: oficio del sargento Bernardo María Ximénez al auditor de guerra de Mendoza, Mendoza,

medida en que se reconocía la necesidad de contar con una legislación penal especial para el ejército fundada en los principios de rigurosidad y de celeridad ¹¹⁰, en la concreta vida forense argentina las disposiciones carolinas resultaron paulatinamente alteradas ¹¹¹. De este modo, un publicista dijo que en tanto que el texto literal de las ordenanzas era una cosa, “lo practicable en el día” era otra, y que ello daba origen a un auténtico “laberinto” de donde no se podía “salir a la claridad con el hilo de la razón, sin destruir a diestra y a siniestra muchas partes del edificio que, como gótico, está[ba] lleno de sinuosidades y lugares tenebrosos” ¹¹². Así las cosas, el régimen de las penalidades militares hispánicas comenzó a ser interpretado con particular indulgencia a la luz de los nuevos criterios jurídicos patrios ¹¹³. En este sentido, no pocas veces los consejos de guerra hicieron caso omiso de “la severidad de las leyes” ¹¹⁴ -sobre todo en los casos en los que resultaban comprometidos los milicianos ¹¹⁵ y los oficiales inexpertos ¹¹⁶-, y evitaron la “rigurosa observancia” de las

circa 1822, en Archivo Histórico de Mendoza (en adelante, AHM), carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, doc. 62. ACA, t. II, pág. 297. *El Tiempo* (Buenos Aires), edición de 17 de febrero de 1829, transcrita en Julio Arturo Benencia, *Partes de batalla de las guerras civiles, 1822-1840*, t. II, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1976, pág. 166. Sentencia dictada en Córdoba el 6 de junio de 1835 en autos “Lara”; síntesis de ésta en María Mónica GHIRARDI DE HILLAR, *La campaña cordobesa a través de los procesos judiciales (1835-1839)*, Córdoba, 1986, págs. 171 y 172.

¹¹⁰ DSHJRBA, sesión de 23 de junio de 1823, pág. 93.

¹¹¹ Véase, v.gr., la conclusión del juez fiscal, sargento mayor Juan Correa Morales, en la causa del sargento Ángel Villareal; Buenos Aires, 3 de noviembre de 1821. En AGN, X-30-3-4, expediente 965.

¹¹² EL OFICIAL REFORMADO, “Continuación sobre las ordenanzas”, en *El Centinela*, Buenos Aires, N° 19, 1° de diciembre de 1822.

¹¹³ Dictamen del auditor de guerra de la provincia de Mendoza, Pedro Nolasco Ortiz; Mendoza, 14 de octubre de 1820. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 38.

¹¹⁴ José María PAZ, ob. cit., t. IV, pág. 81.

¹¹⁵ DSHJRBA, sesión de 3 de noviembre de 1823, pág. 455.

¹¹⁶ Defensa interpuesta por el capitán Nicolás Corvalán en la causa del subteniente Juan Eloy Pérez. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, doc. 34.

ordenanzas ¹¹⁷. Asimismo, en este contexto adquirió gran importancia el conocimiento de la práctica patria en materia de asuntos jurídico militares ¹¹⁸, de modo tal que en los casos dudosos las cuestiones se resolvían remitiéndose a ella ¹¹⁹. En cuanto a los motivos de la referida transformación de lo jurídico militar patrio, se dio la concurrencia de varios, desde la creencia de que en el estado de inconstitución y bajo el imperio del “azar de las revoluciones”, las leyes no se encontraban bajo “su entera observancia” ¹²⁰, hasta la atención a “las circunstancias de guerra” ¹²¹.

En otro orden de cosas, debe tenerse presente que el panorama jurídico castrense argentino se complicó más de la cuenta como consecuencia del carácter díscolo de una tropa que, en algunas ocasiones, pretendía evitar el rigor de las penalidades invocando en su favor los derechos de la ciudadanía ¹²². Así, formados en los excesos de la guerra revolucionaria ¹²³, y tan proclives a insultar a los superiores ¹²⁴, como a

¹¹⁷ José María PAZ, ob. cit., t. IV, pág. 86.

¹¹⁸ Véase, al respecto, la alusión efectuada en la sesión del Congreso Constituyente de 9 de mayo de 1825, en ACA, t. I, pág. 1347. También lo que se dijo en DSHJRBA, sesión del día 22 de septiembre de 1822, págs. 257 y 260.

¹¹⁹ Oficio de la comisión militar de la Junta de Representantes -suscripto por Pedro Andrés García, Santiago Rivadavia e Ignacio Álvarez- a la Junta de Representantes; Buenos Aires, 20 de septiembre de 1822. En AHPBA, C. 48 - A. 4 - L. 28- documento 183.

¹²⁰ Dictamen del auditor de guerra de la provincia de Mendoza, Pedro Nolasco Ortiz; Mendoza, 14 de octubre de 1820. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 38.

¹²¹ Dictamen del auditor de guerra porteño Ferreyra en la causa del soldado Rufino Martínez; Buenos Aires, 17 de julio de 1828. En Archivo de la Academia Nacional de la Historia, Colección Fitte.

¹²² Defensa del sargento mayor Manuel Olazábal presentada por el sargento mayor Nicolás Villanueva en Mendoza, el 22 de junio de 1822, en AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 445, documento 25. José María PAZ, ob. cit., t. III, pág. 397.

¹²³ Cfr. Guillermo PALOMBO, “La organización militar en el arroyo Azul (1832-1852)”, en *El tiempo* (Azul), 29 de agosto de 1982.

¹²⁴ Oficio del sargento Bernardo María Ximénez al auditor de guerra de Mendoza; Mendoza, circa 1822. En AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 62.

agredir a los camaradas ¹²⁵ y a maltratar a los civiles ¹²⁶, no pocos soldados de la época terminaban cometiendo robos y fugándose a las tolderías indígenas ¹²⁷. No era mejor la condición de los oficiales, siendo, en efecto, muchos de ellos tachados de “inmorales”, “viciosos” y “corrompidos” ¹²⁸, además de “poco instruidos” en la milicia ¹²⁹.

Pasando al análisis de la práctica jurídica, cabe señalar aquí que durante esta época se observaron algunos avances. De este modo, se afirmó que para considerar consumado un delito se requería tanto de la acción contraria a la ley como de la voluntad de violarla ¹³⁰, aludiéndose así, al dolo como un elemento integrante de las figuras delictivas ¹³¹. Por otra parte, además de recurrirse al empleo de pericias médicas en materia probatoria ¹³², se sostuvo la inidoneidad de la prueba fundada en un único testimonio, no corroborado por otros

¹²⁵ Sumario contra el soldado Fabián Benítez, Mendoza, abril de 1820. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 29.

¹²⁶ Un ejemplo, en la denuncia interpuesta por Pedro José Pelliza contra el ayudante mayor de plaza Manuel Díaz; Mendoza, 1° de febrero de 1823. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 445, documento 34.

¹²⁷ “Proyecto de resolución en el proceso seguido al desertor de la segunda compañía del escuadrón de línea del regimiento N° 5 Pantaleón Ramírez”, en AGN, X-25-7-2. Agradecemos a Guillermo Palombo el habernos suministrado este dato.

¹²⁸ Carta de Prudencio Rosas a su hermano, Juan Manuel de Rosas; Azul, 7 de noviembre de 1834. Transcrita en Guillermo PALOMBO, “La organización militar en el arroyo Azul”, cit..

¹²⁹ Defensa interpuesta por el capitán Nicolás Corvalán en la causa del subteniente Juan Eloy Pérez. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 34.

¹³⁰ Defensa presentada por el teniente 1° José María Fretes en la causa del soldado Francisco Vidal; Buenos Aires, 23 de noviembre de 1820. En AGN, X-30-3-4, expediente 967.

¹³¹ Defensa del sargento mayor Manuel Olazábal presentada por el sargento mayor Nicolás Villanueva; Mendoza, 22 de junio de 1822. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 445, documento 25.

¹³² “Sumario criminal instruido al cabo cívico Francisco Sa por haber herido alevosamente a José Santos Sarandon”; Mendoza, junio de 1820. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 32.

elementos ¹³³. Asimismo, se recomendó ponderar la presencia de atenuantes y de agravantes, con el objeto de equilibrar “la balanza de la justicia” ¹³⁴. En cuanto al particular referido, se invocaron como atenuantes la contribución de los reos “a las glorias [militares] de la Patria” ¹³⁵ y, en algunas circunstancias, la ignorancia de los encartados ¹³⁶. Sin embargo, con respecto al último atenuante corresponde indicar que en 1829, para contener la insubordinación de “los genios turbulentos e inquietos”, las autoridades bonaerenses establecieron que esta excepción y la de la obediencia resultarían inoponibles para justificar el cumplimiento de un orden que estuviese dirigida al alzamiento armado contra las autoridades constituidas ¹³⁷.

En lo que se refiere a la materia procesal, la frecuente demora en la sustanciación de causas ¹³⁸ - agravada en ocasiones por la intervención de la justicia ordinaria ¹³⁹, o por hechos fortuitos, como la destrucción de los sumarios a raíz de malones indígenas ¹⁴⁰-, condujeron a que los operadores ju-

¹³³ Defensa del sargento mayor Manuel Olazábal presentada por el sargento mayor Nicolás Villanueva, ya citada.

¹³⁴ Defensa interpuesta por el capitán Nicolás Corvalán en la causa del subteniente Juan Eloy Pérez, ya citada.

¹³⁵ Defensa del sargento mayor Manuel Olazábal presentada por el sargento mayor Nicolás Villanueva, ya citada.

¹³⁶ DSHJRBA, sesión de 3 de noviembre de 1823, pág. 455.

¹³⁷ Decreto bonaerense de 31 de octubre de 1829. En Ercilio Domínguez, ob. cit., t. I, pág. 493.

¹³⁸ Oficio de Pedro N. Ortiz al presidente de la Comisión Militar fechada en Mendoza el 22 de julio de 1839, en AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 21. Oficio del presidente de la Comisión Militar mendocina, José María de Reyna, al ministro de gobierno de la provincia, fechado en Mendoza, el 26 de diciembre de 1842, en AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 32.

¹³⁹ Véase, en este sentido, el oficio del presidente de la Comisión Militar mendocina, José María de Reyna, al ministro de gobierno de la provincia; Mendoza, 3 de junio de 1842. En AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 28.

¹⁴⁰ Cfr. el oficio del coronel Zelarrayán al comandante Hernández, de 9 de agosto de 1837, mencionado por Guillermo PALOMBO, “Una sumaria sin consejo de guerra en

rídico militares reclamaban la puesta en práctica de un trámite breve y sumario para el juzgamiento de los desertores ¹⁴¹, y que solicitasen a las autoridades evitar aquellos retardos que obligaban a los reos a permanecer en prisión más tiempo del necesario ¹⁴². Desde luego, lo exigido no era sencillo, pese a la más o menos esporádica sustanciación verbal de los procesos ¹⁴³, en la medida en que el funcionamiento de los consejos de guerra solía ser por demás precario. De este modo, por ejemplo, no fue raro que los tribunales castrenses careciesen de fiscales y de asesores ¹⁴⁴.

Así las cosas, merced al recurso del arbitrio judicial ¹⁴⁵ y ajenos “a discusiones prolijas” ¹⁴⁶, la actividad de los consejos de guerra dio lugar a la aplicación de modalidades procesales no sólo no contempladas ni en las ordenanzas, ni en la legislación complementaria ¹⁴⁷, sino que hasta de algunas opuestas a los principios jurídicos revolucionarios. En efecto, a despecho de la idea de que en el proceso militar debía imperar un mínimo de garantías ¹⁴⁸, no fue extraordinario que en algunos casos

1837 (el caso del capitán Eugenio Uriden de Quirós)”, en *Revista Argentina de Derecho Militar*, N° 3 (noviembre de 1984), pág. 45.

¹⁴¹ Dictamen del Consejo Militar fechado en Buenos Aires el 10 de enero de 1827. Transcrito en Armando Alonso Piñero, *Historia del general Viamonte y su época*, 2da. edición, Buenos Aires, Plus Ultra, 1969, pág. 466.

¹⁴² Oficio del presidente de la Comisión Militar mendocina, José María de Reyna, al ministro de gobierno de la provincia; Mendoza, 15 de noviembre de 1842. En AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 33.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 38.

¹⁴⁵ Dictamen del auditor general, Miguel Villegas; Buenos Aires, 9 de diciembre de 1820. En AGN, X-30-3-4, expediente 967.

¹⁴⁶ Palabras del diputado Juan José Paso en *DSHJRB*A, sesión del día 22 de septiembre de 1822, pág. 262.

¹⁴⁷ Guillermo PALOMBO, “Una sumaria sin consejo de guerra en 1837”, art. cit., pág. 43.

¹⁴⁸ Véanse las palabras de Manuel Dorrego en la sesión del Congreso Constituyente de 4 de julio de 1826. En *ACA*, t. III, pág. 162.

los reos prisioneros terminasen siendo pasados por las armas sin haberse sustanciado forma alguna de juicio ¹⁴⁹.

2. Las penas. En materia de penas, no se cuenta con mayores noticias de que se siguiera aplicando el castigo de baquetas ¹⁵⁰, aunque durante estos años los azotes sí continuaron siendo habituales ¹⁵¹. Al respecto, incluso, se sabe que en algún caso se llegaron a suministrar quinientos a un solo reo ¹⁵². En este orden de cosas, cabe señalar que, desde noviembre de 1833, el gobierno bonaerense mandó limitar el número de palos legítimamente imponibles por vía correccional a un máximo de 25 ¹⁵³. En cuanto a la pena capital -convertida, al decir de un contemporáneo, en “un juguete”, “a fuerza de tanto repetirla”- ¹⁵⁴, se recurrió a distintas modalidades de aplicación, como el quinceo ¹⁵⁵, o la previa am-

¹⁴⁹ Véanse ejemplos en: Cristian GARCÍA GODOY, ob. cit., pág. 382. Parte del coronel Juan Pedernera al comandante general de armas de San Juan, coronel Ramón Estomba, campamento en Jocolí, 22 de enero de 1827, en Julio Arturo Benencia, *Partes de batalla...*, cit., t. II, pág. 104. Véanse, además, la página 383 y siguientes de la obra referida en último término.

¹⁵⁰ En lo atinente a este castigo, cabe recordar que en España fue abolido en 1820. Blanca Esther BULDAIN JACA, “Reformas administrativas y sociales del Ejército en la transición política de 1820”, en *Revista de Historia Militar* (Madrid), N° 65 (1988), pág. 183.

¹⁵¹ Oficio del presidente de la Comisión Militar mendocina, José María de Reyna, al ministro de gobierno de la provincia; Mendoza; 26 de septiembre de 1843. En AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 39.

¹⁵² Oficio del coronel Delgado al comandante general de la campaña bonaerense, Juan Manuel de Rosas; Fuerte Veinticinco de Mayo, 21 de noviembre de 1834. Transcrito en Guillermo PALOMBO, “La organización militar en el arroyo Azul”, art. cit.

¹⁵³ Orden general del ejército de 26 de noviembre de 1833, en AGN, X-24-8-1. Agradecemos a Guillermo Palombo el habernos suministrado este dato.

¹⁵⁴ EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las Ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, en *El Centinela* (Buenos Aires), N° 21, 15 de diciembre de 1822.

¹⁵⁵ Cfr. el parte del coronel Juan Pedernera al comandante general de armas de San Juan, coronel Ramón Estomba, campamento en Jocolí, 22 de enero de 1827; transcrito en Julio Arturo Benencia, *Partes de batalla...*, cit., pág. 105.

putación de miembros ¹⁵⁶. Otra característica de la época fue la imposición de penas no previstas en las ordenanzas carolinias. Tales la de destierro y o la de la obligación del pago de costas procesales ¹⁵⁷. Asimismo, los jefes militares no dudaron en recurrir a la aplicación de castigos no autorizados, como los golpes de puño ¹⁵⁸, o el arrastrar a los reos a la cincha del caballo ¹⁵⁹.

Curiosamente, pese a la brutalidad de estos y otros castigos, no faltaron las voces que reclamaron moderación, y que recomendaron la sustitución de los palos y de los azotes, por otras sanciones que no envileciesen a los hombres ¹⁶⁰. De un modo análogo, también se propuso que la punición de las rebeliones y las sublevaciones no concluyese con la vida de “unos miembros que al fin vendrán a ser útiles a la sociedad” ¹⁶¹. Así las cosas, y merced además a la perdurable vigencia del arbitrio judicial ¹⁶², se sabe de algún caso en el que la pena capital terminó siendo sustituida por la de destierro ¹⁶³.

¹⁵⁶ Orden general del ejército porteño de 6 de febrero de 1833, en AGN, X-24-8-1.

¹⁵⁷ Sentencia recaída en la causa de José Butiérrez y otros, Mendoza, 10 de noviembre de 1843. En AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 41.

¹⁵⁸ José María PAZ, ob. cit., t. III, pág. 177.

¹⁵⁹ Dictamen del auditor general de guerra, Villegas, emitido en la causa de Ángel Villareal; Buenos Aires, 6 de noviembre de 1821. En AGN, X-30-3-4, expediente 965.

¹⁶⁰ EL OFICIAL REFORMADO, “Continuación sobre las ordenanzas”, art. cit.

¹⁶¹ Dictamen del auditor de guerra de la provincia de Mendoza, Pedro Nolasco Ortiz; Mendoza, 14 de octubre de 1820. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 38.

¹⁶² Puede verse un ejemplo de lo dicho en la sentencia dictada por el gobernador Tomás Godoy Cruz el 3 de octubre de 1820 en autos “Juan Eloy Pérez”. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 34.

¹⁶³ Sentencia recaída en la causa del capitán José Julián Hermelo; Mendoza, 15 de octubre de 1820. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 38.

b. Figuras penales

1. Algunos tópicos relevantes sobre el particular.

Aunque la regulación de figuras delictivas militares no fue algo que caracterizara la vida jurídica de este período, ello no significa que no se haya producido ninguna innovación en la materia. Así, el interés en aplacar la “escandalosa” deserción ¹⁶⁴ -mal que originado “en la naturaleza y topografía del país, [y] en el genio y costumbres de sus naturales”, se consideraba de imposible erradicación ¹⁶⁵-, condujo a la incorporación de algunas cláusulas relativas a la represión de este delito en el derecho público sinalagmático de la época. De este modo, por ejemplo, con la suscripción del Pacto del Cuadrilátero (1822) se estableció la devolución recíproca de todos los desertores de las provincias firmantes, norma que se reiteró, entre otras, en la convención de paz, unión y amistad que acordaron Buenos Aires y Santa Fe el 18 de octubre de 1829 ¹⁶⁶. Asimismo, con el objeto de “poner un freno a la deserción” y de “escarmentar a los desertores” las mismas provincias dispusieron, en el marco de un tratado de 2 de octubre de 1827, la aprehensión de los prófugos militares bonaerenses y santafesinos, y su integración a las filas del ejército nacional ¹⁶⁷.

Empero, al margen de estas disposiciones también se crearon figuras penales nuevas, como la que estableció el gobernador porteño Rosas el 7 de enero de 1830, castigando con multa, prisión y obligación de prestar servicio en los cuerpos de línea, a los civiles que adquiriesen equipo militar de

¹⁶⁴ Oficio del coronel Delgado al comandante general de la campaña bonaerense, Juan Manuel de Rosas; Fuerte Veinticinco de Mayo, 21 de noviembre de 1834. Transcrito por Guillermo PALOMBO, “La organización militar en el arroyo Azul”, art. cit.

¹⁶⁵ Dictamen del Consejo Militar fechado en Buenos Aires el 10 de enero de 1827, en Armando ALONSO PIÑEIRO, ob. cit., pág. 466.

¹⁶⁶ *Registro Oficial de la Provincia de Santa Fe*, cit., t. I pág. 194.

¹⁶⁷ *Idem ant.*, pág. 157.

los individuos de tropa ¹⁶⁸. Por su parte, un decreto correntino de septiembre de 1842 dispuso como pena aplicable a la desertión, 300 palos para los soldados, y la de 400 y 500 palos, más la pérdida del empleo, para los cabos y los sargentos, respectivamente ¹⁶⁹. No conforme con esta medida, dichas penalidades se agravaron sustancialmente al año siguiente, imponiéndose a los desertores capturados y a sus cómplices, pena de la vida sin necesidad de sustanciar proceso alguno, al tiempo que se ordenó que los familiares de los reos fuesen remitidos a la capital provincial a disposición del jefe de policía ¹⁷⁰. Asimismo, en 1846 las autoridades correntinas establecieron una nueva figura penal militar, destinada a castigar la retención y destrucción indebida del armamento del estado por parte de los soldados ¹⁷¹.

c. Jurisdicción

1. Las estructuras jurisdiccionales. Al margen del sistema judicial establecido por las ordenanzas de 1768, durante la época que estudiamos en este capítulo algunas provincias comenzaron a modificar sus respectivas estructuras jurisdiccionales en materia militar. Al respecto, el primer caso que podemos mencionar es el de Entre Ríos, en donde las tareas instructorias castrenses se adjudicaron a partir de 1820 a los comandantes departamentales ¹⁷². Sin embargo, mayor

¹⁶⁸ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 498. *Registro Oficial de la República Argentina*, cit., t. II, pág. 259.

¹⁶⁹ Boletín Oficial de Corrientes, t. V (1842-1846), pág. 60.

¹⁷⁰ Decreto de 23 de marzo de 1843, en Boletín Oficial de Corrientes, t. V, cit., págs. 117 y 118.

¹⁷¹ Decreto correntino de 7 de abril de 1846, en Boletín Oficial de Corrientes, t. V, cit., pág. 374.

¹⁷² Cfr. el artículo 24 de los reglamentos para el orden de los departamentos; transcripto en *DCA*, pág. 894.

importancia revistieron las modificaciones introducidas respecto del particular en Mendoza en julio de 1822. En efecto, desde esa fecha la resolución de la primera instancia de los procesos militares provinciales recayó en el auditor ¹⁷³, en tanto que las apelaciones se adjudicaron al poder ejecutivo local, en asociación del juez de alzadas y del oficial de mayor graduación de la provincia ¹⁷⁴. Además, a partir del 9 de abril de 1825 la Legislatura mendocina se autoadjudicó facultades suficientes como para otorgar gracia en los juicios castrenses ¹⁷⁵.

En cuanto a lo decidido en otras provincias, cabe señalar que la Constitución salteña de agosto de 1821 también confirió al gobernador, asociado con los integrantes de la cámara de alzadas, la resolución de las súplicas planteadas en los procesos militares ¹⁷⁶. Dos años después, además, la Legislatura de Salta dispuso la creación de una comisión militar permanente, compuesta de tres individuos -uno de los cuales debía ser letrado-, para juzgar en primera instancia a los delincuentes que gozasen de fuero militar ¹⁷⁷. Respecto a Buenos Aires, corresponde decir aquí que todos los gobernantes, y en particular Juan Manuel de Rosas, fueron particularmente celosos en preservar las atribuciones jurídico militares del Ejecutivo provincial. De este modo, por ejemplo, se prohibió expresamente a los jefes castrenses que aplicasen penas capitales sin haber dado cuenta antes al gobierno, salvo en casos extraordinarios y urgentes ¹⁷⁸. Asimismo, cabe señalar que,

¹⁷³ Oficio del sargento Bernardo María Ximénez al auditor de guerra de Mendoza; Mendoza, circa 1822. En AHM, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 62.

¹⁷⁴ *Actas de la Legislatura de Mendoza*, t. I, cit., pág. 66.

¹⁷⁵ *Idem ant.*, t. I, pág. 233.

¹⁷⁶ Véase el art. 14 de la Constitución de marras; transcripto en *DCA*, pág. 1104.

¹⁷⁷ Atilio CORNEJO, *El derecho privado en la legislación patria de Salta*, ob. cit., pág. 20.

¹⁷⁸ Véase AGN X-24-3-2. Agradecemos a Guillermo Palombo el habernos suministrado este dato.

a partir de octubre de 1834, los asuntos contenciosos de marina, hasta entonces sometidos al conocimiento del capitán de puertos bonaerense, se adjudicaron al conocimiento del auditor general de guerra ¹⁷⁹.

Además de lo dicho respecto de las estructuras jurisdiccionales militares en el nivel provincial, cabe indicar que a partir de la década de 1830 y vinculada al proceso de fortalecimiento institucional del encargo de las relaciones exteriores, cobró vida, aunque sólo para ciertos casos, una especie de jurisdicción militar de alcance nacional. Al respecto, la tendencia parece haberse iniciado en 1832, cuando el gobernador tucumano Alejandro Heredia confirió a su par santafesino, Estanislao López, potestad suficiente como para disponer el juzgamiento de José María Paz “por medio de un consejo de guerra nacional”. Empero, no fue López sino Juan Manuel de Rosas quien dio concreción a esta doctrina. De este modo, con motivo de un proceso incoado por Pascual Echagüe contra Francisco Lecoq, Rosas sostuvo que en la hipótesis del juzgamiento de “delitos trascendentales a los intereses comunes”, los magistrados militares provinciales sólo contaban con facultades para instruir las actuaciones mas no para ejecutar sentencias, materia que debía reservarse a la decisión del encargado de las relaciones exteriores de la Confederación ¹⁸⁰.

2. *El empleo de la jurisdicción castrense para fines ajenos al mantenimiento de la disciplina militar.* Aunque en el Congreso Constituyente de 1824 algunas voces, como la de Manuel Moreno, se alzaron contra el empleo de la ju-

¹⁷⁹ Decreto de 7 de octubre de 1834. En Ercilio DOMÍNGUEZ, t. I, ob. cit., pág. 559.

¹⁸⁰ Véase Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Formación del Estado federal*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, págs. 106 y 109. En cuanto a las incidencias del caso “Lecoq”, consúltese AGN, X-5-4-7.

risdicción militar para juzgar a los civiles ¹⁸¹, la inestabilidad institucional del país y las experiencias adquiridas sobre el particular durante la primera década revolucionaria, hicieron que durante estos años resultara frecuente la utilización de la justicia castrense en asuntos ajenos a su finalidad específica. Así las cosas, la ley marcial y el establecimiento del estado de asamblea no sólo se emplearon en casos de emergencia bélica o para terminar con la reiteración de algunos delitos ordinarios, sino que también se usaron como instrumentos destinados a controlar a la oposición política ¹⁸². En este sentido, casos como “Lecoq” y “Salvadores” resultan paradigmáticos ¹⁸³.

Yendo al análisis particular de la ley marcial, cabe indicar que muchas provincias recurrieron a su aplicación. Así, por ejemplo, entre febrero y diciembre de 1824 rigió en Entre Ríos una ley en la que se establecía el juzgamiento militar de todas las personas que promovieran o fomentaren la rebelión, o que contribuyesen a crear un clima de inestabilidad, robando y saqueando en la campaña ¹⁸⁴. Casi una década después, en abril de 1833, la Legislatura entrerriana volvió a disponer la creación de comisiones militares especiales, ahora con el objeto de terminar con el crecido número de delinquentes que amenazaban la tranquilidad pública ¹⁸⁵. También por aquellos años, más precisamente en 1830 y durante el gobierno del general José María Paz, se autorizó al Ejecutivo

¹⁸¹ Sesión del Congreso Constituyente de 3 de julio de 1826. En *ACA*, t. III, pág. 154.

¹⁸² Véanse ejemplos en el oficio del juez fiscal Norberto de Zavalía al gobernador de la provincia de Córdoba, brigadier Manuel López; Córdoba, 5 de enero de 1843. En *AHM*, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 36. Sentencia recaída en la causa de José Butiérrez y otros, Mendoza, 10 de noviembre de 1843, en *AHM*, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 41.

¹⁸³ Véase *AGN*, X-5-4-7. Víctor Tau Anzoátegui, *Formación del estado federal*, cit., pág. 110.

¹⁸⁴ Abelardo LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina*, cit., págs. 264 y 265.

¹⁸⁵ *Idem ant.*, págs. 265 y 266.

cordobés a poner en funciones una comisión militar, con el objeto de procesar a los imputados de homicidio, salteamiento de caminos, saqueos y abigeato ¹⁸⁶. Posteriormente, en agosto de 1833, la Legislatura cordobesa dispuso el establecimiento de otra comisión castrense, para juzgar entonces a los ciudadanos del fuero común acusados de conspiración ¹⁸⁷. Asimismo, este tipo de ejemplos cundió en otras provincias, como Corrientes ¹⁸⁸ y Mendoza. De este modo, en la última de las citadas se creó, en julio de 1835, un tribunal castrense especial ¹⁸⁹, medida que se reiteró en mayo de 1845, cuando la Legislatura mendocina adjudicó a una comisión militar el juzgamiento de algunos civiles, e impuso un procedimiento sumarísimo, que incluso admitía la supresión de la defensa del reo ¹⁹⁰. Finalmente, cabe recordar que una ley jujeña de 3 de abril de 1851 autorizó al Ejecutivo local a crear una comisión militar destinada a juzgar breve y sumariamente a los vagos, a los salteadores y a los ladrones ¹⁹¹.

En cuanto al estado de asamblea, sus efectos prácticos fueron, en gran medida, análogos a los de la ley marcial ¹⁹², ya que durante su vigencia se clausuraban temporalmente los tribunales ordinarios y se movilizaba a todos los ciudadanos alistados en las milicias urbanas ¹⁹³. En cuanto a su con-

¹⁸⁶ *Archivo de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Córdoba*, t. III, Córdoba, 1913, pág. 545 y ss..

¹⁸⁷ *Idem ant.*, t. V, Córdoba, 1924, pág. 39 y ss..

¹⁸⁸ V.gr., véase el decreto correntino de 19 de diciembre de 1839, en *Boletín Oficial de Corrientes*, t. IV, cit., pág. 188.

¹⁸⁹ Así surge de la adición al reglamento de administración de justicia, incorporada el 21 de mayo de 1852. Transcrita en Abelardo Levaggi, *Orígenes de la codificación argentina*, cit., pág. 391.

¹⁹⁰ Abelardo LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina*, cit., págs. 389 a 391.

¹⁹¹ *Registro Oficial. Compilación de leyes y decretos de la provincia de Jujuy desde el año 1835 hasta el de 1884*, t. I, Jujuy, 1885, pág. 320.

¹⁹² *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, 1869, sesión de 26 de junio, pág. 235.

¹⁹³ Véanse los decretos bonaerenses de 7 de abril y 22 de mayo de 1829, transcriptos y comentados por Juan Carlos Rébora, *El estado de sitio y la ley histó-*

creta aplicación, cabe recordar que en Corrientes se lo estableció en reiteradas oportunidades, con el agregado de que quienes incumpliesen con la obligación de enrolarse en los ejércitos provinciales eran declarados “reos de infidencia a la patria”, y, en consecuencia, juzgados “breve y sumariamente por una comisión militar”¹⁹⁴.

3. La superación del carácter personal del fuero. Si bien a comienzos de la década de 1820 los jóvenes cadetes se pavoneaban de contar “con un fuero como una casa”¹⁹⁵, y la mayoría de los militares seguían viendo en el goce del fuero “la esperanza de un privilegio” y “el único premio de sus fatigas”¹⁹⁶, la situación no tardó en modificarse. En efecto, primero en Buenos Aires y después en el resto del país, comenzó a imponerse la idea de que el carácter personal del fuero resultaba “incompatible con el sistema [político] adoptado”¹⁹⁷, en tanto que opuesto al principio republicano de igualdad¹⁹⁸. Además, se consideró que el fuero era la causa del “entorpecimiento de las formas judiciales, sin ser de conveniencia alguna al que lo gozaba”¹⁹⁹. En Buenos Aires mismo, empero, la transición hacia un nuevo estado de cosas fue gradual. De este modo, por ejemplo, pocos años antes de la abolición de su carácter personal las mismas autoridades porteñas se decidieron a

rica del desborde institucional, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1935, pág. 490 y ss..

¹⁹⁴ Decreto de 2 de diciembre de 1839, en Boletín Oficial de Corrientes, t. IV, cit., pág. 186. Decreto de 23 de junio de 1842, en Boletín Oficial de Corrientes, t. V cit., págs. 51 y 52.

¹⁹⁵ Artículo suscripto por EL OFICIAL REFORMADO, en *El Centinela* (Buenos Aires), N° 20, 8 de diciembre de 1822.

¹⁹⁶ *DSHJRBA*, sesión del día 15 de octubre de 1822, pág. 423.

¹⁹⁷ *Idem ant.*, pág. 422.

¹⁹⁸ *DSHJRBA*, sesión de 23 de junio de 1823, pág. 92.

¹⁹⁹ “Igualdad”, nota sin firma aparecida en *El Centinela*, Buenos Aires, N° 49, 29 de junio de 1823.

otorgar el beneficio del fuero militar a todos los individuos que prestasen servicios en los regimientos de campaña ²⁰⁰.

Así las cosas, fue la ley porteña de junio de 1823 la que introdujo la gran renovación en la materia, norma cuyo dictado se saludó como una auténtica prueba de los adelantos alcanzados en el “camino de la libertad” y en el de “la perfección social” ²⁰¹, y que ejercería una notable impronta en el resto del país. En efecto, reservado todo lo atinente al fuero a la regulación de los poderes locales, en el curso de las décadas siguientes la experiencia bonaerense fue seguida por casi todo el resto de las provincias. De allí que se dijese que el fuero militar privilegiado debía desaparecer en todo el país ²⁰², y que a mediados de la década de 1830 se criticase el hecho de que en algunas partes los militares todavía contasen con fueros “contradictorios a nuestro sistema de gobierno” ²⁰³.

Dotada de gran aceptación la tendencia abolicionista, ésta, sin embargo, no atacó la existencia misma de la jurisdicción castrense. Al respecto, por ejemplo, en Entre Ríos se advirtió que la anulación del carácter personal del fuero “no importaba desnudar al hombre de armas de sus inmunidades ni anulaba las ordenanzas militares” ²⁰⁴. Vale decir que por aquel entonces nadie discutía la “relación íntima” entre la justicia castrense y el “ejercicio de la milicia” ²⁰⁵, y que aceptado el carácter real del fuero, la jurisdicción militar se consideraba imprescindible para mantener la subordinación castrense y para lograr que el servicio se cumpliera en forma adecuada ²⁰⁶.

²⁰⁰ Acta del cabildo porteño de 16 de octubre 6 de marzo de 1821, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. IX, pág. 520.

²⁰¹ DSHJRBA, sesión de 23 de junio de 1823, pág. 91. “Igualdad”, nota sin firma aparecida en *El Centinela*, Buenos Aires, N° 49, 29 de junio de 1823.

²⁰² Sesión del Congreso Constituyente de 9 de octubre de 1826. En ACA, t. III, pág. 994.

²⁰³ “Fuerza armada”, en *El Monitor* (Buenos Aires), N° 139, martes 3 de junio de 1834.

²⁰⁴ Abelardo LEVAGGI, *Orígenes de la codificación argentina*, cit., pág. 273.

²⁰⁵ DSHJRBA, sesión del día 15 de octubre de 1822, pág. 423.

²⁰⁶ DSHJRBA, sesión de 3 de noviembre de 1823, pág. 454.

III. Mentalidades

a. *Cultura jurídica*

1. **Grado de conocimiento del derecho vigente.** Lógicamente, durante el convulsionado período de la historia argentina estudiado en este capítulo, el grado de comprensión del derecho penal militar -ya bastante devaluado en la primera década de la revolución- no hizo sino empeorar. De este modo, a despecho de las admoniciones según las cuales “los militares republicanos” podían y debían saber más sobre la materia ²⁰⁷ y los milicianos debían ser instruidos “con anticipación en la ordenanza” ²⁰⁸, y de la implementación de algunas exigencias, como las que fijó el decreto bonaerense de 26 de enero de 1824, estableciendo que los aspirantes a ocupar plaza de oficial debían serían examinados sobre la legislación militar patria ²⁰⁹, la mayoría de los escritos forenses de los operadores jurídico castrenses de la época manifestaban diversos grados de ignorancia en la materia ²¹⁰. Así las cosas, mientras que las autoridades reconocían con indulgencia que en las guarniciones de frontera no era “fácil adquirir todos los conocimientos indispensables” que evitasen la indebida prolongación de las causas ²¹¹, que los generales que integra-

²⁰⁷ Artículo suscripto por EL OFICIAL REFORMADO, en *El Centinela* (Buenos Aires), N° 20, 8 de diciembre de 1822.

²⁰⁸ DSHJRBA, sesión de 3 de noviembre de 1823, pág. 455.

²⁰⁹ *Registro Oficial de la República Argentina*, cit., t. II, pág. 50.

²¹⁰ Véase, v.gr., el oficio del inspector y comandante general de armas de la provincia de Buenos Aires, Agustín de Pinedo, al comandante accidental del batallón de artillería; Buenos Aires, 20 de diciembre de 1834. En *Archivo de la Academia Nacional de la Historia*, Colección Fitte.

²¹¹ Dictamen del auditor de guerra porteño Ferreyra en la causa del soldado Rufino Martínez, Buenos Aires, 17 de julio de 1828. En *Archivo de la Academia Nacional de la Historia*, Colección Fitte.

ban los consejos de guerra demostraban poca versación en estos asuntos ²¹², y que un publicista sostuvo equivocadamente que las ordenanzas de Felipe V eran el código militar vigente en el Río de la Plata ²¹³, no nos puede sorprender que la ignorancia de buena parte de los operadores jurídico castrenses se manifestara en un conocimiento imperfecto cuando no claramente errado de la normativa aplicable ²¹⁴. Al respecto, un caso elocuente de la situación vivida lo constituye la conclusión de un juez fiscal que, tras haber consultado inadvertidamente la tercera edición de los *Juzgados Militares* de Colón de Larriátegui, pretendió que se aplicase en el país una real orden de 30 de junio de 1817 ²¹⁵, propuesta que originó el dictado de un decreto por parte del gobernador sustituto de Buenos Aires en el que se amonestó al funcionario en cuestión a “que en adelante no cite órdenes expedidas por la Nación Española después de jurada la Independencia de la América” ²¹⁶.

2. Caracterización de los expertos en la materia. Si a mediados de la década de 1820, al producirse la breve recreación de la organización castrense nacional, la legislación patria consagró la presencia del auditor -dotado con un sueldo anual de 2.500 pesos- como integrante del Estado Mayor del Ejército ²¹⁷, durante el período de las autonomías provin-

²¹² Palabras de Pedro Somellera en DSHJRBA, sesión del día 22 de septiembre de 1822, pág. 260.

²¹³ EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, art. cit..

²¹⁴ José María PAZ, ob. cit., t. IV, pág. 374.

²¹⁵ Cfr. la conclusión fiscal del sargento mayor graduado Juan Vázquez y Feijoo, en la causa del soldado Francisco Vidal; Buenos Aires, 25 de noviembre de 1820. En AGN, X-30-3-4, expediente 967.

²¹⁶ AGN, X-30-3-4, expediente 967.

²¹⁷ Sesión del Congreso Constituyente de 2 de enero de 1826. En ACA, t. II, pág. 399.

ciales también hubo auditorías locales. Sin embargo, éstas no alcanzaron en todas las provincias un carácter estable, y en las que lo obtuvieron tampoco fue extraño que permaneciesen acéfalas ²¹⁸.

Además, entre quienes se llegaron a desempeñar como auditores hubo diferencias notables. De este modo, mientras que en Buenos Aires ocupó una plaza como tal Pedro Somellera -quizás la personalidad jurídico militar más destacada del período-, y que también fungieron como auditores otros destacados juristas, como Marcos Paz -quien se desempeñó en los ejércitos de Alejandro Heredia-, Santiago Derqui ²¹⁹ y Juan José Alsina ²²⁰ -estos últimos, en Corrientes-, también ejercieron este tipo de tareas otros profesionales menos conocidos. Entre ellos, podemos mencionar a un Miguel Villegas, quien fue auditor general interino de la provincia de Buenos Aires en 1820 ²²¹; a un José Ceferino Lagos, quien actuó como auditor de guerra del ejército de operaciones contra el Brasil en 1826 ²²²; y a un Severo González, quien en 1847 alcanzó la jerarquía de auditor de guerra santafesino en mérito a su “conocido patriotismo federal” ²²³. Asimismo, la escasez de letrados dio lugar a que las tareas del auditor fuesen desempeñadas por personas carentes de títulos universitarios en derecho. De este modo, en 1824 se adjudicó interinamente la función de auditor mendocino a un lego, quien infructuosamente intentó excusarse del encargo ale-

²¹⁸ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados*, años 1859-1860, sesión de 24 de julio de 1860, pág. 192.

²¹⁹ Decreto correntino de 28 de julio de 1840, en *Boletín Oficial de Corrientes*, t. IV, cit., págs. 267 y 268.

²²⁰ Decreto correntino de 7 de junio de 1842, en *Boletín Oficial de Corrientes*, t. V, cit., pág. 50. El nombramiento de Alsina se reiteró el 25 de octubre de 1843.

²²¹ Acta del cabildo porteño de 9 de mayo de 1820, en *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie IV, t. IX, pág. 140.

²²² Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 423.

²²³ *Registro Oficial de la Provincia de Santa Fe*, cit., t. I pág. 435.

gando no “estar enterado en puntos que versan sobre fueros militares por ser ésta una materia para él desconocida” ²²⁴. Un caso parecido fue el de Domingo Faustino Sarmiento, quien durante las guerras civiles de la década de 1830 también llegó a ocupar una plaza de auditor ²²⁵.

En cuanto al concreto ejercicio de las funciones de los auditores durante esta época, cabe señalar que pese a que se había dicho que su tarea consistía en velar por el cumplimiento de las garantías procesales establecidas en las ordenanzas ²²⁶, en la mayoría de los procesos el criterio de los jefes resultó esencial en la confección de los respectivos dictámenes ²²⁷. Incluso más, a falta de directivas expresas no faltaron los auditores que se aproximaron a los comandantes, con el objeto de recabar la opinión de la jefatura y adecuar así sus argumentos jurídicos ²²⁸.

3. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses. Aunque ya para comienzos de 1820 el prestigio incontrastable de las nuevas ideas jurídicas influyó llevando a que en materia de derecho militar adquirieran capital importancia los escritos innovadores de Benjamín Constant y Jeremy Bentham, en el foro castrense argentino el uso de los *Juzgados Militares* de Colón de Larriátegui en cualquiera de sus tres ediciones -la última, de 1817- continuó considerándose imprescindible, de modo tal que hasta quienes criticaban el contenido de las antiguas ordenanzas carolinas

²²⁴ *Actas de la Legislatura de Mendoza*, cit., t. I, pág. 155.

²²⁵ Domingo Faustino SARMIENTO, “Memorias”, en *Obras completas*, t. XLIX, Buenos Aires, Luz del Día, 1954, pág. 86.

²²⁶ Sesión del Congreso Constituyente de 4 de julio de 1826. En *ACA*, t. III, pág. 162.

²²⁷ Oficio de Felipe Heredia a Marcos Paz; Caldera, 23 de agosto de 1837. En *Archivo del coronel doctor Marcos Paz*, t. I, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1959, pág. 48.

²²⁸ José María PAZ, ob. cit., t. IV, pág. 81.

reconocían la necesidad de usar el “Colón” en los procesos castrenses ²²⁹. Vale decir, pues, que los comentarios a las ordenanzas de Carlos III siguieron constituyendo la base del material jurídico con el que trabajaron habitualmente los operadores jurídico militares rioplatenses ²³⁰. De allí, por ejemplo, que en agosto de 1832, integrando el “Presupuesto de los útiles que son precisos para el servicio de la Inspección General”, se haya incluido la compra de “un ejemplar de la ordenanza de Colón” ²³¹. También son demostrativos de lo dicho los términos de una curiosa resolución de Juan Manuel de Rosas, disponiendo se llamase “al loco don Eusebio” para decirle que entregase “la pistola cargada de que anda armado, pues que, ni por las leyes del Colón, ni por ningunas otras, pueden los Grandes Mariscales, ni los Gobernadores, andar con pistolas, expondiéndose así a una desgracia” ²³². Así las cosas, y en virtud de lo dicho hasta el momento, no sorprende que los *Juzgados Militares* permaneciesen en los anaqueles de las bibliotecas particulares ²³³, ni que los contemporáneos considerasen como una muestra de gran consideración el haber sido beneficiados con el regalo de una colección completa de la obra ²³⁴.

²²⁹ EL OFICIAL REFORMADO, “Continuación sobre las ordenanzas”, art. cit..

²³⁰ De este modo, en agosto de 1832 la inspección de armas bonaerense requería, considerándola “útil” para el servicio, la compra de la “ordenanza de Colón”, en AGN, X-24-7-1. Asimismo, en cuanto al empleo de las ordenanzas por Rosas, véase AGN, VII-22-1-1. Cabe agradecer aquí a Guillermo Palombo el habernos suministrado ambos datos.

²³¹ AGN, X-24-7-1, foja 76.

²³² Providencia de Juan Manuel de Rosas asentada en el Archivo del Departamento General de Policía, libro 187, año de 1850. Transcrita por José María Sarobe, *El general Urquiza (1843-1852). La campaña de Caseros*, vol. I, Buenos Aires, Comisión Nacional del Monumento al Capitán General Justo José de Urquiza, Guillermo Kraft, 1941, pág. 27, nota 1.

²³³ Al respecto, podemos mencionar el caso de las bibliotecas de Bernardino Rivadavia y de Tomás Godoy Cruz. Ricardo PICCIRILLI, *Rivadavia y su tiempo*, Buenos Aires, Peuser, 1943, t. II, pág. 606. Cristian GARCÍA GODOY, ob. cit., pág. 578.

²³⁴ *Obras completas de Sarmiento*, t. XLIX, Buenos Aires, Luz del Día, 1954, pág. 87, nota del editor.

4. Literatura jurídico militar argentina de la época. Si bien sería impropio hablar de la aparición de una “literatura jurídico militar argentina” durante el período estudiado en este capítulo -fenómeno que, dicho sea de paso, recién comenzaría a cobrar vida a partir de la década de 1850-, cabe señalar que desde los años '20 del siglo XIX la prensa periódica porteña comenzó a publicar algunos artículos sueltos, más o menos referidos al estudio del régimen penal castrense patrio. Así las cosas, en diciembre de 1822, un militar bonaerense que se escudaba bajo el seudónimo de “*El oficial reformado*” dio a conocer, en *El Centinela*, dos notas en las que se analizaban algunas características de las ordenanzas de Carlos III y en las que, simultáneamente, se abogaba por el dictado de un código militar. Asimismo, en el plan editorial de este desconocido publicista se había previsto la publicación de otros dos artículos sobre “Leyes Militares” y “Administración de Justicia”²³⁵; sin embargo, éstos nunca fueron destinados a la prensa. Asimismo, más de una década después, en junio de 1834, las páginas de *El Monitor* darían a conocer un artículo titulado “Códigos militares”. En particular en éste, que parece haber sido fruto de la adaptación de un texto publicado previamente en el extranjero, se instaba a la reforma del régimen penal militar vigente.

b. Tendencias

1. La crítica al derecho hispánico y la gravitación de las nuevas ideas jurídicas. Continuando con la tendencia inaugurada durante la primera década revolucionaria, a partir de 1820 la crítica al derecho militar hispánico se profundizó considerablemente. De este modo, no sólo se dijo que

²³⁵ EL OFICIAL REFORMADO, “Continuación sobre las ordenanzas”, art. cit.,

la antigua legislación castrense militar era insuficiente para regular ciertas conductas ²³⁶, sino que también se afirmó que su contenido era, en buena medida, “inútil”, “impracticable” y contrario a la “situación actual” del país ²³⁷. Así las cosas, se hicieron corrientes denuestos tales como que las “infernales” ordenanzas carolinas ²³⁸ eran expresión de la barbarie ²³⁹; que resultaban “inaplicables y demasiado severas” ²⁴⁰; que estaban montadas “sobre la base de un poder absoluto por parte de los jefes” ²⁴¹; o que su articulado -al que se consideraba ilegítimo por haber sido dictado por un monarca absoluto ²⁴²- era incompatible con el espíritu patrio, en la medida en que parecía estar destinado a “educar esclavos armados y [a] sostener la tiranía” ²⁴³. En fin, para la mayoría de los contemporáneos poco de bueno se encontraba en unas ordenanzas a las que se consideraba expresión del despotismo ²⁴⁴, y a cuyo cumplimiento se adjudicaba la comisión de todo tipo de excesos por parte de los militares ²⁴⁵.

Mientras tanto, de los escritos de los procesados en sede castrense surge el paralelo arraigo de algunos principios ju-

²³⁶ Defensa del sargento mayor Manuel Olazábal presentada por el sargento mayor Nicolás Villanueva; Mendoza, 22 de junio de 1822. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 445, documento 25.

²³⁷ EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, art. cit..

²³⁸ EL CONSTITUCIONAL, “Códigos militares”, en El Monitor, N° 138, Buenos Aires, lunes 2 de junio de 1834.

²³⁹ Palabras del diputado Manuel Dorrego en la sesión del Congreso Constituyente de 4 de julio de 1826. En ACA, t. III, pág. 162.

²⁴⁰ EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, art. cit..

²⁴¹ DSHJRBA, sesión del día 13 de mayo de 1822, pág. 23.

²⁴² José María PAZ, ob. cit., t. IV, pág. 376.

²⁴³ EL CONSTITUCIONAL, “Códigos militares”, art. cit..

²⁴⁴ Sesión del Congreso Constituyente de 8 de agosto de 1826. En ACA, t. III, pág. 373.

²⁴⁵ EL CONSTITUCIONAL, “Códigos militares”, art. cit..

rídicos vinculados con la modernidad política. De este modo, mientras que un militar imputado invocó en su favor su carácter de “ciudadano” y reclamó por la aplicación de “las leyes generales” antes que por las militares ²⁴⁶, quien ejerció su procuración señaló que los procesos castrenses estaban sometidos al juicio de la opinión pública ²⁴⁷.

2. Auge y decadencia del reformismo en materia jurídico militar. Las tendencias codificadoras. Como simultánea derivación de la crítica comentada en el punto anterior, de las experiencias de las guerras por la emancipación, y del triunfo de la creencia según la cual el ramo de la guerra era “el más atrasado entre nosotros” ²⁴⁸, tras la disolución de las autoridades nacionales en 1820 se impuso en Buenos Aires -único lugar de la Argentina en el que el intercambio de opiniones sobre la cuestión jurídico castrense alcanzó cierta entidad- la idea de que era necesario instaurar un sistema jurídico militar uniforme ²⁴⁹, que acorde con la calidad de los nuevos integrantes del ejército” ²⁵⁰ restituyese a la sociedad un “movimiento regular” y superase “los tiempos crueles de la arbitrariedad revolucionaria” ²⁵¹. Así las cosas, durante la década de 1820 los operadores jurídico mi-

²⁴⁶ Súplica del coronel Celestino Vidal a la Junta de Representantes bonaerense; Buenos Aires, octubre de 1822. En AHPBA, C. 48 - A. 4 - L. 28- documento 183.

²⁴⁷ Defensa presentada por el coronel Juan José Viamonte en la causa del coronel Celestino Vidal; Buenos Aires, 11 de septiembre de 1822. En AGN, VII-3-7-13, documento 304.

²⁴⁸ EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, art. cit..

²⁴⁹ Sesiones del Congreso Constituyente de 31 de mayo de 1825 y 8 de agosto de 1826. En ACA, t. I, pág. 1384 y t. III, pág. 369.

²⁵⁰ DSHJRBA, sesión del día 13 de mayo de 1822, pág. 23.

²⁵¹ Oficio de la Comisión Militar de la Junta de Representantes -suscripto por Pedro Andrés García, Ramón Díaz, Vicente Yáñez, Santiago Rivadavia y Manuel Bonifacio Gallardo-; Buenos Aires, 4 de noviembre de 1822. En AHPBA, C. 48 - A. 4 - L. 28- documento 183.

litares discutieron apasionadamente sobre la posible reforma y codificación del derecho penal castrense patrio, debate que, a excepción de la abolición del carácter personal del fuero y del tímido principio de ejecución que significó el dictado del decreto de 1º de septiembre de 1824, no alcanzó a plasmarse en normas jurídicas concretas. Por otra parte, tras la euforia inicial, la intensidad de este debate comenzó a declinar, hasta apagarse por completo a mediados de los años '30.

En cuanto al tenor de los argumentos reformistas, cabe señalar que sus sostenedores consideraron que el régimen jurídico militar debía adecuarse a las orientaciones filosóficas revolucionarias, de un modo análogo a lo que se había hecho con las instituciones eclesiásticas²⁵². Asimismo, los más exaltados hablaban de “quemar en público” unas ordenanzas a las que consideraban menos útiles que “un reglamento militar cualquiera, dictado por los padres de la patria en 24 horas”²⁵³. Ahora bien, en concreto estas aspiraciones se reflejaban en la pretensión de sancionar un código militar²⁵⁴ “digno del sistema [político] que nos rige”²⁵⁵, idea tan venerada que hasta el mismísimo mecanismo jurídico de las ordenanzas de 1768 comenzó a ser calificado de “código” por los contemporáneos²⁵⁶. En consecuencia, algunos operadores

²⁵² EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, art. cit..

²⁵³ EL CONSTITUCIONAL, “Códigos militares”, art. cit..

²⁵⁵ Sesión del Congreso Constituyente de 31 de mayo de 1825. En *ACA*, t. I, pág. 1391.

²⁵⁵ EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, art. cit.

²⁵⁶ Oficio del sargento Bernardo María Ximénez al auditor de guerra de Mendoza, Mendoza, circa 1822, en *AHM*, carpeta 471, sección militar, Auditoría de Guerra, documento 62. *DSHJRBA*, sesión del día 13 de mayo de 1822, pág. 23. Considerandos del decreto del gobernador bonaerense Gregorio de Las Heras, de 1º de septiembre de 1824, estableciendo una comisión encargada de redactar un código penal para el ejército de la provincia, en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 372. *ACA*, t. III, pág. 373. Decreto bonaerense de 31 de octubre de 1829, en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, pág. 493. Carta de Prudencio Rosas a su hermano, Juan Manuel de Rosas, Arroyo Azul, 23 de

jurídicos castrenses comenzaron a recomendar que los cuerpos legislativos del país abandonasen su pasividad en la materia ²⁵⁷, y dictasen un cuerpo normativo sistemático que, surgido de la “substancia” del derecho penal militar vigente ²⁵⁸, pero conforme con las ideas liberales entonces en boga ²⁵⁹, consagrarse la igualdad entre “los soldados y los ciudadanos” ²⁶⁰. Así las cosas, constituyó opinión compartida que este nuevo dispositivo debía “entrar indudablemente en el Código Penal” y “ser parte de nuestra Constitución” ²⁶¹.

Empero, si la crítica a la legislación hispánica y las propuestas de reemplazarla por un código patrio concitaron en el Buenos Aires de la época una adhesión mayoritaria, ello no significa que no se formularan opiniones contrarias a dicha tendencia. Así, por ejemplo, en respuesta a los despiadados reproches contra la legislación hispánica, Manuel Dorrego dijo que siempre era mejor contar con un dispositivo penal militar imperfecto, que dejar que el juzgamiento de los militares quedase librado al capricho de las autoridades castrenses ²⁶². Por su parte, José María Paz consideró que las normas de las ordenanzas constituían una regla básica que no debía ser derogada sino en el momento de reemplazarla con el dictado de un código ²⁶³. Asimismo, algún contemporáneo señalaría que el hecho de que las ordenanzas

octubre de 1834; transcripta parcialmente por Guillermo PALOMBO en “La organización militar en el arroyo Azul (1832-1852)”, cit.. Decreto del gobernador Viamonte de 31 de octubre de 1829, transcripto parcialmente en Armando Alonso Piñeiro, ob. cit., pág. 313.

²⁵⁷ EL CONSTITUCIONAL, “Códigos militares”, art. cit..

²⁵⁸ EL OFICIAL REFORMADO, “Continuación sobre las ordenanzas”, art. cit..

²⁵⁹ EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, art. cit..

²⁶⁰ Sesión del Congreso Constituyente de 9 de agosto de 1826, en ACA, t. III, pág. 386.

²⁶¹ Sesión del Congreso Constituyente de 9 de octubre de 1826, en ACA, t. III, pág. 996.

²⁶² Sesión del Congreso Constituyente de 8 de agosto de 1826, en ACA, t. III, pág. 373.

²⁶³ José María PAZ, ob. cit., t. IV, págs. 81 y 377.

carolinas estuviesen llenas “de deberes precisos y fatales” era resultado del carácter peculiar de una carrera como la militar, que debía sujetarse siempre “a un régimen más estricto, [y] más riguroso que otras profesiones” ²⁶⁴. En cuanto a esta minoritaria oposición a la codificación militar, ésta provocó que un legislador porteño rechazase la idea de sancionar un código, bajo el argumento de que con las ordenanzas carolinas los argentinos ya contaban desde hacía tiempo con uno “bueno, perfecto, y lo que es más, seguido por todas las naciones” ²⁶⁵, y que en el seno del Congreso Constituyente de 1824 el diputado Cavia considerase perjudicial la modificación del “orden judicial militar” patrio ²⁶⁶. Del mismo modo, también generó oposición la posibilidad de encarar una transformación parcial y apresurada del articulado jurídico castrense. Al respecto, se conceptuaba que las potenciales reformas debían ser “obra de largas y profundas meditaciones” ²⁶⁷, si no se quería que las disposiciones “breves y sencillas” de las ordenanzas ²⁶⁸ resultasen severamente trastornadas ²⁶⁹.

IV. Consideraciones generales

1. *La renovada gravitación de la modernidad política en el ámbito del derecho penal militar argentino.* Superada la primera etapa revolucionaria, las tres décadas que se sucedieron a partir de 1820 fueron el escenario de

²⁶⁴ Palabras del diputado Santiago Vázquez en la sesión del Congreso Constituyente de 30 de diciembre de octubre de 1825, en ACA, t. II, pág. 362.

²⁶⁵ EL OFICIAL REFORMADO, “Correspondencia. De las ordenanzas y de la necesidad de un Código Militar”, art. cit..

²⁶⁶ Sesión del Congreso Constituyente de 9 de agosto de 1826, en ACA, t. III, pág. 385.

²⁶⁷ Sesión del Congreso Constituyente de 12 de agosto de 1826, en ACA, t. III, pág. 399.

²⁶⁸ DSHJRBA, sesión del día 22 de septiembre de 1822, pág. 262.

²⁶⁹ Palabras del diputado Gascón en DSHJRBA, sesión del día 22 de septiembre de 1822, pág. 261.

una sensible transformación del derecho penal militar argentino, aun cuando la relativa inmadurez de ciertos factores generase el naufragio de una prematura codificación. Dicho de otro modo, durante esta época la gravitación de la modernidad política no sólo se prolongó en el tiempo sino que se profundizó, comenzando a dar concreta forma institucional a lo que hasta ese momento no habían sido sino meras aspiraciones teóricas.

En este orden de cosas, la abolición del carácter personal del fuero, aplicada sin mayores estrépitos primero en el ámbito bonaerense y después en casi todo el resto de las provincias argentinas, desempeñó un papel central, al alterar sustancialmente, como nunca antes, la fisonomía del derecho militar del país. En efecto, ninguna de las modificaciones que respondiendo a insoslayables necesidades bélicas y políticas, se habían introducido en la materia con anterioridad se enfrentaron de un modo tan contundente con la política jurídica del dispositivo penal militar hasta entonces vigente. Así las cosas, el éxito de la ley porteña de 1823 y el de sus homólogas provinciales constituyó cabal expresión de la paulatina -aunque todavía parcial- incorporación del derecho castrense argentino a la modernidad, episodio que generó una mutación esencial de lo jurídico castrense al permitir adecuar el orden normativo carolino a las exigencias del constitucionalismo liberal.

2. *La formación de un derecho penal militar autóctono.* Si bien a partir de la disolución de las autoridades nacionales las provincias no se preocuparon mayormente por dictar normas penales castrenses de fondo -fenómeno que fue paralelo al de la supervivencia de la tradición jurídica militar hispánica-, ello no fue óbice para que con el correr del tiempo cobrase vida un derecho militar autóctono, dotado de gran rusticidad y adecuado a las exigencias del medio ²⁷⁰. De

²⁷⁰ Véase, v.gr., el dictamen del auditor de guerra de la provincia de Mendoza, Pedro Nolasco ORTIZ, fechado en Mendoza el 14 de octubre de 1820. En AHM, sumarios civiles y militares, carpeta 444, documento 38.

este modo, y como resultado de la peculiar combinación de elementos antiguos y modernos -recuérdese aquí lo dicho arriba sobre la abolición del carácter personal del fuero- resultó posible la simultánea convivencia de los nuevos principios jurídicos con la aplicación de conceptos que remitían a la vieja separación de funciones típica del período hispánico. Al respecto, por ejemplo, piénsese en el frecuente establecimiento de comisiones militares especiales dispuesto por los respectivos ejecutivos locales.

Así las cosas, forjado más que al calor de la actividad forense, al de las experiencias bélicas nacionales, este nuevo mecanismo se mostró particularmente permeable al imperio del arbitrio de los jefes ²⁷¹, al tiempo que desatendió el régimen de las garantías individuales de los procesados. En este sentido, las represalias ²⁷² y la ejecución de prisioneros sin proceso alguno estuvieron a la orden del día.

²⁷¹ José María PAZ, ob. cit., t. IV, pág. 373 y ss..

²⁷² Se habla de la aplicación de la "justa ley de represalia" en Julio Arturo BENENCIA, *Partes de batalla...*, ob. cit., t. II, pág. 249.

CAPÍTULO V

AÑOS DECISIVOS PARA LA FUTURA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PENAL MILITAR DE LOS ARGENTINOS: ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL Y CAMBIOS DE MENTALIDAD (1852-1861)

I. Acontecimientos

a. El panorama internacional

1. La situación en Europa. Limitándonos aquí a destacar aquellas realidades foráneas que gravitaron particularmente en el ánimo y en la formación de la cosmovisión jurídico militar de los argentinos, digamos que la principal novedad en materia penal castrense, acaecida durante la época bajo estudio, fue la que se produjo en Francia. En efecto, hacia fines de 1855, las autoridades del Segundo Imperio francés, convencidas de la necesidad de dictar un cuerpo normativo único, que reemplazase el caos de disposiciones referidas a lo penal militar vigentes hasta ese momento, decidieron encargarle a Victor Foucher -un integrante de la Corte de Casación al que, desde antiguo, interesaba la materia, como que tres décadas antes había escrito una obra titulada *La administración de la justicia militar en Francia y en Inglaterra*- la redacción de un anteproyecto de código penal y procesal para el ejército de tierra. Posteriormente, después de la

designación, el 23 de enero de 1856, de una comisión especial -cuya dirección quedó en manos del presidente del Consejo de Estado-, cobró vida lo que sería el proyecto definitivo, el mismo que, discutido en las cámaras, resultó promulgado como ley, el 9 de junio de 1857.

En cuanto a la ponderación del código así sancionado, cabe apuntar que no faltaron los juristas que lo calificaron de escasamente innovador en materia de penalidad y de jurisdicción, llegando a afirmarse que sus redactores se limitaron a sistematizar la normativa castrense que ya estaba en vigencia, adecuándola, sólo en algunos casos, al nuevo espíritu de los tiempos ¹. Sin embargo, el juicio de otros autores contemporáneos resultó mucho más favorable. En este sentido, dos de sus más destacados comentaristas -nos referimos a Pradier-Fodéré y Le Faure-, no escatimaron elogios. Así las cosas, en opinión de los juristas citados, el Código de 1857 se caracterizó por la *“organización de tribunales militares, en la medida de asegurar la represión más enérgica de todos los actos contrarios a la disciplina, y de consagrar la independencia del juez y las garantías del acusado, que constituyen el primer requisito de la justicia y el honor de las naciones civilizadas; [por el] mantenimiento de la separación de las jurisdicciones civil y militar, salvo raras excepciones, gobernadas por circunstancias extraordinarias, dirigidas a proteger al ejército contra aquellas tentativas criminales que, durante las épocas de desconcierto, pretenden alterar su espíritu y alejarlo de sus deberes; [por la] celeridad en la instrucción y en el procedimiento, con el objeto de obtener una represión rápida, que si es necesaria en todos los cuerpos armados, resulta indispensable cuando ellos se encuentran en presencia del enemigo o sobre un territorio en estado de si-*

¹ M. D. DALLOZ, *Répertoire methodique et alphabetique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, nouvelle edition, t. XXXIV, 2ª parte, París, Bureau de la Jurisprudence Générale, pág. 2021.

*tio; [y.] en fin, [por la] moderación en las penas, adecuándolas al progreso de las costumbres públicas, aunque sin debilitar ni desarmar el poder militar...”*².

Mientras lo anterior sucedía en Francia, durante estos años en la madre patria también se iba imponiendo, sin prisa pero sin pausa, la idea de redactar un código penal militar autónomo, que reemplazase al Tratado VIII de las viejas ordenanzas de 1768. Así las cosas, contando con el estímulo de los principios liberales contenidos en las cartas constitucionales dictadas hasta el momento y con el de la sanción del Código Penal ordinario de 1848, hacia mediados del siglo XIX en el ámbito jurídico castrense español se discutía abiertamente en torno al desorden legislativo imperante, al espíritu absolutista de las ordenanzas carolinas, a lo excesivamente extendido de la jurisdicción castrense y a la existencia de fueros militares especiales. En este orden de cosas, como destacado producto de un estado de ánimo colectivo, podemos mencionar las propuestas reformistas de Manuel Llorente y de Francisco Feliú de la Peña, ambas de 1850, así como la polémica entablada, a mediados de la década del '50, entre Isaac Núñez de Arenas y Ramón Díaz Vela respecto de la extensión del fuero militar³. Asimismo, no debe olvidarse que, contemporáneamente al debate reformista, en el campo de la producción doctrinaria destinada a la aplicación práctica se destacaban obras tales como *el Nuevo Colón o sea tratado del derecho militar de España y sus Indias*, de Alejandro de Bacardí -cuya segunda edición apareció en 1851-, y el *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, editado en 1853 por José Vicente y Caravantes.

² Al respecto, véase M.P. PRADIER-FODÉRÉ y M. Amédée LE FAURE, *Commentaire sur le Code de Justice Militaire, précédé d'une introduction historique*, París, Librairie militaire de J.Dumaine, 1873, págs. XXIV a XXVIII.

³ Para todo esto, véase Faustino Muga López, “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884 (notas para la historia de la codificación del derecho penal militar)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 1 y N° 2, ambos de 1956.

En cuanto a Italia, cabe señalar que tras el impulso codificador de los años cuarenta, al que nos hemos referido someramente en el Capítulo IV, los años cincuenta del siglo XIX fueron testigos de un perfeccionamiento de la referida tendencia. Al respecto, señalemos que, si bien en 1856 se sancionó un código penal militar en la Toscana, fue en el Piamonte donde se produjeron las innovaciones de mayor trascendencia. En este orden de cosas, recordemos que hacia 1855, se elevó a la consideración del Senado de dicho reino el proyecto de un nuevo código de justicia militar, redactado por una comisión integrada por juristas y por hombres de armas. Detenido varios años en la Cámara alta ⁴, el proyecto finalmente se convirtió en derecho vigente merced a un decreto de la corona, dictado en ejercicio de las atribuciones otorgadas por la ley de poderes extraordinarios de 25 de abril de 1859 ⁵.

2. La situación en América. Respecto del ámbito americano, es indudable que el panorama resultó mucho menos innovador que en el viejo continente. En efecto, en América escasearon las transformaciones en la materia, no siendo infrecuente la situación de países como México, en los que seguía rigiendo -a la usanza del período hispánico, aunque con algunas modificaciones de detalle- el fuero castrense de carácter personal ⁶. En cuanto a los estados jurídicamente más

⁴ A. DE COURCY, *La justice militaire en Europe. Fascicule I^o. Italie*, París, Henri Charles-Lavauzelle, éditeur militaire, circa 1912, pág. 12.

⁵ Cfr. Vincenzo MANZINI, *Diritto Penale Militare*, Padova, CEDAM, 1928, págs. 2 y 3, nota 2. Francesco P. GABRIELI, "Codici Penali Militari", en Mariano D'Amelio [dir.], *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editore Torinese, 1938, t. III, pág. 252.

⁶ Cfr. Linda ARNOLD, "Buscando a México: conflictos, jurisprudencia y la Suprema Corte Mexicana (1825-1853)", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, N^o IV (1992).

Por el contrario, en el caso del Perú el fuero militar ya no era sino un fuero real. Al respecto, véase Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en *Boletín Jurídico Militar*, N^o 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 40.

dinámicos, podemos recordar que en Chile -país cuyo ejército era considerado por Sarmiento como el que más se parecía a los europeos, por la “moral, disciplina, educación y cultura de los oficiales”⁷, y en el que, como señaláramos en el capítulo anterior, ya en 1839 se había puesto en vigencia una profunda reordenación de las viejas ordenanzas españolas-, en esta época sólo tuvieron lugar algunas ligeras reformas legislativas⁸. En definitiva, no sería sino hasta la década de 1860 que los chilenos emprenderían, con criterio renovado, el definitivo camino de la codificación de su derecho penal militar⁹. Por otra parte, y en lo que se refiere al Uruguay, señalemos aquí que, en enero de 1861, el gobierno de ese país dictó un decreto estableciendo una comisión encargada de redactar un código de justicia militar. Recordemos, además, que el 2 de julio de 1862, dicho organismo elevó el correspondiente proyecto a la consideración de las autoridades¹⁰.

b. El mundo jurídico militar argentino, entre la batalla de Caseros y la secesión del Estado de Buenos Aires

1. La realidad jurídico-castrense durante los momentos inmediatamente posteriores a la batalla de Ca-

⁷ Domingo Faustino SARMIENTO, “Equipos militares”, en *El Nacional*, 15 de febrero de 1856. Reproducido en “Organización. Estado de Buenos Aires”; *Obras completas*, t. XXIV, Buenos Aires, Luz del Día, 1951, pág. 331.

⁸ Así, v.gr., podemos mencionar la derogación del art. 17, título 84, de la Ordenanza General del Ejército chileno, en virtud de una ley de 13 de agosto de 1852. Al respecto, véase Ricardo ANGUIA, *Leyes promulgadas en Chile, de 1810 hasta el 1º de junio de 1912*, Santiago de Chile, Imprenta, litografía y encuadernación “Barcelona”, 1913, t. I, pág. 597.

⁹ Cfr. Alejandro GUZMÁN BRITO, “Bibliografía de las primeras ediciones de los proyectos de códigos para Chile, de las actas de sesiones de sus comisiones redactoras o revisoras y de los códigos promulgados, hasta 1906”, en “Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel”, *Anales de la Universidad de Chile*, 5ª serie, N° 20 (1989), pág. 704.

¹⁰ “Informe de la Comisión revisora de los proyectos de Código Militar, sobre el cuarto proyecto que se presenta”; Montevideo, 8 de julio de 1882. Reproducido en

seros. Quizás expresión culminante de la concepción jurídico castrense dominante durante los años previos a la organización nacional, los acontecimientos vinculados a la penalidad militar que se suscitaron durante el desarrollo de la campaña de Caseros ofrecen una imagen sencillamente desoladora. En efecto, habiéndose constituido un gigantesco ejército de más de veinte mil hombres, la absoluta carencia de auditor de guerra alguno ¹¹, posiblemente explique por qué después del 3 de febrero de 1852 pudieron llevarse a cabo hechos tan reñidos con la normativa jurídico militar hispánica, en principio vigente, como el fusilamiento del coronel Martiniano Chilavert o el salvaje castigo impuesto a los integrantes de la antigua división Aquino, objeto de la ojeriza de Urquiza, tanto por haber ultimado a su jefe, como por haber desertado en masa de las filas del Ejército Libertador semanas antes de producirse el enfrentamiento definitivo contra los defensores del rosismo ¹².

Además de esto, Caseros también generó otro tipo de manifestaciones de índole jurídico militar. En efecto, podemos recordar así que los saqueos producidos en la ciudad de Buenos Aires una vez concluida la batalla de Caseros, dieron lugar a que el 4 de febrero de 1852, el nuevo gobernador provisorio de la provincia homónima, Vicente López y Planes, impusiera, en el ámbito de la capital, un régimen jurídi-

Telémaco BRAIDA [ed.], *Código Militar de la República O. del Uruguay*, Montevideo, A. Barreiro y Ramos, editor, 1905, pág. 7.

¹¹ César DÍAZ, "Memorias, 1842-1852", en Julio Arturo Benencia [ed.], *Partes de batalla de las guerras civiles argentinas. 1840-1852*, t. III, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1977, pág. 626.

¹² Cabe señalar que en virtud de decreto del día 11 de febrero de 1852, suscripto por el gobernador provisorio de Buenos Aires, Vicente López y Planes, los sublevados de la división Aquino fueron declarados "fuera de la ley", castigándose, además, "severamente" a todo aquel que los ocultase o les procurase medios para evadirse del accionar de las autoridades. Cfr. *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXI, 1852, págs. 7 y 8.

co de excepción, al que hoy bien podría identificarse como una expresión de ley marcial. Así las cosas, durante el transcurso del día recordado se publicó un “bando sobre ladrones” que, destinado a asegurar las propiedades y las garantías personales de los porteños, estableció que durante los siguientes ocho días, todo individuo que fuese encontrado robando por las calles, sería “fusilado en el término de un cuarto de hora, y en el mismo lugar de la perpetración del delito”. Asimismo, respecto de aquellos otros delincuentes que fueran reconocidos y apresados con posterioridad a la comisión de los delitos, se constituyó una comisión militar especial, encargada de juzgar “breve y sumariamente a todo acusado de robo... en conformidad a las órdenes que el gobierno expidiere”. Digamos, además, que, según el testimonio brindado por testigos contemporáneos, de resultas de la vigencia de este bando -cuya aplicación se inició a las dos de la tarde del día 4 de febrero de 1852-, el número de personas fusiladas se calculó entre quinientos y seiscientos ¹³.

2. *El mundo jurídico-castrense, entre marzo y septiembre de 1852.* Respecto del lapso de tiempo comprendido entre marzo y septiembre de 1852, no es mucho lo que puede decirse en materia de novedades jurídico-militares. De este modo, en cuanto a la jurisdicción penal militar aplicable tras la batalla de Caseros, en el orden nacional la materia no sufrió, al parecer, mayores novedades respecto de lo que se venía aplicando al término del régimen rosista. Así las cosas, habiendo sido favorecido el general Justo José de Urquiza, en virtud de lo dispuesto el 6 de abril de 1852 por el protocolo de Palermo, y el 31 de mayo del mismo año

¹³ Tanto la reproducción del bando, como las referencias de los contemporáneos sobre este asunto, se encuentran en Cristina V. MINUTOLO, “El saqueo de Buenos Aires (4 de febrero de 1852)”, en *Anuario del Departamento de Historia* (Universidad Nacional de Córdoba), año 1, N° 1 (1963), págs. 207 y 208.

por el acuerdo de San Nicolás ¹⁴, las imprecisas potestades jurídico-castrenses anexas al encargo de las relaciones exteriores de la Confederación ¹⁵, es posible que, a partir de febrero de 1853, el líder entrerriano haya contado con atribuciones suficientes como para ejercer algo parecido a una jurisdicción penal castrense especial, de alcance nacional. Empero, más allá de nuestras especulaciones, no contamos con noticias que nos permitan aseverar que dichas potestades fueron realmente ejercidas.

Mientras esto sucedía a nivel nacional, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires el deseo de sanear el aparato jurídico-militar porteño motivó el dictado de un decreto de 9 de marzo de 1852, en virtud del cual Francisco Pico -quien, durante la década de 1840, se había desempeñado como auditor de guerra en la sitiada Montevideo- fue designado asesor de gobierno y auditor general de guerra de la provincia ¹⁶, cargo en el que fungió hasta ser reemplazado, el 3 de septiembre del mismo año, por un joven y promisorio abogado que había merecido el favor de Urquiza: José Benjamín Gorostiaga ¹⁷. Sin embargo, esta relativa preocupación por la materia jurídico-castrense no se tradujo en otro tipo de medidas. De allí, precisamente, que, a los ojos de Urquiza y de las autoridades porteñas, lo penal castrense no pareciese merecer el influjo de los aires reformistas que, por aquel entonces, comenzaban a soplar sobre la generalidad del espectro jurídico argentino. En

¹⁴ El texto del protocolo y del acuerdo pueden consultarse en *Documentos Constitucionales Argentinos* cit., págs. 1666 a 1678.

¹⁵ Véase al respecto, Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Formación del Estado federal argentino. 1820-1852. El gobierno de Buenos Aires y los asuntos nacionales*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1996, págs. 106 a 110.

¹⁶ *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXI, 1852, pág. 40. Véanse, además, las referencias a este nombramiento en *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 319.

¹⁷ *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXI, 1852, pág. 279.

este sentido, digamos que, al tiempo que se advierte el incipiente deseo de codificar el derecho argentino, lo jurídico castrense permaneció al margen de este anhelo, resultando soslayado en el decreto que, dictado por el general Urquiza el 24 de agosto de 1852, dispuso la redacción de varios códigos ¹⁸.

c. La sanción de la Constitución de 1853 y la situación penal castrense en la Confederación Argentina

1. La sanción de la Constitución de 1853 y la materia jurídico militar. Separada la provincia de Buenos Aires del resto de la Confederación, bien sabido es que, a partir de mediados de noviembre de 1852, con la reunión en la ciudad de Santa Fe de los representantes de las demás provincias en el seno de una convención constituyente ¹⁹, comenzaron a discutirse los principios basilares que deberían integrar la futura carta magna de los argentinos. Así las cosas, no permanecieron ajenas al examen de dichos constituyentes algunas cuestiones relacionadas con lo represivo castrense.

Desde luego, la inclusión de este tipo de asuntos en el temario de la convención constituía una lógica derivación de las más caras tradiciones de la modernidad política, que receptadas en el Río de la Plata durante la primera década revolucionaria, habían merecido, en su oportunidad, el favor de diversos ensayos constitucionales. Al respecto, y a manera de ejemplo, podemos recordar las tímidas disposiciones contenidas sobre el particular en la Constitución de 1819, y aquellas otras más desarrolladas de la de 1826 ²⁰. Por otra

¹⁸ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, págs. 309 a 314.

¹⁹ *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. IV, pág. 403.

²⁰ Cfr. arts. 90 y 110 de la Constitución de 1819, y arts. 58, 100 y 180 de la Constitución de 1826. En *Documentos Constitucionales Argentinos*, págs. 2329, 2331, 2420, 2425 y 2434.

parte, también referido a la inclusión de tópicos de naturaleza jurídico-militar en la carta de 1853, no debemos olvidar ni la recomendación sentada por Alberdi en su proyecto de constitución, relativa a la supresión de los fueros personales ²¹, ni el hecho, por cierto relevante, que uno de los dos principales redactores de la constitución -nos referimos a Juan María Gutiérrez y a José Benjamín Gorostiaga ²²-, tuvo ciertos contactos previos con el mundo de lo jurídico-militar. En efecto, Gorostiaga -que de él se trata-, considerado el principal redactor de la parte orgánica de la constitución, fue designado auditor de guerra de la provincia de Buenos Aires, en septiembre de 1852 ²³. Quizás -simplemente conjeturamos- esta breve experiencia haya incidido de un modo determinante para que, a fines de 1852, al momento de redactar un proyecto de constitución, Gorostiaga atribuyese al titular del poder ejecutivo el nombramiento de los “magistrados de los tribunales militares” ²⁴.

En cuanto a los contenidos de particular gravitación jurídico castrense recogidos en la constitución de 1853, digamos aquí que si bien los integrantes de la convención reunida en Santa Fe no desconocieron un derecho penal militar -cuya existencia fue tácitamente aceptada por todos los presentes-, se limitaron a incorporar a la constitución algunas

²¹ Juan Bautista ALBERDI, *Bases* (prólogo y notas por Leoncio Gianello), Santa Fe, Castellví, 1957, pág. 207.

²² Cfr. las págs. 16 a 18 de Eduardo MARTIRÉ, “Gorostiaga y la Constitución de 1853”, en *Revista Histórica*, t. IV, N° 11, (julio-diciembre de 1982).

²³ Empero, el joven Gorostiaga casi no llegó a ejercer funciones como auditor, pues su nombramiento, en reemplazo de Francisco Pico, se produjo el 4 de septiembre de 1852, apenas una semana antes de que la revolución porteña del día 11 pusiera término a la administración urquicista. Respecto del nombramiento de Gorostiaga, véanse *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXI, 1852, pág. 279; y Jorge Reinaldo VANOSI, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y en su jurisprudencia*, Buenos Aires, Panedille, 1970, págs. 17 y 18.

²⁴ Cfr. el inc. 5, art. 48, de su proyecto de Constitución. En *Documentos Constitucionales Argentinos*, pág. 2488.

disposiciones que establecieron ciertos límites a la jurisdicción castrense, y a determinar a cuál de los poderes del Estado le correspondería la producción de normas de naturaleza penal militar. De este modo, se estableció la abolición de los fueros personales (art. 16), y se otorgó al Congreso la competencia suficiente para el dictado de futuras ordenanzas militares (inc. 23 del art. 64). Recordemos, además, en lo atinente a la actitud de los convencionales argentinos frente a las novedades institucionales propuestas, que, si bien la última disposición citada no suscitó ningún tipo de discusión ²⁵, no sucedió lo mismo con respecto al tópico del fuero. En efecto, sometido el punto a discusión el día 25 de abril de 1853, los convencionales Zenteno y Ferré, preocupados, primordialmente, por la plena conservación de las prerrogativas jurídicas del clero patrio, se manifestaron contrarios a la abolición de los fueros personales. Ante esta oposición, Benjamín Gorostiaga, quien se desempeñaba como miembro informante de la comisión redactora, sostuvo ante los presentes “que en el sistema republicano representativo no había fueros personales, pues eran todos iguales ante la ley”, argumento que -apoyado inmediatamente por los convencionales Lavaysse y Zavalía- fue completado con la invocación del precedente sentado por la ley porteña de julio de 1823 y con referencias al ejemplo brindado por “otras Naciones de América”. Así las cosas, y tras breve debate mantenido entre Gorostiaga y Zenteno, el artículo fue aprobado tal cual había sido proyectado por la comisión redactora ²⁶.

²⁵ *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. IV, sesión del 28 de abril de 1853, pág. 531.

²⁶ *Idem ant.*, t. IV, sesión del 25 de abril de 1853, págs. 514 y 515. Cabe señalar que Abelardo Levaggi ha realizado un comentario sobre este debate en “Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, N° 22 (1972), págs. 83 y 84.

2. La realidad del derecho penal castrense en la Confederación Argentina, luego de la sanción de la Constitución. Tras la sanción de la Constitución de 1853, puede decirse que en el ámbito de la Confederación imperó una notable apatía en materia jurídico castrense, producto, quizá, de una ciencia magra y de un entusiasmo flaco, y que no deja de resultar llamativo, en tanto que las autoridades de Paraná contaron con el concurso de algunos de los más importantes técnicos bonaerenses en la materia, como Baldomero García, a cuyo cargo había corrido la dirección de la Auditoría de Guerra rosista. Por otra parte, el relativo abandono del derecho penal castrense durante esta época se destaca en un contexto en el cual hombres como Tomás Guido hacían hincapié respecto de la relación entre la eficiencia de las fuerzas armadas y el perfeccionamiento del aparato jurídico militar ²⁷, y en la que las preocupaciones castrenses dominaban, indudablemente, el horizonte mental de los dirigentes de la Confederación.

Así las cosas, en el ámbito de la Confederación, durante el período comprendido entre 1853 y 1859, lo jurídico militar estuvo signado por una sorprendente desorganización. Respecto de este particular, cabe recordar, verbigracia, que se careció del auxilio de un auditor de guerra general que se desempeñase de forma permanente. En este orden de cosas, podemos citar, entre aquellos a quienes les cupo ejercer circunstancialmente funciones con el carácter de tales, a dos ministros de la Corte Suprema: nos referimos a Manuel Lucero ²⁸ y al ya recordado responsable de la Auditoría de Guerra porteña durante la época de Rosas, Baldomero García ²⁹.

²⁷ Congreso Nacional, Cámara de Senadores. *Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 141.

²⁸ *Memoria presentada por el Ministro de Estado en el Departamento de Guerra y Marina al Congreso Legislativo de la Confederación Argentina en su sesión ordinaria de 1860* (en adelante, *Memoria ... de 1860*), pág. 58.

²⁹ Néstor Tomás AUZA, *El ejército en la época de la Confederación, 1852-1861*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1971, pág. 55.

Dado este poco feliz panorama, quizás la única excepción, en cuanto a demostrar fundada preocupación por la materia, la constituyó Antonio Álvarez de Condarco, quien, desde el Ministerio de Guerra y Marina de la Confederación, dictó, en febrero de 1858, una resolución que, derivada de los preceptos constitucionales vigentes, estableció que el principio esencial para la resolución de cuestiones de competencia suscitadas entre la jurisdicción castrense y la ordinaria, pasaba por determinar si el delito imputado comprometía, o no, la subordinación militar ³⁰.

d. Lo jurídico-militar en el Estado de Buenos Aires

1. Periodización del régimen penal militar aplicado en el Estado de Buenos Aires. A diferencia de lo sucedido entre 1854 y 1859 en el ámbito de la Confederación Argentina, durante estos años en el Estado de Buenos Aires el mundo penal castrense contó con interesantes manifestaciones. En buena medida ello fue fruto de una constante adecuación de lo jurídico militar al proceso de cambio sufrido por el aparato castrense provincial, transformación conscientemente promovida por unas autoridades bonaerenses, que, lejos de mostrar indiferencia respecto de este asunto, consideraban que las instituciones armadas de la provincia constituían uno de los instrumentos básicos para mantener -y, en su caso, difundir por el resto del país- los principios liberales entonces imperantes a orillas del Plata ³¹.

³⁰ Resolución del Ministerio de Guerra y Marina de la Confederación, suscripta por el oficial mayor, José Antonio Álvarez de Condarco; Paraná, 24 de febrero de 1858. En Ercilio DOMÍNGUEZ, *Colección de leyes y decretos militares*, t. II, pág. 86.

³¹ La redacción, *El soldado de la ley*, N^{ros} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 1.

En cuanto a la periodización de la trayectoria jurídico-castrense porteña durante estos siete años, podemos distinguir dos etapas bien definidas. En la primera, ligada fundamentalmente a los enfrentamientos bélicos resultantes de la secesión de la Confederación, la nota característica la brindó el accionar de unas autoridades, definidamente volcadas al dictado de disposiciones jurídico-castrenses coyunturales, diseñadas con el objeto de satisfacer las necesidades militares cotidianas. La segunda, iniciada en 1855 tras un relativo *impasse*, estuvo signada por características bastante diferentes a las de la primera. En efecto, expresando, al igual que en otras ramas del quehacer gubernativo, un ambicioso espíritu de cambio, la materia jurídico militar fue objeto de notables esfuerzos transformadores, que aunque no terminaron siendo todo lo exitoso que se había pretendido, tampoco fueron despreciables.

2. El derecho penal castrense en una época de abierta beligerancia. Una vez producida la revolución del 11 de septiembre de 1852, la primera decisión atinente al ámbito jurídico militar tomada por las autoridades porteñas fue la que se adoptó el 8 de octubre de ese año. Ese día el Ejecutivo provincial nombró como auditor general de guerra de la provincia a Juan José Alsina ³², quien se desempeñó en el cargo hasta el 10 de junio de 1857, cuando, tras su renuncia, fue reemplazado por Manuel Gallardo ³³. Por otra parte, casi dos meses después, el 22 de noviembre de 1852, en oportunidad de discutirse un proyecto de ley relativo a la imposición de penalidades a los guardias nacionales, fue la Sala de Representantes bonaerense la que demostró interés en la temática

³² *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXI, 1852, pág. 297. Además, pueden verse referencias al nombramiento en *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 319.

³³ *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXVI, 1857.

penal militar. Así las cosas, en tanto que se ignoraban los acontecimientos de orden bélico que se iniciarían apenas diez días más tarde -pareciendo, por ende, no sólo recomendable sino también factible circunscribir el ámbito de competencia de los consejos de guerra-, en dicha ocasión, tras prestar oídos a las explicaciones vertidas por el miembro informante de la sala, la mayoría de los legisladores porteños rechazaron una propuesta en virtud de la cual se recomendaba someter el conocimiento de las infracciones de los guardias nacionales al conocimiento de la jurisdicción castrense tradicional. Asimismo, remitiéndose al ejemplo de la legislación británica, los representantes del pueblo de Buenos Aires clamaron abiertamente contra la “canonización” de las disposiciones penales de la ordenanza española. Finalmente, merced a esta oposición y a partir de la intervención de Miguel Esteves Saguí, durante la jornada del 24 la sala aprobó una ley -promulgada el día siguiente- en virtud de la cual se estableció que, hasta tanto se dictase una regulación definitiva sobre milicias, los guardias nacionales que en el desempeño de actos de servicio cometiesen faltas graves, serían “juzgados por un consejo correccional formado de los capitanes y un subalterno por clase del mismo batallón” y presidido por un jefe veterano de la guardia nacional, que podría imponer penas de uno a tres meses de prisión a cumplir en el cuartel. Por otro lado, la ley también disponía, respecto de aquellos guardias que en iguales circunstancias ocasionasen “muertes, heridas ú otro delito grave”, que éstos serían puestos a disposición de la justicia ordinaria ³⁴.

Sin embargo, todas estas tendencias restrictivas de la jurisdicción de los consejos de guerra no tardaron en ser rápidamente revertidas. En efecto, a raíz de la sublevación que

³⁴ *Diario de Sesiones de la Sala de Representantes de la provincia de Buenos Aires*, 1852, Buenos Aires, Imprenta de “La República”, 1883, págs. 186 a 188. *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXI, año 1852, págs. 347 y 348.

el 1° de diciembre de 1852 encabezó el coronel Hilario Lagos, el día 9 del mismo mes y año la Legislatura porteña dio su aprobación a un proyecto que, redactado por la Comisión de Negocios Constitucionales -que integraban José León Banegas, Juan José Montes de Oca, Francisco de las Carreras, Francisco Pico y Miguel Esteves Saguí-, ampliaba sensiblemente el radio de acción de la jurisdicción castrense -incluyendo, incluso, el sometimiento de civiles a la misma- merced al expediente de establecer que mientras no se superase la circunstancia bélica que afectaba a la ciudad, “en todos los delitos militares y en los de complicidad con el enemigo, comunicaciones con él, motín o conspiración contra las autoridades”, no se atendería “a otra disposición para su castigo sino a la ordenanza militar”, ni se reconocería “más tribunal competente que el Consejo de Guerra”³⁵. Dos semanas después -más precisamente, el 24 de diciembre-, considerándose “de urgente necesidad refrenar a todos los que en circunstancias tan solemnes para la Patria conspiran contra la existencia de ésta y [de] sus instituciones”, y de conformidad con los términos de la ley del día 9, el Ejecutivo bonaerense decretó la formación de un tribunal militar especial. Dicho organismo, que cumplió tareas hasta el 16 de marzo de 1853, quedó integrado por el general Matías Zapiola, en calidad de presidente, y por los coroneles Manuel de Escalada, Manuel Rojas, Ramón Rodríguez y Blas José Pico, fungiendo como fiscales el teniente coronel Benito Nazar y el capitán Marcos Bergara³⁶.

Finalmente, una vez superada la emergencia bélica provincial y hasta mediados de 1855, el ritmo de la actividad jurídico castrense bonaerense disminuyó dramáticamente. En

³⁵ *Diario de Sesiones de la Sala de Representantes de la provincia de Buenos Aires*, 1852, pág. 199. En cuanto al texto de la ley, téngase en cuenta que el mismo fue ligeramente modificado al ser reproducido en el *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXI, 1852, pág. 360, donde se habla en plural y con minúscula de “consejos de guerra”.

³⁶ *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, t. XXXI, 1852, pág. 366. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. I, págs. 650, 651 y 662.

efecto, tan es así que respecto de los años 1853 y 1854 sólo pueden recordarse el dictado de medidas tales como la orden general del 20 de noviembre de 1853, que limitó la aplicación de la pena de azotes a un máximo de cien ³⁷, o aquella otra que se adoptó con el objeto de recordar a la tropa la vigencia de la abolición de los fueros personales ³⁸. Asimismo, cabe señalar que si bien el articulado de la Constitución bonaerense de 11 de abril de 1854 no abordó expresamente ningún tópico relativo al régimen penal castrense, también es verdad que, al atribuir al titular del Poder Ejecutivo porteño la jefatura superior de “la fuerza militar del Estado” ³⁹, se le atribuyeron al gobernador ciertas potestades en materia jurídico castrense.

3. Las tendencias transformadoras iniciadas a mediados de la década del '50. A partir de 1855, preocupado por ejercer una mayor fiscalización sobre las actividades de índole jurídico militar ⁴⁰, y preocupado por modernizar las regulaciones en la materia, el gobierno porteño encomendó a una comisión militar, presidida por el general Ignacio Álvarez Thomas, la redacción de un anteproyecto de ley penal para el ejército ⁴¹. Digamos, sobre este particular, que la preocupación gubernamental no era infundada. Por el contrario, re-

³⁷ En AGE, copia del libro de órdenes generales, N° 1.

³⁸ Órdenes generales de 3 de noviembre de 1853 y 27 de enero de 1854. En AGE, copia del libro de órdenes generales, N° 1.

³⁹ Art. 100 de la Constitución bonaerense de 1854. En “Constituciones de la provincia de Buenos Aires” (introducción y recopilación de Héctor José Tanzi), *Cuadernos de San Isidro* (publicación del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro), N° 1, San Isidro, septiembre de 1974, pág. 42.

⁴⁰ Oficio del ministro de Guerra y Marina del Estado de Buenos Aires, Bartolomé Mitre, al de Gobierno y Relaciones Exteriores, Valentín Alsina; Buenos Aires, 31 de diciembre de 1855. En AGN, X-28-8-4, exped. 11.220.

⁴¹ Mensaje del Poder Ejecutivo del Estado, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1856, sesión de 2 de mayo de 1856, pág. 12. Oficio

flejaba no sólo la confusa situación vigente en materia de derecho aplicable, sino también el especial perfil sociológico de las fuerzas militares porteñas, que exigía un tratamiento jurídico acorde. Precisamente, en este orden de cosas, podemos referir, a título ilustrativo, que mientras que el personal de los ejércitos porteños se integraba, en gran medida, con criminales condenados por la justicia ordinaria ⁴², los problemas disciplinarios ⁴³ y la desertión ⁴⁴ resultaban tan frecuentes como lo era la aplicación de los más severísimos castigos ⁴⁵. De este modo, ni faltaban los soldados delincuentes, apañados por sus jefes luego de cometer delitos de toda índole ⁴⁶, ni tampoco cierta criminal complacencia para con algunos jefes que, abusando del mando, disponían del trabajo de los soldados en su particular provecho ⁴⁷.

Como resultado del trabajo de la comisión, en mayo de 1856 fue elevada una concreta propuesta a la consideración

del inspector general de armas al ministro de Guerra y Marina del Estado de Buenos Aires, 3 de mayo de 1856, en *Archivo del General Mitre*, t. XV, "Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos", Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 249.

⁴² Un ejemplo, en AGN, X-28-8-3, exped. 11.148.

⁴³ Carta de Pedro Lacasa al ministro de Guerra y Marina, coronel Bartolomé Mitre; 1º de marzo de 1856. En *Archivo del General Mitre*, t. XV, "Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos", Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 144.

⁴⁴ Véase el oficio del comandante militar de San Nicolás, M. Facio, fechado en San Nicolás el 22 de enero de 1858. En *Archivo del General Mitre*, t. XVIII, "Comandancia General del Norte", Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 33.

⁴⁵ Sobre este particular, puede recordarse una carta de Bartolomé Mitre a Wenceslao Paunero, fechada en Pergamino el 18 de julio de 1859, y en la que tras manifestarle que no tiene: "... más novedad sino que ayer se me desertaron dos soldados del Arroyo del Medio, que estaban de avanzada", le comenta que los desertores, que lograron ser capturados, serían pasados por las armas a la mañana siguiente. En MM-AWP, A7-C6- C17- N° 1285.

⁴⁶ Véase la carta del juez de paz de Rojas, Francisco Roca, al coronel Cruz Gorordo; Rojas, 15 de febrero de 1857. En *Archivo del General Mitre*, t. XV, "Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos", Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 161 y ss..

⁴⁷ Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, *Diario de Sesiones de la Camara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, año 1858, sesión de 28 de octubre de 1858, pág. 483.

del entonces ministro de Guerra y Marina, coronel Bartolomé Mitre, quien, a su vez, la trasladó al auditor, Juan José Alsina. Dicho funcionario, pese a disentir con la comisión en cuanto a la determinación de la competencia en el caso de tratarse de delitos en los que estuviesen simultáneamente complicados militares y civiles, produjo un dictamen favorable, que atendía a la “urgencia e importancia” del asunto ⁴⁸. En cuanto a las características generales de este anteproyecto -que fue publicado en Buenos Aires un lustro después de haber sido redactado ⁴⁹-, digamos que se trató de una adaptación más o menos feliz de las viejas ordenanzas carolinas ⁵⁰, a las que se las despojó de toda referencia al régimen de la monarquía absoluta española. Así, distribuidas sus disposiciones a lo largo de dos partes -que agrupan un total de veinte capítulos ⁵¹-, se intentó adecuar su contenido a la realidad bonaerense de mediados del siglo XIX. Yendo a su análisis inter-

⁴⁸ Dictamen del auditor de Guerra y Marina del Estado de Buenos Aires, Juan José Alsina; Buenos Aires, 7 de mayo de 1856. En *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, págs. 249 y 250.

⁴⁹ *Leyes penales de las ordenanzas vijentes. Extractadas y modificadas por la comisión de oficiales jenerales nombrada al efecto por el Gobierno en 1855*, Buenos Aires, 1861.

⁵⁰ Tan vinculadas se encuentran estas *Leyes penales...* a las ordenanzas carolinas, que incluso en algún caso, como el del único artículo del capítulo segundo de la segunda parte, que versa sobre desafíos, su texto reenvía al de las disposiciones de 1768.

⁵¹ La primera parte consta de los siguientes capítulos: 1º, Blasfemias, con un solo artículo; 2º, Inobediencia, con dos artículos; 3º, Insulto a los superiores, con dos artículos; 4º, Insulto a las autoridades civiles, con un solo artículo; 5º Sedición, con doce artículos; 6º, Infidencia, con dos artículos; 7º, Riñas entre la tropa, con tres artículos; 8º, Alboroto, con un solo artículo; 9º, Diferentes faltas en el servicio, con tres artículos; 10º, Obligación del centinela, con seis artículos; 11º, Diversos crímenes, con diez artículos; 12º, Robo, con siete artículos; 13º, Deserción en tiempo de guerra, con tres artículos; 14º, Deserción con circunstancia, con dos artículos; 15º, Deserción simple, con cuatro artículos; 16º, sin título, con un solo artículo; 17º, Cobardía, con un solo artículo; 18º, Milicias, con un solo artículo. Los de la segunda parte son los siguientes: 1º, Penas extensivas a oficiales, con diecisiete artículos; y 2º, Desafíos, con un solo artículo.

no, digamos, respecto a los avances jurídicos advertidos, que cabe tener en cuenta, entre otras cosas, la morigeración de las penas de ciertas infracciones -como la deserción simple o el incumplimiento de los deberes del centinela ⁵²-; la disminución del número de infracciones reprimidas con castigos corporales -aunque todavía no estemos cerca de su eliminación-; y el establecimiento del requisito del sumario previo como paso necesario para penar el delito de sedición ⁵³. Como contrapartida, sin embargo, desaparecen del ámbito jurídico militar porteño ciertas ventajas para el imputado, como el atenuante del asilo en sagrado; se mantienen algunos tipos penales abiertos, como aquel que establece que la cobardía probada debe ser castigada, “según la gravedad del caso, hasta con la pena de muerte”; por otra parte, todavía se siguen confundiendo las faltas y los delitos, y se extiende excesivamente la jurisdicción castrense, ya que se contempla la posibilidad que, en algunos casos, como en el de robo de pertrechos bélicos, haya civiles que puedan ser juzgados por tribunales castrenses ⁵⁴.

4. La suerte del anteproyecto de 1856 y la idea de codificar el derecho penal militar porteño. Detenido en los cajones ministeriales, el anteproyecto de 1856 sólo volvió a despertar interés un año después, en junio de 1857, cuando nuevas autoridades provinciales, que no ocultaban ciertas discrepancias con algunos puntos de dicha propuesta, sintiendo, empero, “continuamente la necesidad de un código penal militar, exento en lo posible de las deformidades e inconvenientes que afectan a muchas disposiciones y que hoy son nuestra ley en la materia”, decidieron elevarlo a la conside-

⁵² Art. 2, capítulo 15, primera parte, y art. 3, capítulo 10, primera parte, de las *Leyes penales* citadas.

⁵³ Art. 7, capítulo 5, primera parte, *Leyes penales* citadas.

⁵⁴ Art. 7, capítulo 12, primera parte, *Leyes penales* citadas.

ración de las cámaras, tal como había sido redactado, aunque con la esperanza de que durante el transcurso de las deliberaciones parlamentarias se le introdujeran las modificaciones que se considerasen pertinentes ⁵⁵. No fue ésa, sin embargo, la respuesta de las cámaras. En efecto, tan es así que, tras la elevación del proyecto al Legislativo transcurrieron varios meses sin novedades ⁵⁶. Sin embargo, ínterin sucedía esto, en el Senado bonaerense cobraba fuerza otro proyecto, que ideado por el senador y ex-auditor Juan José Alsina, recomendaba establecer una jurisdicción disciplinaria especial, que juzgase a los oficiales imputados de la comisión de faltas graves fuera del servicio. Téngase presente, además, que tras obtener media sanción del Senado, el 24 de agosto de 1857 dicho proyecto fue aprobado por los diputados, sin que se introdujese modificación alguna en el articulado propuesto por la Cámara alta ⁵⁷. En consecuencia, comenzó a regir, en Buenos Aires, un sistema jurisdiccional que, integrado por el comandante general de Armas de la provincia -a quien correspondía juzgar, previo dictamen del auditor-, tenía por objeto reprimir aquellas faltas graves que, cometidas por los oficiales fuera del servicio,

⁵⁵ Nota del Poder Ejecutivo bonaerense, suscripta por el gobernador Valentín Alsina, y su ministro de Guerra y Marina, José Matías Zapiola, sometiendo a las cámaras la consideración de las *Leyes penales*; Buenos Aires, 5 de junio de 1857. En *Archivo del General Mitre*, t. XV, "Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos", Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 250.

⁵⁶ Al parecer, algo análogo sucedió con un proyecto elevado por el Ministerio de Gobierno provincial, que relativo a la administración de justicia bonaerense, comprendía, originariamente, algunas reformas a la jurisdicción castrense. Respecto de este tópico, véanse las palabras del senador Juan José Alsina pronunciadas el 22 de septiembre de 1857, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 378.

⁵⁷ Oficio del presidente de la Cámara de Representantes del Estado de Buenos Aires, Juan José Montes de Oca, al presidente de la Cámara de Senadores del mismo Estado, Felipe Llavallol; Buenos Aires, 25 de agosto de 1857. En AHPBA, C.50- A 3- N° 8- legajos 1 y 2, doc. 21.

hacían “desmerecer a su autor en el concepto público” y refluían “directamente en el descrédito el Ejército”⁵⁸.

Curiosamente, la siguiente iniciativa legislativa en materia jurídico castrense resultó obra de circunstancias algo fortuitas. En efecto, una vez que en septiembre de 1857 hubo ingresado a la Cámara de Diputados bonaerense un nuevo proyecto de ley del Ejecutivo provincial, en virtud del cual el gobierno, estimulado por los resultados obtenidos con la confección del Código de Comercio⁵⁹, solicitó al Legislativo autorización para gastar un millón de pesos en la redacción de los códigos civil, penal y procesal bonaerenses, los diputados que integraban la Comisión de Hacienda de la Cámara decidieron incorporar a la propuesta la redacción del Código Militar. Poco después, dicha novedad resultó defendida por Rufino de Elizalde, quien, en el ámbito del recinto, sostuvo que resultaba injustificada su omisión por el gobierno, en tanto que el código de marras resultaba “tan necesario como los otros”⁶⁰. Así las cosas, nadie en la Cámara discutió el agregado, y el proyecto obtuvo, rápidamente, la correspondiente media sanción. Finalmente, el 17 de octubre de 1857 el Senado bonaerense aprobó la ley pertinente, merced a la cual se autorizó al Ejecutivo porteño a “invertir hasta la suma de 500.000 pesos en la codificación de los códigos civil y criminal, militar y de procedimiento”⁶¹.

5. Primeros esfuerzos en materia de codificación.

Tras la sanción de la ley de 17 de octubre de 1857, que como

⁵⁸ *Colección completa de leyes del Estado y Provincia de Buenos Aires, desde 1854 a 1929, recopiladas, numeradas, concordadas y anotadas por los señores Federico Ketzelman y Rodolfo F. de Souza*, t. I, Buenos Aires, Lex, 1930, pág. 255.

⁵⁹ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina*, cit., pág. 325.

⁶⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del Estado de Buenos Aires*, año 1857, sesión de 2 de octubre de 1857, pág. 2.

⁶¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, sesión de 17 de octubre de 1857, pág. 535.

ya hemos dicho, autorizó al Poder Ejecutivo provincial a efectuar los gastos que requiriese la codificación del derecho militar bonaerense ⁶², el 10 de noviembre de ese año se dictó un decreto constituyéndose la correspondiente comisión. Ésta, que quedó presidida por el ministro de Guerra y Marina, José Matías Zapiola, resultó integrada por el general Tomás de Iriarte y por el coronel Bartolomé Mitre, quienes estaban asesorados por el auditor de guerra de la provincia ⁶³.

A pesar de los auspiciosos inicios de la tarea codificadora militar, la obra resultó gravemente obstaculizada por motivos ajenos a la voluntad de los redactores. En efecto, cuando éstos recién habían comenzado a abocarse al estudio de la cuestión, los trabajos debieron ser interrumpidos el 8 de febrero de 1858, al salir Mitre a la campaña, por asuntos del servicio ⁶⁴. Sin embargo, esto no fue tan grave como lo que aconteció dos semanas después, el 23 de febrero, cuando, debido a la crisis bélica suscitada entre el Estado de Buenos Aires y la Confederación, el gobierno decidió suspender los gastos considerados prescindibles, categoría en la que se incluyeron los trabajos relativos a la codificación castrense ⁶⁵. Sin embargo, no estaba dicha la última palabra, pues ante la generosa disposición de Bartolomé Mitre, quien se ofreció a continuar la redacción del código “por sí solo” y “sin exigir por estos trabajos retribución de ninguna clase”, las tareas respectivas se reiniciaron el 1º de agosto de 1858 ⁶⁶. Así las

⁶² Oficio del presidente del Senado porteño, Felipe Llavallol, al Poder Ejecutivo bonaerense; Buenos Aires, 19 de octubre de 1857. AGN, X-28-11-8, expediente 14.316.

⁶³ Expediente citado en nota anterior.

⁶⁴ Oficio del ministro de Guerra y Marina, Matías Zapiola, al ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores, José Barros Pazos; Buenos Aires, 8 de febrero de 1858. En AGN, X-28-11-8, expediente 14.316.

⁶⁵ Oficio del ministro de Guerra y Marina, Matías Zapiola, al ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores, José Barros Pazos; Buenos Aires, 23 de febrero de 1858. En AGN, X-28-11-8, expediente 14.316.

⁶⁶ Oficio del ministro de Guerra y Marina, Matías Zapiola, al ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores, Bartolomé Mitre; Buenos Aires, 7 de julio de 1858. En AGN, X-28-11-8, expediente 14.316.

cosas, se sabe con certeza que Mitre -quien periódicamente conferenciaba con Iriarte sobre los progresos alcanzados en la redacción del proyecto⁶⁷- siguió dedicándose al asunto al menos durante más de un año, llegando a componer la sección preliminar del anteproyecto y el título relativo a los tribunales⁶⁸. Respecto de los otros aspectos previstos por Mitre en su proyecto, podemos decir -limitándonos a comentar el plan diseñado en su oportunidad por el futuro presidente de los argentinos, ya que el paradero del grueso de la documentación generada por el prócer hoy resulta desconocido⁶⁹- que su pretensión fue la de “utilizar” todo lo de las ordenanzas carolinas que mereciese conservarse, “copiando textualmente el artículo [pertinente] y clasificándolo en el lugar que le corresponde”. De acuerdo con sus propias palabras, la idea de Mitre no era otra que “innovar lo menos posible. Mejorar lo que sea necesario. Crear lo que falte”.

Yendo al análisis particular del proyecto redactado por Bartolomé Mitre, resulta evidente que su división en cuatro libros sigue, en general, el método sentado por el Código de Justicia Militar francés, que también constaba de una divi-

⁶⁷ Véase lo dicho por Bartolomé Mitre a Tomás de Iriarte, en la carta fechada en Buenos Aires el 14 de diciembre de 1859. Transcrita parcialmente por Alberto G. Allende y Alberto G. Allende (h.), “El general Tomás de Iriarte”, *La Nación*, 7 de junio de 1981.

⁶⁸ Respecto a la afirmación según la cual Iriarte fue el coautor de un código de justicia militar, sustentada por Alberto G. Allende y Alberto G. Allende (h.), en su artículo ya citado, y que después fuera reiterada por Alberto Allende Iriarte en su libro *El general Tomás de Iriarte, protagonista y testigo de nuestro tiempo*, Buenos Aires, 1994, pág. 174, y en el artículo “Iriarte jurista”, *La Nación*, 17 de julio de 1994, cabe decir aquí que los autores citados han confundido el nombramiento de Iriarte en la Comisión Codificadora de 1857 con la efectiva aprobación legal de un proyecto de código, tarea que, además de recaer casi exclusivamente en el esfuerzo personal de Mitre -cosa que ya hemos señalado-, durante la década de 1850 no arribó a mayores resultados concretos. A este respecto, cabe señalar, asimismo, que desde 1857 hasta la definitiva sanción de un código de justicia militar argentino, transcurrieron casi cuarenta años, lapso durante el cual se redactaron distintos proyectos.

⁶⁹ Dicho plan de trabajo ha sido publicado en *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La

sión cuatripartita. En el caso galo, el primero de los libros estaba dedicado a la organización de los tribunales militares; el segundo, a la competencia de dichos tribunales; el tercero, al procedimiento ante ello, y el cuarto, a la regulación de los crímenes, de los delitos y de las penas ⁷⁰. En cuanto al proyecto diseñado por el futuro biógrafo de San Martín y de Belgrano, digamos que éste constaba de las siguientes partes: primera, de la organización de los tribunales militares; segunda, de la competencia de los tribunales militares; tercera, del procedimiento en los juicios militares; y cuarta, de los delitos y de las penas. En cuanto a la primera parte, que se basaba, fundamentalmente, en los precedentes argentinos y en el derecho comparado español y prusiano, es oportuno señalar respecto de la economía del proyecto -que se integraba con los siguientes ocho títulos: 1º, De los diversos tribunales militares; 2º, Del consejo superior de guerra; 3º, Del consejo de oficiales generales; 4º, Del consejo ordinario, 5º, De las causas que competen a los comandantes generales; 6º, Del auditor general de guerra, 7º, De los consejos de disciplina; 8º, Disposiciones generales-, que éste se alejaba bastante del modelo francés. En efecto, no sólo se rechazaba la figura del preboste, sino que se procuraba dar a los consejos de guerra “un verdadero carácter de jurados”. Además, se preveía la instalación de un consejo superior de guerra, con las atribuciones “de un verdadero tribunal de casación”, así como de consejos de disciplina, al tiempo que también se creaba la

Nación, 1912, págs. 246 a 249. Sin embargo, sobre este particular cabe hacer una importante aclaración. En efecto, el editor del *Archivo...* confundió dos cosas distintas: el esquema de código diseñado por Mitre, en 1859, con los trabajos realizados por la Comisión Militar de 1855. Señalemos, asimismo, que si bien en la edición del plan se aclara en una nota, que en el archivo del Museo existía “una copia del código militar que no reproducimos por su extensión”, resulta que lo único que se conserva en la actualidad es el mismo plan que fue editado. Cfr. MM-AGM, Caja 11, doc. N° 3.413.

⁷⁰ M.P. PRADIER-FODÉRÉ y M. AMÉDÉE LE FAURE, ob. cit.

figura del auditor general de guerra. En lo que se refiere a la segunda parte del proyecto -conformada por los ocho títulos que siguen: 1º, De la competencia militar en general; 2º, De la competencia del consejo superior; 3º, De la competencia de los consejos de oficiales generales; 4º, De la competencia del consejo ordinario; 5º, De la competencia de la comandancia general; 6º, De la competencia de las auditorías de guerra; 7º, De la competencia de los consejos de disciplina; 8º, De la incompetencia-, se reconocía como la “única innovación substancial” del proyecto, la adjudicación, al Tribunal Superior de Justicia, de atribuciones suficientes como para dirimir las cuestiones de competencia planteadas. Empero, además se preveía la incorporación de los principios jurídicos receptados en dos leyes porteñas: la de abolición de fueros personales, de julio de 1823, y la de 24 de agosto de 1857, relativa al castigo de las faltas graves de los oficiales. Por otra parte, en materia de competencia se pensaba aclarar expresamente qué delitos comunes cometidos por militares podrían ser juzgados en consejo de guerra, e imponer, asimismo, la sujeción a la jurisdicción castrense de los espías, de los vivanderos, de los prisioneros de guerra y de los dependientes de los ejércitos en campaña. En lo que hace a la tercera parte -compuesta de los títulos que van a continuación: 1º, De la instrucción del juicio; 2º, Del juicio y reunión del consejo; 3º, Del modo de ver y sentenciar las causas; 4º, Del proceder del consejo superior; 5º, Del proceder al frente del enemigo; 6º, Del proceder del comandante general; 7º, Del proceder de los consejos de disciplina; 8º, Disposiciones generales-, las ideas de Mitre pasaban por “codificar” las reglas de procedimientos contempladas en el “Colón”, incorporando a éstas las modernas garantías procesales reconocidas por el derecho ordinario, como las referidas a la presencia del letrado durante la formación del proceso y a la interposición de la defensa con posterioridad a la acusación. En lo que se refiere a la cuarta parte -integrada por los dieciséis títulos siguientes: 1º, De las penas y sus divisiones; 2º, De los

delitos y faltas ⁷¹; 3º, De la infidencia; 4º, De los crímenes y delitos del servicio; 5º, De la deserción en tiempo de guerra; 6º, De la deserción en tiempo de paz; 7, Del robo; 8º, De la venta de objetos de equipo, etcétera; 9º, Del pillaje; 10º, De la insubordinación e inobediencia; 11º, De la malversación de fondos; 12º, Del alboroto y sedición; 13º Cobardía y otros crímenes; 14º, De las penas correccionales; 15º, Disposiciones generales; y 16º, Disposiciones transitorias-, ésta, en cuya arquitectura domina la idea de “suavizar las penas, haciéndolas más efectivas”, es, sin dudas, la que sigue más fielmente al código francés.

e. El derecho penal militar argentino después de la batalla de Cepeda

1. Cepeda y sus consecuencias sobre el derecho penal militar. Aun cuando puedan recordarse, entre los distintos efectos jurídico castrenses de la batalla de Cepeda, el establecimiento, el 25 de octubre de 1859, de un tribunal militar especial bonaerense, dotado de atribuciones suficientes como para juzgar en todos los delitos castrenses, y en los de complicidad y comunicación con el enemigo, así como en los de motín, y en los de conspiración ⁷²; la momentánea suspensión de las tareas codificadoras porteñas; y, en lo que se refiere a hechos posteriores, tanto las discusiones sobre dere-

⁷¹ Si bien en la edición del *Archivo del General Mitre*, el título 2º de la cuarta parte del plan se denomina “De la división de delitos y faltas”, en el original de puño y letra de Bartolomé Mitre, ya citado, que se conserva en MM-AGM, el título prescinde de la palabra “división”, y queda tal cual como lo consignamos nosotros.

⁷² Integraron dicho tribunal el coronel Albariño, quien fue designado presidente, y los oficiales Blas José Pico, Domingo Sosa y José María Bustillo. Por otra parte, se desempeñaron como fiscales el teniente coronel Nicasio Viedma y el mayor graduado Pedro N. Díaz. Cfr. *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, 1859, t. XXXVIII.

cho militar vertidas en el seno de la Convención *ad hoc* de 1860, como la aceptación de la Constitución Nacional de 1853, ello no debe conducirnos a conclusiones apresuradas con respecto a la región sobre la que más gravitó el proceso jurídico militar desencadenado a fines de 1859. En efecto, desde una amplia perspectiva de la historia de la penalidad castrense nacional, resulta indudable que, como consecuencia de la campaña que culminó en la batalla de Cepeda, el área más afectada no fue la porteña, sino la correspondiente a la hasta entonces jurídicamente menos dinámica de la Confederación. En este sentido, v.gr., podemos mencionar tanto el positivo atisbo de ciertos planteos codificadores en Paraná, como el dictado de una ley del Congreso relativa al cargo de auditor de guerra.

2. *El derecho penal militar en la Confederación.* En cuanto a la situación del derecho penal militar en el ámbito de la Confederación Argentina, señalemos aquí que, una vez concluida la campaña de la “integridad nacional”, algunos importantes procesos de índole castrense motivaron valiosas expresiones jurídicas. En efecto, continuando la senda trazada por Álvarez de Condarco en la resolución ministerial de febrero de 1858, a comienzos de 1860 el fiscal Ramón Ferreira produjo, con motivo de los autos “Calixto de la Torre”, un meduloso dictamen, cuya doctrina pasaba por afirmar que, en tanto constituía un fuero real o de causa, la jurisdicción castrense sólo podía extenderse respecto de los delitos de naturaleza “esencialmente militar”, o, dicho de otro modo, únicamente de los que afectaban directamente la disciplina y los deberes militares, o que habían sido cometidos con motivo u ocasión del servicio ⁷³.

⁷³ Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en Boletín Jurídico Militar, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 39 y ss..

Asimismo, a raíz del mismo caso, y también del que fuera incoado contra el coronel José Rodríguez, el ministro de Guerra y Marina de la Confederación, coronel y abogado Benjamín Victorica, propuso convertir en permanente el cargo de auditor de guerra de la Confederación Argentina ⁷⁴. De este modo, atendiendo a la antedicha idea, el 5 de junio de 1860 el presidente Derqui ⁷⁵ se decidió a elevar al Congreso un proyecto de ley proponiendo crear el empleo de auditor de guerra permanente de la Confederación, “con las obligaciones y atribuciones que señalan las ordenanzas del ejército” ⁷⁶. Dicho proyecto, en el que campeaba la idea de que tanto la simple presencia del auditor en los procesos castrenses, como la gravitación de sus conocimientos técnicos, bastarían para garantizar acabadamente “la legalidad en los procedimientos” y “la perfecta administración de justicia militar” ⁷⁷, fue considerado, por primera vez en la Cámara baja, el 20 de junio de 1860. En dicha oportunidad, como consecuencia del debate, los diputados incorporaron al proyecto de marras una cláusula expresa declarando que las atribuciones del auditor fijadas en las ordenanzas de Carlos III sólo se aplicarían en cuanto no se opusiesen a la Ley Fundamental ⁷⁸. Días después, el 30 de junio, pese a coincidir, en gran medida, con el crite-

⁷⁴ *Memoria... de 1860*, cit., pág. 57. En cuanto a Victorica, no está de más recordar que, siendo muy joven, a fines de la década de 1840 se había desempeñado como empleado de la Auditoría de Guerra y Marina de Buenos Aires. Cfr. ISIDORO RUIZ MORENO, “Evocación de Benjamín Victorica”, en Benjamín VICTORICA, *La campaña de la integridad nacional*, Buenos Aires, Instituto Histórico de la Organización Nacional, 1979, pág. 9.

⁷⁵ Respecto de Santiago Derqui, puede resultar interesante mencionar aquí su actuación como auditor de guerra de los ejércitos correntinos, entre julio de 1840 y junio de 1842. Cfr. *Registro Oficial de la Provincia de Corrientes*, ts. IV (1838-1841), págs. 267 y 344, y V (1842-1846), pág. 50.

⁷⁶ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, Buenos Aires, 1922, pág. 110.

⁷⁷ *Idem ant.*, págs. 84 y 85.

⁷⁸ *Idem ant.*, pág. 113.

rio de los diputados, la totalidad de los senadores, de acuerdo con el contenido de un dictamen presentado cuatro días antes por la Comisión de Guerra del cuerpo ⁷⁹, decidió modificar el proyecto de ley de la Cámara baja. En este orden de cosas, señalemos que, partiendo de la idea de que el empleo de auditor ya estaba previsto en el orden jurídico patrio -pues, como se recordaba, en éste se integraban las ordenanzas de Carlos III-, los senadores opinaron que el Legislativo debía evitar la creación de un cargo nuevo. En definitiva, para ellos, lo que la ley simplemente debía hacer era definir el rango y el sueldo del auditor, considerando que la cuestión relativa al efectivo establecimiento de esta magistratura castrense competía, exclusivamente, al Poder Ejecutivo, en el ejercicio de su carácter de capitán general ⁸⁰. Vuelto el asunto en revisión a la Cámara baja, y pese a que la correspondiente Comisión de Guerra aconsejó aceptar el criterio del Senado, tras una serie de debates entablados durante los días 24 y 30 de julio de 1860, la Cámara de Diputados rehusó plegarse a la opinión de los senadores. Posteriormente, a pesar de las coincidencias mantenidas con los diputados respecto a la necesidad de contar con un auditor de guerra permanente, la nueva intervención del Senado volvió a enfrentar la opinión de las cámaras. Más aún, aunque existió un dictamen de la Comisión de Guerra del Senado, de 17 de agosto de 1860, en virtud del cual se recomendó abandonar la postura anterior del cuerpo, atendiendo a la urgencia de nombrar a un auditor permanente y sosteniendo que la opinión de la Cámara de Diputados no afectaba “ningún interés esencial”, el 21 de agosto los senadores insistieron una vez más en su criterio anterior. Así las cosas, la solución sólo llegó el 29 del

⁷⁹ Que estaba integrada por los senadores Tomás Guido, Pedro Ferré, Juan de Rosas y Antonio M. Taboada.

⁸⁰ *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 141.

mismo mes, cuando la Cámara baja declinó su posición inicial, y prestó su aprobación a la ley que asignaba al auditor el rango y el sueldo de coronel ⁸¹.

3. El derecho penal militar en el Estado de Buenos Aires. Más allá de lo dicho *ut supra*, una de las consecuencias jurídico castrenses de la batalla de Cepeda en Buenos Aires giró en torno a la momentánea suspensión de las tareas codificadoras porteñas, ingrata decisión que fue revertida en febrero de 1860. En ese momento, reconociendo ser “de urgente necesidad la reforma de la legislación militar que rige en el Estado, para adaptarla a las exigencias de la época, con arreglo a las modificaciones que ha sufrido en los países civilizados, y teniendo reunidos y preparados ya algunos trabajos en este sentido el general D. Bartolomé Mitre”, el gobierno porteño acordó encargar al citado oficial “la formación de un Código Militar para el Estado” ⁸². Los deseos del gobierno, empero, no llegarían a ser satisfechos.

Otra importantísima derivación jurídico castrense de la campaña de la “integridad nacional” radicó en las discusiones relativas al derecho penal militar suscitadas en 1860, en el seno de la convención porteña reunida de acuerdo con los términos del Pacto de San José de Flores, con el objeto de examinar algunas posibles reformas al texto de la Constitución nacional. De este modo, en la oportunidad referida, tras proponerse una nueva redacción del artículo 18 de la Carta Magna de los argentinos, los convencionales abordaron diversos tópicos vinculados con el derecho penal castrense y, particularmente, con la aplicación de la pena de azotes en el ejército ⁸³. Así las cosas, más allá del examen detallado de

⁸¹ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 307.

⁸² Acuerdo de 15 de febrero de 1860. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 145.

⁸³ *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860. Univer-

todas las cuestiones jurídico militares analizadas durante la convención -que será abordado más adelante-, podemos recordar aquí que mientras hombres como Mármol y Esteves Saguí condenaron severamente la aplicación de palos y de azotes, suponiéndola opuesta al espíritu constitucional, otros, como Vélez Sársfield, Mitre y Albariño, a quienes, precisamente, no puede calificarse de partidarios de la tiranía, se manifestaron, empero, a favor de dichas penas, por considerarlas manifestaciones de un tipo de castigos más “humanitarios” que la pena de muerte.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. *El derecho penal militar realmente aplicado en la Argentina de la época.* Aunque la vigencia formal de las ordenanzas españolas no se discutía, ni en el ámbito del Estado de Buenos Aires ⁸⁴ ni en el de la Confederación Argentina ⁸⁵ -de hecho, en esta última su carácter de derecho positivo fue expresamente reconocido durante 1860, con motivo del

sidad Nacional de La Plata, *Reforma constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales* (con introducción del director del Instituto de Historia Argentina “Ricardo Levene”, profesor Carlos Heras y del doctor Carlos F. García), La Plata, 1961, págs. 201 a 207.

⁸⁴ Véanse referencias a las ordenanzas en decreto de 22 de marzo de 1856, Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 49. También en las palabras del senador Albariño, *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1858, pág. 108.

⁸⁵ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, sesiones de los días 20 de junio de 1860 y 24 de julio del mismo año. pág. 110, 192. Además, véase lo dicho por Tomás Guido y Carlos Calvo en el Senado de la Confederación durante la sesión de 21 de agosto de 1860, en *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 315 y ss.. *Memoria... de 1860*, cit., pág. 57.

dictado de la ley que atribuyó al auditor general el rango de coronel ⁸⁶-, y aunque el “espíritu” de aquéllas no dejaba de tenerse presente ⁸⁷, sería un error suponer que el texto de las ordenanzas de 1768 constituía el verdadero derecho penal militar que se aplicaba cotidianamente en la Argentina de la época. En este orden de cosas, digamos que, a mediados del siglo XIX, lo que contaba con auténtica vigencia en el país era un peculiar -e impreciso- derecho penal castrense que, bien que basado primordialmente en el texto de las ordenanzas de Carlos III ⁸⁸-, había cobrado vida propia, principalmente debido al influjo de las costumbres militares, de la práctica de los cuarteles ⁸⁹, y -pese a sostenerse que la justicia no de-

⁸⁶ Véase su texto y el decreto correspondiente en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 170.

⁸⁷ En rigor de verdad, durante el período previo al de la organización nacional, en lo atinente a derecho sustantivo, las ordenanzas sólo habían sufrido modificaciones de detalle por parte de las legislaturas provinciales. Cosa distinta sucedió en materia de jurisdicción, como lo demuestra la paradigmática derogación del carácter personal del fuero, propiciada, entre otras, por la ley porteña de 1823. En cuanto al reconocimiento de que esta última había modificado el régimen jurídico diseñado por las ordenanzas, véase *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, págs. 148 y 153.

⁸⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 153.

⁸⁹ Véase un ejemplo de lo dicho en las palabras pronunciadas por ALBARIÑO, ob. cit. en nota anterior, pág. 155, y en el *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, pág. 205, durante la 5ª sesión ordinaria, de 30 de abril de 1860.

Sobre el particular, también pueden recordarse, a manera de ejemplo, las siguientes palabras de Juan José Alsina: “Como auditor de guerra en la época pasada -dijo nuestro hombre-, puedo asegurar a la Cámara que he tenido siempre muchos expedientes de esta clase, que he reclamado el cumplimiento de esta ley [se refiere a la de julio de 1823], y sin embargo, conociendo el Gobierno, sin duda, la inconveniencia de sujetar a un oficial a la justicia ordinaria por faltas, fuera del servicio, lo ha sometido a un consejo de guerra, porque era impropio, era agravar el mal, lejos de remediarlo, el remitir el oficial al juez del crimen, condenándole a la par de otros criminales en la cárcel pública, lo que así debía ser por la citada ley nuestra. Así lo pedí yo, como auditor de guerra, y el Gobierno nunca lo ordenó. Es notorio que siempre a los oficiales se les ha puesto presos en los

bía “subordinarse a las pasiones de los hombres”⁹⁰-, de las distorsiones provocadas por indebidas incursiones de la autoridad política en la materia⁹¹. Así las cosas, v.gr., en tanto que se hablaba de la existencia de un auténtico “derecho consuetudinario” castrense⁹², también se decía que, en la realidad de los hechos, el régimen de las ordenanzas de 1768 “no se practica[ba] en todo su rigor”⁹³. Aún más, no pocas veces los contemporáneos ignoraban cuáles eran las disposiciones de las ordenanzas que realmente se encontraban en vigencia⁹⁴, lo que dio lugar a la aplicación de un régimen jurídico-castrense en el que algunos auditores no dudaban en recomendar a las autoridades la aplicación de “medidas discrecionales”⁹⁵, y en el que la frecuencia de las arbitra-

cuarteles: [aunque] por nuestras leyes no tienen tal excepción”. En *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 148.

⁹⁰ Oficio del ministro de Guerra y Marina del Estado de Buenos Aires, Bartolomé Mitre, al de Gobierno y Relaciones Exteriores, Valentín Alsina; Buenos Aires, 31 de diciembre de 1855. En AGN, X-28-8-4, exped. 11.220.

⁹¹ “El ingrato asunto Vedia pasó al fiscal militar, a petición del auditor. Veremos qué pueda hacerse”. Carta del gobernador Valentín Alsina a Bartolomé Mitre, Buenos Aires, 15 de marzo de 1858. *Archivo del General Mitre*, t. XVIII, “Comandancia General del Norte”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 30.

⁹² Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1858, pág. 108.

⁹³ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N^{ros} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 8.

⁹⁴ Daniel ARÁOZ, *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 201.

En cuanto a la falta de comprensión de cuáles debían ser las normas militares consideradas como vigentes, podemos recordar un caso en el que, para reforzar el prestigio de ciertas cláusulas de las ordenanzas de 1768, un letrado invocó una real orden de 10 de noviembre de 1817, sin reparar en que ésta nunca había sido aplicada en el país, como que había sido dictada después de producida la emancipación. Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en *Boletín Jurídico Militar*, N^o 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 41.

⁹⁵ Cfr. Dictamen de Baldomero García, auditor de guerra *ad hoc*, en autos “José Rodríguez”; Paraná, 27 de junio de 1860. En *Memoria... de 1860*, cit., pág. 342.

riedades cometidas ⁹⁶ llevó a una alarmada voz a afirmar, sin eufemismo alguno, que la legislación militar argentina era un auténtico “caos” ⁹⁷.

Empero, frente a esta deprimente imagen de lo penal militar, durante los años bajo estudio se produjeron algunos innegables avances. Entre ellos, por ejemplo, podemos mencionar el que se introdujo con la ley porteña de 24 de agosto de 1857, que distinguió, implícitamente, entre las faltas y los delitos castrenses ⁹⁸. Sin embargo, esto no fue todo. En efecto, todavía más importante en el proceso de transformación del derecho militar argentino fue la recepción de nuevos principios jurídicos, entre los que podemos mencionar la ponderación de la reincidencia a la hora de imponer penas, y aquellos otros tendientes a garantizar a los procesados “las formas esenciales de todo juicio” y los beneficios de la doble instancia ⁹⁹.

2. Las penas. En materia de penas, durante estos años se advierte la paulatina gravitación de nuevas ideas filosófico-jurídicas, junto con la supervivencia de viejas prácticas hispánicas, como el frecuente otorgamiento de indultos que morigeraban, en la realidad cotidiana, el rigor de los preceptos de carácter penal castrense ¹⁰⁰. Así las cosas, hombres

⁹⁶ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N^{ros} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 8. En el mismo sentido, el convencional Albariño, en *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, 5^a sesión ordinaria, 30 de abril de 1860, pág. 205.

⁹⁷ Daniel ARÁOZ, *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 202.

⁹⁸ *Colección completa de leyes del Estado y Provincia de Buenos Aires, desde 1854 a 1929*, cit., pág. 255, arts. 1 y 2.

⁹⁹ *Idem ant.*, págs. 255 y 256, arts. 3 a 5.

¹⁰⁰ Entre otros ejemplos, se puede mencionar el decreto bonaerense de 22 de marzo de 1856, ofreciendo el perdón a los reos de desertión, norma que fue prorrogada, sucesivamente, el 2 de julio y el 20 de septiembre del mismo año -al respecto, cfr. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, págs. 49 y 50, y *El soldado de la ley*, N^{ros} 5 y 6, 25 de

como Mitre, que creían que “en el orden militar toda falta es grave”, y que, por ende, era merecedora de “la pena correspondiente”¹⁰¹, también insistirían en la conveniencia de suavizar las penas, “haciéndolas más efectivas”¹⁰² y graduándolas de acuerdo con la falta cometida¹⁰³. Otros más audaces, incluso, como Miguel Esteves Saguí, hablarían de la conveniencia de “*fixar en la Constitución el límite de las penas que por el Código Militar pueden establecerse en previsión de los abusos que puedan cometerse*”¹⁰⁴.

En cuanto a expresiones prácticas de estas nuevas ideas -que, sobre todo, se manifestaron en materia de castigos ejercidos sobre el físico del infractor-, podemos recordar como, respondiendo a un “sentimiento de humanidad”, y al temor de inutilizar a los soldados para el servicio, en 1853 se establecieron, en Buenos Aires, ciertos límites a la imposición de azotes¹⁰⁵. Esta misma cuestión de los azotes volvió a preocupar a los porteños en 1860, durante la reunión de la convención destinada a proponer reformas a la Constitución Nacional. En esa oportunidad, hombres como Mármol criticaron la imposición de castigos corporales a los soldados, afirmando, asimismo, Miguel Esteves Saguí, que en un país democrático

septiembre de 1856, pág. 6-; y el indulto dictado por el general Urquiza el 31 de octubre de 1859, reproducido en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, págs. 130 y 131.

¹⁰¹ Respecto de todo lo dicho, véase *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860, págs. 201 a 207. También en el mismo orden de cosas, resulta ilustrativo lo que se reproduce en *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 248.

¹⁰² En *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 248.

¹⁰³ *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860; pág. 203.

¹⁰⁴ *Idem ant.*.

¹⁰⁵ Orden general del ejército bonaerense de 20 de noviembre de 1853. En AGE, copia del libro de órdenes generales, N° 1.

“regido por un sistema representativo republicano”, no debía “aplicarse la pena de azotes, ni aun en el Código Militar del que todavía no se quiere borrar”. Por su parte, Dalmacio Vélez Sársfield se expidió a favor de su aplicación, lo mismo que Albariño y que Mitre. Este último, incluso, llegó a sostener, en apoyo de los latigazos, que así como “el que levanta la voz al sargento, como el que levanta la espada al Coronel, comete[n] un acto de insurrección, y merece[n] una pena grave”, si los azotes estuviesen abolidos, sería “preciso matar al hombre por una pequeña falta cualquiera”¹⁰⁶.

b. Figuras penales

1. La desertión y otras figuras vinculadas con ella.

Tratándose de una época de escasos desarrollos en materia de figuras penales, es lícito afirmar que las mayores preocupaciones en la materia se relacionaron con la regulación de la desertión y con la de otras infracciones a ella vinculadas. En este orden de cosas, señalemos que, habiéndose convertido en una perniciosa costumbre de los ejércitos patrios, durante el período de la organización nacional la desertión constituyó un auténtico flagelo, tanto para los ejércitos porteños como para los de la Confederación. De acuerdo con este panorama, resultan sumamente gráficas las palabras pronunciadas por Wenceslao Paunero durante la campaña que culminó en la batalla de Pavón, según las cuales «si nos falta energía para reprimir la desertión, el ejército se nos va a escurrir por entre

¹⁰⁶ Respecto de todo lo dicho, véase *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860, págs. 201 a 207. También en el mismo orden de cosas, resulta ilustrativo lo que se reproduce en *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 248.

los dedos”¹⁰⁷. Por su parte, casi contemporáneamente, en abril de 1860, el entonces gobernador de Santa Fe, Rosendo Fraga, preocupado por la dificultades que debía afrontar para integrar la guardia nacional local, también se refería a las reiteradas deserciones sufridas por el cuerpo¹⁰⁸.

Así las cosas, respecto de concretas regulaciones específicas relativas a la deserción, cabe recordar aquí que este problema dio lugar a un decreto bonaerense de 15 de noviembre de 1854, en virtud del cual se estableció que la aplicación del art. 91, título 10, tratado 8, de las ordenanzas de Carlos III sólo exigiría la confección previa de un breve sumario¹⁰⁹. Por otra parte, dado lo infructuoso de este tipo de medidas, algo más de medio año después, en agosto de 1855, el entonces gobernador Obligado llegó a considerar seriamente la posibilidad de dictar un decreto castigando a los que auxiliares a los soldados fugados del servicio. En este orden de cosas, la idea no era otra que imponer graves penas a los que abrigasen u ocultasen a los desertores del ejército, haciendo efectivo “todo el rigor de las disposiciones vigentes”¹¹⁰. Finalmente, el 3 de septiembre de 1855, “considerando... indispensable estimular por todos los medios posibles, la aprehensión de desertores, que tan perjudiciales son a la moralidad de las poblaciones, especialmente de la campaña”, el gobierno porteño estableció un sistema de gratificaciones para favorecer a quienes aprehendiesen a desertores, o diesen

¹⁰⁷ Oficio del general Wenceslao Paunero al gobernador y general en jefe del Ejército de Buenos Aires, Bartolomé Mitre; Campamento en el Arroyo de Gómez, 24 de agosto de 1861. En *Archivo del General Mitre*, t. IX, “Campaña de Pavón (conclusión)”, Buenos Aires, Biblioteca de “La Nación”, 1911, pág. 119.

¹⁰⁸ Néstor Tomás AUZA, ob. cit., pág. 93.

¹⁰⁹ Decreto de la provincia de Buenos Aires de 15 de noviembre de 1854. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 18.

¹¹⁰ Pastor Obligado a Bartolomé Mitre; 23 de agosto de 1855. En *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 74.

noticias sobre ellos. Además, junto con las penas establecidas en las leyes anteriores, se dispuso que quienes indujeran o fomentaran la deserción, o protegieran a desertores, serían castigados con multas de diverso valor ¹¹¹.

2. Otras figuras penales. Aunque la deserción fue la infracción más atentamente seguida por las autoridades de la época, durante la organización nacional hubo otras figuras que también motivaron regulaciones especiales. En este orden de cosas puede mencionarse una ley porteña ya recordada en el curso de este trabajo, que dispuso considerar como faltas graves, sometidas a una jurisdicción especial, aquellos lances ofensivos del decoro, embriagueces, desórdenes y escándalos que cometieran los oficiales fuera del servicio ¹¹². Por otra parte, también cabe recordar la nueva figura instituida en mayo de 1861 por el gobierno de la Confederación, en virtud de la cual se consideró infracción punible la figura de la falta de asistencia de jefes y oficiales del ejército a los actos de etiqueta gubernamental, como las fiestas cívicas. En virtud de dicha regulación, se imponía arresto domiciliario de tres a quince días, “en proporción al rango o clase de la persona que hubiese cometido la falta”; del doble de tiempo al reincidente por primera vez; y de suspensión de empleo al reincidente por segunda vez. Respecto de esta norma, no está de más expresar que, evidenciando la precariedad de la disciplina jurídico castrense de la época y la todavía limitada influencia de los nuevos principios penales, en la disposición de marras, cuya entrada en vigencia se programó para el día 9 de julio de 1861, se estableció que las penas previstas serían aplicadas “prudencialmente” ¹¹³.

¹¹¹ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 44.

¹¹² *Colección completa de leyes del Estado y Provincia de Buenos Aires, desde 1854 a 1929*, cit., pág. 255, art. 1.

¹¹³ Orden general del Ejército Nacional, del día 10 de mayo de 1860. En AGE, copia de libros de órdenes generales.

c. Jurisdicción

1. La restricción del fuero militar al ámbito real. Si bien, en principio, en el ámbito de la Confederación Argentina, el tema del alcance de la jurisdicción castrense resultó inicialmente aclarado con la sanción de la Constitución de 1853¹¹⁴ -que consagró como único fuero válido el de causa-, el asunto, empero, no quedó del todo resuelto, pues surgieron dudas en cuanto a los alcances precisos de la jurisdicción militar. En efecto, no faltaron las voces que, aunque sin mayor constancia, llegaron a pronunciarse a favor de la permanente preferencia del “fuero excepcional de guerra” sobre el fuero común¹¹⁵. De este modo, como consecuencia del caso “Roque Álvarez”, el 24 de febrero de 1858 las autoridades del Ministerio de Guerra y Marina de la Confederación -convencidas de que para determinar la jurisdicción competente no se debían tener en cuenta “las circunstancias de la persona que comete el hecho”, sino las que rodeaban al “hecho mismo”-, dictaron una resolución en la que quedó sentado que la competencia de la jurisdicción castrense sólo correspondía cuando el delito imputado hubiese comprometido la subordinación militar, aclarándose que en el caso de que se tratase del concurso de un delito civil con uno castrense, sería competente el tribunal que hubiera debido entender en el delito castigado con pena mayor¹¹⁶. Un par de años después, en el

¹¹⁴ Congreso Nacional, Cámara de Senadores. *Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 323.

¹¹⁵ Esta fue la opinión de Baldomero García 1859, con motivo de la intervención a San Juan, posición que luego rectificó, al dictaminar en autos “Calixto de la Torre”. Cfr. Saturnino LASPIUR, *El dictamen del asesor “ad hoc” Don Baldomero García sobre la solicitud del Teniente Coronel D. Calixto de la Torre invocando la jurisdicción militar en la causa por sedición que se le sigue ante la justicia ordinaria de la provincia de Córdoba. Cuestión de derecho constitucional*, Córdoba, Imprenta “Tres de Febrero”, 1860, pág. 3.

¹¹⁶ Resolución del Ministerio de Guerra y Marina de la Confederación, suscripto por el oficial mayor, José Antonio Álvarez de Condarco; Paraná, 24 de febrero de 1858. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 86.

curso de un luminoso dictamen, Ramón Ferreira sostuvo que la competencia del fuero castrense sólo cabía en el caso de la comisión de hechos que perteneciesen o afectasen “directamente a la disciplina, [o] a los deberes del orden militar”, o cuando se tratase de hechos o funciones que, pese a ser de naturaleza común, se cometiesen “con ocasión, causa o motivo del servicio, o estando en ejercicio activo al tiempo de cometerlos”¹¹⁷. Por otra parte, en el ámbito del Estado de Buenos Aires, la vigencia de principios análogos, contenidos en la ley porteña de julio de 1823 -norma que, como se recordará del capítulo anterior, abolió los fueros personales, y a la que los hombres de la época de la organización nacional calificaron como “una de las que más honran nuestro sistema democrático”¹¹⁸- no sólo no se discutió¹¹⁹, sino que su aplicación fue constantemente recordada a la tropa¹²⁰. Respecto de la ley citada arriba, digamos, además, que junto con su acatamiento bonaerense, en la Confederación ella fue considerada como una guía útil para desentrañar “la verdadera inteligencia y aplicación de la Constitución Nacional”¹²¹.

2. Extensión de la jurisdicción militar. En materia de modificaciones a la extensión de la jurisdicción castrense porteña -que es aquella respecto de la cual advertimos los mayores cambios durante la época- cabe señalar que se produjeron manifestaciones contradictorias. En efecto, mientras

¹¹⁷ Ramón FERREIRA, dictamen de 4 de mayo de 1860, en Boletín Jurídico Militar, N° 2 (julio-diciembre de 1953), págs. 40 y 41.

¹¹⁸ Palabras del senador Azcuenaga, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, año 1857, pág. 151.

¹¹⁹ Idem ant., pág. 147.

¹²⁰ Órdenes generales de 3 de noviembre de 1853 y 27 de enero de 1854. En AGE, copia del libro de órdenes generales, N° 1.

¹²¹ Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en Boletín Jurídico Militar, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 40.

que para algunas personas se la restringió, respecto de otras no se hizo sino ampliarla.

En cuanto a restricciones, podemos recordar que la guardia nacional porteña fue eximida de la competencia de la jurisdicción castrense tradicional, estableciéndose, para el conocimiento de las faltas disciplinarias de sus integrantes, una jurisdicción correccional especial¹²². Por otra parte, limitando el alcance de los tribunales castrenses, llegó a sostenerse que las personas agregadas a una división militar como colaboradores voluntarios debían considerarse exentos de la jurisdicción especial de guerra. Por tal razón, se sostenía, podían abandonar los contingentes cuando quisiesen, sin quedar por ello comprendidos en las penalidades del desertor, en tanto que no tenían “deberes de ordenanza que llenar, ni puesto que desempeñar [...] [en virtud de] un formal enrolamiento”¹²³.

En lo que se refiere a la ampliación de la jurisdicción castrense, más allá de la excepcionalísima situación análoga a la ley marcial del 4 de febrero de 1852, y al tribunal militar especial instituido tras la sublevación de Hilario Lagos, comentadas más arriba, en el Estado de Buenos Aires el fuero castrense resultó ampliado en virtud de una ley de 1857, merced a la cual los oficiales imputados de la comisión de embriagueces, desórdenes o escándalos en la vía pública, que pudiesen afectar la opinión de los bonaerenses sobre el ejército, quedaron sometidos a una jurisdicción disciplinaria autónoma, de doble instancia. La primera de ellas, constituida por el comandante general de Armas, asesorado por el auditor general; y la segunda, e inapelable, por un consejo permanente de oficiales de superior graduación, designado por el gobierno¹²⁴.

¹²² Véase la orden general del ejército porteño, fechada en 8 de diciembre de 1853. En AGE, copia del libro de órdenes generales, N° 1.

¹²³ “Actos de energía militar”, en *El Nacional*, 18 de diciembre de 1861.

¹²⁴ *Diario de Sesiones de la Camara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, año 1857, sesión de 23 de julio, pág. 147. *Diario de Sesiones de la Camara de Diputados del*

III. Mentalidades

a. *Cultura jurídica*

1. **Grado de conocimiento del derecho vigente.** Con pocas excepciones, como la de un Juan José Alsina, partiendo del análisis de los testimonios de época el historiador llega a la conclusión de que, durante el período de la organización nacional, las ordenanzas y demás disposiciones jurídico castrenses no fueron sino superficialmente conocidas por los contemporáneos ¹²⁵, habitual carencia que afectaba tanto a los militares como a los juristas ¹²⁶, y que condujo al diputado Daniel Aráoz a sostener, en el recinto de la Cámara de Diputados de la Confederación, que en la Argentina “no se conocía la legislación militar” ¹²⁷. Así las cosas, digamos, por ejemplo, que mientras que la mayoría de los legisladores ignoraban cómo se organizaba la jurisdicción castrense ¹²⁸, no eran pocos los hombres públicos -incluyendo abogados de la talla de un Dalmacio Vélez Sársfield- que, desconociendo las verdaderas atribuciones de los auditores de guerra, consideraban a estos funcionarios como “verdaderos jueces letrados” ¹²⁹. De este modo,

Estado de Buenos Aires, año 1857, sesión de 24 de agosto, pág. 9. *Colección completa de leyes del Estado y Provincia de Buenos Aires, desde 1854 a 1929*, cit., págs. 255 y 256.

¹²⁵ A este respecto, pueden citarse los dichos del senador Azcuénaga, “No conozco las leyes, la razón natural es la que guía mis palabras...”. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 151.

¹²⁶ Véase al respecto, el debate suscitado en el seno de la Convención porteña de 1860, particularmente cuando Albariño refutó a quienes justificaban la aplicación de azotes a los soldados invocando para ello el texto de las Ordenanzas: “He dicho, señores, que no hay un solo artículo de la ordenanza militar que autorice el castigo corporal con palos ni azotes al soldado”. Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860, pág. 205.

¹²⁷ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 202.

¹²⁸ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 204.

¹²⁹ Cfr. Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, *Dictámenes en la asesoría de gobierno del Estado de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1982,

partiendo de una realidad como la anteriormente descrita, desde luego resulta escasamente sorprendente que los soldados argentinos ignorasen cuestiones tales como la magnitud y las consecuencias jurídicas de la desertión ¹³⁰, situación que se intentó paliar malamente en Buenos Aires, con la frecuente lectura, “en rueda de compañía”, de las disposiciones contenidas sobre este tópico en el artículo 91 de las ordenanzas ¹³¹. Señalemos, asimismo, respecto del último cuerpo normativo citado, que entre los dirigentes argentinos campeaba una preocupante indefinición referida a qué partes de las disposiciones carolinias debían considerarse en vigencia. En este sentido, mientras el senador porteño Albariño consideraba que, como norma “mandada observar” por los poderes anteriores a la independencia, la ordenanza debía ser observada en su totalidad como “ley del país que acatamos todos” ¹³², Juan José Alsina refutaba este razonamiento, sosteniendo, a favor de su postura, que las normas dictadas por Carlos III sólo contaban con carácter supletorio, dependiendo su vigencia, respecto de ciertas instituciones penales, de la existencia o no de disposiciones patrias pertinentes ¹³³.

2. Enseñanza del derecho penal militar. Pese a que se consideraba que el estudio de las ordenanzas constituía

pág. 191. Véanse, también, las expresiones del diputado Pedro Ávila en *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, págs. 193, 202. Por el contrario, explicando correctamente las atribuciones de los auditores, véase, en las mismas *Actas* citadas, pág. 206, lo dicho por Álvarez de Condarco.

¹³⁰ Decreto de Buenos Aires, 22 de marzo de 1856. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 49.

¹³¹ Decreto de la provincia de Buenos Aires de 15 de noviembre de 1854. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 19.

¹³² *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 147.

¹³³ *Idem ant.*, pág. 153.

“*el punto de partida de la enseñanza militar, tanto en la escuela, como en las academias prácticas y en los cuerpos*”¹³⁴, y que se hacía hincapié sobre la necesidad de estudiar “la ley militar aplicable a los individuos del Ejército, no sólo por la diversidad de casos ocurrientes en él, sino por la variedad y el número que hay de órdenes y leyes vigentes”¹³⁵, lo cierto es que la explicación metódica y sistemática del derecho penal militar, como asignatura autónoma, era inexistente en la Argentina de la época de la organización nacional. Empero, ello no significa que no se haya tratado de superar dicha situación. Así las cosas, podemos recordar la actitud del gobierno porteño que, penetrado “de la necesidad de elevar la Universidad a la altura que corresponde a un pueblo como [el de] Buenos Aires, que siempre estuvo a la vanguardia de la civilización en la América del Sud...”, sentó las bases para establecer una cátedra de derecho militar “agregada” -vale decir, no obligatoria- a la enseñanza jurídica universitaria¹³⁶. El intento, sin embargo, no fructificó.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la enseñanza del derecho militar como saber integrado con otras disciplinas, pueden mencionarse los tópicos que, referidos a la materia, se impartían en el Colegio Nacional de Concepción del Uruguay, durante el transcurso de la cuarta sección del segundo año del “aula militar”. Al respecto, según consta del programa de 1857, se trataba de la “instrucción para la formación de sumarios, procesos, consejos de guerra y todo lo relativo a ordenanzas en juzgados militares”¹³⁷. Asimismo, amén de

¹³⁴ Benjamín Victorica, *Memoria... de 1860*, cit., pág. 57.

¹³⁵ Palabras pronunciadas por Tomás Guido en la Cámara de Senadores de la Confederación, durante la sesión de 30 de junio de 1860. En *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 141.

¹³⁶ Decreto de 11 de agosto de 1855. En *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, año 1855, pág. 93.

¹³⁷ Néstor Tomás AUZA, ob. cit., pág. 249.

estas ligeras enseñanzas, también podemos referir la labor del penalista Carlos Tejedor, quien dedicaba algún espacio a estas cuestiones mientras desarrollaba su Curso de Derecho Criminal, en la Universidad de Buenos Aires ¹³⁸.

3. Caracterización de los expertos en la materia.

Como en épocas anteriores, el cuerpo de auditores -cuya función, pese a lo que sostuvieron algunos contemporáneos desinformados ¹³⁹, no era la de juzgar, sino, que, como venía sucediendo desde el siglo XVIII, se dirigía fundamentalmente a asesorar a los jefes, ilustrándolos para que pudiesen “resolver con pleno conocimiento tanto sobre el hecho, como sobre el derecho” ¹⁴⁰- estaba integrado generalmente por letrados. Esta regla, sin embargo, no constituía un requisito insalvable, como lo demuestra el nombramiento de auditor recaído en 1861 en la persona de Domingo Faustino Sarmiento ¹⁴¹. Por otra parte, en cuanto a lo que hace a la conceptualización que merecían las funciones cubiertas por estos expertos, cabe señalar aquí que, sobre todo a fines de la década de 1850, se advierte una creciente valoración de su figura. Así lo demuestran, al menos, una propuesta de Mitre, dirigida a contar con un auditor en “todo ejército en campaña” ¹⁴², y los debates en

¹³⁸ Tejedor se preocupaba por definir los delitos militares, por explicar la extensión del fuero militar, y por describir algunos delitos castrenses. Al respecto, véanse las páginas 27 y 28 de los apuntes universitarios tomados en 1858 por Dardo Rocha, y las “tablas impresas” para estudiar derecho criminal, en particular las N^{ros} 1 y N^o 7. En AGN, Colección Dardo Rocha, legajo 289.

¹³⁹ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, págs. 193 y 194.

¹⁴⁰ Matías ZAPIOLA, *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1857, pág. 154. Sobre el auditor, véase también lo dicho por el senador Albariño en la pág. 155 del mismo cuerpo documental.

¹⁴¹ Domingo Faustino SARMIENTO, “Cuestiones de actualidad”, *La Tribuna*, mayo de 1875. En “Las Doctrinas Revolucionarias (1874-1880)”; *Obras Completas*, t. XXXIX, Buenos Aires, Luz del Día, pág. 53.

¹⁴² Bartolomé MITRE, “Plan de Código Militar”. En *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 248.

el Congreso de la Confederación que culminaron con la ley de agosto de 1860, mediante la cual se reconoció al auditor del ejército nacional el grado y el sueldo de coronel ¹⁴³.

Respecto a la formación de los auditores, digamos también que, faltando -como ya hemos dicho arriba- cátedras especializadas sobre la materia, la fundamental “escuela” de aquéllos pasaba por actuar en la práctica del foro castrense. Así las cosas, el deslucido conocimiento específico de los operadores jurídico militares ¹⁴⁴ -que, desde luego, siempre seguía siendo superior al que poseían los letrados volcados al estudio de otros asuntos, como lo demuestra el paradigmático caso de un Vélez Sársfield, casi completamente ignorante en la materia ¹⁴⁵- fue, como lo había sido antaño, producto de un saber asistemático, adquirido primordialmente merced a los esfuerzos de una experiencia personal ¹⁴⁶, a la que se adjudicaba, no sin razón, un gran valor instructivo ¹⁴⁷. Lamentablemente, empero, este tipo de formación se veía perjudicado por la forma en la que se nombraban los auditores. En efecto, debe tenerse en cuenta que la designación circunstancial de éstos como funcionarios *ad hoc* -sucediendo rara vez lo que a un Juan José Alsina, quien gozó del cargo con carácter estable y permanente- conspiraba, obviamente, contra la adquisición de sólidos conocimientos técnicos. Asimismo, no está de más señalar que los

¹⁴³ Véase, más arriba, en este mismo capítulo, el punto I.e.2.

¹⁴⁴ En este sentido, puede recordarse, por ejemplo, el dictamen de un auditor porteño, de enero de 1858, en el que, sin fundamento jurídico de ningún tipo, se recomienda el sobreseimiento de un procesado. Véase AGN, X-30-3-4, exped. 958.

¹⁴⁵ Sobre el particular, véase Ezequiel ABÁSULO, “El universo militar de un jurista. Dalmacio Vélez Sársfield, el ejército y la guerra”, en *RHD*, N° 22 (1984), pág. 37.

¹⁴⁶ Véase una referencia a la experiencia adquirida en materia jurídico-militar en la participación del senador y ex-auditor de Guerra y Marina Juan José Alsina registrada en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1857, pág. 148.

¹⁴⁷ Juan José ALSINA, *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 153.

auditores solían ser distraídos de sus funciones específicas -y por ende, de su aprendizaje-, para adjudicárseles otras tareas, que muchas veces les resultaban completamente ajenas. Así lo confirman numerosos testimonios; entre ellos, los provenientes de la actuación del auditor porteño, cubriendo el vacío dejado por la renuncia del fiscal general de gobierno ¹⁴⁸, subrogando al asesor del Estado de Buenos Aires cuando el primero resultaba imposibilitado de dictaminar en un asunto determinado ¹⁴⁹ -pese a que, según Vélez Sársfield, las atribuciones de ambos funcionarios habían sido separadas “muy distintamente” por la ley ¹⁵⁰-, u ocupando una plaza como miembro nato del Consejo Consultivo de Gobierno, instituido en julio de 1855 ¹⁵¹. Asimismo, también puede mencionarse una vez más, el caso de Sarmiento, a quien en 1861, en tanto que auditor del ejército del interior, se le concedieron atribuciones netamente políticas ¹⁵².

Resultando, pues, la tarea de la Auditoría de Guerra una actividad desarrollada más por necesidad que por vocación, es lógico que escasearan los auténticos expertos en el tema. Sobre el particular, por ejemplo, podemos recordar las categóricas expresiones del veterano general Guido, quien afirmó que en el curso de su vida no había conocido sino a dos abogados a los que pudo considerar “como verdaderos auditores de Guerra, es decir, personas dedicadas especialmente al estudio del código, reales órdenes y demás disposiciones conexas con la materia” ¹⁵³.

¹⁴⁸ Decreto de 6 de junio de 1855. En *Registro Oficial de Gobierno de Buenos Aires*, 1855, pág. 63.

¹⁴⁹ Alberto David LEIVA, *Dictámenes del asesor de gobierno del Estado de Buenos Aires*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1996, pág. 50.

¹⁵⁰ Cfr. Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, cit., pág. 191.

¹⁵¹ Art. 4 del decreto bonaerense de 26 de julio de 1855. En *Registro Oficial de Gobierno de Buenos Aires*, año 1855, pág. 89.

¹⁵² Domingo Faustino SARMIENTO, “Cuestiones de actualidad”, cit., pág. 53 y ss..

¹⁵³ Véase *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 141.

4. *Literatura jurídico militar argentina de la época.* En materia de literatura jurídico-castrense, cabe señalar que si bien las publicaciones nacionales dedicadas a la materia fueron bastante escasas, durante la época se advierte una creciente, aun cuando todavía tímida, preocupación por la cuestión. En este sentido, y aunque con cierto retraso respecto de lo que sucedía con la generalidad del mundo jurídico argentino ¹⁵⁴, por estos años predominan, sobre la totalidad del material publicado, las referencias jurídico castrenses circunstanciales, receptadas en las columnas de la prensa periódica ordinaria. En este orden de cosas, por ejemplo, puede recordarse cómo, en 1858, *La Reforma Pacífica* no sólo se refirió a la causa militar incoada contra Antonio Lorente, sino que también reprodujo la sentencia ¹⁵⁵, o cómo, dos años más tarde, las páginas del mismo periódico porteño concedieron un considerable espacio al caso del coronel Baldomero Lamela ¹⁵⁶. Asimismo, dentro de la misma tendencia, cabe señalar que durante 1860, en la ciudad de Paraná las columnas de *El Nacional Argentino* dedicaron bastante espacio a reproducir algunos escritos que, suscitados a partir de los autos “Calixto de la Torre” y “José Rodríguez”, se referían a cuestiones relativas a la naturaleza del fuero militar ¹⁵⁷.

En cuanto a emprendimientos editoriales de mayor alienato, cabe apuntar que en septiembre de 1856 cobró vida en Buenos Aires un efímero pero valioso esfuerzo. Nos referimos al periódico *El soldado de la ley*, a lo largo de cuyos dis-

¹⁵⁴ Alberto David LEIVA, “Del periodismo forense a las revistas jurídicas. Un aspecto en la evolución de la literatura jurídica argentina (1850-1950)”. En Víctor Tau Anzoátegui [ed.], *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, págs. 59 a 65.

¹⁵⁵ *La Reforma Pacífica*, N° 328, 16 enero de 1858, y N° 332, de 21 de enero del mismo año.

¹⁵⁶ *La Reforma Pacífica*, 4 de noviembre de 1860, artículo titulado “Una arbitrariedad”.

¹⁵⁷ Cfr. el índice de la *Memoria... de 1860*, cit., pág. 3.

tintos números se registran, por ejemplo, los textos de una interesantísima polémica mantenida entre Bartolomé Mitre y Pedro Díaz respecto de los caracteres del derecho militar, y de un conciso “formulario”, destinado a guiar al militar que fungiese como sumariante ¹⁵⁸. Por otra parte, también en Buenos Aires, pero dos años más tarde, en 1858 los talleres de “La Tribuna” imprimieron una obra de derecho militar que, publicada tiempo atrás en la madre patria, había sido escrita por el capitán del ejército español Julián López de la Cuesta ¹⁵⁹. Respecto del particular, cabe señalar aquí, en lo atinente a las características generales del libro de marras, que más que un estudio profundo, lo que el lector rioplatense pudo encontrar bajo el pomposo título de *Novísimo compendio de Juzgados militares de Colón y tratado de las diversas clases de enjuiciamientos, procesos y actuaciones criminales y ordinarias que se practican en el Ejército y Armada*, fue una obrita, no muy gruesa, dirigida a instruirlo en la práctica de las actividades habituales del foro castrense. Asimismo, aclaremos que, desde luego, la información ofrecida por López de la Cuesta en su trabajo respondía a la realidad normativa peninsular de mediados del siglo XIX, ante lo cual los editores porteños se limitaron a incorporarle una brevísima addenda -de poco más de una página- en la que, con el objeto de adaptar la obra al medio jurídico argentino, se comentaban, sucintamente, los términos de la ley porteña aboliendo los fueros personales, de julio de 1823 ¹⁶⁰. Finalmente, durante 1860 se sumó a este incipiente esfuerzo editorial la publicación del *Curso de Derecho Criminal*, de Carlos Tejedor, a lo

¹⁵⁸ *El soldado de la ley*, N^{os} 1 y 2, de 4 de septiembre de 1856, pág. 13.

¹⁵⁹ Cabe señalar que, de acuerdo con la información contenida en Antonio PALAU Y DULCET, *Manual del librero hispanoamericano*, t. VII, Barcelona, Librería Palau, 1954, pág. 637, nuestro autor también escribió una *Instrucción manual para el arma de caballería*, publicada en Madrid por la Imprenta de Pedro Sanz y Sanz.

¹⁶⁰ Consideramos oportuno señalar que en la Biblioteca Nacional existen varios ejemplares de esta edición porteña.

largo de cuyas páginas se reprodujeron buena parte de las enseñanzas universitarias del autor, orientadas a demostrar la necesidad del fuero militar, a caracterizar los delitos castrenses, y a describir algunas de las figuras penales militares. En cuanto a la valoración de los contenidos jurídico castrenses de esta obra, no está de más advertir que el trabajo del futuro redactor del Código Penal respondía, fundamentalmente, a sus preocupaciones didácticas, resultando su enfoque bastante alejado de la realidad del foro castrense argentino. Asimismo, resultan palpables las carencias de un autor que, escribiendo desde el ángulo de la pura teoría, parece desconocer importantes aspectos del orden jurídico militar patrio, sobre todo en lo que se refiere al derecho consuetudinario castrense aplicado ¹⁶¹.

5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico-castrenses. Junto a los escasos retazos jurídico-militares producidos en el país -reseñados en el punto anterior-, los operadores argentinos integraban el arsenal de sus conocimientos con un variopinto conjunto de materiales que provenían, o bien de la tradición jurídica hispánica anterior a la Revolución de Mayo, o bien de la ciencia moderna y de los más novedosos frutos de la actividad forense del mundo occidental. De este modo, en cuanto a lo dicho en primer término, podemos citar algunas normas del derecho castellano-indiano, las Ordenanzas Militares de Carlos III y los clásicos *Juzgados Militares* de Félix Colón de Larriátegui -*aggiornados*, en ocasiones, gracias a nuevas ediciones, o complementados con instrumentos de consulta más recientes, como el *Diccionario de legislación* de Escriche ¹⁶²-, elemen-

¹⁶¹ CARLOS TEJEDOR, *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1860. Nosotros manejamos la segunda edición, de 1871, publicada en Buenos Aires por la librería de Cl. M. Joly, respecto de la cual pueden consultarse especialmente las págs. 328 a 337.

¹⁶² Véanse las citas efectuadas en el dictamen de Manuel Lucero, ministro de la Corte Suprema de la Confederación actuante como auditor de guerra *ad hoc* en autos Calixto de la Torre; Paraná, 17 de abril de 1860. En *Memoria ... de 1860*, cit., pág. 331.

tos todos que seguían siendo ampliamente aplicados y citados. Así lo demuestra el hecho de que tanto las ordenanzas como los *Juzgados Militares* eran fácilmente adquiribles, no sólo en las principales librerías porteñas ¹⁶³, sino también en las de algunas ciudades de la Confederación ¹⁶⁴. Incluso más, en cuanto al sostenido prestigio del antiguo derecho español, puede recordarse alguna exagerada manifestación según la cual el “Colón” era una obra que reflejaba “la jurisprudencia militar vigente en el país” ¹⁶⁵. Sin embargo, lo dicho no debe conducirnos a engaño con respecto a la verdadera ponderación de la literatura jurídica hispánica por parte de los contemporáneos. En efecto, durante estos años la hasta entonces indiscutida supremacía de los textos y de los autores peninsulares comenzó a ser duramente amenazada. De este modo, junto a las obras españolas, todavía consultadas con cierta frecuencia, como la del ya recordado Colón de Larriátegui ¹⁶⁶, o la continuación de ésta, escrita por Alejandro de Bacardí ¹⁶⁷,

¹⁶³ *La Reforma Pacífica*, 3 de noviembre de 1860.

¹⁶⁴ Así las cosas, y siguiendo un dato brindado por Isidoro J. RUIZ MORENO -en su artículo “La escuela de derecho del Colegio del Uruguay”, aparecido en la Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”, N° 24 (1978), pág. 292- puede recordarse, por ejemplo, una publicidad entrerriana en la que se ofrecía un “Compendio de procesos militares” escrito por Colón de Larriátegui. El aviso, publicado por la mercería de José Joaquín Montero y Compañía, apareció en Concepción del Uruguay el 18 de abril de 1858, con la edición del periódico *El Uruguay*.

¹⁶⁵ Véase un ejemplo en las palabras del senador de la Confederación Carlos Calvo. En *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 320. En sentido análogo, refiriéndose a Colón de Larriátegui, Escriche y Febrero como “los tratadistas de nuestra jurisprudencia”, véase el dictamen ya citado de Manuel Lucero, reproducido en *Memoria presentada...de 1860*, cit., pág. 331.

¹⁶⁶ Citado en la resolución del Ministerio de guerra y Marina de la Confederación de 24 de febrero de 1858. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 86.

¹⁶⁷ Esta obra era ofrecida a la venta por la Librería del Plata. Véase el anuncio aparecido en *La Reforma Pacífica* de 3 de noviembre de 1860. El trabajo de Bacardí se cita en Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en *Boletín Jurídico Militar*, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 41.

los argentinos, y principalmente los porteños, empezaban a acudir, cada vez con mayor frecuencia, a las modernas páginas de la literatura jurídico militar, proveniente, en la mayoría de los casos, de ámbitos ajenos a la cultura hispánica. Así las cosas, en el curso de estos años comenzaron a tenerse particularmente en cuenta las consideraciones jurídico-castrenses de autores franceses ¹⁶⁸, británicos -como Blackstone ¹⁶⁹-, norteamericanos -como Story ¹⁷⁰-, y españoles contemporáneos, como Vicente y Caravantes ¹⁷¹. Mientras tanto, entre los especialistas también se divulgaban todo tipo de conocimientos sobre instituciones jurídico-castrenses aplicadas coetáneamente en Francia ¹⁷² -país cuyo código en la materia tuvo inmediata repercusión en el Plata, como que cuando aún no había transcurrido medio año desde de su sanción, ya Mariano Balcarce le remitía un ejemplar a José Barros Pazos ¹⁷³-, en la

¹⁶⁸ Carlos TEJEDOR, ob. cit., pág. 329.

¹⁶⁹ Domingo Faustino SARMIENTO, “La ley de las armas”, publicado originariamente en *El Nacional* del 22 de diciembre de 1857, y reproducido en “Organización. Estado de Buenos Aires”, *Obras Completas*, t. XXIV, Buenos Aires, Luz del Día, 1951, pág. 355.

¹⁷⁰ Citado en el dictamen de Baldomero García, auditor de guerra *ad hoc*, en los autos “José Rodríguez”, Paraná, 11 de junio de 1860; *Memoria ... de 1860*, cit., pág. 339. Véase, además, lo dicho por Carlos Calvo en el recinto del Senado, durante la sesión de 21 de agosto de 1860, en *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 320.

¹⁷¹ Carlos TEJEDOR, ob. cit., pág. 334.

¹⁷² Bartolomé MITRE, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del Estado de Buenos Aires*, sesión de 24 de agosto de 1857, pág. 9. Bartolomé MITRE, *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860; pág. 203. Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en *Boletín Jurídico Militar*, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 40.

Véase, además, una referencia genérica a los «modernos códigos militares» en Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N°s 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 8.

¹⁷³ Carta de Mariano Balcarce a José Barros Pazos; París, 7 de noviembre de 1857. En Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho - Colección Documental José Barros Pazos, doc. 208.

Gran Bretaña ¹⁷⁴, y en los Estados Unidos de América ¹⁷⁵. Asimismo, aunque en grado menor, también se tenían en cuenta las innovaciones puestas en práctica en España a partir del proceso de la independencia americana ¹⁷⁶, y se manejaban noticias relativas a la normativa castrense aplicable en otros estados europeos ¹⁷⁷ -entre los que pueden mencionarse Prusia, Italia y Suiza ¹⁷⁸- y americanos ¹⁷⁹.

b. Tendencias

Sintetizando entre las principales tendencias que identifican las mentalidades jurídico militares de la época, podemos mencionar la absoluta subordinación del orden represivo castrense al dispositivo constitucional; el renacimiento del ideal codificador; la recepción de nuevos principios filosóficos y jurí-

¹⁷⁴ *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860; págs. 201 a 203.

¹⁷⁵ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, Nros 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 5. Domingo Faustino SARMIENTO, “La ley de las armas”, *El Nacional*, 22 de diciembre de 1857; reproducido en “Organización. Estado de Buenos Aires”, *Obras Completas*, t. XXIV, Buenos Aires, *Luz del Día*, 1951, pág. 355. Bartolomé MITRE, *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860; pág. 203. Saturnino LASPIUR, *El dictamen del asesor “ad hoc”*, cit., pág. 11 y ss..

¹⁷⁶ Un ejemplo, en la nota aclaratoria de Bartolomé Mitre acompañando su esquema de código militar. En *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 246.

¹⁷⁷ Se hace referencia a la lectura y consulta de “los códigos militares más modernos de algunas de las naciones de Europa” en Pedro DÍAZ, “La disciplina en las Repúblicas”; *El soldado de la ley*, Nros 13 y 14, octubre de 1856, pág. 11.

¹⁷⁸ Véanse, al respecto, los apuntes universitarios tomados por Dardo Rocha. En AGN, Sala VII, Colección Dardo Rocha, legajo 289. Hay referencias al derecho militar alemán en *Archivo del General Mitre*, t. XV, “Cartas confidenciales de varios sobre diversos asuntos”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 246.

¹⁷⁹ Véase la referencia genérica -que posiblemente se refiera al caso chileno- efectuada por Benjamín Victorica en la *Memoria... de 1860*, cit., pág. 57.

dicos; y la insistencia en la especialidad del régimen penal castrense; asuntos todos que serán desarrolladas a continuación.

1. Subordinación del orden represivo castrense a lo dispuesto en normas de carácter constitucional. Indudablemente, en 1853, con el inicio de la “era constitucional”¹⁸⁰, quedó consagrada la supremacía jurídico castrense de una Carta Magna¹⁸¹, que, con la abolición de los fueros personales, había echado por tierra añejas instituciones hispánicas vinculadas con la penalidad militar¹⁸². Así las cosas, como consecuencia inmediata de la sanción de dicha Constitución, surgió la necesidad de «armonizar el régimen político con el régimen militar»¹⁸³, cuestión que suscitó más de una polémica. En efecto, si bien todos coincidían en el núcleo de la cuestión, se discrepaba en cuanto a sus alcances. En este sentido, fundándose en el texto constitucional, algunos argentinos interesados en la cuestión, como los diputados Saturnino Laspiur -quien a fines de la década de 1840 había actuado como adscripto en la Auditoría de Guerra porteña¹⁸⁴- y Daniel Aráoz, llegaron a impugnar importantes aspectos de la jurisdicción castrense, tales como las atribuciones del presidente de la Nación en la materia, o a la forma de integrar

¹⁸⁰ Saturnino LASPIUR, *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 205.

¹⁸¹ Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en Boletín Jurídico Militar, Nº 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 41. Senador Fernando ARIAS, *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 322.

¹⁸² Marcos PAZ, *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 323. Véase, también, la resolución de 24 de febrero de 1858, reproducida en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 86.

¹⁸³ Bartolomé MITRE, «De la disciplina en las repúblicas», en *El soldado de la ley*, Nºs 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, págs. 4 y 8. Pedro DÍAZ, cit., “La disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, Nºs 5 y 6, 25 de septiembre de 1856, pág. 7.

¹⁸⁴ Beatriz BOSCH, *Benjamín Victorica. General y Doctor*, Buenos Aires, Emecé, 1994, pág. 11.

los consejos de guerra. En lo que respecta al primer asunto mencionado, los críticos invocaron la cláusula constitucional que prohibía al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales ¹⁸⁵, y, en lo relativo al segundo tópico, aquella otra prescripción según la cual nadie podía ser juzgado por comisiones especiales ¹⁸⁶. Sin embargo, dichos argumentos fueron refutados. De este modo, por ejemplo, puede mencionarse cómo, con la intención de destruir el primer cuestionamiento, el diputado José Antonio Álvarez de Condarco replicó que las atribuciones del titular del Ejecutivo en materia jurídico-militar no respondían a su condición de presidente sino a la de “comandante en jefe de las fuerzas armadas de la república” ¹⁸⁷. La oposición, empero, no amilanaba a los críticos, y en el curso del mismo debate referido, el diputado Saturnino Laspiur polemizó con su par en el Congreso, Pedro Ávila, respecto a los alcances de la Constitución en materia jurídico-militar. En la oportunidad, correspondió a Ávila sostener, fundando sus convicciones en la tradición española y en los precedentes patrios, una postura favorable a la constitucionalidad de la jurisdicción militar, frente a un Laspiur que hablaba de la supremacía absoluta de las garantías y del orden constitucionales recién establecidos ¹⁸⁸. Por aquí, precisamente, pasaba el núcleo de la polémica: mientras que la lúcida reflexión de hombres como Benjamín Victorica o el mismo Laspiur conducía a subrayar la contradicción existente entre los términos de la legislación castrense carolina, por un lado, y los principios emanados del dere-

¹⁸⁵ Dicha prohibición estaba prevista en el artículo 92 de la Constitución de 1853, cuyo texto, salvo una ligera modificación de detalle, efectuada en 1860, es el mismo que el del artículo 109 de la constitución vigente en la actualidad.

¹⁸⁶ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, págs. 193 y 202.

¹⁸⁷ *Idem ant.*, pág. 202.

¹⁸⁸ Para todo este debate, véase la sesión del 24 de julio de 1860 en *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, págs. 192 a 195.

cho patrio y de la Carta Magna de 1853, por el otro ¹⁸⁹, bajo el argumento de que aquéllas habían sido dictadas “*por un gobierno absoluto y para un país en que una mitad de la población tenía fueros especiales[,] ya personales[,] ya de cuerpo*” ¹⁹⁰, no dejaría de insistirse en la necesidad de afirmar la supremacía de la Constitución sobre las primeras ¹⁹¹, y de concordar las disposiciones de la “antigua ordenanza militar con el sistema de gobierno organizado en la Constitución” ¹⁹², llegando, incluso, al caso de proponer la supresión de las que fuesen incompatibles ¹⁹³. Sin embargo, no todas las voces eran monocordes. En este sentido, cabe mencionar las palabras de un Mitre, defendiendo las específicas características del derecho represivo castrense, con independencia de lo previsto en la regulación constitucional. En este sentido, el vencedor de Pavón diría que la existencia del Código Militar, incluyendo toda una serie de excepciones frente a la ley común, no dependía de lo que expresamente hubiese previsto la Constitución ¹⁹⁴, y que, además, el texto de la Carta Magna argentina no podía prohibir que las regulaciones de índole penal castrense introdujesen castigos no autorizados por la Constitución ¹⁹⁵.

Recordemos, asimismo, que como otros principios derivados del nuevo estado de cosas surgido con la vigencia del

¹⁸⁹ Idem ant., pág. 112. En el mismo sentido, T., “Indicaciones”, en *El soldado de la ley*, N^{tos} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 12.

¹⁹⁰ *Memoria... de 1860*, cit., pág. 57.

¹⁹¹ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, págs. 110 y 111. *Congreso Nacional, Cámara de Senadores. Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, págs. 141, 317, 322.

¹⁹² Palabras pronunciadas por Saturnino Laspiur el 24 de julio de 1860, en la Cámara de Diputados de la Confederación. En *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, págs. 193.

¹⁹³ Daniel ARÁOZ, idem ant., pág. 202.

¹⁹⁴ *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución federal*, 5^a sesión ordinaria, 30 de abril de 1860; pág. 204.

¹⁹⁵ Idem ant., pág. 203.

constitucionalismo, entre las creencias jurídico militares entonces en boga entre los argentinos, es posible mencionar las siguientes: que era “natural” la adjudicación al presidente de atribuciones jurídico castrenses análogas a las antiguamente reservadas al monarca español ¹⁹⁶; que la “centralización” del ramo militar, provocado por la Constitución, implicaba la necesidad de contar con un único auditor de guerra para el Ejército Nacional ¹⁹⁷; y que la puesta en marcha del nuevo orden constitucional planteaba dudas respecto a si las provincias habían conservado o no atribuciones en materia de derecho militar ¹⁹⁸.

2. Nuevo impulso a la codificación, concebida como forma de encarar una renovación del derecho castrense. Evidentemente, caído Rosas del poder, cobraron nueva vida algunos ideales jurídicos que, promovidos a partir de la Revolución de Mayo, habían sido soslayados durante el gobierno del dictador porteño. Tal, por ejemplo, el caso de la codificación ¹⁹⁹. Así las cosas, y en lo que se refiere estrictamente a la materia militar, en el Estado de Buenos Aires comenzaron a menudear las quejas ante la inexistencia de un código que determinase claramente en qué casos debía “ser juzgado un militar por actos que en un ciudadano no pasan de simples abusos y que en él constituyen un delito...” ²⁰⁰. Asimismo, en la Confederación Argentina también algún

¹⁹⁶ Véase lo dicho por Pedro Ávila el 24 de julio de 1860, en la Cámara de Diputados de la Confederación. En *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, págs. 193 y 194.

¹⁹⁷ *Idem ant.*, pág. 193.

¹⁹⁸ Evidentemente, esta pregunta tenía una tácita respuesta afirmativa para el diputado Daniel ARÁOZ. Cfr. *ob. cit.* en nota anterior, pág. 201.

¹⁹⁹ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina*, cit., pág. 260.

²⁰⁰ En *Archivo del General Mitre*, t. XVII, “Ministerio de Gobierno y Relaciones Exteriores de Buenos Aires. Año 1858”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 122.

operador jurídico castrense se refirió a la “necesidad o conveniencia” de cambiar la legislación militar vigente, objetivo en pos del cual se pensó en confeccionar una “recopilación [previa] de todas aquellas disposiciones que conviniera reformar”²⁰¹. En definitiva, por estos años, en el ámbito jurídico militar argentino irrumpía, con renovada fuerza, el ideal codificador, una de cuyas manifestaciones más curiosas consistió en aplicar habitualmente términos tales como “código” o “código militar”, para referirse a las antiguas ordenanzas de 1768²⁰².

En otro orden de cosas, digamos que, desde luego, el favor depositado en la codificación no resultó indiferente a una cada vez más severa censura dirigida contra las disposiciones militares carolinas, respecto de cuyas cláusulas, incluso, comenzó a sostenerse que ellas representaban un “régimen disciplinario bárbaro”, y que expresaban la “obra de un gobierno despótico”, opuesto a “nuestras instituciones democráticas”²⁰³. Por otra parte, en tanto que Daniel Aráoz dijo que las ordenanzas no constituían “un poder vigente que pudiera crear empleos nacionales como el de auditor de guerra”²⁰⁴, y que Saturnino Laspiur llamó la atención frente a

²⁰¹ Palabras de Pedro Ávila pronunciadas en la sesión del 30 de julio de 1860, en *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 203. *Memoria... de 1860*, cit., pág. 57. Saturnino LASPIUR, *El dictamen del asesor “ad hoc”*, cit., pág. 2.

²⁰² Ejemplos en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 150. *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860; pág. 205. *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, págs. 112 y 201. Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en *Boletín Jurídico Militar*, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 39.

Al respecto, recordemos que José VICENTE Y CARAVANTES, autor del *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, también confundía los cuerpos normativos del derecho penal castrense con “códigos”.

²⁰³ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N°s 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 8. En la misma publicación, pág. 12, véase también el artículo de T., “Indicaciones”.

²⁰⁴ *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 201.

los presuntos inconvenientes que podría ocasionar el hacerlas revivir en “toda su extensión” ²⁰⁵, Bartolomé Mitre propuso, como una forma de conjurar el peligro de una tiranía, desterrar la vieja y “ciega” disciplina militar del despotismo, incorporando al Plata un nuevo concepto de disciplina, “democrática” o “razonada” ²⁰⁶. Sin embargo, los ejemplos mencionados no deben conducirnos a pensar que esta postura era uniformemente aceptada, pues a pesar de la reiteración de las críticas dirigidas contra las ordenanzas, no siempre este tipo de impugnaciones contó con el cerrado beneplácito de los argentinos. En efecto, junto a las voces de los detractores, también se oían -no sólo entre los militares, generalmente proclives a la defensa del ordenamiento jurídico carolino, sino también entre algunos destacados hombres de derecho- algunas encendidas palabras de encomio, identificando el régimen de las ordenanzas con el imperio de la disciplina y del buen comportamiento militar ²⁰⁷. Así las cosas, mientras que se adjudicaba la pésima disciplina de los ejércitos argentinos al incumplimiento del “inmejorable” régimen prescripto por las ordenanzas de 1768 ²⁰⁸, también se ensalzaba la “sabiduría” de estas últimas ²⁰⁹, afirmándose, además, que receptaban, mejor aún que los modernos códigos europeos,

²⁰⁵ Idem ant., pág. 204.

²⁰⁶ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, cit., págs. 3 y 4.

²⁰⁷ Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1858, sesión de 28 de octubre de 1858, pág. 482.

²⁰⁸ Pedro Díaz, «La disciplina en las Repúblicas», en *El soldado de la ley*, N^{ros} 13 y 14, octubre de 1856, pág. 10.

²⁰⁹ Véanse las expresiones del senador Albariño, vertidas en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 150. Sobre el particular, recordemos que, aunque indudablemente crítico respecto de las ordenanzas, Bartolomé Mitre dijo que el dispositivo penal militar sancionado por Carlos III «contiene reglas de alta sabiduría, está llena de equidad y si es cierto que contiene deberes austeros, también da derechos preciosos»; *El soldado de la ley*, N^{ros} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 8.

“las máximas que la experiencia ha enseñado ser absolutamente necesarias e indispensables en la milicia” ²¹⁰.

Volviendo a centrarnos en el más progresista ideario de los simpatizantes de la codificación, señalemos aquí que, desde luego, mediante ésta aquéllos no sólo se proponían encerrar una nueva forma de ordenar el derecho penal militar argentino, sino, fundamentalmente, hacer posible su profunda transformación, basándose en lo que indicasen las necesidades y la experiencia nacionales ²¹¹. Así las cosas, por ejemplo, llegó a considerarse como algo indispensable, “según los principios fundamentales del gobierno democrático” y como garantía “de la legalidad e imparcialidad de los procedimientos”, el establecimiento de tribunales permanentes de justicia militar ²¹². Todo ello no empece, sin embargo, a que, posiblemente gracias a la experiencia aprendida en el curso de décadas anteriores, algunos operadores jurídico militares identificados con la codificación advirtieran a sus colegas frente al peligro de que los nuevos códigos se convirtiesen en letra muerta, señalando, en este sentido, que el camino a seguir no sólo pasaba por la modificación de las cláusulas legales, sino también por una profunda transformación de “las costumbres militares, exaltando el sentimiento de la justicia, [y] profesando la religión del deber” ²¹³.

Por último, en cuanto a la evaluación del resultado de las concretas tareas tendientes a codificar el derecho castrense, desarrolladas durante esta época en la Argentina, cabe señalar que si bien los juristas del país contaron con un regular

²¹⁰ Pedro DÍAZ, «La disciplina en las Repúblicas», en *El soldado de la ley*, N° 13 y 14, octubre de 1856, pág. 11.

²¹¹ Véase un ejemplo de lo dicho en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 147 y ss..

²¹² Saturnino LASPIUR, *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 193.

²¹³ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N°s 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 8.

conocimiento de las más recientes corrientes de la literatura jurídica mundial ²¹⁴, y de lo que, por aquel entonces, se erigía como lo más parecido a un “modelo” ²¹⁵ -vale decir, el Código francés de 1857-, en general estos primeros frutos resultaron estar bastante poco en sazón. Evidentemente, ello se advierte con claridad tanto en las porteñas *Leyes penales* de 1856, como en el proyecto pro hijado por el ministro Victorica, al que dominaba la idea, inspirada en el ejemplo de “algunos Estados americanos” -posiblemente el autor se haya referido al caso chileno-, de armonizar, simplemente, las viejas ordenanzas españolas “con el espíritu de nuestra legislación patria y con el modo de ser de nuestro país” ²¹⁶. Así las cosas, es indudable que el proyecto concebido por Bartolomé Mitre resultó mucho más representativo del dinámico espíritu jurídico de la época, en el que imperaban nociones tales como las de progreso y las de reformismo ²¹⁷.

3. *El derecho militar y la recepción de nuevos principios filosóficos y jurídicos.* Paulatinamente, durante estos años, se fue haciendo evidente que, respecto del derecho castrense nacional, cada vez gravitaban más consideraciones de nuevo tipo. De este modo, junto con el predominio de la noción según según la cual la fuerza armada del país debía someterse a los dictados del derecho ²¹⁸ -idea cuyo corolario, respecto de lo jurídico castrense, resultó en que este ámbito jurídico debía adecuarse a lo prescripto por la Constitución y a lo recomendado por el espíritu de los tiempos-, se fue di-

²¹⁴ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina*, cit., pág. 279.

²¹⁵ Siguiendo a Víctor Tau Anzoátegui, consideramos como “modelo” a un “ejemplar óptimo al que se procura seguir o imitar”. Cfr. *La codificación en la Argentina*, cit., pág. 297.

²¹⁶ *Memoria... de 1860*, cit., pág. 57.

²¹⁷ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina*, cit., págs. 260 a 263.

²¹⁸ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N^{ros} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 3.

fundiendo la creencia de que el derecho militar argentino no podía permanecer ajeno a la influencia de los principios más relevantes del orden normativo ordinario. Así las cosas, se comenzó a hablar de la necesidad de tutelar acabadamente los derechos de los hombres de armas ²¹⁹, asegurando, de este modo, el acatamiento de las “formas esenciales de todo juicio” en los procesos militares ²²⁰, todo lo cual comprendía aspectos tales como el respeto de las garantías individuales, el de la efectiva realización de las audiencias y el de la provisión al acusado de una plena posibilidad de defenderse ²²¹. También en el mismo sentido, recordemos que se preconizó una transformación de lo jurídico militar que asegurase fehacientemente a los procesados el resguardo de sus derechos ²²², y señalase precisos “límites a la arbitrariedad del mando” ²²³, ideas que, por ejemplo, fueron cabalmente expresadas al sostenerse que la aplicación de los castigos castrenses exigía la previa prueba de las faltas imputadas ²²⁴. Así las cosas, cabe señalar que, en tanto que fueron los mismos militares quienes asumieron rápidamente la idea de que el dere-

²¹⁹ Cfr. la transcripción de *El Nacional Argentino*, de 4 de junio de 1854, realizada por Néstor Tomás AUZA, ob. cit, pág. 64, nota 5. Asimismo, véase Bartolomé MITRE, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de Buenos Aires*, sesión de 24 de agosto de 1857, pág. 9.

²²⁰ Oficio del ministro de Guerra y Marina del Estado de Buenos Aires, Bartolomé Mitre, al de Gobierno y Relaciones Exteriores, Valentín Alsina; Buenos Aires, 31 de diciembre de 1855. En AGN, X-28-8-4, exped. 11.220.

²²¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, págs. 147 y 154.

²²² Cfr. Mensaje del presidente Derqui de 5 de junio de 1860, citado en *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, Buenos Aires, 1922, pág. 85.

²²³ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N^{ros} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 8.

²²⁴ *Idem ant.*, pág. 153. También refiriéndose a la creciente preocupación por la efectiva vigencia de las garantías constitucionales en sede castrense, véanse las palabras de Saturnino Laspiur, pronunciadas en la Cámara de Diputados de la Confederación el 24 de julio de 1860; *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 193.

cho específicamente castrense constituía un eficaz dique contra la arbitrariedad del mando ²²⁵, una de las más arduas preocupaciones que a partir de entonces se suscitaron entre los operadores jurídico castrenses argentinos fue la de cómo conciliar “la necesaria subordinación militar... con la libertad posible” del soldado ciudadano ²²⁶.

4. Insistencia en la especialidad del régimen penal castrense. Partiendo de la idea de que la disciplina, entendida como sentimiento del deber, constituía la base del ejército ²²⁷, y era tanto resultado de la educación ²²⁸ como de la “severa observancia” de la normativa jurídico castrense vigente ²²⁹, durante esta época resultó frecuente que se reconociera que, para el mantenimiento del orden y de la moral castrenses, se necesitaba contar con un orden jurídico, que siendo propio y

²²⁵ V.gr., en carta a Bartolomé Mitre, el mayor Carlos Lezica sostuvo, el 12 de noviembre de 1858, que “la ordenanza no reconoce el derecho de acusar de inferior a superior por una falta de un subordinado”. En *Archivo del General Mitre*, t. XVII, “Ministerio de Gobierno y Relaciones Exteriores de Buenos Aires. Año 1858”, Buenos Aires, Biblioteca de “La Nación”, 1912, pág. 87.

²²⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, págs. 149 y 150. En cuanto a la imagen del militar como ciudadano, pueden verse: Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N^{ros} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, págs. 3 y 4; Ramón Ferreira, dictamen de 4 de mayo de 1860, en *Boletín Jurídico Militar*, N^o 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 40; acuerdo del gobierno porteño de 1858 -firmado por el gobernador Valentín Alsina, y los ministros Bartolomé Mitre, Norberto de la Riestra y José Matías Zapiola-, suspendiendo en el servicio a los generales Manuel Escalada, José María Pirán, Tomás de Iriarte y Gervasio Espinosa, publicado en el *Archivo del General Mitre*, t. XVII, “Ministerio de Gobierno y Relaciones Exteriores de Buenos Aires. Año 1858”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 121.

²²⁷ Palabras del senador Juan José ALSINA en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 149.

²²⁸ Bartolomé MITRE, “De la disciplina en las Repúblicas”, en *El soldado de la ley*, N^{ros} 1 y 2, 4 de septiembre de 1856, pág. 5.

²²⁹ Decreto de la provincia de Buenos Aires de 15 de noviembre de 1854. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 18.

específico del ámbito militar ²³⁰, se adecuase a sus necesidades ²³¹. En este sentido, puede asegurarse que una de las ideas imperantes entre los contemporáneos era que la vigencia de un acertado conjunto de disposiciones jurídico castrenses permitiría instalar una sobria y severa disciplina, la misma que, a su vez, contribuiría a llevar a la práctica la anhelada modernización del aparato militar argentino ²³².

Así las cosas, pese al permanente reconocimiento de la importancia de los principios filosóficos y jurídicos comentados en el curso de las páginas anteriores, durante esta época el derecho militar fue reiteradamente concebido como un régimen de excepción a la ley común ²³³, llegando a sostener Bartolomé Mitre sobre el particular, que, según “los primeros criminalistas del mundo” la juridicidad castrense no estaba sujeta “a ninguna regla. En donde hay ejército -sostenía

²³⁰ Cfr. palabras del diputado de la Confederación Quesada, en *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 204. Tácitamente, en el mismo sentido, José Antonio Álvarez Condarco, en *Actas...*, cit., págs. 205 y 206.

²³¹ “Es sabido que los trámites militares son más breves y juzgados también por sus jefes, por aquellos que tienen un conocimiento más perfecto, por aquellos que pueden distinguir una falta grave, o más bien, una embriaguez accidental de la habitual, porque están en contacto con ellos...”. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 149.

²³² Véase, por ejemplo, lo dicho por Juan José ALSINA en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 149.

²³³ Según una corrección manuscrita de Bartolomé Mitre -que, incorporada al margen de la página 3 del ejemplar de *El soldado de la ley*, N^{os} 1 y 2, de 4 de septiembre de 1856, que se conserva en el Museo Mitre, y que cambia sustancialmente el sentido de la frase impresa- «la disciplina en los pueblos libres ... [es] una excepción de la ley común...». *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, 5^a sesión ordinaria, 30 de abril de 1860, pág. 204.

En cuanto a la excepcionalidad del derecho militar, da la impresión de que esta creencia estaba profundamente arraigada entre los civiles. En efecto, no constituye un dato menor sobre el particular, el hecho de que las comisiones encargadas de redactar los códigos castrenses no hayan contado con la asistencia de un letrado con voz y voto, siendo integradas exclusivamente por militares.

nuestro tribuno- debe haber disciplina y subordinación... el militar -concluía categóricamente- no está amparado por la ley común”²³⁴. Por otra parte, Dalmacio Vélez Sársfield afirmaría, en análogo sentido, que las garantías jurídicas debían ceder algo de su imperio ante las exigencias suscitadas por la defensa del territorio estatal, y la de las vidas y las propiedades de las personas²³⁵. Asimismo, a partir de la insistencia -fundada en la creencia de que en la milicia los juicios debían ser siempre inmediatos a la comisión de la falta²³⁶- en que el juzgamiento y sanción de las infracciones militares debían caracterizarse por su celeridad²³⁷, en alguna oportunidad llegó a criticarse la lentitud de los trámites radicados en sede civil, como una forma de justificar el conocimiento de la jurisdicción castrense sobre las faltas cometidas por los militares fuera del servicio²³⁸.

Desde luego, cabe decir, por último, que lejos de orientarse a desconocer la legitimidad de la jurisdicción castrense, todas las afirmaciones anteriores iban acompañadas por la permanente defensa de unos tribunales militares calificados constantemente como “necesarios”²³⁹. En efecto, sobre el particular los testimonios no dejan lugar a dudas. De este modo, fueron muchos los que se refirieron a la necesidad de un fuero militar de causa²⁴⁰ la que asegurase la “eficacia y la disci-

²³⁴ *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860, pág. 203.

²³⁵ Dictamen pronunciado como asesor el 22 de agosto de 1855. En Dalmacio Vélez Sársfield, *Dictámenes...*, cit., pág. 191.

²³⁶ Carta del mayor Carlos Lezica al coronel Bartolomé Mitre; San Nicolás, 12 de noviembre de 1858. En *Archivo del General Mitre*, t. XVII, “Ministerio de Gobierno y Relaciones Exteriores de Buenos Aires. Año 1858”, Buenos Aires, Biblioteca de La Nación, 1912, pág. 89.

²³⁷ Palabras del senador Sarmiento en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires*, 1857, pág. 155.

²³⁸ *Idem ant.*, pág. 149.

²³⁹ *Idem ant.*, pág. 329.

²⁴⁰ Pedro Ávila, *Actas de las Sesiones de la Cámara Nacional de Diputados 1859-1860*, pág. 194.

plina” militares ²⁴¹, afirmando Marcos Paz, sobre el particular, que en tanto que hubiese ejército, la jurisdicción castrense existiría siempre ²⁴².

IV. Consideraciones generales

1. *Ponderación de las transformaciones acaecidas.*

No sería improbable que a partir de una aproximación superficial al período estudiado, pudiera formarse la idea de que, durante los años transcurridos entre 1852 y 1861, la única transformación jurídico-castrense de relevancia haya estado dada por la sanción de la Constitución de 1853, hecho al cual, en todo caso, sólo sería menester sumarle la posterior aceptación de la Carta Magna de los argentinos por parte de la provincia de Buenos Aires. Empero, sin querer opacar la indudable trascendencia de dichos acontecimientos, digamos que éstos no fueron los únicos que tuvieron importancia en la materia. En este sentido, por ejemplo, no constituye exageración alguna hacer hincapié en la adquisición de una especie de naturaleza “supralegal” -si se nos permite la expresión- por parte de la conocida ley porteña de julio de 1823, que dispuso la abolición de los fueros personales; o en el quiebre de la tradición jurídico-castrense hispano indiana, en tanto que resulta evidente que los argentinos de mediados del siglo XIX ya no “sentían” como propias las viejas disposiciones españolas en la materia. En definitiva, para nosotros, lo que más cabe destacar de este período son las características transicionales de una época en la cual, frente a la perención

²⁴¹ Congreso Nacional, Cámara de Senadores. *Actas de las Sesiones de Paraná correspondientes al año 1860*, pág. 320.

²⁴² Idem ant., pág. 323. En el mismo sentido, Bartolomé MITRE, *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal*, 5ª sesión ordinaria, 30 de abril de 1860, pág. 204.

del derecho de las ordenanzas, relativamente poco efectivo, y al que a lo largo de las décadas previas se lo había ido desvirtuando y vaciando de contenido, comienza a erigirse la todavía prematura estructura de un derecho de nuevo cuño, respecto del cual sólo existía acuerdo firme sobre sus más elementales principios, pero que, por espacio de muchísimos años, no terminaría de definir el detalle de sus instituciones.

Así las cosas, y aunque la experiencia posterior haya sido, respecto de algunos aspectos de la cuestión, cruel demostración del infundado optimismo que anidaba en los hombres de la organización nacional, a partir del período iniciado con la batalla de Caseros los argentinos creyeron posible imponer, con cierta rapidez, nuevos criterios en el ámbito jurídico-castrense. Respecto de este tópico, y dado el dispar resultado obtenido, no deja de ser aleccionador reflexionar en torno a la relación observada entre los intentos de montar una determinada ingeniería jurídica y el estado de la conciencia colectiva. De este modo, creemos no exagerar si decimos que el relativo éxito de los principios jurisdiccionales receptados en la Constitución de 1853 mucho debió a su previa aceptación social. Por el contrario, la codificación militar -que, para la época, constituía una auténtica novedad, no en cuanto a su enunciación, ya anticipada durante las primeras décadas revolucionarias, sino respecto su desarrollo concreto-, contó con una suerte menos rutilante. Empero, no todos sus frutos fueron amargos: indudablemente, a partir de este momento la codificación se “incrustó”, de modo definitivo, en las formas de concebir el futuro mediato de lo jurídico militar.

2. Algunas reflexiones en torno a los aspectos jurídico-castrenses incluidos en la Constitución de 1853. Respecto del diseño y aprobación de la Constitución de 1853/60 -cuyos aspectos jurídico castrenses, aunque previsibles, no eran ni con mucho los únicos posibles y, menos aún, resultaban inevitables, y cuya justa ponderación en el cuadro general de la evolución del derecho penal castrense argentino creemos haber fijado en el punto anterior-, consideramos necesario efectuar ciertas aclaraciones, tendientes a iluminar

algunos de los planos oscurecidos por el brillo de las apariencias. En este sentido, por ejemplo, cabe señalar que la relativamente escasa atención que la materia jurídico militar suscitó durante el curso de los debates de la Convención reunida en Santa Fe, ha dado lugar a que muchos supongan una univocidad del texto constitucional, desmentida rotundamente por la realidad de su articulado, cuya inteligencia en la materia dista de ser pacífica e indiscutible. Al respecto, nosotros creemos que esta dificultad para comprender la regulación constitucional de lo jurídico militar reside en el hecho de que los constituyentes consideraron que la cuestión era suficientemente conocida por todos; y, debido al mismo fundamento, opinamos que el asunto necesita ser estudiado con gran cuidado y detención. En este sentido, cabe señalar aquí que, salvando la cuestión de la naturaleza personal o real del fuero -que, al generar las mayores polémicas durante la Convención, estuvo entre los asuntos mejor explicitados, pero que, recordémoslo, no motivó ninguna declaración constitucional terminante y particular sobre la jurisdicción castrense-, merece especial atención indagar si la justicia militar fue o no fue prevista por los constituyentes del '53. En este orden de cosas y aunque, desde ya, manifestemos nuestra opinión favorable respecto del punto en discusión, el resultado del análisis histórico nos lleva a discrepar con los argumentos sostenidos por la actual doctrina penal militar nacional ²⁴³. Al respecto, opinamos que la fundamentación de la jurisdicción castrense no surge claramente del texto, sino de la norma constitucional ²⁴⁴. Dicho de otro modo, que no se

²⁴³ V.gr., téngase en cuenta lo sostenido por Raúl Alberto RAMAYO en “La jurisdicción o justicia militar y el principio de la división de los poderes”, en *La Ley*, t. 122, pág. 183 y ss., tesis cuyo autor continúa defendiendo, a tenor de lo que ha dicho recientemente en “Una justicia especial en un escorzo”, *La Ley*, 14 de agosto de 1997.

²⁴⁴ Empleamos la distinción entre texto y norma de acuerdo con el criterio sentado por Luis DIEZ-PICAZO en *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1993, pág. 92.

encuentra tanto en lo que se enunció expresamente, sino en lo que los constituyentes -e incluso, más que ellos, la generalidad de los contemporáneos-, admitieron como obvio y como evidente, de acuerdo con los lineamientos de la tradición vernácula y con los señalados por el derecho comparado.

Otro tópico que la doctrina tradicionalmente ha considerado indiscutible, pero que despierta serias perplejidades al estudioso sereno, es el de la situación de lo jurídico-castrense en el ámbito de la estructura política diseñada en 1853. En otras palabras ¿cómo se realizó la distribución constitucional de las competencias jurídico-militares? ¿cómo se adjudicaron las potestades para crear las normas penales castrenses y para aplicarlas? Seguramente, en este orden de cosas no faltará quien inmediatamente alegue que el articulado constitucional era lo suficientemente claro, en tanto que atribuía al Congreso el dictado de las ordenanzas militares. Sin embargo, la respuesta resulta menos sólida de lo que parece en un principio, pues ¿acaso se tiene clara conciencia acerca de lo que implica, o puede implicar, el término “ordenanzas”? Coincidiendo, una vez más, con la mejor doctrina en cuanto al fondo de la cuestión, pero discrepando respecto de la argumentación sustentada, desde ya advertimos que si el término “ordenanzas” hubiese sido empleado con absoluta precisión técnica, otras hubieran sido las consecuencias en materia de distribución de competencias jurídico castrenses, pues así como es posible asimilar la expresión “ordenanzas militares” a un conjunto de normas penales codificables, la voz “ordenanzas” se identifica, en primer lugar, con un completo compendio de todo tipo de regulaciones castrenses, aglutinante no sólo de normas penales, sino también de otras, de índole disciplinaria, o relativas al servicio interno y a la táctica, etc. Vale decir, pues, que en el caso de que los constituyentes hubiesen entendido emplear el término “ordenanzas” en su acepción más cabal -cosa que, subrayamos, los testimonios históricos, y sólo ellos, desmienten-, el posterior dictado de disposiciones tales como el reglamento de justicia militar, sancionado durante la tercera década del siglo XX por el presidente Alvear, hubiera merecido el calificativo de inconstitucional.

3. La naturaleza del cambio y sus protagonistas. Insistir en las peculiaridades de un mundo jurídico-militar, que, indudablemente, tenía sus tiempos y sus ritmos propios -como que gozaba de una autonomía que no por sobreentendida dejaba de ser menos omnipresente-, no empece a destacar su receptividad frente a los distintos cambios advertidos en las realidades jurídica y extrajurídica. En este sentido, no caben dudas de que como tantas otras veces antes y después, la materia jurídico-castrense resultó particularmente impactada, sobre todo en el ámbito bonaerense, por las transformaciones generales sufridas en el campo del derecho y en el de la vida militar. Respecto del primer ámbito mencionado, no podemos olvidar que durante esta época, mientras nuevas orientaciones jurídico penales, tendientes a acrecentar las garantías de los procesados, ganaban, paulatinamente, mayor espacio ²⁴⁵, hombres como Manuel Quintana sostenían, con firmeza, la inaplicabilidad de la antigua legislación penal heredada del período hispánico ²⁴⁶. Desde ya aclaremos, que, respecto del derecho penal militar de la época, estos principios no resultaron intrascendentes, pues, respondiendo aquél a las características de un período que casi podríamos calificar de pre-normativo -adjetivación que atiende al hecho de que, a excepción de la parte pertinente de la Constitución de 1853, los principales cambios acaecidos en la Argentina respecto de lo jurídico castrense no se volcaron en regulaciones institucionales de peso, sino en fundamentales cambios de mentalidad-, dichos postulados alimentaron, sin dudas, la paulatina formación de una conciencia nueva, fracturada de la antigua tradición jurídico militar hispano indiana. Así las cosas, digamos, respecto de la específica materia de nuestro análisis, que el sostenido e

²⁴⁵ Abelardo LEVAGGI, "La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales", en Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene", N° 23 (1972), pág. 71.

²⁴⁶ Abelardo LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978, págs. 182 y 183.

inconfundible anhelo de actualizar los términos de la realidad jurídico castrense imperante en el país no sólo se orientaba en el sentido de adecuarla a lo preceptuado por la Constitución Nacional, sino que la codificación insinuada entonces ya se asumía, sin ambages, como un serio intento de re-fundar el derecho militar argentino, racionalizándolo ²⁴⁷.

Desde luego, toda esta temática nos conduce a indagar en torno a quiénes fueron los que integraron, en su origen, este ambicioso movimiento. Respecto del particular, resulta evidente que la respuesta no es la indiscriminada masa militar, cuyos integrantes generalmente permanecieron al margen de un mundo técnico -cuya relevancia no terminaban de comprender del todo-, sino en el ámbito de los operadores jurídico militares, conformado en la época no sólo por el tradicional conjunto de juristas que se vinculaban al ejército en su carácter de auditores, sino también por un reducido pero selecto conjunto de oficiales. Si bien todos ellos demostrarían ser particularmente sensibles a las inquietudes políticas y jurídicas de la hora, sin lugar a dudas hubo alguien que se destacó entre todos. Evidentemente, fue Bartolomé Mitre ²⁴⁸, quien -aplicando una expresión cara a Diez-Picazo- ejerció el papel de “oráculo” del nuevo sistema de creencias jurídicas en formación, guiando decididamente las decisiones gubernativas en la materia y señalando el rumbo a seguir por los cultores de la disciplina, virtual liderazgo que, muchos años después, lo harían merecedor de un justo reconocimiento como perito en el derecho castrense ²⁴⁹.

²⁴⁷ Luis Diez-Picazo, “Codificación, descodificación y recodificación”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLV (1992), pág. 474.

²⁴⁸ Respecto de la trayectoria jurídico-militar de Bartolomé Mitre, sobre todo con posterioridad a esta época, y aun cuando hoy día merezca ser objeto de ciertas rectificaciones, puede consultarse Ezequiel ABÁSULO, “Mitre y el derecho militar”, en *La Ley*, 6 de agosto de 1991.

²⁴⁹ Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, pág. 406. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesiones de 21 de junio y 6 de diciembre, págs. 107 y 864. *Revista Nacional*, t. XXIV (1897), pág. 63.

CAPÍTULO VI

MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN VIGENTE Y ALTERNATIVAS EN TORNO A LA CODIFICACIÓN (1862-1882)

I. Acontecimientos

a. El panorama internacional

1. La situación en Europa. Durante el período analizado en este capítulo, varios gobiernos europeos llevaron adelante importantes cambios en la regulación de su derecho castrense. En este sentido, cabe señalar que en 1869 se dictó en Italia un código militar ¹, que en mayo de 1870 se hizo lo propio en Bélgica ², que el 20 de junio de 1872 se sancionó el código penal militar del Imperio Alemán ³, que el 9 de abril

¹ Francesco P. GABRIELI, «Codice penale per l'esercito»; en *Nuovo Digesto Italiano (a cura di Mariano D'Amelio)*, Torino, Unione Tipografico-Editore Torinese, 1938, t. III, pág. 246.

² Alejandro de BACARDÍ, *Nuevo Colón o sea tratado del derecho militar de España y sus Indias*, 3ª ed., Barcelona, Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramírez y Cía., 1878, pág. 198.

³ Idem ant., pág. 103.

de 1875 entró en vigencia el correspondiente código portugués ⁴, y que el 4 de julio de 1879 se aprobó una importante ley inglesa en la materia ⁵. En cuanto a Francia, país cuyo código de 1857 alcanzó a gozar de particular autoridad doctrinaria no sólo en la Argentina sino también en otros países americanos, no se introdujeron mayores cambios hasta la década de 1870. Sin embargo, a partir de ese entonces y como consecuencia tanto de la derrota sufrida durante la guerra franco-prusiana como de las insurrecciones parisinas de 1871, se introdujeron algunas modificaciones en su ordenamiento militar ⁶. De este modo, por ejemplo, una ley de 18 de mayo de 1875 redujo la integración de los tribunales castrenses de tiempo de guerra a cinco vocales, y adjudicó a los fiscales de los consejos la tarea de formar la instrucción de los procesos ⁷.

Asimismo, también España se preocupó por renovar su derecho militar. Al respecto, cabe indicar que el decreto de unificación de fueros de 5 de diciembre de 1868 restringió la competencia de la jurisdicción militar al ámbito penal ⁸, si bien en la práctica los militares en servicio activo siguieron conservando su fuero privilegiado en materia civil y criminal ⁹. Por otra parte, también se manifestaron diversos esfuerzos tendientes a suplantar las viejas ordenanzas de Carlos III, los que fueron estimulados tras la aprobación de la Constitución

⁴ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares precedido de un informe explicativo de sus principales disposiciones*, Buenos Aires, Imprenta de El Nacional, 1881, pág. 26.

⁵ *Idem ant.*, pág. 16.

⁶ Cfr. Vicente ROMERO Y GIRÓN y Alejo GARCÍA MORENO, *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, t. V, Madrid, E. Maroto y hermano, impresores, 1889, pág. 345.

⁷ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., págs. 64 y 65.

⁸ Ramón PARADA VÁZQUEZ, «Toque de silencio por la justicia militar», en *Revista de Administración Pública*, N° 127 (enero-abril de 1992), Madrid, pág. 24.

⁹ Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, pág. 201.

liberal de 1869 ¹⁰. Entre ellos, se destacó el proyecto de código elaborado por Miguel de Schar y Salas, el mismo que publicado en 1871 posteriormente serviría de base para la sanción del Código Penal Militar español de 1884 ¹¹.

2. La situación en América. Mientras tanto, la situación de lo jurídico-militar también fue objeto de la preferente atención de las autoridades en algunas repúblicas americanas. Así, por ejemplo, en junio de 1862 se dictaron unas ordenanzas para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de la guardia colombiana, que se basaban en el texto del dispositivo carolino de 1768 ¹², mientras que el 20 de febrero de 1873 se sancionó en Venezuela un código militar propio ¹³. Por otra parte, el 22 de octubre de 1862 el gobierno chileno encargó al coronel Justo Arteaga la redacción de un proyecto de código militar destinado a reemplazar las ordenanzas patrias de 1839. De este modo, inspirado en los antecedentes chilenos y, fundamentalmente, en las disposiciones jurídico-militares francesas, el coronel Arteaga concluyó con su encargo en 1864 ¹⁴. Asimismo,

¹⁰ Fernando REDONDO DÍAZ, «El conde de Aranda como militar»; en *El conde de Aranda* (catálogo de la exposición en el Palacio de Sástago, Zaragoza, 1º de octubre - 13 de diciembre de 1998), Zaragoza, Gobierno de Aragón, 1998, pág. 70, nota 10.

¹¹ Faustino MUGA LÓPEZ, «Antecedentes del Código Penal Militar de 1884», en Revista Española de Derecho Militar, N^{os} 1 y 2, ambos de 1956. JAVIER ALVARADO PLANAS, «La codificación del derecho militar en el siglo XIX», en Javier ALVARADO PLANAS y Regina María PÉREZ MARCOS (coords.), *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, Madrid, Polifemo, 1996, pág. 279 y ss.. PABLO CASADO BURBANO, «Visión histórica del derecho penal militar español», en *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 38.

¹² *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 34.

¹³ Fernando DE SALAS LÓPEZ, *Ordenanzas militares en España e Hispanoamérica*, Madrid, Mapfre, 1992, pág. 195.

¹⁴ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., págs. 38 y 39.

mo, en 1878 Ignacio Gana compuso un proyecto de código de marina para la república de Chile ¹⁵.

b. El régimen jurídico militar argentino durante las presidencias de Bartolomé Mitre y de Domingo Faustino Sarmiento

1. El panorama jurídico militar argentino durante la presidencia de Mitre. Al margen de ciertas propuestas no concretadas y de algunas modificaciones de limitado alcance, a partir de 1862 el panorama jurídico militar argentino se caracterizó por el expreso reconocimiento de la vigencia del dispositivo penal castrense patrio -construido, como se recordará, en base a las ordenanzas hispánicas de 1768- y por un creciente interés en torno a la codificación. De este modo, y en cuanto a lo dicho en último término, cabe señalar que en mayo de 1863 el diputado Cabral presentó a la cámara un proyecto tendiente a autorizar al Poder Ejecutivo Nacional para que, entre otras cosas, pudiese establecer a una comisión redactora de un código militar ¹⁶. Aceptado este criterio inmediatamente por el Congreso, la ley pertinente fue promulgada el 9 de junio de 1863 ¹⁷. Por otra parte, el reconocimiento del viejo derecho militar fue expresamente consagrado en septiembre de 1863, merced al artículo 7 de la ley 48, en virtud del cual se admitió la inalterabilidad de la jurisdicción

¹⁵ Alejandro GUZMÁN BRITO, «Bibliografía de las primeras ediciones de los proyectos de códigos para Chile, de las actas de sesiones de sus comisiones redactoras o revisoras y de los códigos promulgados, hasta 1906», en «Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel», *Anales de la Universidad de Chile*, 5ª serie, N° 20, 1989, pág. 705.

¹⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1863, sesión de 29 de mayo de 1863, t. I, págs. 90 y 92.

¹⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1863, sesión de 6 de junio de 1863, t. I, pág. 99 y ss.. *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1871, pág. 77, anexo A. Ercilio DOMÍNGUEZ, *Colección de leyes y decretos militares*, Buenos Aires, 1898, t. II, pág. 219. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 118.

castrense «en los casos en los que, según las leyes existentes, deba procederse por consejos de guerra»¹⁸. Respecto del particular, cabe recordar que, al decir del senador Valentín Alsina, esta medida garantizó la existencia de la jurisdicción militar tal y como se venía aplicando hasta ese entonces, vale decir, «observando las mismas leyes y ordenanzas»¹⁹.

Empero, esto no fue todo, ya que después de la adopción de las citadas disposiciones, los poderes públicos siguieron preocupándose por lo jurídico- militar. Así las cosas, a partir de un proyecto elevado en junio de 1864 por los diputados Torrent y Granel, durante el año citado el Congreso estableció una nueva figura penal castrense, en virtud de la cual se castigó con la separación del servicio y con la inhabilitación por diez años para prestar empleos nacionales a todos aquellos oficiales que ordenasen el azote de los soldados²⁰. Sin embargo, no todos los proyectos legislativos presentados por aquel entonces llegaron a culminar en leyes. Al respecto, cabe señalar que en agosto de 1868 el Senado no consideró oportuno el criterio de Nicasio Oroño, quien propició la abolición de la pena de muerte en sede militar bajo el argumento de que su aplicación resultaba muchas veces injusta, en mérito a la conducción «arbitraria y despótica» de los ejércitos argentinos²¹. Por otra parte, y en cuanto a la actividad desplegada por el ejecutivo, corresponde indicar aquí que a fines de 1865 este poder informó al Congreso que se estaba ocupando de la «confección de un código penal militar», proyecto que tenía la esperanza de elevar a la consideración de las cáma-

¹⁸ *Anales de Legislación Argentina*, t. I (1852-1880), pág. 366. *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1875, pág. 23.

¹⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1864, sesión de 28 de julio de 1864, págs. 349 y 350.

²⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1864, sesión de 27 de junio de 1864, pág. 112.

²¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1868, sesión de 6 de agosto de 1868, págs. 229 y 231.

ras a la brevedad ²². Lamentablemente, empero, el desarrollo del conflicto bélico con el Paraguay -de cuyas implicancias jurídico-militares hablaremos en otros apartados de este mismo capítulo- impidió la concreción de este anhelo.

2. Los inicios de la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento y el debate en torno a la ley marcial en el ambiente jurídico militar argentino. Hacia 1869, atendidos simultáneamente los precedentes vernáculos y algunos ejemplos extranjeros, la cuestión de la ley marcial irrumpió impetuosamente en el debate jurídico militar argentino. Al respecto, no caben dudas que el máximo promotor de la adopción nacional de este instituto fue el presidente Sarmiento, quien contaba con alguna experiencia en la materia, como que había aplicado una especie de ley marcial a comienzos de la década de 1860, al dirigir las operaciones militares que terminaron con la insurgencia de Clavero y de sus hombres ²³. Así las cosas, provisto, además, del bagaje intelectual adquirido tras su estancia en unos Estados Unidos de América profundamente conmovidos por el flagelo de la guerra civil, el sanguíneo sanjuanino pretendió «aclimatar» entre los argentinos el instituto de la ley marcial, aspiración que, no sin sagacidad, sería oportunamente denunciada en el Congreso de la Nación por Bartolomé Mitre ²⁴. Al respecto, cabe señalar que si bien tanto Sarmiento como Mitre adherían al ideal liberal, en algunas cuestiones -como, precisamente, ésta de la ley marcial- sus concepciones filosófico-políticas resultaban parcialmente contrastantes. De este modo, mientras que Mitre apoyaba sus teorías en la materia en una interpre-

²² *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1865, pág. XV.

²³ Bartolomé Mitre, *Cuestiones de derecho militar. A propósito de las ejecuciones de Loncogüé*, Buenos Aires, Imprenta de la Nación Argentina, 1869, págs. 5 y 22.

²⁴ Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1869, sesión de 19 de junio, pág. 165.

tación «cerrada» del texto constitucional y en la autoridad de la doctrina francesa e inglesa, Sarmiento, cuyo pensamiento era deudor de los escritos de los autores norteamericanos más conservadores, como William Whitting -un activo colaborador jurídico de Abraham Lincoln durante la Guerra de secesión norteamericana-, invocaba en favor de la ley marcial el «espíritu» de la Constitución y los poderes militares «implícitos» del Ejecutivo nacional, al tiempo que consideraba que el citado instituto jurídico excepcional constituía un instrumento apto para terminar con los enemigos del sistema constitucional, que en este caso eran los caudillos insurgentes del interior del país.

Así las cosas, cabe recordar aquí que el enfrentamiento en torno a este asunto comenzó a perfilarse en marzo de 1869, al suscitarse una cuestión de competencia sobre qué tribunal -vale decir, el militar o el federal- debía conocer en el juzgamiento de un grupo de montoneros capturados por fuerzas del Ejército Nacional en Salta. Al respecto, cabe señalar que la postura del general Ignacio Rivas en favor de la ley marcial fue resultado de la aplicación de expresas órdenes de las autoridades nacionales ²⁵. Por su parte, ubicado en las antípodas de esta postura, el magistrado federal interviniente, Apolonio Ormaechea, se opuso a las pretensiones de Rivas, posición que -aunque en virtud de fundamentos distintos- fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al dirimir la cuestión planteada en favor de la jurisdicción federal ²⁶. En cuanto al tenor de los razonamientos enarbolados, digamos que, en esencia, el argumento de Ormaechea pasó por impugnar la actuación de los tribunales castrenses tanto en razón de considerarlos una manifestación de las comisiones especiales repudiadas por la Cons-

²⁵ Oficio del general Ignacio Rivas al juez federal de Salta; Salta, 14 de marzo de 1869. En *Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (en adelante, *Fallos*), t. 7, pág. 206.

²⁶ Sentencia de 13 de mayo de 1869. En *Fallos*, t. 7, págs. 217 y 218.

titución, como por las muy escasas garantías ofrecidas por el procedimiento militar a los imputados civiles. Empero, pese a negar la jurisdicción de los consejos de guerra, no está de más señalar cierta ambigüedad en el pronunciamiento de Ormaechea. En este sentido, podemos apuntar que, siguiendo los lineamientos de la doctrina norteamericana entonces en boga, el magistrado salteño llegó a reconocer competencia suficiente a los tribunales militares como para juzgar a delincuentes civiles capturados en tiempo de guerra. Además, cabe recordar que nuestro juez aceptó la potestad de los jefes castrenses para tratar a los montoneros aprehendidos *«como beligerantes, manifiestos o no, de conformidad a las facultades de repeler invasiones y de declarar o hacer la guerra acordadas por la Constitución»*, aseverando el mismo magistrado *«que en virtud de ese derecho, ha debido inferirse[les] todo el mal necesario, y no más[,] hasta obtener dominarlos completamente y sin propio peligro, pudiendo haberse llegado en este rigor, hasta quitarles la vida, sin juicio previo ...; [y] que, aun después de dominados, subsistiendo el propio peligro, pudo engrillárseles, confinárseles y aún matárseles, siendo ello un mal necesario para conjurar el peligro, sea, previo un juicio militar para justificación de la necesidad, si era posible, [o] sin ese requisito, reservándose para después verificar la justificación pues que la facultad de hacer todo el mal posible y necesario, antes de ser dominado quietamente el enemigo, autoriza[ba] hasta la terrible extremidad de matar a los prisioneros indefensos y sometidos; [y] que, entre esos males necesarios, legitimados por las exigencias de la guerra, figura[ba] el de ser juzgados militarmente los enemigos»* civiles ²⁷.

En otro orden de cosas, cabe referir, además, que poco antes de que comenzara a cobrar vida el episodio salteño

²⁷ Sentencia del juez federal de Salta, Apolonio Ormaechea, de 23 de marzo de 1869. En *Fallos*, t. 7, págs. 206 a 217.

descripto arriba, el 4 de marzo de 1869 el presidente Sarmiento dictó en Buenos Aires un decreto disponiendo que «*todo ciudadano que tom[as]e las armas para resistir con el gobernador de San Juan, las resoluciones de las autoridades nacionales, ser[í]a considerado en rebelión contra ellas, y por lo tanto, sujeto a las leyes militares que rigen el caso*»²⁸. Todo ello condujo a que, a escasos días de haberse emitido el pronunciamiento del juez Ormaechea, el fusilamiento de unos amotinados entrerrianos en la frontera con el indígena sirviese de detonante para el inicio de una dura polémica entre Mitre y Sarmiento. Respecto de lo que a nosotros nos interesa señalar aquí, cabe recordar que, refutando los dichos de Mitre²⁹, el 13 de abril de 1869 Sarmiento publicó en las columnas de *El Nacional*, un escrito sin firma, que pendencieramente se titulaba «Jurisprudencia de sangre»³⁰. Allí, el entonces presidente desarrollaba algunas de sus teorías en materia de derecho constitucional militar, como aquellas según las cuales «*la ley militar está[ba] al frente de la Constitución de los Estados Unidos y de la nuestra también*», y por encima de «*las garantías individuales proclamadas por el pueblo libre*»³¹. Asimismo, Sarmiento no dejó pasar la oportunidad para recordar que, de acuerdo con el pensamiento de Abraham Lincoln, la ley marcial resultaba aplicable toda vez que lo requiriese la seguridad pública del país³². Sin embargo, el punto álgido de la polémica entre mitristas y sarmientistas -o *civilistas* y *marcialistas*, si se prefiere-, no se desató sino hasta junio de 1869, con motivo de los debates

²⁸ Decreto dictado por el presidente Sarmiento, el 4 de marzo de 1869. En *Registro Nacional*, t. 5, pág. 450, N° 7359.

²⁹ Insertos en el opúsculo *Cuestiones de derecho militar*, ya citado.

³⁰ Reproducido en Domingo Faustino SARMIENTO, «Práctica constitucional. Primera parte», *Obras Completas de Sarmiento*, t. XXXI, Buenos Aires, Luz del Día, 1951, pág. 137 y ss..

³¹ *Idem ant.*, pág. 154.

³² *Idem ant.*, pág. 181.

mantenidos en el Senado por la llamada «Cuestión Segura». De este modo, iniciada la interpelación a varios ministros del Ejecutivo nacional con el objeto de cuestionar el hecho de que unos bandidos hubiesen sido sometidos a la jurisdicción castrense, el senador tucumano Salustiano Zavalía decidió impugnar, fundándose en el articulado de la Constitución argentina, la forma de juzgar y ejecutar a los reos ³³. Ello hizo que Dalmacio Vélez Sársfield y el resto de los ministros trataran de rebatir el planteo, invocando en favor del procedimiento aplicado las normas represivas del período hispánico, las disposiciones del derecho de gentes y el ejemplo de lo acaecido durante la guerra civil norteamericana ³⁴. Así las cosas, dilatada la interpelación ministerial hasta el 19 de junio, durante esa jornada hizo uso de la palabra Bartolomé Mitre, quien en la oportunidad expuso la que luego sería considerada su clásica tesis contraria a la ley marcial. En concreto, recurriendo a nutrida serie de autores, entre los que se destacaba el inglés Coke, el vencedor de Pavón se manifestó absolutamente opuesto a la aplicación de la jurisdicción de los consejos de guerra sobre los civiles, y afirmó que la imposición de una pena de muerte en esas condiciones no se distinguía en nada de un homicidio. En definitiva, Mitre consideró que el régimen de la ley marcial -al que caracterizó como *«la competencia de los tribunales militares aplicada a los delitos comunes[,] con exclusión de las leyes y de los jueces ordinarios o naturales»*- no estaba previsto en el esquema constitucional argentino, y que su aplicación resultaba imposible en el país ³⁵.

Pese a que las interpelaciones no lograron el dictado de medida concreta alguna en un Senado sometido a la voluntad

³³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1869, sesión de 17 de junio de 1869, págs. 134 y ss., 143 y 144.

³⁴ *Idem ant.*, págs. 140 y 141.

³⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1869, sesión de 19 de junio de 1869, págs. 163 a 167.

del oficialismo, cabe señalar que generaron varias consecuencias. Una de ellas fue que Sarmiento volviera a tomar la pluma, ahora para afirmar categóricamente que los salteadores pertenecían «*de derecho al fuero militar*»³⁶, y que la disposición según la cual el juicio de los bandidos debía tener carácter militar estaba «*bajo la égida de la ley de las naciones*»³⁷. Asimismo, otras consistieron en lograr la traducción oficial de la obra del norteamericano Whitting; paradójicamente, en conducir al paulatino declive de las teorías favorables a la ley marcial; y en estimular el proceso de la codificación, asunto, este último, cuyo estudio abordaremos en el parágrafo siguiente.

En cuanto a la decisión gubernamental de traducir la obra de William Whitting, digamos que ésta no fue ni gratuita ni casual. Por el contrario, implicó una definida y consciente toma de posición respecto de una concepción de los poderes de guerra del presidente de la Nación tendiente a favorecer la aplicación de la ley marcial en el país. Al respecto, cabe recordar que Whitting había escrito su obra con el objeto de justificar los crecientes poderes de guerra ejercidos durante la contienda civil por el presidente Lincoln. Así las cosas, y según Whitting, con motivo del desarrollo de una guerra interior, los enemigos de las autoridades legítimas pasaban a padecer de una supuesta ilegitimidad esencial, que los tornaba pasibles de sufrir la ley marcial³⁸. Asimismo, para satisfacción de quienes, como Sarmiento, consideraban que el Ejecutivo nacional estaba provisto de amplios poderes militares, este autor, que insistía permanentemente en defender las prerrogativas de las autoridades castrenses, no se

³⁶ Domingo F. SARMIENTO, «Cuestión Segura. Salteadores y montoneras bajo la ley militar», en *Obras Completas*, t. XXXI, cit., pág. 202.

³⁷ *Idem* ant., pág. 203.

³⁸ William WHITTING, *Poderes de guerra bajo la Constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1869, pág. 392.

cansó de adjudicar crecientes atribuciones militares al comandante en jefe ³⁹, llegando a afirmar, incluso, que en tiempo de guerra éste podía ejercer «todos los poderes de un gobierno *de hecho y de derecho*» ⁴⁰. De este modo, el jurista norteamericano no reconocía más limitaciones jurídicas sobre los militares que aquellas que se derivaban del cumplimiento de las leyes de la guerra ⁴¹. En síntesis, la obra de Whitting brindaba sólidos y prestigiosos argumentos en apoyo de las pretensiones del presidente Sarmiento y de sus colaboradores dirigidas a imponer en la Argentina, sin ambages, la ley marcial.

Por otra parte, en lo atinente al eclipse de las teorías *marcialistas*, y si bien durante el resto de la gestión de Sarmiento las autoridades nacionales siguieron considerando legítimo recurrir a los tribunales castrenses para juzgar a los salteadores de caminos ⁴², es indudable que la férrea oposición de Mitre y de sus simpatizantes ⁴³ -quienes consideraron que las doctrinas del entonces presidente eran «*inconstitucionales y liberticidas*» ⁴⁴ y que resultaban opuestas «*a los principios de libertad que nos rigen*» ⁴⁵- resultó decisiva para el paulatino abandono de estas teorías.

Cabe referir, por último, que en el marco de la recordada polémica entablada entre civilistas y marcialistas, durante

³⁹ Idem ant., págs. 399 y 403.

⁴⁰ Idem ant., pág. 399.

⁴¹ Idem ant., pág. 393.

⁴² Circular del ministro de Guerra y Marina, general Martín de Gainza, de 21 de febrero de 1872. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1872, págs. 141 y 142, anexo B.

⁴³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, sesión de 23 de agosto de 1870, pág. 465 y ss.. Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 119.

⁴⁴ Palabras del senador Manuel Quintana durante la sesión de 18 de septiembre de 1873; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1873, pág. 576.

⁴⁵ Palabras pronunciadas por el senador Torrent durante la sesión de 18 de septiembre de 1873; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1873, pág. 578.

1869 y 1870 varios miembros del Congreso se preocuparon por poner coto a las teorías sustentadas por el gobierno. De este modo, por ejemplo, en agosto de 1869 el diputado Manuel Quintana anunció a sus colegas que redactaría un proyecto determinando con precisión la competencia de los tribunales militares, «para que en adelante», los ciudadanos no se viesen «expuestos a caer bajo la cuchilla de los consejos de guerra»⁴⁶. Asimismo, en 1870 los senadores Daniel Aráoz y Nicasio Oroño presentaron ante la Cámara un proyecto de ley relativo a la jurisdicción militar, con el objeto de impedir la aplicación futura de la ley marcial. En particular, esta propuesta restringía la competencia de los tribunales castrenses a los delitos de naturaleza militar y a los delitos cometidos por los hombres de armas en lugar militar o en acto de servicio, y establecía, además, que toda infracción a esta normativa debía ser sometida al conocimiento del juzgado federal respectivo⁴⁷. Si bien el proyecto en cuestión recibió la media sanción del Senado⁴⁸, no alcanzó a convertirse en ley, debido a que los diputados nunca llegaron a discutirlo, a pesar de los insistentes reclamos de la Cámara alta⁴⁹.

3. El impulso brindado a la codificación militar durante la presidencia de Sarmiento. El encargo al doctor Francisco Pico. Como dijéramos más arriba, una de las

⁴⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1869, sesión de 6 de agosto de 1864, pág. 231.

⁴⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, sesión de 23 de agosto de 1870, pág. 465.

⁴⁸ *Idem ant.*, sesión de 1º de septiembre de 1870, pág. 514.

⁴⁹ Cfr., v.gr., lo dicho por los senadores Quintana, Torrent y Aráoz durante la sesión de 18 de septiembre de 1873; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1873, págs. 577 y 582. Véanse, también, las palabras de Manuel Quintana en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, sesión de 22 de julio de 1875, pág. 282; y el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1873, sesión de 19 de septiembre de 1873, pág. 1185.

consecuencias de la polémica entablada en 1869 con motivo de la aplicación de la ley marcial a los civiles, consistió en que, a partir de 1870 la idea de sancionar un código castrense obtuvo un renovado impulso. De este modo, considerando «*urgente la formación de un código militar*», el 23 de febrero de 1870 el presidente Sarmiento resolvió, en acuerdo de ministros, adjudicar al coronel Gerónimo Espejo la tarea de reunir los documentos necesarios para encarar la redacción de un proyecto en la materia ⁵⁰. Asimismo, una preocupación análoga también se despertó entre los miembros del Congreso, lo que dio lugar a que, a mediados del mismo año, la Cámara baja aprobase una propuesta del diputado Ocantos, en virtud de la cual se remitió al Ejecutivo nacional una minuta de comunicación por medio de la cual se lo instaba a dar principio a los trabajos preparatorios para la redacción de un código castrense ⁵¹. Así las cosas, en junio de 1870 el último de los poderes mencionados dictó un decreto encargando al procurador general de la Nación, doctor Francisco Pico, la redacción de un proyecto de código de justicia militar ⁵². Superadas algunas dudas iniciales acerca de su competencia en la materia, y tras considerar «*que cualquiera persona, capaz de redactar un Código, se hallaría en circunstancias semejantes a las mías*», el jurista mencionado aceptó hacerse cargo de la tarea encomendada el 28 de junio de 1870, para lo cual se autoimpuso la consulta de «*los mejores modelos y el parecer de personas competentes en aquellos puntos que me ofrezcan dudas*» ⁵³.

⁵⁰ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1871, pág. XX.

⁵¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, sesión de 17 de junio de 1870, pág. 118.

⁵² *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1871, pág. 77, anexo A.

⁵³ Oficio de Francisco Pico al ministro de Guerra y Marina, coronel Martín de Gainza; Buenos Aires, 28 de junio de 1870. Agradecemos a la gentileza del profesor Rinaldo Alberto Poggi el acceso a este documento, conservado en el archivo del Estado Mayor General del Ejército, Organización Nacional, bajo el N° 41-12811.

4. La actuación jurídico castrense de los tribunales federales. Instalados los tribunales federales con los inicios de la presidencia de Mitre, éstos no tardaron en dictar pronunciamientos en los que de una u otra manera se abordaban tópicos de interés jurídico militar. Así, por ejemplo, en 1870 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que para determinar la naturaleza castrense de una infracción lo que interesaba era precisar si el hecho imputado había sido cometido en cuartel, en campamento o en acto de servicio, y si dicho delito afectaba directamente o no la disciplina y la organización de la fuerza armada ⁵⁴. Por otra parte, en autos «Dalmiro Hernández» el mismo tribunal confirmó la legitimidad de la ley 48 de jurisdicción criminal, en cuanto ésta mantenía inalterable la competencia de los tribunales militares cuando éstos se limitasen a juzgar hechos que afectaran a la organización militar, siempre que éstos actuase de acuerdo con las disposiciones castrenses en vigencia ⁵⁵.

Al margen de los ejemplos dados arriba, cabe señalar que la jurisprudencia federal de la época se orientó, fundamentalmente, en dos direcciones: determinar y preservar el derecho penal militar aplicable en el país; y, merced, sobre todo, a la actividad de la Corte Suprema de Justicia, establecer los principios rectores destinados a resolver las cuestiones de competencia que se suscitasen entre los tribunales ordinarios y los castrenses ⁵⁶.

⁵⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 3 de noviembre de 1870; en *Fallos*, 9:485. También *Fallos*, 52:223.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 10 de abril de 1869, adoptando los fundamentos expresados por el juez federal de San Luis, J. Pablo Saravia, de fecha 4 de febrero de 1869, en la causa «Sargento Mayor Dalmiro Hernández»; en *Fallos*, t. 7, pág. 142. Posteriormente, esta doctrina fue reiterada en los siguientes pronunciamientos: Sentencia del juez federal de San Luis, J. Pablo Saravia, dictada el 24 de noviembre de 1870 en autos «Mayor Raymundo Loyola»; en *Fallos*, t. 10, pág. 144. Sentencia dictada el 4 de mayo de 1875 por el juez federal de Buenos Aires, Andrés Ugarriza, en la causa de los revolucionarios de 1874; en *Fallos*, t. 16, pág. 185.

⁵⁶ Cabe señalar que algunas de las sentencias dictadas en la materia por el máximo tribunal argentino son descriptas por Marta María Magdalena HUERTAS en «El derecho

En cuanto a la primera tendencia, los tribunales federales no sólo se ocuparon de resguardar el nuevo derecho militar patrio, como sucedió con la ley de 27 de agosto de 1864⁵⁷, ni a declarar inaplicables ciertas disposiciones jurídico-militares del período hispánico, como tuvo oportunidad de hacerlo un juez en 1870, al sostener que una real cédula de 1° de agosto de 1784 no podía considerarse vigente en el país, debido a que su fundamento era el superado concepto del fuero personal privilegiado⁵⁸, sino que los magistrados nacionales fueron, incluso, más allá. En efecto, consolidando la plenitud de los dispositivos constitucionales en materia jurídico militar, durante estos años los tribunales federales establecieron por vía pretoriana la vigencia nacional de la ley porteña de julio de 1823⁵⁹, recurriendo para ello al dudoso argumento de considerarla «*jurisprudencia*» de la República en virtud de «*su constante aplicación*»⁶⁰.

Por otra parte, en lo atinente a la facultad de la Corte Suprema para resolver los conflictos de competencia entre

castellano indiano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre temas de derecho constitucional (1863-1903)», *Revista de Historia del Derecho*, N° 24, 1996, pág. 137 y ss..

⁵⁷ «Auto criminal contra infractores de la ley de 27 de agosto de 1864 aboliendo la pena de azotes», sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 6 de febrero de 1872; en *Fallos*, t. 11, pág. 235.

⁵⁸ Sentencia del juez federal de Corrientes, Carlos Luna, de 9 de septiembre de 1870, confirmada por sus fundamentos por la Corte Suprema el 19 de noviembre del mismo año; en *Fallos*, t. 9, págs. 536 y 537.

⁵⁹ Véanse, v.gr.: Sentencia del juez federal de Corrientes, Carlos Luna, de 9 de septiembre de 1870, confirmada por sus fundamentos por la Corte Suprema el 19 de noviembre del mismo año; en *Fallos*, t. 9, pág. 535. Sentencia del juez federal de La Rioja, Mardoqueo Molina, dictada el 26 de noviembre de 1872 en autos «Criminal contra varios militares y particulares por conato de sublevación y sustracción de presos»; en *Fallos*, t. 14, pág. 455. Sentencia dictada el 4 de mayo de 1875 por el juez federal de Buenos Aires, Andrés Ugarriza, en la causa de los revolucionarios de 1874; en *Fallos*, t. 16, pág. 185.

⁶⁰ Sentencia dictada el 29 de enero de 1870 por el juez federal de Corrientes, Carlos Luna, en autos «Juan Bautista Candia»; en *Fallos*, t. 9, pág. 535. Sentencia dictada el 4 de mayo de 1875 por el juez federal de Buenos Aires, Andrés Ugarriza, en la causa de los revolucionarios de 1874; en *Fallos*, t. 16, pág. 184.

los tribunales castrenses y los ordinarios, cabe decir aquí que el ejercicio de esta atribución comenzó a definirse en 1867, con motivo de la resolución de los autos ⁶¹. Por otra parte, en cuanto a sus concretas expresiones, es oportuno recordar que de resultas del surgimiento de una contienda de competencia entre el juez del crimen de San Juan y el comandante en jefe del ejército del interior, la Corte expresó enfáticamente que todo delito de naturaleza común que no hubiese sido cometido en lugar militar o en sitio sometido a la autoridad militar, debía ser resuelto por la jurisdicción ordinaria ⁶². Asimismo, con motivo del dictado de un pronunciamiento en una causa relativa a los revolucionarios de 1874, el máximo tribunal de los argentinos sentó como principio que la resolución de este tipo de conflictos sólo era posible en tanto que la causa que lo originase se hallase aún pendiente de resolución ⁶³.

c. Obstáculos y avances en el camino de la codificación (1875-1882)

1. Renovados esfuerzos en materia de codificación militar. La comisión redactora de 1875. Lamentablemente, al tiempo que las múltiples ocupaciones del doctor Pico conspiraban contra la dedicación que requería la tarea de codificar el derecho militar argentino, a mediados de la década de 1870 los estragos de un incendio destruyeron el escaso trabajo realizado hasta ese entonces ⁶⁴. Así las cosas,

⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema de 19 de febrero de 1867, en autos «Robustiano Lagraña»; *Fallos*, t. 4, pág. 229.

⁶² Dictamen del procurador general de la Nación, Francisco Pico, de 1º de marzo de 1875, y fallo coincidente de la Corte Suprema, de 6 de marzo de 1875, en la «Contienda de competencia entre el juez del crimen de San Juan y el comandante en jefe del ejército del interior»; en *Fallos*, t. 16, págs. 62 y 63.

⁶³ Sentencia de la Corte Suprema de 12 de junio de 1875; en *Fallos*, t. 16, págs. 194 y 195.

⁶⁴ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1875, pág. 25.

atendiendo a estas circunstancias y también al hecho de que el juzgamiento de los revolucionarios mitristas -que se erigió en un hito fundamental de la historia jurídico-militar patria, sobre todo a raíz de los escritos presentados por José María Moreno en impugnación de la competencia militar para conocer en lo que se consideró un delito político⁶⁵- desnudó importantes deficiencias en el régimen penal militar vigente⁶⁶ en 1875 el gobierno nacional se decidió a hacer todo lo posible para dotar al país de un código militar⁶⁷, que al decir del entonces ministro de Guerra y Marina, Adolfo Alsina, se inspirase en «*las ideas del siglo*» y adaptase las viejas disposiciones y procedimientos de las ordenanzas carolinas «*a la forma republicana de gobierno*»⁶⁸. Mientras tanto, también en el Congreso se manifestó interés respecto del tema, y a mediados de ese mismo año el diputado Rafael Ruiz de los Llanos propuso el dictado de una ley que desvinculara casi completamente al Ejecutivo nacional del ejercicio de la jurisdicción castrense, merced al expediente de establecer consejos de guerra permanentes integrados a la estructura de la judicatura federal⁶⁹.

Volviendo a la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo en materia de derecho militar, cabe indicar ahora que luego de dar por finalizado el encargo adjudicado en 1870 a Francisco Pico, el 6 de marzo de 1875 el presidente Avellaneda decidió encomendar a una comisión integrada por el doctor Dardo Rocha y por los coroneles Lucio Mansilla y José Igna-

⁶⁵ Los escritos interpuestos por la defensa pueden verse en *Obras Jurídicas del Doctor José María Moreno*, Buenos Aires, Felix Lajouane editor, 1883, t. III, pág. 257 y ss.. En cuanto a su repercusión posterior, se refirió a ellos, entre otros, GADEA Y GRANÉ en su obra ya citada, pág. 64.

⁶⁶ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1876, pág. XIX.

⁶⁷ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1875, pág. 413.

⁶⁸ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1875, págs. 25 y 26.

⁶⁹ Palabras del diputado Rafael Ruiz de los Llanos; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, t. I, pág. 176 y ss..

cio Garmendia ⁷⁰ la redacción de un código militar que definiera «*de una manera clara, la esfera en que debe girar cada poder, sin ultrapasar los límites constitucionales*», y que adecuase la normativa castrense a la Constitución, «*al espíritu de la época y aún a las condiciones peculiares del país*» ⁷¹. Así las cosas, la idea del ministro Alsina fue que el proyecto de código, que debía abarcar tanto lo atinente a justicia militar como también el resto de las reglamentaciones castrenses ⁷², pudiese ser presentado al Congreso antes de que finalizase el año legislativo ⁷³ o, a más tardar, durante las primeras sesiones de 1876 ⁷⁴.

En cuanto al trabajo de los miembros de la comisión, cabe aclarar que quien tuvo a su cargo la redacción de lo relativo a la organización de los tribunales militares y a la penalidad castrense fue el coronel Mansilla, quien concluyó con su tarea a finales de noviembre de 1875 ⁷⁵. Sin embargo, la totalidad del proyecto recién estuvo concluida para el 14 de junio de 1876, oportunidad en la cual, con el objeto de facilitar su discusión pública, los integrantes de la comisión propusieron al gobierno que su trabajo fuese publicado oficialmente

⁷⁰ Cabe consignar que en diciembre del año anterior este último se había desempeñado como fiscal del Consejo de Oficiales Generales constituido en Buenos Aires para juzgar a los revolucionarios de 1874. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 505.

⁷¹ Archivo General de la Nación (en adelante, AGN), sala VII, colección Dardo Rocha, legajo 296. *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1875, págs. 23 y 413. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, pág. 517.

⁷² Oficio de Dardo Rocha, José Ignacio Garmendia y Lucio Mansilla al ministro de guerra y marina, Adolfo Alsina; Buenos Aires, 14 de junio de 1876. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1877, t. II, pág. 588.

⁷³ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1875, pág. 413.

⁷⁴ Carta de Lucio V. Mansilla a Dardo Rocha; «Ancla de Oro», 26 de noviembre de 1875. En AGN, sala VII, colección Dardo Rocha, legajo 296.

⁷⁵ Carta de Lucio V. Mansilla a Dardo Rocha; en AGN, sala VII, colección Dardo Rocha, legajo 296. Cabe señalar que dos décadas más tarde, los trabajos de Mansilla fueron gratificados por el gobierno con una remuneración de 15.000 pesos; Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 27.

bajo el título *La ordenanza al servicio de los ejércitos en campaña* ⁷⁶. Si bien este criterio no fue adoptado -aunque cabe señalar que Garmendia y Mansilla editaron privadamente, y por separado, las partes redactadas por cada uno de ellos-, el gobierno compartió la idea de someter el proyecto a «*la opinión de algunos jurisconsultos notables*», a fin de que el futuro código fuese «*depurado de toda disposición que pudiese contener[,] en desacuerdo con los principios inmutables del derecho y con las instituciones fundamentales del régimen republicano*» ⁷⁷. Así las cosas, en 1876 el gobierno informó al Congreso que en el curso de ese año, o a la sumo en 1877, pondría a la consideración de las cámaras el proyecto de código militar ⁷⁸. Empero, ello no tuvo lugar nunca, y la comisión terminó por disolverse en octubre de 1879 sin que el proyecto hubiera sido siquiera puesto a disposición del Legislativo ⁷⁹.

En otro orden de cosas, cabe recordar también que en diciembre de 1878 el Poder Ejecutivo nacional encargó al doctor Ángel Justiniano Carranza la redacción de un código naval que siguiese «*el movimiento progresivo del siglo*», y que estuviese en consonancia «*con la índole de nuestras instituciones políticas*» ⁸⁰.

2. El proyecto del coronel Mansilla. El proyecto de ordenanzas generales del ejército que Lucio Mansilla redactara en tanto que miembro de la comisión codificadora de 1875, que posteriormente sería tenido en cuenta durante la elabo-

⁷⁶ Oficio de Dardo Rocha, José Ignacio Garmendia y Lucio Mansilla al ministro de Guerra y Marina, Adolfo Alsina; Buenos Aires, 14 de junio de 1876. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1877, t. II, pág. 587.

⁷⁷ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1876, pág. XVIII.

⁷⁸ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1876, págs. XVIII y XIX.

⁷⁹ AGN, colección Dardo Rocha, legajo 296.

⁸⁰ Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de 28 de diciembre de 1878, copia existente en el Archivo General de la Armada, caja N° 6978. Agradecemos al almirante Pablo Arguindeguy la obtención de este material.

ración de los proyectos de la comisión de 1881 ⁸¹, estaba integrado por casi 840 artículos, en los que se combinaban no muy claramente elementos morales y jurídicos ⁸². En cuanto a la estructura de lo que nos interesa en el curso de esta obra, la regulación de las faltas disciplinarias era abordada en el título II del libro II; la de la organización judicial militar, en el libro VI; la de la competencia de los tribunales castrenses, en el libro VII; y la de los delitos militares, en el título V, libro IX.

Respecto de las características del proyecto Mansilla en materia de administración de justicia, cabe indicar aquí que se establecía como principio que la jurisdicción era excepcional, y que dependía de «*la calidad del acusado y [de] la naturaleza del delito*» ⁸³. De allí que se sostuviese que la competencia de los tribunales castrenses no sólo comprendía el conocimiento de los delitos esencialmente militares, sino también el de las infracciones comunes protagonizados por los militares, y el de algunos delitos cometidos por los particulares «*en circunstancias extraordinarias*» ⁸⁴. Por otra parte, entre las curiosidades procesales del proyecto, Mansilla concibió la posibilidad de que los jueces nacionales de sección interviniesen en los procesos castrenses con el carácter de auditores *ad hoc* ⁸⁵.

En lo atinente al derecho de fondo, este proyecto partía de la premisa de que la pena no era una venganza, sino que surgía de la ponderación de la perversidad moral del individuo y de los peligros que los hechos cometidos importaban

⁸¹ Decreto de 21 de enero de 1881; en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III.

⁸² V.gr., el artículo 80 del proyecto en cuestión decía que «*la disciplina debe ser siempre severa pero medida en sus aplicaciones*», mientras que para el artículo 333 «*la salvación de la patria está antes que toda otra consideración*». Cfr. Lucio V. Mansilla, *Ordenanzas para el Ejército de la República Argentina*, Buenos Aires, 1876.

⁸³ Proyecto Mansilla, notas 1 y 2 al libro VII, capítulo I.

⁸⁴ Proyecto Mansilla, nota 2 al libro VI, capítulo I.

⁸⁵ Proyecto Mansilla, artículo 489.

para la sociedad ⁸⁶. Por otra parte, atendiendo a la insuficiencia del articulado del código, el proyecto establecía en algunos casos la remisión al derecho penal ordinario; así, por ejemplo, en aquellos casos en los que los tribunales militares tuviesen que juzgar delitos no previstos específicamente en la ley militar ⁸⁷, o en los que debiesen resolver en materia de prescripción ⁸⁸. Asimismo, el proyecto admitía la aplicación supletoria de las ordenanzas de 1768 en todo aquello que no se opusiese al espíritu del nuevo cuerpo legal ⁸⁹. En cuanto al elenco de figuras penales, el proyecto Mansilla regulaba las siguientes: traición, espionaje y soborno; delitos contra el deber y el honor militar, y faltas contra la disciplina; motín, insubordinación, sedición, revolución, insurrección y rebelión; abuso de autoridad; insumisión y desertión; venta, mal uso, empeño y encubrimiento u ocultación de efectos militares; robo; pillaje, destrucción y devastación de edificios; homicidio, asesinato, duelo, lesiones corporales, violación, rapto, secuestro, ataques al honor y al pudor, desacato a la religión, y amenazas; falsedad en materia de administración militar; corrupción, prevaricación e infidelidad en el servicio y en la administración militar; y usurpación de uniformes, trajes, insignias, condecoraciones y medallas.

3. Nuevos debates en torno a la ley marcial.

Desprestigiada la tesis a favor de la ley marcial en la opinión pública, el ocaso de su estrella no impediría su alusión recurrente en los debates parlamentarios, ni la pervivencia de su estudio. De este modo, mientras que en 1875 se reflataría en la Cámara de Diputados la oposición a las teorías de Sarmiento en favor de la aplicación de la jurisdicción militar a

⁸⁶ Proyecto Mansilla, nota 1 al libro IX, título I.

⁸⁷ Proyecto Mansilla, artículo 827.

⁸⁸ Proyecto Mansilla, artículo 680.

⁸⁹ Proyecto Mansilla, artículo 838.

los civiles ⁹⁰, durante el mismo año el artículo 329 del proyecto de Mansilla admitiría la posibilidad de imponer la ley marcial en territorio enemigo ⁹¹. Por otra parte, contemporáneamente y siguiendo atentamente los lineamientos fijados por la doctrina norteamericana, el doctor Andrés Ugarriza, juez federal de Buenos Aires, se encargó de distinguir conceptualmente el derecho militar ordinario de la ley marcial. De este modo, Ugarriza definió la ley marcial como *«aquella autoridad o régimen militar que existe en tiempo de guerra y es conferido por las leyes de la guerra en relación a las personas y cosas, bajo la acción y dentro del objeto de las operaciones militares»*, en virtud de la cual los derechos civiles y los remedios fundados en ellos se suspenden o se extinguen, *«hasta donde aparezcan ser necesarios para el completo cumplimiento de los propósitos de la guerra, siendo el que lo ejerce responsable de cualquier abuso de la autoridad que inviste»*. En síntesis, nuestro magistrado consideró que era la aplicación del gobierno castrense, con exclusión del civil, en lo que éste pudiese trabar el régimen y la acción militares ⁹². Asimismo, José María Moreno también se refirió a este asunto, al sostener que la ley marcial -a la que consideraba carente *«de antecedente y de expresión en nuestra legislación»* ⁹³- era una institución ajena a la Constitución argentina, y que resultaba inaplicable en materia de conflictos domésticos, en la medida en que suprimía los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, y sometía *«a los hombres y a las cosas a la voluntad del comandante en jefe de un ejército en operaciones de guerra»* ⁹⁴.

⁹⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, t. I, pág. 178.

⁹¹ Proyecto Mansilla, libro VI, capítulo VI, artículo 534.

⁹² Sentencia de 4 de mayo de 1875, en *Fallos*, t. 16, pág. 182.

⁹³ *Obras jurídicas del Doctor José María Moreno*, cit., t. III, págs. 399 y 400.

⁹⁴ *Idem ant.*, págs. 397, 405 y 406.

Posteriormente, a lo largo de páginas henchidas de una prosa por veces contradictoria y algo vacía de contenido, la ley marcial también fue analizada por Amancio Alcorta, un jurista que integró una de las comisiones codificadoras dispuestas por el presidente Roca en 1881 ⁹⁵. En particular, éste sentó una postura que, fundada principalmente en la jurisprudencia y en la doctrina anglosajona -a la que, representada por autores como Kent, Story, Pomeroy, Cooley y Whitting, se conceptuaba como «*de perfecta aplicación a nuestras prescripciones constitucionales, dada la identidad de éstas con las de los Estados Unidos*» ⁹⁶- resultó calurosamente recibida por los expertos contemporáneos y por las siguientes generaciones de juristas argentinos. Previo a indagar en lo que Alcorta sostuvo respecto de la ley marcial, corresponde, empero, aclarar que nuestro autor partía en su análisis de dos premisas fundamentales: 1º, que en tiempo de guerra se imponía la suspensión del orden jurídico de las épocas de paz, vale decir de las leyes ordinarias «*del procedimiento y del forum, que son hechas por los hombres para los tiempos de calma*» ⁹⁷; 2º, que los ejércitos regulares no sólo debían cumplir con la función de proveer a la seguridad exterior de la república, sino también con la de garantizar el orden interno ⁹⁸. Así las cosas, fundadas en la conveniencia y en las necesidades sociales, las leyes militares constituían para Alcorta la salvaguardia del orden jurídico ordinario ⁹⁹. Del mismo modo, nuestro autor también creía que, debido a la guerra, en las zonas de operaciones militares resultaba más que lícito el

⁹⁵ Amancio ALCORTA, *Las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Félix Lajouane editor, 1881.

⁹⁶ Idem ant., pág. 104.

⁹⁷ Idem ant., págs. 85 y 121.

⁹⁸ Idem ant., pág. 106.

⁹⁹ Idem ant., págs. 111 y 113.

imperio de la ley marcial ¹⁰⁰, «dominando el conjunto de las relaciones políticas y civiles ... sin distinción de clases y de personas» ¹⁰¹, aun en los casos de insurrecciones internas ¹⁰². Asimismo, Alcorta también consideraba que «la ley marcial no necesita[ba] ser proclamada», en la medida en que su imperio se justificaba en el mero estado de necesidad ¹⁰³.

4. Profundización del impulso codificador. Los trabajos de las comisiones de 1881. Si bien el intento codificador de 1875 fracasó, para comienzos de la década de 1880 el anhelo de codificación castrense se mantuvo intacto. Así las cosas, a finales de enero de 1881 el presidente Julio Argentino Roca decidió establecer dos comisiones, para que en el perentorio término de seis meses cada una de ellas redactase, separadamente para el ejército y para la armada ¹⁰⁴, un código penal, un proyecto de ley sobre organización y competencia de los tribunales castrenses, y un código de procedimientos ¹⁰⁵. En cuanto a sus miembros, la comisión codificadora para el ejército resultó integrada por los doctores Manuel Obarrio y Estanislao Zeballos, por el general

¹⁰⁰ Instituto jurídico de emergencia al que distinguía del derecho penal militar, y al que definía como «la ley de la guerra con las limitaciones que los principios del derecho le imponen en el estado actual de la civilización». Idem ant., págs. 126, 131 y 141.

¹⁰¹ Idem ant., pág. 121.

¹⁰² Idem ant., pág. 133 y ss., pág. 145.

¹⁰³ Idem ant., pág. 151.

¹⁰⁴ Sin embargo, se preveía que ambas comisiones pudiesen mantener «reuniones generales, a efecto de ponerse de acuerdo sobre puntos fundamentales». Cfr. el decreto de 21 de enero de 1881, reproducido en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 12. En cuanto al establecimiento de una codificación para el ejército y otra para la armada, cabe señalar que esta era una idea bastante difundida en el derecho comparado contemporáneo, tal como lo atestiguan los proyectos españoles y chilenos de la época.

¹⁰⁵ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de septiembre de 1881; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, t. II, pág. 1257. *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1881. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, págs. 10 a 12.

Octavio Olascoaga y por el coronel Simón de Santa Cruz -quien se incorporó a la comisión por decreto de 17 de febrero de 1881¹⁰⁶-, siendo designado secretario Ernesto Quesada; por su parte, la de la armada estuvo compuesta por los doctores Amancio Alcorta y Aristóbulo del Valle, y por el coronel de marina Daniel Solier, ocupando la plaza de secretario Alberto López¹⁰⁷.

En cuanto al desarrollo de las tareas de las comisiones de 1881, cabe tener en cuenta que los integrantes de éstas partieron de la idea de que la legislación penal naval debía «*apoyarse*» en la del ejército¹⁰⁸. Por tal motivo, los vocales de las comisiones de 1881 se abocaron primero a la redacción de los códigos para el ejército, con la intención de proceder luego a especializar las normas correspondientes «*en lo relativo a la Armada*»¹⁰⁹. Dicho esto, cabe aclarar que las actividades de la comisión militar principiaron con la redacción de las normas de fondo, y recién concluida con esta tarea se dedicó atención al estudio de aquellas relativas a la organización y competencia de los tribunales y al procedimiento. Así las cosas, el primer proyecto redactado por la comisión militar fue el del código penal para el ejército, el cual, elevado al Ejecutivo el 20 de agosto de 1881¹¹⁰, fue remitido por el presidente Roca a la consideración del Congreso un mes más tarde¹¹¹. Curiosamente, sin embargo, en octubre de 1881 el ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica, señaló en el recinto legislativo que el trabajo elaborado por la comisión de 1881 todavía necesitaba de un estudio detenido, razón por la cual

¹⁰⁶ Ercilio DOMÍNGUEZ, t. III, pág. 15.

¹⁰⁷ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de septiembre de 1881; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, t. II, pág. 1258.

¹⁰⁸ *Idem ant.*, pág. 1257.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

¹¹⁰ *Idem ant.*, pág. 1258.

¹¹¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, t. II, pág. 1257.

si bien propuso su aprobación final, recomendó que el proyecto no fuese discutido por las cámaras durante las sesiones de prórroga, sino al comenzar el año entrante ¹¹².

En cuanto a los otros trabajos encomendados a la comisión, cabe señalar que junto con un informe explicativo el 1º de septiembre de 1881 la comisión elevó al ministro del ramo el proyecto de ley de organización de los tribunales militares ¹¹³. Por otra parte, el código de procedimientos criminales propuesto para el ejército se presentó al ministerio el 1º de abril de 1882 ¹¹⁴. Cumplidos estos pasos, y publicados los trabajos oficialmente, en agosto de 1882 el Poder Ejecutivo Nacional decidió remitir al Congreso la totalidad de los proyectos encomendados en 1881 a la comisión militar, vale decir, pues, el del código penal militar, el de la ley de organización y competencia de los tribunales castrenses, y el del código de procedimientos ¹¹⁵.

5. Los proyectos elaborados por la comisión de 1881.

Si bien la comisión codificadora militar de 1881 puso particular atención en el antecedente que importaban los trabajos previos de Lucio Mansilla -que incluso se tomó como base- y de José Ignacio Garmendia ¹¹⁶, así como un informe evacuado respecto del particular por el auditor de guerra, doctor Cosme

¹¹² *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, sesión de 1º de octubre de 1881, pág. 10.

¹¹³ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 3.

¹¹⁴ *Proyecto de código de procedimientos para los tribunales militares del ejército de la república*, Buenos Aires, Establecimiento Tipográfico de «La Pampa», 1882, pág. III.

¹¹⁵ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de agosto de 1882; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1882, sesión de 16 septiembre de 1882, t. II, pág. 618.

¹¹⁶ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de septiembre de 1881; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, t. II, pág. 1257.

Beccar ¹¹⁷, lejos de circunscribirse a estos textos los vocales de 1881 -en los que primó la preocupación por diseñar un dispositivo penal que permitiese someter la fuerza pública al poder civil, organizándola férreamente ¹¹⁸- se fundaron, en gran medida y tal como lo atestiguan los correspondientes informes previos, en «*la ciencia de los tratadistas*», en «*la experiencia de las naciones*», y en las características y en las tradiciones del ejército argentino ¹¹⁹.

En cuanto a las características de los proyectos, cabe decir aquí que una de las más destacadas del código penal para el ejército consistió en la incorporación de muchas disposiciones transitorias destinadas a suplir la ausencia de un código penal nacional ¹²⁰. Asimismo, en la medida en que se sabía que este ordenamiento sería aplicado por personas que las más de las veces carecían de conocimientos jurídicos profundos, los artículos del proyecto fueron acompañados de notas explicativas y de remisiones al derecho comparado ¹²¹. Por otra parte, en lo relativo a la organización y competencia de los tribunales militares, la comisión de 1881 estuvo muy preocupada por asegurar las máximas garantías en favor de los procesados ¹²², razón por la cual no sólo deslindó el ejercicio del ministerio fiscal de la instrucción de los procesos -tarea que decidió adjudicar a los comisarios de instrucción ¹²³-, sino que, salvo limitadas excepciones, estableció el carácter

¹¹⁷ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1881.

¹¹⁸ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 6.

¹¹⁹ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de septiembre de 1881; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, t. II, págs. 1257 y 1258.

¹²⁰ *Idem ant.*, pág. 1258.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 51.

¹²³ *Idem ant.*, pág. 59.

permanente de unos consejos de guerra ¹²⁴ a los que concibió distribuidos por el territorio de la República integrados a varias secciones judiciales ¹²⁵. Asimismo, bajo la inspiración del código de justicia militar francés ¹²⁶, se preconizó el establecimiento de un régimen jurisdiccional ordinario de dos instancias, con la posibilidad de acudir por vía excepcional ante la Corte Suprema ¹²⁷. Ello motivó que junto con los tribunales inferiores se previese la creación de un consejo supremo de guerra y marina, cuerpo colegiado que, aunque en forma minoritaria, se pensaba integrar con vocales letrados ¹²⁸, y al que se adjudicaban facultades para juzgar sobre nulidades en los procedimientos y en las sentencias, y para resolver los conflictos de competencia suscitados entre los tribunales militares ¹²⁹. Finalmente, y en lo atinente a procedimientos, cabe recordar que el proyecto de 1882 innovaba al volcar al ámbito penal castrense «*las disposiciones fundamentales de los códigos de derecho común*» ¹³⁰.

Aun cuando los proyectos de la comisión de 1881 nunca alcanzarían sanción legislativa, y serían, años después, objeto de crítica por su carácter excesivamente «*civil y poco militar*» ¹³¹, en su hora los contemporáneos elogiaron la obra rea-

¹²⁴ Idem ant., pág. 49.

¹²⁵ Informe de la comisión de 1894; en *Códigos militares para el Ejército y la Armada de la República Argentina, precedidos de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, edición oficial, 1895, pág. 70.

¹²⁶ Palabras del diputado Agustín Álvarez durante la sesión de 2 de noviembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1894, t. II, pág. 410.

¹²⁷ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 43.

¹²⁸ Idem ant., págs. 52 y 55.

¹²⁹ Artículo 96 del proyecto de organización de los tribunales militares de 1881.

¹³⁰ Informe de la comisión de 1894, cit., pág. 69.

¹³¹ Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Senadores el 21 de junio de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1894, pág. 104.

lizada y la competencia demostrada por sus redactores. Así las cosas, los proyectos comenzaron a ser tenidos en cuenta no sólo para el diseño de la futura legislación militar argentina, como sucedió en materia de ascensos ¹³², sino también para el de la extranjera. En este sentido, los proyectos de 1881 y 1882 fueron particularmente importantes en la redacción del Código Militar de la República Oriental del Uruguay ¹³³. Asimismo, cabe consignar también que más de una década después de haber sido presentados al Congreso, los funcionarios de la justicia federal y los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideraron los proyectos de la comisión de 1881 como la manifestación de una reforma liberal y adelantada, de la que emanaba autorizada doctrina ¹³⁴.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo. A partir de la confrontación de las múltiples manifestaciones jurídico castrenses durante los años estudiados en este capítulo, corresponde que nos expliquemos aquí sobre tres tópicos que preocuparon sobremanera

¹³² *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1882, sesión de 19 de julio de 1882, pág. 675.

¹³³ Véase, v.gr., el informe de la comisión revisora del proyecto de código militar uruguayo, fechado en Montevideo el 8 de julio de 1882; en Telémaco Braida, *Código militar de la República Oriental del Uruguay. Anotado, concordado y parcialmente comentado*, Montevideo, A. Barreiro y Ramos editor, 1905, pág. 16.

¹³⁴ Vista del procurador fiscal del Paraná, Fortunato Calderón, dictada el 4 de noviembre de 1893 en la «Causa seguida contra varios ciudadanos por infracción a la ley sobre Guardia Nacional y desertión»; *Fallos*, t. 54, pág. 424. Voto pronunciado el 30 de diciembre de 1893 por la mayoría de los ministros en la causa «Mariano Espina»; *Fallos*, t. 54, pág. 601.

a los operadores jurídico militares de la época, vale decir, el derecho aplicado, algunos aspectos teóricos en torno a las instituciones del derecho penal militar, y las características del régimen de garantías realmente ofrecido a los imputados en el transcurso de los procesos castrenses.

En cuanto al primer asunto mencionado, debe señalarse que si bien en materia de derecho penal militar las viejas ordenanzas del período hispánico mantuvieron un importante papel ¹³⁵, su ámbito de aplicación se fue restringiendo paulatinamente ¹³⁶. En este sentido, cabe consignar que además de las expresas declaraciones contrarias a algunas de sus cláusulas ¹³⁷, los operadores sostuvieron la pérdida de vigencia de aquellas normas carolinas que resultaban opuestas a los dispositivos penales patrios ¹³⁸, o que contradecían los principios del «gobierno republicano que hemos adoptado» ¹³⁹. De este modo, se consideró que las normas contenidas en la ley porteña de julio de 1823 -que se conceptuaban de alcance nacional, en virtud de su «su valor doctrinario» ¹⁴⁰ y de «su constante

¹³⁵ Al respecto, entre los cientos de ejemplos posibles puede verse: *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1863, sesión de 2 de septiembre de 1863, t. II, pág. 134. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1872, sesión de 5 de agosto de 1872, pág. 405. Sentencia del juez federal de Buenos Aires, Andrés Ugarriza, de 4 de mayo de 1875; en *Fallos*, 16:184.

¹³⁶ Dictamen del procurador general de la Nación, Francisco Pico, de 14 de mayo de 1875; en *Fallos*, t. 16, pág. 189. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, sesión de 13 de junio de 1881, pág. 162.

¹³⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, sesión de 22 de julio de 1875, pág. 276.

¹³⁸ Cfr. el dictamen del procurador general de la Nación, Francisco Pico, en la causa de los revolucionarios de 1874. Reproducido en Florencio DEL MÁRMOL, *Noticias y documentos sobre la revolución de septiembre de 1874*, Buenos Aires, 1876, pág. 619.

¹³⁹ Sentencia dictada el 4 de mayo de 1875 por el juez federal de Buenos Aires, Andrés Ugarriza, en la causa de los revolucionarios de 1874; en *Fallos*, t. 16, pág. 184.

¹⁴⁰ Palabras del diputado Ruiz Moreno durante la sesión de 21 de julio de 1875; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, t. I, págs. 524 y 525.

aplicación» en el foro ¹⁴¹- se encontraban por «*arriba de las ordenanzas del ejército dictadas por un rey absoluto*» ¹⁴².

Respecto de las opiniones vertidas en materia de teoría penal castrense, cabe referir aquí que si bien a mediados de la década de 1870 el gobierno advirtió que en el país se daban ideas confusas «*sobre la calificación de los delitos*» militares y «*sobre la aplicabilidad de las leyes de justicia nacional, a los casos en que debe procederse por los consejos de guerra*» ¹⁴³, durante esta época se produjeron importantes reflexiones de índole doctrinaria. Así, corresponde decir que los contemporáneos definieron al delito militar como «*la infracción de las leyes que reglamentan los deberes y la disciplina, así como la subordinación del ejército*» ¹⁴⁴; que distinguieron entre el régimen penal castrense de tiempo de paz y el de tiempo de guerra, caracterizando a este último por el predominio de los objetivos bélicos «*sobre las garantías que requieren los que deben ser juzgados*» ¹⁴⁵; y que se preocuparon enormemente por aclarar todo lo relativo al grado de responsabilidad de los delinquentes, asunto respecto del cual reconocieron el papel jugado por «*la voluntad o intención*» de los agentes ¹⁴⁶. Además, y en lo atinente al último tópico menciona-

¹⁴¹ Sentencia dictada el 29 de enero de 1870 por el juez federal de Corrientes, Carlos Luna, en autos «Juan Bautista Candia»; en *Fallos*, t. 9, pág. 535. En un sentido análogo, véanse las palabras pronunciadas por el senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 23 de agosto de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 465.

¹⁴² Palabras del senador Manuel Quintana durante la sesión de 18 de septiembre de 1873; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1873, pág. 577.

¹⁴³ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1875, pág. 23.

¹⁴⁴ Palabras del diputado de la Vega; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, t. I, pág. 109. Véanse, además, las palabras del senador Manuel Quintana; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, sesión de 22 de julio de 1875, págs. 272 y 278.

¹⁴⁵ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 47.

¹⁴⁶ José T. GUIDO, art. cit., pág. 88.

do, cabe señalar que lo que hoy conocemos como «*obediencia debida*» no escapó a su análisis. Así, mientras que el procurador general de la Nación, Francisco Pico, se manifestó contrario a la posibilidad de invocar esta eximente, bajo el argumento de que el soldado era «*un ser dotado de voluntad y [de] discernimiento*», y no «*un instrumento ciego e insensible*»¹⁴⁷, tanto Manuel Quintana como Bartolomé Mitre consideraron que «*los militares obrando como agentes pasivos en la ejecución*» de órdenes debían ser exceptuados de toda responsabilidad penal¹⁴⁸.

Sin embargo, y a despecho de la profundización teórica mencionada en el párrafo anterior, el panorama jurídico-militar de la época se caracterizó por notables deficiencias en el régimen de las garantías procesales. Así las cosas, esta situación llegó a ser denunciada en el Congreso¹⁴⁹, mientras que autorizados juristas aseveraron que, en la práctica, las garantías de los imputados militares eran una ilusión más que una realidad¹⁵⁰. Al respecto, cabe señalar que los testimonios confirmatorios de estas apreciaciones no fueron escasos. De este modo, además de la discutible admisión de los procesos en rebeldía¹⁵¹, no sólo menudearon los casos en los que sólidos instrumentos de prueba, como las declaraciones testimoniales¹⁵², fueron suprimidos sin fundamento

¹⁴⁷ Dictamen pronunciado en 1868 en la causa seguida contra los autores del movimiento sedicioso cordobés de 16 de agosto de 1867; en *Fallos*, t. 5, pág. 189.

¹⁴⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1871, sesión de 23 de septiembre de 1871, págs. 188 y 189.

¹⁴⁹ Palabras del senador Salustiano Zavalía durante la sesión de 17 de junio de 1869; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1869, pág. 138.

¹⁵⁰ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 41.

¹⁵¹ V.gr., véanse los acuerdos de 4 de noviembre de 1868 y 30 de abril de 1875; en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. II, págs. 327 y 528.

¹⁵² Dictamen del auditor del ejército aliado, Agustín Mariño, de fecha 4 de febrero de 1867, en la causa de los soldados José Romero y Miguel Diarte; en «Libro de órdenes

alguno ¹⁵³, sino que también se produjeron episodios dotados de mayor gravedad. En este sentido, por ejemplo, cabe recordar, entre otros, el proceder de un jefe que disponía la aplicación de la última pena por el solo hecho de haber creído encontrar «*indicios de delito*» en la fisonomía y en los modales de los imputados ¹⁵⁴; la inveterada costumbre de decidir «*ejecuciones sin forma de juicio*» ¹⁵⁵; o la práctica, también gravísima, consistente en montar la formalidad de un proceso judicial, con el objeto de justificar una sentencia de muerte decidida con anterioridad al juicio ¹⁵⁶.

2. Las penas. En materia de penas militares, las décadas de 1860 y 1880 fueron escenario de expresiones encontradas. En efecto, mientras que en consonancia con el paulatino mejoramiento de la disciplina en el ejército argentino ¹⁵⁷, en el campo de las ideas y aun en el de la legislación obtuvieron cada vez mayor espacio las tendencias modernas en la materia, en la vida cotidiana de los cuarteles y de los campamentos siguieron teniendo aplicación las prácticas antiguas.

generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)», Archivo del Museo Histórico Provincial de Rosario 'Dr. Julio Marc' (en adelante, AMHPR). Agradecemos a Miguel Ángel De Marco el habernos facilitado copia de este material.

¹⁵³ Dictamen del auditor del ejército aliado, Agustín Mariño, de fecha 4 de febrero de 1867, en la causa de los soldados José Romero y Miguel Diarte; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

¹⁵⁴ Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 119.

¹⁵⁵ María Inés Cárdenas de MONNER SANS, *Alvaro Barros. Un militar digno*, Buenos Aires, Leviatán, 1992, pág. 56.

¹⁵⁶ Véase un ejemplo de lo dicho en el oficio del ministro de Guerra y Marina, general Martín de Gainza, al inspector general de armas, general Emilio Conesa; Buenos Aires, 2 de abril de 1869. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1869, pág. 310.

¹⁵⁷ Memoria del jefe de la división Carhué, coronel Nicolás Levalle, al inspector y comandante general de armas, coronel Luis María Campos; Fuerte General Belgrano, 1° de marzo de 1878. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1878, págs. 92 y 93.

De este modo, y en cuanto a lo dicho en primer término, con el transcurso del tiempo se fueron aceptando criterios tales como que la aplicación de una penalidad exagerada conspiraba contra la disciplina ¹⁵⁸; que el rigor de las penas militares debía moderarse en el caso de delitos cometidos por personal de las reparticiones de sanidad, justicia y hacienda ¹⁵⁹; o que no debía haber castigo castrense sin ley que calificase el delito y juez que lo impusiese ¹⁶⁰. Además, entre los mismos hombres de armas comenzaron a circular ideas tales como que era necesaria una reforma legal que estableciese un mecanismo de gradación de los castigos ¹⁶¹, o que debía terminarse con la aplicación de unas penas arbitrarias que no pocas veces degeneraban en verdaderos «*actos de crueldad*» ¹⁶². Así las cosas, mientras que en los ejércitos aliados se prohibió que los cabos y los sargentos diesen «*palos con la bayoneta o machete a los soldados*» ¹⁶³, y que el reglamento del Colegio Militar de 1876 se manifestara en contra de la aplicación de castigos vejatorios ¹⁶⁴, en noviembre de 1880 las autoridades del Ministerio de Guerra y Marina decidieron prohibir terminantemente la imposición de otros castigos que los «*autorizados por las ordenanzas militares, y disposiciones vigentes*» ¹⁶⁵,

¹⁵⁸ Bartolomé MITRE, *Cuestiones de derecho militar*, cit., pág. 19.

¹⁵⁹ Cfr. la orden general dictada por Bartolomé Mitre en Tuyutí el 21 de enero de 1867; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

¹⁶⁰ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, pág. XXIV.

¹⁶¹ José Tomás GUIDO, «Defensa del sargento mayor don Antonio Loyola», en *La Revista de Buenos Aires. Historia Americana, Literatura y Derecho*, t. XXI, 1869, pág. 87.

¹⁶² Memoria del jefe de la división Carhué, coronel Nicolás Levalle, al inspector y comandante general de armas, coronel Luis María Campos; Fuerte General Belgrano, 1° de marzo de 1878. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1878, págs. 92 y 93.

¹⁶³ Orden del cuerpo de 29 de octubre de 1865; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

¹⁶⁴ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1876, pág. 317.

¹⁶⁵ Orden general de 5 de noviembre de 1880. En Archivo General del Ejército (en adelante, AGE), libro de órdenes generales N° 5.

medida que se reiteró dos años más tarde ¹⁶⁶. Asimismo, incluso en materia de pena de muerte, que se consideraba todavía como «*esencial*» para el mantenimiento de la disciplina castrense ¹⁶⁷, no faltaron expresiones como las de Sarmiento, tendientes a recomendar la medida en su aplicación ¹⁶⁸.

Empero, como decíamos arriba, la práctica cotidiana no siempre se condecía con este tipo de aspiraciones. Así, por ejemplo, en materia de pena capital, no fueron pocos los casos en los que su imposición fue resultado de un sorteo ¹⁶⁹, a despecho de las críticas que este mecanismo suscitaba entre los contemporáneos ¹⁷⁰. De un modo análogo, las penas arbitrarias siguieron siendo frecuentes ¹⁷¹, lo mismo que los azotes y las penas corporales expresamente prohibidas por la ley de 1864 ¹⁷². En efecto, se tiene noticia de que los oficiales siguieron aplicando planazos a sus subordinados, hasta el

¹⁶⁶ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, pág. XVIII.

¹⁶⁷ Bartolomé MITRE, *Cuestiones de derecho militar. A propósito de las ejecuciones de Loncogüé*, Buenos Aires, Imprenta de la Nación Argentina, 1869, pág. 12.

¹⁶⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, sesión de 13 de julio de 1875, pág. 206.

¹⁶⁹ Orden general de 23 de junio de 1865; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)». Orden general de 4 de agosto de 1865; en AGE, libro de órdenes generales N° 2. Oficio del ministro de Guerra y Marina, general Martín de Gainza, al inspector general de armas, general Emilio Conesa, Buenos Aires, 2 de abril de 1869; en *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1869, pág. 310. En 1865 también se procedió a diezmar sublevados en Catamarca: Armando Raúl BAZÁN, «La pena de muerte por sorteo en Catamarca», en *Todo es Historia*, N° 1 (mayo de 1967), pág. 48; Abelardo LEVAGGI, *Judicatura y política. La justicia federal en las provincias argentinas (1863-1883)*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino y Ediciones Ciudad Argentina, 1997, pág. 140.

¹⁷⁰ Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 119.

¹⁷¹ Dictamen del auditor del ejército aliado, Agustín Mariño, de fecha 17 de febrero de 1867; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

¹⁷² Véase la referencia a un caso en Abelardo LEVAGGI, *Judicatura y política*, ob. cit., pág. 140.

grado de quebrar sus espadas ¹⁷³; que hubo soldados muertos como consecuencia de la multitud de azotes recibidos ¹⁷⁴; y que el estaqueamiento y el cepo de campaña siguieron estando a la orden del día ¹⁷⁵. Asimismo, el «prestigio» que los castigos corporales siguieron teniendo entre los militares dio lugar para que excepcionalmente se reflotase la entonces olvidada pena de baquetas ¹⁷⁶.

b. Figuras penales

1. Novedades incorporadas. A pesar de las dudas suscitadas en torno al alcance de ciertas figuras delictivas -como se demostró respecto del delito de rebelión militar a raíz del proceso seguido a los revolucionarios de 1874- y de las complicaciones originadas con motivo del incremento de las infracciones que afectaban a la administración militar -una de las cuales consistía en elevar listas de revista fraguadas, a fin de apoderarse de los sueldos «sobrantes» ¹⁷⁷-, como veremos a continuación, durante esta época la producción legislativa en materia de delitos castrenses resultó por demás escasa. Al respecto, cabe señalar que ni la desertión, calificada por el procurador general de la Nación, Eduardo Costa, como

¹⁷³ Miguel Ángel DE MARCO, *La guerra del Paraguay*, Buenos Aires, Planeta, 1995, pág. 218.

¹⁷⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1864, sesión de 19 de agosto de 1864, pág. 385.

¹⁷⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1864, sesión de 1º de agosto de 1864, págs. 288 y 290. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 119.

¹⁷⁶ Orden general de la división del día 29 de septiembre de 1865; en «Libro de órdenes generales del batallón 1º de Santa Fe (1865-1869)», AMHPR.

¹⁷⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1863, sesión de 2 de septiembre de 1863, t. II, pág. 135.

el «*primero entre todos los delitos militares*»¹⁷⁸, dio lugar al dictado de ley alguna. Ello, incluso, a pesar de reconocerse las complicaciones ocasionadas por esta infracción durante la guerra del Paraguay¹⁷⁹, y el apoyo popular¹⁸⁰ y la impunidad con la que se movían unos desertores¹⁸¹ que sólo en 1864 llegaron a sumar la impresionante cifra de 1.800¹⁸².

Así las cosas, entre las disposiciones de índole legislativa dictadas en materia de penalidad castrense durante los años transcurridos entre 1862 y 1882 sólo cabe mencionar el dictado de la ya recordada ley de 1864, que castigó la imposición de la pena de palos y de azotes en el ejército, medida cuya puesta en vigencia, dicho sea de paso, suscitó en las unidades «*algunos casos graves de indisciplina*»¹⁸³.

Empero, si la inactividad del Congreso en materia de delitos castrenses fue casi total, ello no significa que el elenco de figuras delictivas argentinas haya permanecido intacto con la sola excepción de la ley de 1864. Ello así, en tanto que con motivo de la guerra del Paraguay se dictaron unos cuantos bandos, cuyas normas tuvieron vigencia mientras se desarrolló el conflicto bélico. De este modo, pues, mientras que el 12 de agosto de 1865 se impuso pena de muerte para todo aquel soldado que careciendo de autorización escrita del estado mayor se separase del campamento o de las columnas en marcha a más de mil pasos de día o de doscientos de no-

¹⁷⁸ Dictamen emitido el 10 de agosto de 1881, en autos «D. Silverio Acosta, sobre *habeas corpus*»; en *Fallos*, t. 23, pág. 461.

¹⁷⁹ Cfr. las palabras del diputado Zorrilla durante la sesión del 22 de agosto de 1866; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1866, pág. 258.

¹⁸⁰ Oficio de Wenceslao Paunero a Bartolomé Mitre; Córdoba, 4 de febrero de 1862. En *Archivo del General Mitre*, Buenos Aires, Biblioteca de «La Nación», 1911, t. XI, pág. 24.

¹⁸¹ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1872, pág. 5.

¹⁸² *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1896, sesión de 22 de septiembre de 1896, pág. 922.

¹⁸³ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1865, pág. XIV.

che ¹⁸⁴, el 30 de septiembre del mismo año se estableció pena capital para todo «*individuo de los ejércitos aliados que en marcha o campamento*» ejerciera violencia sobre los vecinos del país, se apropiara de bienes de los particulares contra la voluntad de sus dueños, o que cometiere «*cualquier desorden de este género, contra las personas o las cosas*» ¹⁸⁵. Asimismo, en noviembre de 1866 la jefatura castrense dispuso que la excusación infundada de los oficiales a aceptar el cargo de fiscal en un consejo de guerra sería castigado con la pérdida del empleo, y aun con pena mayor, si de resultas de la excusación interpuesta se perjudicase «*notablemente la pronta expedición de la justicia*» ¹⁸⁶.

c. *Jurisdicción*

1. Algunos aspectos de las estructuras jurisdiccionales. Si bien en lo relativo a jurisdicción no se dictaron durante esta época mayores normas generales que modificasen las estructuras vigentes, al igual que lo que sucedió con la regulación de las figuras delictivas la guerra del Paraguay también motivó el dictado de disposiciones específicas. De este modo, por ejemplo, una orden general fechada en Yataytí el 4 de enero de 1867 dispuso que las causas de desertión fuesen sometidas a consejos de guerra verbales de cinco miembros, «*reservándose el general en jefe resolver con [pena] extraordinaria en determinados casos*» ¹⁸⁷. Mayor importan-

¹⁸⁴ AGE, libro de órdenes generales N° 2.

¹⁸⁵ Orden general de los ejércitos aliados de 17 de octubre de 1865. Puede verse un caso en el que se aplicó en la orden general de 22 de marzo de 1868. Ambas órdenes en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

¹⁸⁶ Orden general de los ejércitos aliados de 23 de noviembre de 1866; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

¹⁸⁷ En AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

cia, empero, revistió otra orden general, que fue dictada el 17 de noviembre de 1866 para lograr «*la pronta acción de la justicia*» y «*la uniformidad*» en los procedimientos criminales. Así las cosas, dicha orden dispuso, entre otras cuestiones, que los fiscales actuantes debían entenderse directamente con el jefe del Estado Mayor en todo lo relativo al ejercicio de sus funciones, que las causas debían sustanciarse «*en el menor número de días*» posible, que los informes médicos incorporados a los expedientes debían ser jurados, y que los defensores debían «*asistir en los careos de los testigos con el acusado*»¹⁸⁸.

Por otra parte, en cuanto a las estructuras jurisdiccionales castrenses entonces en vigencia, cabe recordar que junto con los consejos de guerra dependientes de la Nación, también se reconocía la existencia de tribunales militares provinciales¹⁸⁹. En este sentido, por ejemplo, el art. 197 de la Constitución bonaerense aprobada el 29 de noviembre de 1873 previó el establecimiento de tribunales castrenses locales, destinados a juzgar los delitos y las faltas cometidos por los guardias nacionales «*bajo los mismos principios que los nacionales*»¹⁹⁰.

Finalmente, corresponde indicar aquí que una de las cuestiones de índole jurisdiccional que suscitó mayor interés entre los contemporáneos se refirió a cuáles eran los tribunales competentes para conocer en los casos de rebelión. Así las cosas, cabe recordar que en 1863, al discutirse el texto de lo que luego sería la ley relativa a la competencia de los tribunales nacionales, el senador bonaerense Valentín Alsina señaló que los militares complicados en estos delitos no de-

¹⁸⁸ Idem ant..

¹⁸⁹ Sentencia del juez federal de Mendoza, C. de la Torre, dictada el 17 de agosto de 1878, y confirmada por la Corte Suprema por sus fundamentos el 28 de marzo de 1879; en *Fallos*, t. 21, pág. 134 y ss..

¹⁹⁰ *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires. 1870-1873. Publicación oficial bajo la dirección del convencional Luis V. Varela*, Buenos Aires, Imprenta de La Tribuna, 1877, t. II, págs. 1335 y 1336.

bían ser juzgados por los tribunales ordinarios, sino por los consejos de guerra establecidos de acuerdo con la legislación castrense ¹⁹¹. Concordantemente, y partiendo del examen de la legislación existente y de las disposiciones de la ley 48, en 1875 el gobierno argentino concluyó que toda vez que un militar se levantase en armas contra las autoridades legítimas, contase o no con soldados a sus órdenes, la conducta imputada debía ser juzgada «*militarmente, con prescindencia del carácter político del atentado*» ¹⁹².

III. Mentalidades

a. *Cultura jurídica*

1. Grado de conocimiento del derecho vigente. A tono con los precedentes de épocas anteriores, durante estos años el conocimiento del derecho militar siguió caracterizándose por su tosquedad, así entre los litigantes ¹⁹³ como entre los jefes castrenses ¹⁹⁴ y los jóvenes oficiales graduados del colegio militar ¹⁹⁵. Vale decir, pues, que buena parte de las dudas jurídico-militares planteadas por las autoridades castrenses ¹⁹⁶, como de los errores evidenciados en el curso de los procesos ¹⁹⁷,

¹⁹¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1863, sesión de 30 de junio de 1863, pág. 223.

¹⁹² *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1875, págs. 24 y 25.

¹⁹³ V.gr., véase *Fallos*, t. 4, pág. 66.

¹⁹⁴ Palabras del senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 1° de septiembre de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 513.

¹⁹⁵ *Revista del Club Naval y Militar*, N° 16 (septiembre de 1885), t. III, pág. 147.

¹⁹⁶ *Fallos*, t. 9, pág. 478.

¹⁹⁷ Dictamen del auditor del ejército aliado, Agustín Mariño, de fecha 17 de febrero de 1867; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

no fueron sino reflejo de esta penosa situación y de la angustiante carencia de materiales de estudio, como lo demuestra el hecho de que aun importantes bibliotecas públicas carecieran en sus anaqueles de ejemplares de las ordenanzas ¹⁹⁸.

Desde luego, el panorama era aún más sombrío cuanto más se descendía en el escalafón. En este sentido, los mismos contemporáneos reconocían que la comisión de algunos delitos eran resultado de la falta de instrucción de los reclutas respecto de «*las leyes a que desde el momento de su ingreso se veían sujetos*» ¹⁹⁹, y por la dificultad que padecían los oficiales en comunicarse con ellos en un «*lenguaje*» que pudieran entender» ²⁰⁰. Así las cosas y para paliar esta situación, en noviembre de 1864 se ordenó la lectura de las leyes penales de ordenanza a todos los soldados ²⁰¹. Asimismo, el 15 de septiembre de 1867 se dispuso que toda vez que las filas del Ejército Argentino en campaña se integrasen con reclutas que no poseyesen «*bien el español*», sus respectivos jefes debían disponer que las leyes penales y las ordenanzas generales se leyesen en el idioma nativo de los soldados, o en aquel otro que éstos comprendiesen ²⁰².

2. Enseñanza del derecho penal militar. Más o menos ausente de los programas de estudio de las universidades argentinas, el interés puesto por los legisladores y por las autoridades castrenses en la formación de los oficiales y de

¹⁹⁸ Véanse las palabras del senador Manuel Quintana durante la sesión de 1° de septiembre de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 509.

¹⁹⁹ Memoria del jefe de la 2ª brigada de caballería, coronel Lorenzo Wintter. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, pág. 202.

²⁰⁰ Oficio del fiscal militar en comisión, coronel Olegario Orquera, al ministro de Guerra y Marina, general Martín de Gainza; Nueve de Julio, 23 de abril de 1869. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1869, pág. 317.

²⁰¹ Orden general de 1° de noviembre de 1864. En AGE, órdenes generales, libro 2.

²⁰² Orden general de los ejércitos aliados, de 15 de septiembre de 1867; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

los cuadros motivó que a partir del último tramo de la década de 1870 el derecho penal militar se integrase tímidamente a los planes de estudio de varios institutos educativos castrenses. De este modo, entre los distintos episodios que jalonaron este proceso, cabe recordar la propuesta que Miguel Malarín elevó al general Roca en mayo de 1878, tendiente a incorporar cursos de derecho internacional en la educación de los futuros oficiales ²⁰³, y el proyecto del diputado Zapata, a partir del cual se estableció una cátedra de instrucción cívica en el Colegio Militar ²⁰⁴. Cabe señalar, además, que para comienzos de la década de 1880 se introdujo una plaza de profesor de derecho constitucional y de gentes en el citado instituto ²⁰⁵, en tanto que en la escuela de cabos y sargentos se impartieron lecciones de procedimientos militares ²⁰⁶.

3. Caracterización de los expertos en la materia.

Forjadas en la escuela de la experiencia práctica cotidiana, durante estos años las funciones del auditor general perdieron algo de su prestigio anterior, a tal punto que durante los años 1864 y 1868 razones de economía hicieron que el Congreso suprimiese esta plaza ²⁰⁷, medida que motivó que el Ejecutivo Nacional recurriese al asesoramiento de auditores especiales *ad hoc* ²⁰⁸. Restaurado el cargo en 1868, a partir de

²⁰³ Carta de Miguel Malarín a Julio Argentino Roca; Washington, 25 de mayo de 1878. En Graciela B. CORIZZO, «Miguel Malarín: un militar entrerriano amigo del general Roca», Boletín Informativo de la Dirección de Estudios Históricos del Ejército, t. IX, 1982, pág. 130.

²⁰⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1878, sesión de 2 de octubre de 1878, pág. 616.

²⁰⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1883, sesión de 2 de octubre de 1883, pág. 809.

²⁰⁶ *Idem. ant.*, pág. 811.

²⁰⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1890, sesión de 22 de septiembre de 1890, pág. 553.

²⁰⁸ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1865, pág. XV.

ese entonces y por espacio de dos décadas la designación de auditor general recayó en el doctor Cosme Beccar²⁰⁹, un abogado que ya se había desempeñado como tal entre 1862 y 1864²¹⁰, y que en 1873 merecería el elogio de Manuel Quintana por defender «*el sano principio de que ningún ciudadano puede ser sacado de sus jueces naturales para ser sometido a la acción de un consejo de guerra*»²¹¹.

En cuanto a otros juristas que actuaron como auditores, cabe señalar que desde los comienzos de la guerra del Paraguay y hasta el mes de noviembre de 1865 José Miguel Guastavino desempeñó esta función en el ejército nacional en campaña²¹². Posteriormente, ante los reclamos del general Mitre sobre la necesidad de lograr una «*mayor regularidad en los procesos*»²¹³, se decidió que esta plaza fuese ocupada por el español Agustín Mariño²¹⁴. Digamos, por último, que el doctor Carlos Luis Paz ocupó un papel análogo en los ejércitos del interior que permanecieron al mando de los generales Paunero y Roca, hasta ocurrir su deceso en 1874, durante el transcurso de la batalla de Santa Rosa.

4. Literatura jurídico militar argentina de la época. Continuando por el camino trazado en la década de 1850, durante estos años la incipiente literatura jurídico- militar

²⁰⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1884, sesión de 13 de octubre de 1884, pág. 371.

²¹⁰ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1863, págs. 4 y 26.

²¹¹ Palabras del senador Manuel Quintana durante la sesión de 18 de septiembre de 1873; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1873, pág. 577.

²¹² Orden general de 5 de mayo de 1865; en AGE, órdenes generales, libro 2. Legajo personal del teniente coronel José Miguel Guastavino, en AGE, expediente N° 5801. Miguel Ángel DE MARCO, ob. cit., págs. 200 y 204.

²¹³ Oficio del general en jefe del ejército, Bartolomé Mitre, al vicepresidente Marcos Paz; Cuartel general en Yataity, 21 de octubre de 1866. En legajo personal del teniente coronel Agustín Mariño; AGE, expediente N° 7536.

²¹⁴ Orden general de los ejércitos aliados, fechada en Tuyutí el 3 de diciembre de 1866; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

argentina se fue consolidando. En este orden de cosas, y aun cuando todavía estaban cargados de intencionalidad política, entre los escritos argentinos de la época que contaron con auténtica jerarquía doctrinaria podemos mencionar el análisis de la causa «Lagraña contra Cáceres», debido a la pluma de Sarmiento ²¹⁵, y el opúsculo de Mitre titulado *Cuestiones de derecho militar*. Asimismo, cabe señalar que en esta época se hizo habitual tanto la publicación de los escritos de defensa presentados ante los consejos de guerra ²¹⁶, como la edición de algunos proyectos de código, como el de Mansilla ²¹⁷, el de Garmendia ²¹⁸ y los de las comisiones de 1881. Por último, en lo atinente a traducciones de obras extranjeras, corresponde recordar aquí que en 1869 el Congreso autorizó la publicación oficial del libro *Poderes de guerra bajo la constitución de los Estados Unidos*, de William Whitting ²¹⁹; que en 1878 se editó en forma particular la traducción castellana del *Curso de Derecho Militar* de A. F. Broutta; y que en 1881 el Ministerio de Guerra y Marina mandó a imprimir el trabajo titulado *Disposiciones legales vijentes sobre el ejército y la armada de los Estados Unidos*.

²¹⁵ *Obras Completas de Sarmiento*, cit., t. XXXI, págs. 144, 168 y ss..

²¹⁶ Véanse, al respecto: *Defensa pronunciada por el general D. Tomás de Iriarte ante el consejo de guerra de oficiales generales, instalado para juzgar al coronel Don Benito Machado*, Buenos Aires, Imprenta de Mayo, 1866. Defensa interpuesta por José Tomás Guido en la causa del sargento mayor Loyola, en *La Revista de Buenos Aires, Historia Americana, Literatura y Derecho*, t. XXI (1869), pág. 85. Alvaro BARROS, *Confirmación de la defensa del Teniente Coronel Don Ricardo Méndez*, Buenos Aires, 1874. Defensa presentada por José María Moreno en la causa de los revolucionarios de 1874, en *Obras Jurídicas del Doctor José María Moreno*, cit., t. III.

²¹⁷ LUCIO V. MANSILLA, *Ordenanzas para el Ejército de la República Argentina*, Buenos Aires, 1876.

²¹⁸ JOSÉ IGNACIO GARMENDIA, *Proyecto de Código de Justicia Militar para el Ejército Argentino*, mencionado por Néstor Tomás AUZA en *José Ignacio Garmendia. Militar y escritor*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1980, pág. 20.

²¹⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1869, sesión de 18 de junio de 1869, pág. 92 y ss..

5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses. En tanto que la doctrina penal militar nacional -fundada en el análisis del articulado de la Constitución Nacional, del antiguo derecho hispánico ²²⁰, de las ordenanzas de 1768 ²²¹, y de la reducida legislación patria en la materia- se hallaba todavía en vías de formación, los operadores jurídico-militares de la época recurrieron habitualmente a las enseñanzas de los constitucionalistas norteamericanos patrocinados oficialmente por Sarmiento, como Whitting, Kent, Curtis, Story, Pommeroy y Paschal; a las de los tratadistas españoles, clásicos y contemporáneos, como Colón de Larriátegui ²²², Bacardí, Escriche, Caravantes y Pacheco; a las doctrinas del Código Militar francés ²²³ y a las de sus comentaristas, como Bosch, Amorós, Delaperriere, Foucher, Pradiere Fodère y Faure; y, cada vez con mayor frecuencia, a las reflexiones de autores argentinos, como Carlos Tejedor, Bartolomé Mitre, Domingo Sarmiento y José María Moreno.

b. Tendencias

Entre las principales tendencias que caracterizaron la mentalidad de los operadores jurídicos de la época, cabe señalar tanto la paulatina profundización en los estudios relativos al derecho castrense, como la crítica a las ordenanzas

²²⁰ Dictamen del auditor del ejército Agustín Mariño, fechado en Yataity el 25 de diciembre de 1866; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

²²¹ V.gr., véase la sentencia recaída en la causa del soldado Enrique Johen; en AMHPR, «Libro de órdenes generales del batallón 1° de Santa Fe (1865-1869)».

²²² *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, sesión de 22 de julio de 1875, pág. 276.

²²³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, sesión de 27 de agosto de 1870, pág. 504. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1894, sesión de 21 de junio de 1894, pág. 107.

vigentes y el correlativo apoyo brindado a la postura codificadora, tópicos todos que analizaremos a continuación.

1. La profundización en los estudios relativos al derecho militar. Si hubo algo que identificó notablemente a los operadores jurídico militares del período con respecto a sus homólogos de años anteriores, fue su creciente interés en profundizar los conocimientos en materia jurídico militar. En este sentido, una contundente expresión de dicha tendencia fue la notable apertura evidenciada respecto del derecho comparado, sobre todo del proveniente de aquellas naciones que tenían «*mejor organizado su ejército*»²²⁴. Así las cosas, los integrantes de las comisiones codificadoras de 1881 recomendaron, por ejemplo, tener en cuenta la legislación de «*aquellos pueblos que por su estado de cultura y por la dedicación que prestan a estas materias, pueden ofrecer un modelo más o menos acabado*»²²⁵.

Fruto de esta misma orientación fue también la preocupación por manejar categorías conceptuales más precisas. Así, por ejemplo, se subrayó la naturaleza particular de lo jurídico castrense²²⁶, justificándose este carácter en el necesario rigor que debía imperar en las instituciones armadas²²⁷ para satisfacer simultáneamente las necesidades del ejército y para proteger a la sociedad desarmada²²⁸. Por su parte, es-

²²⁴ Discurso del ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica; reproducido parcialmente en la Cámara de Diputados durante la sesión de 1º de octubre de 1883. En *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1883, pág. 778.

²²⁵ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 42.

²²⁶ Palabras pronunciadas por el senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 27 de agosto de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 498. *Fallos*, t. 4, pág. 229, t. 16, págs. 62 y 63; t. 16, pág. 187.

²²⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1876, sesión de 2 de septiembre de 1876, pág. 880.

²²⁸ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 8.

tas mismas inquietudes condujeron a Bartolomé Mitre a definir el delito militar como «*la infracción de la disciplina, del orden de los cuarteles y todo lo que constituye una transgresión de la ley militar*»²²⁹, mientras que el senador Rojo llegó a distinguir el derecho aplicable de la jurisdicción competente²³⁰. Asimismo, no resulta sobreabundante recordar el notable esfuerzo intelectual desplegado por Manuel Quintana para distinguir los delitos militares de los comunes. De este modo, el jurista citado señaló que a partir de la abolición de los fueros personales en el país, las infracciones castrenses no surgían de la calidad de las personas, sino de la naturaleza de los hechos cometidos, de los propósitos tenidos en vista por los agentes, y de los derechos que ellos habían amenazado²³¹.

En este mismo orden de cosas, cabe señalar que diversos aspectos relativos a la jurisdicción castrense y a su implementación también fueron objeto de estudio. Así, aceptado que la disciplina militar era tan imprescindible «*como el orden público*», se admitió sin discusión alguna la importancia social²³² y la «*conveniencia de una jurisdicción militar*»²³³ cuya suprema majestad²³⁴ se fundaba en la necesidad de con-

²²⁹ Palabras pronunciadas por el senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 27 de agosto de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 498. Respecto de la definición de delito militar, véanse también las palabras del diputado Ruiz Moreno durante la sesión de 21 de julio de 1875; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, t. I, pág. 544.

²³⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, sesión de 23 de agosto de 1870, pág. 467.

²³¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, sesión de 22 de julio de 1875, pág. 277.

²³² *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 73.

²³³ Palabras pronunciadas por el senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 27 de agosto de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 498. *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 8.

²³⁴ *Fallos*, t. 23, pág. 461.

servar la disciplina ²³⁵ y asegurar «*la misión de obediencia y de sacrificios a que los ejércitos se dedica[ba]n*» ²³⁶. De un modo análogo, y si bien se aceptaba que la existencia de los tribunales militares no resultaba incompatible con la de las instituciones libres ²³⁷, también se advirtió que en esta materia resultaban de imposible aplicación los principios de la filantropía ²³⁸. De allí que se insistiese en señalar que la imposición de los castigos en sede castrense debía ser inmediata a la comisión de toda infracción ²³⁹, a efectos de que el rigor inspirase «*ejemplos saludables*» ²⁴⁰. Dicho de otro modo, se admitió como regla inmutable de la justicia militar la rapidez y la ejemplaridad ²⁴¹.

2. La crítica a las ordenanzas y el correlativo apoyo a la codificación. Expresando, en gran medida, el clima intelectual descrito en el punto anterior, durante estos años

²³⁵ Sentencia del juez federal de La Rioja, Mardoqueo Molina, dictada el 26 de noviembre de 1872 en autos «Criminal contra varios militares y particulares por conato de sublevación y sustracción de presos»; en *Fallos*, t. 14, pág. 456. Palabras pronunciadas por el senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 27 de agosto de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 503.

²³⁶ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 9. *Obras jurídicas del Doctor José María Moreno*, ob. cit., t. III, pág. 319.

²³⁷ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 13.

²³⁸ Bartolomé MITRE, *Cuestiones de derecho militar. A propósito de las ejecuciones de Loncogüé*, Buenos Aires, Imprenta de la «Nación Argentina», 1869, pág. 4.

²³⁹ Cfr. el decreto del presidente Domingo Faustino Sarmiento de 27 de abril de 1869. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1869, pág. 318.

²⁴⁰ Oficio del general Bartolomé Mitre al general Juan Andrés Gelly y Obes; Paso de los Libres, 30 de septiembre de 1865. En *Archivo del General Mitre*, Buenos Aires, 1912, t. III, pág. 69.

²⁴¹ Proyecto Mansilla, nota 3 al libro VI, capítulo I. *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 43.

la crítica a la tradición jurídico militar vigente se acrecentó de un modo considerable. De este modo, las viejas ordenanzas carolinias fueron objeto de las consideraciones más severas, como que se las calificó de «*primitivas*»²⁴², «*absurdas*»²⁴³ y «*atrasadas*»²⁴⁴, a la par que se sostuvo que eran unas «*leyes draconianas*»²⁴⁵ crueles y opresoras²⁴⁶, que, fundadas «*sobre las ideas y las conveniencias del despotismo*»²⁴⁷, no hacían sino estimular la obediencia «*pasiva y ciega*» de los militares²⁴⁸. Así las cosas, para los contemporáneos fue a todas luces evidente que «*la letra muerta*»²⁴⁹ de esa normativa «*extranjera*»-como la conceptuara un exaltado Estanislao Zeballos²⁵⁰- resultaba inaplicable en el país y «*reconocidamente deficiente*», no sólo en cuestiones de fondo sino también en el ámbito procesal²⁵¹, afirmándose al respecto que «*la legislación de los tiempos de Carlos III*» era «*la desesperación de los encargados de aplicar la justicia*»²⁵².

²⁴² Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 118.

²⁴³ Palabras del senador Manuel Quintana durante la sesión de 22 de julio de 1875; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, pág. 278.

²⁴⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 119. Palabras del senador Figueroa durante la sesión de 16 de septiembre de 1882; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1882, t. II, pág. 618.

²⁴⁵ Palabras del diputado Ruiz Moreno durante la sesión de 21 de julio de 1875; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, t. I, pág. 544.

²⁴⁶ *Obras jurídicas del Doctor José María Moreno*, ob. cit., t. III, pág. 279.

²⁴⁷ *Idem ant.*, pág. 269.

²⁴⁸ Palabras del senador Manuel Quintana durante la sesión de 22 de julio de 1875; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, pág. 278.

²⁴⁹ *Defensa pronunciada por el general D. Tomás de Iriarte...*, cit., pág. 17.

²⁵⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, sesión de 13 de junio de 1881, pág. 162.

²⁵¹ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de septiembre de 1881; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, t. II, pág. 1257.

²⁵² *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, pág. XXIV.

En cuanto a los fundamentos de estas contundentes apreciaciones, cabe señalar aquí que las impugnaciones de los operadores jurídico castrenses respecto del articulado de las viejas ordenanzas se fundaba en la contradicción de éste con los cambios institucionales introducidos en el país y en su alejamiento de «*las especialidades de nuestro ejército y [de] los principios de nuestra organización política*»²⁵³. Por otra parte, las ordenanzas de 1768 también merecían el reproche de los contemporáneos en tanto que ajenas al «*progreso de la jurisprudencia en todas sus ramas*»²⁵⁴ y opuestas a los «*grandes fines*» de la Constitución de 1853²⁵⁵. Asimismo, se adjudicó a su «*respeto supersticioso*» la responsabilidad de que la legislación castrense argentina hubiese permanecido atrasada un siglo «*en relación a las ideas y a las necesidades de la época presente*»²⁵⁶.

Contrapuesta a la antedicha crítica a las ordenanzas, la codificación constituyó desde muy temprano un anhelo unánimemente compartido. En este sentido, por ejemplo, en el horizonte intelectual de los argentinos ya se perfilaba en 1864 la aspiración de sancionar un código militar a la brevedad²⁵⁷. De un modo análogo, y demostrando el triunfo de esta «*tendencia filósófica*»²⁵⁸, años después se afirmaría que el régimen jurídico castrense argentino no podía permanecer ajeno a un movimiento que abarcaba la totalidad del derecho pa-

²⁵³ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 42.

²⁵⁴ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, págs. XXIV y XXV.

²⁵⁵ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de agosto de 1882; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1882, sesión de 16 septiembre de 1882, t. II, pág. 618.

²⁵⁶ Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 118.

²⁵⁷ Vgr., *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1864, sesión de 15 de septiembre de 1864, pág. 616.

²⁵⁸ José Tomás GUIDO, art. cit., pág. 85.

trio, ni a «*la luz de los principios que forma[ba]n el derecho común del linaje humano*»²⁵⁹, y se sostendría la codificación como algo imprescindible, en atención al «*progreso del país*», al «*grado de su civilización y cultura*», y a los «*mismos adelantos del Ejército Argentino que tanto ha ganado en regularidad, en instrucción y en disciplina*»²⁶⁰. En definitiva, pues, durante estos años se creyó que la sanción del código militar sería un «*hecho notable*»²⁶¹, propio de un «*pueblo constituido*»²⁶² que pretendía lograr la reorganización de sus estructuras castrenses²⁶³ y la transformación de sus anticuadas instituciones jurídico-militares²⁶⁴. En cuanto a la forma de implementar estas expectativas, cabe señalar, finalmente, que a la espera de que se dictase el código, hubo quienes propiciaron la gradual sanción de leyes parciales provisorias²⁶⁵, criterio que también se consideró admisible para subsanar los defectos que la experiencia pudiese señalar en el articulado del futuro cuerpo legal²⁶⁶.

²⁵⁹ Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 118.

²⁶⁰ Mensaje del ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica, al Congreso. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1881, cit., pág. XVIII.

²⁶¹ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, pág. XXV.

²⁶² Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de agosto de 1882; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1882, sesión de 16 septiembre de 1882, t. II, pág. 618.

²⁶³ *Idem ant.*, pág. 618. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de septiembre de 1881; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1881, t. II, pág. 1257.

²⁶⁴ Palabras pronunciadas por el senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 27 de agosto de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 497. Mensaje del ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica, al Congreso; en *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1881, Buenos Aires, Establecimiento Tipográfico de «La Pampa», pág. XIX. Palabras del ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica; en *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, pág. XXIV.

²⁶⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, sesión de 23 de agosto de 1870, pág. 466.

²⁶⁶ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, pág. XXIV.

IV. Consideraciones generales

1. Los preceptos constitucionales y los desajustes del derecho penal militar frente al resto del mundo jurídico. Puesto plenamente en funcionamiento el régimen constitucional de 1853/60, ya a comienzos de la década de 1860 resultó evidente que el dispositivo penal militar hasta entonces vigente debía adaptarse a las cláusulas constitucionales ²⁶⁷. Empero, aunque no pueden caber dudas que desde el dictado de la constitución se profundizó en el proceso de abandonar la vieja normativa hispánica ²⁶⁸ para «poner en armonía» el derecho penal militar argentino con las prescripciones de la Carta Magna ²⁶⁹, las consecuencias del nuevo régimen constitucional no se limitaron a este aspecto. Incluso más, uno de sus efectos no previstos consistió en incorporar un nuevo elemento de conflictividad en el panorama jurídico castrense. De esta manera, cabe señalar que si bien se aceptaba unánimemente que la Constitución había dado lugar por sí misma a «una reforma general» de las leyes militares vigentes ²⁷⁰, y si se sostenía sin mayores discusiones que la adopción de la forma republicana de gobierno había abrogado, implícitamente, los alcances personales del fuero militar, hacia la década de 1870 también comenzaron a cobrar forma algunas teorías que, apoyadas precisamente en el análisis del articulado constitucional, vinieron a poner polémicamente en cuestión arraigadas instituciones jurídico militares. En

²⁶⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1864, sesión de 1º de agosto de 1864, pág. 288. *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, año 1882, págs. XXIV y XXV.

²⁶⁸ Dictamen del procurador general de la Nación, Francisco Pico, de 17 de mayo de 1875; en Florencio DEL MÁRMOL, *Noticias y documentos sobre la revolución de septiembre de 1874*, Buenos Aires, 1876, pág. 619.

²⁶⁹ Véanse las palabras del diputado Joaquín Granel en la sesión de 27 de junio de 1864; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1864, pág. 112.

²⁷⁰ Palabras del senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 1º de septiembre de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 512.

este sentido, por ejemplo, Manuel Quintana llegó a afirmar que la forma de constituir los consejos de guerra «*después de cometido el hecho y de conocido el delincuente*», resultaba inconstitucional en tanto que no venía ser sino un claro ejemplo de las comisiones especiales prohibidas por la Carta Magna ²⁷¹. Empero, el problema del desajuste del derecho castrense no se agotaba allí. En efecto, si los juristas aceptaban sin fisuras los postulados constitucionales, en el ámbito militar ello no siempre fue así. De este modo, en la vida de los cuarteles los preceptos de la carta magna debieron sobreponerse a la resistencia de los hombres y de las instituciones formados durante la primera mitad del siglo XIX bajo los influjos de un derecho militar más o menos consuetudinario ²⁷², no pocas veces reñido con el espíritu del constitucionalismo. Vale decir, pues, que frente al arraigo de unas viejas costumbres castrenses que al decir de un contemporáneo habían originado una «*siniestra tradición*» ²⁷³ -tal como sucedió con la aplicación de los azotes como pena ²⁷⁴-, los principios constitucionales se encontraron con un obstáculo que si no fue insalvable, retrasó notablemente la plena puesta en práctica de la Constitución en el ámbito penal militar, y evidenció aún más

²⁷¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1875, sesión de 22 de julio de 1875, pág. 281.

²⁷² Cfme. Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, pág. 632. Agustín ÁLVAREZ, «Otras observaciones sobre régimen interno», en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 13 (junio de 1885), t. II, págs. 445 a 448. Eduardo E. PÉREZ, «Consideraciones en torno a una conferencia en el Club Naval y Militar», en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 15 (agosto de 1885), t. III, pág. 42. Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 119.

²⁷³ José Tomás GUIDO, art. cit., pág. 90.

²⁷⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1864, sesión de 27 de junio de 1864, pág. 112.

los desajustes del derecho represivo castrense respecto del resto del orden jurídico argentino.

2. *El derecho castrense en el vértice de un conflicto silencioso: el derecho penal militar entre el «civilismo» y el «militarismo».* Indudablemente, buena parte de los desajustes mencionados en el último párrafo del punto anterior fueron resultado del sordo conflicto que, sin mayores consecuencias por el momento, se desató más o menos calladamente entre los adherentes de dos concepciones contrastantes de lo jurídico castrense, concepciones que aquí denominaremos, respectivamente, *civilismo* y *militarismo*.

Si bien ambas posturas reconocieron -aunque, por cierto, que con notables diferencias- la autonomía de lo jurídico castrense, no sería desacertado caracterizar a la mencionada en primer lugar por su pretensión de encuadrar totalmente el derecho penal militar dentro de los esquemas jurídicos ordinarios. En consecuencia, sus adherentes -que conceptuaban que el soldado era, antes que nada, un ciudadano²⁷⁵, y que insistían en señalar la supremacía de la Constitución sobre la mera disciplina castrense²⁷⁶- sostuvieron que «*tanto el derecho penal militar, como el derecho criminal ordinario*» reposaban en esencia sobre las mismas bases²⁷⁷. Asimismo, y como derivación de este principio fundamental, las actividades de los *civilistas* se orientaron en el sentido de restringir la excepcionalidad del régimen jurídico militar dentro de «lí-

²⁷⁵ Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 119.

²⁷⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, sesión de 1º de septiembre de 1870, pág. 511. En un sentido análogo, véanse también *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1873, sesión de 18 de septiembre de 1873, pág. 577; y *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 92.

²⁷⁷ Palabras del diputado San Román durante la sesión de 24 de septiembre de 1877; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, pág. 967.

mites racionales y estrictamente necesarios»²⁷⁸, razón por la cual no dudaron en criticar un concepto de la disciplina fundado en la «*idea de la obediencia ciega contraria a toda iniciativa*»²⁷⁹. Así las cosas, y basándose en la noción de que «*si la justicia militar tiene su forma especial en cuanto a los objetos a que responde, debe también ofrecer todas las garantías que la justicia ordinaria acuerda en las relaciones de la vida civil*»²⁸⁰, los *civilistas* hicieron todo lo posible por aproximar la legislación castrense a la común, sobre todo en materia de garantías²⁸¹. De este modo, no sólo se denunciaron las severas restricciones que pesaban en sede castrense sobre el derecho de defensa²⁸², sino que en su aspiración por asegurar las mayores garantías para los imputados²⁸³ llegaron a preconizar la libertad e inviolabilidad de la defensa ante los consejos de guerra²⁸⁴, y hasta a proponer la inserción de estos últimos dentro de la estructura de la justicia federal²⁸⁵.

En cuanto a la caracterización del pensamiento *militarista*, éste se distinguió por su permanente oposición a la «*intervención*» civil en el ámbito de lo jurídico- castrense. Así, por ejemplo, sus adherentes rechazaron toda incursión de los

²⁷⁸ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 16.

²⁷⁹ Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 118.

²⁸⁰ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, de 26 de agosto de 1882; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1882, sesión de 16 septiembre de 1882, t. II, pág. 618.

²⁸¹ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 15.

²⁸² GADEA Y GRANÉ, ob. cit., pág. 79.

²⁸³ Palabras pronunciadas por el senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 27 de agosto de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1870, pág. 505.

²⁸⁴ Palabras del diputado Rafael Ruiz de los Llanos; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, t. I, pág. 176.

²⁸⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1875, t. I, págs. 177 y 178.

jueces ordinarios en la vida militar ²⁸⁶, bajo el argumento de que éstos eran «*ajenos en todo*» a las leyes y costumbres del ejército ²⁸⁷. De un modo análogo, los *militaristas* también criticaron el hecho de que las reformas castrenses fuesen confeccionadas por hombres de letras carentes de experiencia militar ²⁸⁸, y consideraron «*peligroso*» tomar las «*reglas del derecho civil para hacerlas extensivas a las que rigen a los militares*» ²⁸⁹. Digamos, además, para concluir, que algunos de los más exaltados representantes del *militarismo* llegarían hasta el punto de sostener que la especialidad del régimen jurídico castrense era tal, que se encontraba más allá de las prescripciones establecidas por la Constitución ²⁹⁰.

²⁸⁶ *Proyecto de ley de organización y competencia de los tribunales militares...*, cit., pág. 11.

²⁸⁷ Oficio del capitán José Fernández Castro al jefe del Estado Mayor del Ejército, general Emilio Mitre; Mendoza, 7 de diciembre de 1892. En legajo personal del mayor José Fernández Castro; AGE, expediente N° 4487.

²⁸⁸ María Inés Cárdenas de MONNER SANZ, ob. cit., pág. 93.

²⁸⁹ Palabras del diputado Demaría durante la sesión del 19 de julio de 1882; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1882, pág. 684.

²⁹⁰ Palabras del diputado Gutiérrez durante la sesión de 17 de junio de 1870; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1870, pág. 119.

CAPÍTULO VII

LA CONSAGRACIÓN DEL IDEAL CODIFICADOR EN EL DERECHO POSITIVO (1883-1898)

I. Acontecimientos

a. *El panorama internacional*

1. La situación en Europa. Mientras que en las naciones europeas menos adelantadas en materia jurídico militar, como Rusia, Rumania y Servia, durante estos años se aplicaron severos códigos específicos en lo que no se admitían ni la invocación de circunstancias atenuantes ni el auxilio de defensores ¹, en otros países resultó evidente la preocupación por incorporar al ámbito de las penalidades castrenses muchos de los avances diseñados para el derecho represivo ordinario. De este modo, por ejemplo, en noviembre de 1893 el Senado italiano discutió en torno a una posible reforma al Código Penal Militar vigente ². Asimismo, cabe

¹ Revista del Club Naval y Militar, Nº 24 (mayo de 1886), t. IV, pág. 232.

² Javier ALVARADO PLANAS, “La codificación del derecho militar en el siglo XIX”; en Javier ALVARADO PLANAS y Regina María PÉREZ MARCOS [eds.], *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XIX)*, Madrid, Ediciones Polifemo, 1996, pág. 293, nota 51.

señalar que una ley alemana de 1° de diciembre de 1898 estableció un nuevo Código de Procedimientos Militares, norma en virtud de la cual no sólo se deslindaron las atribuciones del juez de las que eran propias del Ministerio Público y de la defensa, sino que, además, se establecieron tribunales militares permanentes, se impuso un procedimiento único para el Ejército y la armada, y se consagró el principio de la libertad de la prueba ³.

En cuanto a lo acontecido en España, cabe consignar aquí que en noviembre de 1884 se sancionó un Código Penal Militar para el Ejército ⁴, dispositivo que en 1890 fue reemplazado por otro ⁵. Además, corresponde indicar que en septiembre de 1886 se dictó una ley española de enjuiciamiento militar, en virtud de la cual se extendió la competencia de la jurisdicción castrense al conocimiento de algunos delitos cometidos por paisanos ⁶, criterio que se reiteró en 1896, al adjudicarse a los consejos de guerra el juzgamiento de los delitos ordinarios cometidos por los civiles mediante el empleo de sustancias o aparatos explosivos y materias inflamables ⁷.

2. La situación en América. Lo característico de esta época en América fue la generalizada preocupación por renovar los dispositivos jurídico militares vigentes, pretensión que, sin embargo, no siempre se concretó en la modificación del derecho positivo. Al respecto, la situación de Chile resultó paradigmática. En efecto, si bien en esta república continuaron en vigencia las ordenanzas patrias de 1839, durante estos años se elaboraron varios proyectos de reforma, entre

³ DICKMANN, "La justicia militar en Alemania"; en Revista del Círculo Militar, N° 107 (noviembre de 1909), págs. 799 y 800.

⁴ Javier ALVARADO PLANAS, art. cit., pág. 291.

⁵ Pablo CASADO BURBANO, "Visión histórica del derecho penal militar español"; en *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 40.

⁶ Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, pág. 238.

⁷ Idem ant., pág. 257.

los que cabe mencionar uno de 1891, redactado por Ernesto Hubner, Luis Claro Solar y Emilio Bello; otro de 1893, diseñado por Luis Uribe y Antonio Varas ⁸; y uno de código judicial para el Ejército, concebido en 1894 por el auditor de guerra Abraham Koning ⁹. Por otra parte, en cuanto a los países en los que el espíritu reformista culminó con la sanción de nuevas normas, cabe mencionar el caso de Uruguay, que en 1884 sancionó un código específico bajo “la influencia decisiva de los proyectos argentinos” de 1881 y 1882 ¹⁰, y en donde la influencia de las nuevas ideas se prolongó de tal modo que para finales de la década de 1880 se concibió seriamente la idea de modificar el nuevo código ¹¹; el de México, país que en 1882 aprobó unas ordenanzas del Ejército ¹², y que en junio de 1894 dictó un Código de Justicia Militar, en virtud del cual se redujo el ámbito de competencia de la jurisdicción castrense a los delitos y faltas que tuviesen “exacta conexión con la disciplina militar” ¹³; el de Brasil, que a partir de mar-

⁸ Alejandro GUZMÁN BRITO, “Bibliografía de las primeras ediciones de los proyectos de códigos para Chile, de las actas de sesiones de sus comisiones redactoras o revisoras y de los códigos promulgados, hasta 1906”; en “Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel”, *Anales de la Universidad de Chile*, 5ª serie, N° 20 (1989), pág. 705.

⁹ Renato ASTROSA HERRERA, *Derecho penal militar*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pág. 16.

¹⁰ Informe de la comisión redactora de 1894; en *Códigos militares para el Ejército y la Armada de la República Argentina, precedidos de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, edición oficial, 1895, pág. 52. Telémaco BRAIDA, *Código Militar de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, A. Barreiro y Ramos Editor, 1905.

¹¹ Cfr. *Revista Militar Argentina*, t. VIII, N° XLVI (marzo de 1888), pág. 79.

¹² Oscar CRUZ BARNEY, “Las ordenanzas generales de los ejércitos de Carlos III en el México independiente”; trabajo presentado al XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, San Juan de Puerto Rico, mayo de 2000, pág. 54. Fernando de SALAS LÓPEZ, *Ordenanzas militares en España e Hispanoamérica*, Madrid, Mapfre, 1992, pág. 186.

¹³ Artículo 1 del Código de Justicia Militar mexicano de 1894. En Vicente ROMERO y GIRÓN y Alejo GARCÍA MORENO, *Complemento de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, apéndice I, Madrid, Enrique Maroto impresor, 1895, pág. 179.

zo de 1891 contó con un Código Penal para la Armada ¹⁴, y que en julio de 1893 convirtió al viejo Consejo Supremo Militar del imperio en un tribunal integrado por una quincena de miembros, de los cuales tres eran abogados ¹⁵; y el de Perú, que en diciembre de 1898 promulgó un Código de Justicia Militar inspirado en el derecho francés ¹⁶.

b. El derecho penal militar argentino durante el tramo final del proceso codificador

1. El panorama jurídico militar argentino, desde la elevación al Congreso de los proyectos de 1881 y 1882 hasta los inicios de la década de 1890. Depositados los proyectos de 1881 y 1882 en manos del Congreso, la apatía del Legislativo en tratar este asunto motivó que en 1883 el ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica, encareciese a las cámaras el estudio de los proyectos ¹⁷ e instase a los miembros de la Comisión de Guerra del Senado a que despachasen el dictamen correspondiente ¹⁸. Empero, desoída esta solicitud, pasaron varios años sin que se produjeran mayores novedades en materia de códigos. Fue así que en 1887 las autoridades del Ministerio de Guerra y Marina pensaron en retirar del Congreso los proyectos pre-

¹⁴ Vicente ROMERO Y GIRÓN y Alejo GARCÍA MORENO, ob. cit., apéndice VII, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1898, pág. 537.

¹⁵ Revista del Club Naval y Militar, N° 17 (octubre de 1885), t. III. Vicente ROMERO Y GIRÓN y Alejo GARCÍA MORENO, ob. cit., apéndice VII, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1898, pág. 575.

¹⁶ Vicente ROMERO Y GIRÓN y Alejo GARCÍA MORENO, ob. cit., apéndice IX, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1899, pág. 382.

¹⁷ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1883, pág. XXIV.

¹⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1883, sesión de 10 de julio de 1883, t. I, pág. 216.

sentados en 1882, con el objeto de que éstos fuesen reformados por una nueva comisión ¹⁹.

Mientras tanto, las principales autoridades militares del país continuaron dedicando una atención preferente a la transformación de la normativa que debía “*regir la organización y disciplina del Ejército*” ²⁰. En este sentido, por ejemplo, cabe recordar que durante 1888 y 1889 el Estado Mayor General del Ejército señaló al gobierno nacional la “*necesidad imperiosa*” de sancionar un Código Militar que resolviese “*de una manera clara y definitiva las controversias y dudas a que se prestan en la aplicación las ordenanzas que rigen actualmente*” ²¹. Del mismo modo, corresponde señalar que en diciembre de 1887 el general Nicolás Levalle propuso la creación de un tribunal militar permanente y de una oficina de procedimientos, con el objeto de otorgar a la “*administración de justicia la importancia que [ésta] tiene en otros ejércitos y en las ordenanzas*” ²². Así las cosas, la orden general de la fuerza de 11 de enero de 1888 receptó esta inquietud, y estableció un “*tribunal permanente de procedimientos militares*”, dotado de autoridad para conocer en “*las instrucciones, preparación y formación de las causas militares*” ²³.

En otro orden de cosas, corresponde indicar ahora que así como los jefes castrenses instaban al gobierno a dictar un código especial que rigiese la vida militar ²⁴, durante la déca-

¹⁹ “*Memoria del ministro de Guerra, general Eduardo Racedo*”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 41 (octubre de 1887), t. VII, pág. 118.

²⁰ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1889, pág. III.

²¹ Memoria del jefe del Estado Mayor del Ejército, general Nicolás Levalle; Buenos Aires, junio de 1889. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1889, pág. 9.

²² Oficio dirigido al ministro de Guerra y Marina; Buenos Aires, 28 de diciembre de 1887. Reproducido en la orden general del Ejército de 11 de enero de 1888; Archivo General del Ejército (en adelante, AGE), órdenes generales, libro 6.

²³ AGE, órdenes generales, libro 6.

²⁴ Nicolás LEVALLE, “*La palabra del jefe del Estado Mayor sobre el Ejército*”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 42 (noviembre de 1887), t. VII, pág. 181. Oficio del

da de 1880 la opinión pública también se preocupó por estos asuntos ²⁵. Así las cosas, en el seno del Club Militar se propuso la creación de una comisión dedicada a redactar un proyecto de código castrense “*con arreglo a los principios de la jurisprudencia moderna*” ²⁶.

2. El proceso que condujo a la formación y sanción de los códigos militares de 1895. Para comienzos de la década de 1890, los reclamos en materia de codificación militar no hicieron sino afianzarse ²⁷. De este modo, mientras que en 1893 el jefe del Estado Mayor del Ejército, general Domingo Viejobueno, planteaba públicamente la necesidad de adecuar la legislación militar argentina al “*espíritu de la Constitución*” y al “*carácter y costumbres*” nacionales ²⁸, era opinión generalizada que la codificación resultaba imprescindible para terminar con la arbitrariedad del régimen jurídico castrense imperante “*en materia de procedimientos, [y] en materia de penalidad y de leyes de fondo*” ²⁹.

Atento a este clima ideológico, y perdido el estado parlamentario de los proyectos redactados por las comisiones de

jefe del Estado Mayor General del Ejército, general Nicolás Levalle, al ministro de Guerra y Marina, Buenos Aires, 28 de diciembre de 1887; reproducido en la orden general del Ejército de 11 de enero de 1888, AGE, órdenes generales, libro 6.

²⁵ Véase un ejemplo en J.A. Mendoza, “Apuntes para un estudio de organización en el Estado Mayor del Ejército Argentino”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 11 (abril de 1885), págs. 245 y 246.

²⁶ Eduardo OLIVEROS ESCOLA, “Proyectos”; en *Revista Militar Argentina*, N° XLII, t. VII (noviembre de 1887), pág. 163.

²⁷ Decreto del Poder Ejecutivo nacional de 30 de enero de 1893. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 496.

²⁸ Memoria del Estado Mayor del Ejército, elevado al ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos; Buenos Aires, 31 de marzo de 1893. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1893, pág. 25.

²⁹ Palabras del diputado Agustín Álvarez durante la sesión de 3 de noviembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 425. Osvaldo MAGNASCIO, *Introducción a los códigos militares de la República*, Buenos Aires, Félix Lajouane editor, 1895, pág. XV.

1881, en 1892 el Poder Ejecutivo nacional reiteró su presentación al Congreso ³⁰. Así las cosas, el 21 de junio de 1893 la Cámara de Diputados les concedió media sanción, al tiempo que encareció al gobierno que se diseñasen las “reformas que la práctica hubiere aconsejado” introducir en el régimen penal castrense concebido una década atrás ³¹. No fue éste, sin embargo, el texto que a la postre se convertiría en ley. Ello así, en tanto que a comienzos de 1893 el presidente Luis Sáenz Peña y su ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica, decidieron renovar el contenido de los proyectos de 1881 y 1882, para lo cual constituyeron una nueva comisión encargada de adecuarlos a los avances del derecho comparado y a las innovaciones introducidas en la Argentina en materia de derecho penal ordinario. De este modo, la comisión de marras estuvo compuesta en un principio por los doctores Manuel Obarrio, Amancio Alcorta y Estanislao Zeballos, y por los secretarios de Guerra y de Marina, general Manuel Obligado y comodoro Clodomiro Urtubey, respectivamente ³². Empero, como consecuencia de la ausencia de Zeballos y de la renuncia de Obligado, un decreto de 7 de mayo de 1894 dispuso una nueva integración. En consecuencia, a la participación de Obarrio, Alcorta y Urtubey, se sumaron la del auditor de Guerra, Ceferino Araujo, la del doctor Osvaldo Magnasco, la del diputado nacional Agustín Álvarez, y la del general José Ignacio Garmendia ³³.

³⁰ Cfr. los términos del decreto de 30 de enero de 1893. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 496.

³¹ Se reproduce este proyecto en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesión de 21 de junio de 1883, pág. 104.

³² Decreto del Poder Ejecutivo nacional de 30 de enero de 1893. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 496.

³³ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 612. Comunicación del Poder Ejecutivo nacional al Congreso, reproducida en la sesión de 19 de mayo de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 32. Véanse, también, las palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesión de 21 de junio de 1894, pág. 104.

Cabe señalar que mientras lo referido arriba acontecía en el ámbito del Ejecutivo, en septiembre de 1893 y a partir de un proyecto de los diputados Magnasco y Gonnet, el Congreso decidió aprobar el articulado de lo que luego sería la ley 2962, en virtud de la cual se eliminó la confesión con cargo del procedimiento militar ³⁴. Por otra parte, a mediados de junio de 1894 la Comisión Militar del Senado -integrada por F.C. Figueroa, Rufino Ortega y O. Guiñazú- elevó un dictamen recomendando la aprobación de los proyectos de 1881 y 1882 ³⁵. Sin embargo, a solicitud del Ejecutivo la Cámara alta resolvió posponer la discusión sobre los códigos militares hasta que los miembros de la nueva comisión designada por el presidente Sáenz Peña concluyesen con sus tareas ³⁶.

Yendo al análisis de las actividades de la comisión redactora de 1894, cabe decir aquí que si bien a ésta se le adjudicó una tarea de mera revisión de lo hecho en 1881 y 1882, consideraciones de diversa índole -entre las que cabe señalar las derivaciones jurídico militares del procesamiento del coronel Mariano Espina, juzgado en 1893 como revolucionario- incidieron para que sus integrantes se abocasen a un trabajo de mayores dimensiones. En efecto, la comisión de 1894 decidió refundir los proyectos de 1881 en un solo cuerpo legal, para formar “*un código completamente nuevo y de acuerdo con la legislación más adelantada en esta materia*” ³⁷. Para ello, los trabajos técnicos de la comisión se repartieron entre sus distintos miembros, de forma tal que si Osvaldo Magnasco

³⁴ Guillermo PALOMBO, “La justicia penal militar en el Río de la Plata (1810-1894); en *Prudentia Iuris*, N° 14 (abril de 1984), pág. 126.

³⁵ Se reproduce el dictamen en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesión de 21 de junio de 1894, págs. 103 y 104.

³⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesión de 21 de junio de 1894, págs. 104 y 108.

³⁷ Palabras del ministro de Guerra y Marina pronunciadas en la Cámara de Senadores el 21 de junio de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, págs. 105 y 106.

desempeñó un papel fundamental en este proceso, todo lo relativo a la organización y competencia de los tribunales fue sometido al estudio particular de los doctores Araujo y Álvarez, en tanto que lo referido a la penalidad fue atribuido a Obarrio, Alcorta y Garmendia ³⁸. Así las cosas, para junio de 1894 la comisión dio por concluidas sus tareas, y elevó al Ministerio de Guerra y Marina los proyectos correspondientes que, bajo la denominación genérica de “códigos militares”, incluyeron una ley de organización y competencia de los tribunales castrenses, una de procedimientos y un código penal castrense ³⁹. En cuanto a su tratamiento parlamentario, dichos proyectos fueron sometidos a la consideración de la Cámara de Diputados el 10 de octubre de 1894, cuerpo que comenzó a discutirlos el 30 del mismo mes ⁴⁰, y que, luego de presenciar una interesante polémica entre los diputados Barroetaveña y Álvarez, los aprobó el 3 de noviembre ⁴¹. Por su parte, girados al Senado el 6 del mismo mes ⁴², la Comisión de Guerra de la Cámara alta se pronunció en favor de su sanción, al considerar que aun cuando ellos pudiesen tener defectos siempre era mejor contar con un código “*que no tener ninguno*” ⁴³. Atento a este dictamen, el 6 de diciembre la Cámara de Senadores decidió aprobarlos casi sin discusión alguna, razón por la cual los proyectos redactados por la comisión de 1894 se convirtieron en ley de la nación bajo el número 3190 ⁴⁴. Sin embargo, no fue éste el final del proceso

³⁸ Idem ant., pág. 104.

³⁹ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 49.

⁴⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, págs. 81 y 369.

⁴¹ Idem ant., pág. 436. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesión de 6 de diciembre de 1894, pág. 863.

⁴² *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 712.

⁴³ Palabras del senador F.C. Figueroa pronunciadas durante la sesión de 6 de diciembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 864.

⁴⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesión de 6 de diciembre de 1894, pág. 865.

legislativo. En efecto, pocos días después el Congreso volvió a intervenir en la materia, al advertirse una contradicción en el texto de los nuevos códigos, como que si uno de sus artículos establecía como fecha de entrada en vigencia el 1° de enero de 1895, otro señalaba que la misma tendría lugar dos meses después de promulgados. Así, el 20 de diciembre de 1894 la Cámara de Diputados sancionó y pasó al Senado un proyecto en el que se fijaba con precisión el día desde el cual comenzaría a regir el dispositivo penal castrense de la ley 3190⁴⁵, proyecto que dos semanas más tarde se transformó en la ley 3202 y que dispuso que el nuevo ordenamiento legal comenzase a regir a partir del 4 de marzo de 1895⁴⁶. Finalmente, cabe referir que un decreto de 28 de febrero de 1895 encomendó al doctor Osvaldo Magnasco la tarea de dirigir la impresión oficial de los códigos⁴⁷.

3. *El debate Barroetaveña-Álvarez.* Si bien, como dijimos arriba, no se produjeron mayores discusiones al tratarse en el Senado los proyectos redactados por la comisión de 1894, no sucedió lo mismo en la Cámara baja, cuerpo en el que los diputados Barroetaveña y Álvarez sostuvieron criterios encontrados. Nada más oportuno, pues, que concluir este apartado con una ligera reconstrucción de los argumentos enarbolados por ambos polemistas. En lo atinente a la posición de Barroetaveña, cabe referir aquí que éste se opuso a varios artículos de los proyectos de 1894, por considerarlos “*abiertamente contrarios a la Constitución*”. Así, nuestro diputado dijo que la administración de justicia militar por parte del presidente chocaba con la prohibición constitucional que le impedía el ejercicio de funciones judiciales; y que la

⁴⁵ Idem ant., pág. 967.

⁴⁶ Idem ant., pág. 1111. Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 5.

⁴⁷ Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 18. Véase, también el decreto de 23 de marzo de 1895; en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 22.

formación *ex post facto* de los consejos de guerra convertía a éstos en las comisiones especiales prohibidas por el art. 18 de la Constitución ⁴⁸. Asimismo, Barroetaveña se manifestó en contra de adjudicar a los tribunales castrenses competencia para juzgar los delitos comunes cometidos por los militares en lugar castrense o en actos de servicio ⁴⁹.

En cuanto al contenido de las refutaciones de Agustín Álvarez -quien actuaba en la Cámara como miembro informante de los proyectos de 1894 en la Cámara, y cuyas ideas en materia de derecho militar terminaron, a la postre, resultando victoriosas-, cabe recordar que éste sostuvo, genéricamente, que las propuestas de Barroetaveña tendían a estimular la formación de un ejército deliberante, peligrosísimo para la pervivencia de las instituciones republicanas ⁵⁰. Además, y en particular, dijo: que no podía suprimirse la potestad del presidente para confirmar o desaprobado las sentencias de los consejos de guerra, ya que conceptuaba imposible que un jefe mandase y no tuviese “*la facultad y los medios de hacer cumplir su mandato*” ⁵¹; que las comisiones especiales mencionadas en la Constitución nada tenían que ver con los consejos de guerra ⁵²; que era impracticable en el país, dada su geografía y el carácter móvil de las unidades del Ejército argentino, una estructura jurisdiccional de carácter permanente, análoga a la entonces aplicada en Francia ⁵³; y que el juzgamiento de los delitos comunes cometidos por militares en lugar militar o en actos de servicio derivaba del régimen

⁴⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesiones de 31 de octubre y 2 de noviembre de 1894, t. II, págs. 378 y 397.

⁴⁹ *Idem ant.*, sesión de 2 de noviembre de 1894, t. II, pág. 401.

⁵⁰ Palabras del diputado Agustín Álvarez durante la sesión de 3 de noviembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 423.

⁵¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 3 de noviembre de 1894, t. II, págs. 414 y 419.

⁵² *Idem ant.*, sesión de 31 de octubre de 1894, t. II, pág. 379.

⁵³ *Idem ant.*, sesión de 2 de noviembre de 1894, t. II, pág. 409.

penal especial necesario para mantener la disciplina peculiar de las instituciones castrenses ⁵⁴, en las cuales “*la criminalidad de las acciones*” se medía en función de los peligros “*que amenaza[ba]n a los poderes públicos y a la sociedad*” ⁵⁵.

4. Características de los códigos de 1895. Obra en la que, al parecer, tuvo participación fundamental Osvaldo Magnasco ⁵⁶, los códigos de 1895 adaptaron los proyectos de 1881 y 1882 “*a los adelantos modernos*” ⁵⁷, merced al expediente de receptar instituciones jurídico militares italianas, belgas, suizas, inglesas, francesas y norteamericanas. Así las cosas, el resultado obtenido fue “*la legislación de fondo más adelantada de toda América*” ⁵⁸, muy superior a las viejas ordenanzas de Carlos III ⁵⁹. Sin embargo, y en opinión de sus mismos redactores, los códigos de 1895 sólo gozaban de una “*perfección relativa*”. De allí que se sostuviese que a partir de su entrada en vigencia y de la percepción de sus eventuales errores ⁶⁰, debía perfeccionarse su articulado, depurándolo de “*vicios y defectos*” ⁶¹, concepción que se volcó en el art. 3 de la ley 3190, que encomendó al nuevo Consejo Supremo de Guerra y Marina la tarea de elevar anualmente al ministerio del ramo una memoria con todas las reformas que sugiriese la experiencia ⁶².

⁵⁴ Idem ant., pág. 408.

⁵⁵ Idem ant., sesión de 3 de noviembre de 1894, t. II, pág. 416.

⁵⁶ JHR, “Código de Justicia Militar”; en Revista Nacional, t. XXIV, 1897, pág. 386.

⁵⁷ Palabras del senador F.C. Figueroa pronunciadas durante la sesión de 6 de diciembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 864.

⁵⁸ Osvaldo MAGNASCO, ob. cit., pág. XVI.

⁵⁹ Palabras del diputado Agustín Álvarez durante la sesión de 3 de noviembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 425.

⁶⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 3 de noviembre de 1894, t. II, pág. 425.

⁶¹ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 67.

⁶² Proyecto de ley elevado por el Poder Ejecutivo nacional al Congreso el 8 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 10

En cuanto al contenido de los códigos de 1895, cabe decir aquí, en líneas generales, que además de reducirse sensiblemente el articulado de los mismos respecto del de los proyectos de 1881 y 1882 -como que la ley de organización y competencia de los tribunales militares pasó de 300 artículos a contar con 97, mientras que los 900 artículos referidos a procedimientos se comprimieron en 306⁶³-, otras importantes características fueron que se decidió la unidad de la normativa aplicable al Ejército y a la Armada⁶⁴, y que se eliminaron muchas de las disposiciones previstas en 1881 y 1882 que se superponían a las del Código Penal ordinario de 1886⁶⁵, o que directamente lo contradecían⁶⁶. Asimismo, también se incorporaron muchísimas novedades, como tendremos oportunidad de ver a continuación. De este modo, en materia de organización judicial y a diferencia de lo previsto por la comisión redactora de 1881, se estableció una estructura jurisdiccional constituida por consejos de guerra *ad hoc*, integrados con vocales designados por sorteo⁶⁷. Además, se dispuso la creación de un Consejo Supremo de Guerra y Marina⁶⁸, dotado, entre otras, con atribuciones para juzgar en única instancia a los oficiales generales⁶⁹; y se adjudicó a la jurisdicción castrense competencia para entender en “toda

de octubre de 1894, t. II, págs. 81 y 82. Artículo 3 de la ley 3190; en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 653.

⁶³ Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, págs. 369 y 370.

⁶⁴ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 49.

⁶⁵ *Idem* ant., pág. 81.

⁶⁶ Palabras del ministro de Guerra y Marina pronunciadas en la Cámara de Senadores el 21 de junio de 1894, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 104.

⁶⁷ Osvaldo MAGNASCO, ob. cit., pág. XX.

⁶⁸ Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la cámara de diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 370.

⁶⁹ Artículo 83, inc. 4, del Código Penal para el Ejército y la Armada de 1895.

transgresión incriminada como delito por el código penal militar”⁷⁰. Asimismo, a partir del ejemplo italiano y de la experiencia adquirida en la armada nacional⁷¹, se dispuso que, para tiempos de paz, la jurisdicción correccional fuese ejercida por unos consejos de disciplina⁷². Por otra parte, respecto de lo procesal, se regularon procedimientos extraordinarios para tiempo de paz⁷³ y para tiempos de guerra⁷⁴; se abandonó la prevención fundada en el modelo francés -adoptada en su oportunidades por las comisiones de 1881-, y se la sustituyó por un mecanismo inspirado en los ejemplos ingleses, italianos y norteamericanos⁷⁵; se incorporaron como medios probatorios los indicios, las presunciones y la confesión⁷⁶; y se introdujo el principio de la libre elección de la defensa en sede castrense, admitiéndose, incluso, la actuación de abogados civiles⁷⁷. En cuanto al derecho de fondo, los códigos de 1895, que partían de la idea de que los principios fundamentales de la penalidad ordinaria eran “*comunes*” al derecho militar⁷⁸, establecieron el carácter supletorio de la legislación

⁷⁰ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 64.

⁷¹ Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 369.

⁷² Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 50. Artículos 9 a 11, 72 a 76, y 86 de la ley de organización y competencia de los tribunales militares de 1895.

⁷³ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 78.

⁷⁴ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 76. Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 371.

⁷⁵ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 70. Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 370.

⁷⁶ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 70.

⁷⁷ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 71. Artículo 156 del Código de Procedimientos para el Ejército y la Armada de 1895. Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 370.

⁷⁸ Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 371.

represiva ordinaria ⁷⁹. Además, graduaron la responsabilidad de los delincuentes según que el hecho imputado hubiese tenido lugar con motivo de actos del servicio o en ocasión de prestarse éstos, o hubiera sido cometido al margen de estas circunstancias ⁸⁰; incorporaron expresamente atenuantes y agravantes ⁸¹, y regularon todo lo atinente a la tentativa ⁸². Por otra parte, en lo relativo a penas, reprodujeron buena parte de las disposiciones pertinentes del proyecto de Código Penal para la Armada, de 1882 ⁸³. De este modo, establecieron penas corporales, como la de muerte, la de presidio -que importaba el sometimiento del reo a trabajos forzados-, la de penitenciaría, la de confinamiento -que consistía en la prestación de servicios en compañías disciplinarias con asiento en las fronteras-, la de prisión, y la de detención; privativas de honores y derechos, como la de degradación, la de privación de empleo, la de destitución, la de suspensión, la de privación de mando, y la de privación de derechos políticos; y pecuniarias ⁸⁴. Por otra parte, en lo relativo a la penalidad militar, que fue la parte de los códigos que necesitó de mayor estudio por parte de la comisión ⁸⁵, se distinguió entre los delitos militares, los comunes sometidos a la jurisdicción castrense en razón de las personas y del lugar de comisión, y los mixtos, como la rebelión y la sedición ⁸⁶. Asimismo, cabe se-

⁷⁹ Artículo 385 del Código Penal para el Ejército y la Armada de 1895.

⁸⁰ Artículo 13 del Código Penal para el Ejército y la Armada de 1895.

⁸¹ Artículos 8 y 9 del Código Penal para el Ejército y la Armada de 1895.

⁸² Artículo 14 del Código Penal para el Ejército y la Armada de 1895.

⁸³ Informe de la comisión redactora de 1894, cit., pág. 82.

⁸⁴ Capítulos I y II, título II, del Código Penal para el Ejército y la Armada de 1895.

⁸⁵ Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 371.

⁸⁶ Palabras del ministro de Guerra y Marina, general Luis María Campos, pronunciadas en la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 371.

ñalar que el Código Penal Militar de 1895 previó las siguientes figuras: delitos contra la seguridad del Estado, entre los que se incluían la traición, el espionaje, los delitos que comprometían la paz de la nación y que afectaban el derecho de gentes; delitos contra el orden constitucional, que abarcaban la rebelión y la sedición; delitos contra el orden y la seguridad del Ejército y la Armada, entre los que se consideraba el motín, la insubordinación, los delitos contra el deber militar, el abandono del servicio y la desertión; delitos contra las personas, como el homicidio, las lesiones y mutilaciones, el duelo, las violencias cometidas por los militares en sus alojamientos, y las violencias realizadas con motivo del cumplimiento de una orden; delitos contra las garantías individuales, entre los que se contaba el secuestro ilegal de las personas, la violación de domicilios, y el descubrimiento y revelación de secretos; delitos contra la propiedad, vale decir el robo, el hurto, las exacciones ilegales, la venta, empeño, enajenación u ocultación de elementos militares, los incendios y los estragos; delitos cometidos en el desempeño de cargos o comisiones, entre los que se incluían el incumplimiento de cargos o de comisiones, la usurpación y el abuso de autoridad, el incumplimiento de los deberes del mando superior, el incumplimiento de consignas, el prevaricato, el cohecho, la corrupción, la malversación y el fraude en la administración militar, la infidelidad en la transmisión de órdenes y en la custodia de documentos, y la responsabilidad en la fuga de presos y prisioneros; las falsedades, como la falsedad en la administración militar y en el ejercicio de funciones militares, la falsificación de documentos, la ocultación de identidad, y la usurpación de uniformes y condecoraciones; y las infracciones al decoro militar.

5. La aplicación de los códigos de 1895. Recibidos con gran expectativa, los códigos de 1895 no sólo dieron lugar a consecuencias inesperadas, sino que a partir de su

puesta en práctica no tardaron en ser objeto de las más duros reproches ⁸⁷.

Respecto de lo dicho en primer lugar, cabe señalar que los integrantes del Consejo Supremo de Guerra comenzaron a hacer todo lo posible por convertir al tribunal en una especie de corte suprema militar ⁸⁸. De este modo dictaron acordadas; se autoatribuyeron el ejercicio de la superintendencia sobre los consejos de guerra; intentaron asumir la iniciativa para instruir sumarios ⁸⁹; y pretendieron desplazar al titular del Ejecutivo del ejercicio de máxima autoridad judicial militar ⁹⁰.

En cuanto a las críticas, un medio periodístico de la época expresó que desde su entrada en vigencia, los códigos de 1895 suscitaron “*un juicio uniforme en el Ejército, desfavorable a ellos*” ⁹¹. En este sentido, por ejemplo, las autoridades de aplicación consideraron que éstos no respondían “*a los fines que sus autores se propusieron*” ⁹². Así, también, en 1896 el ministro de Guerra y Marina, ingeniero Guillermo Villanueva, afirmó categóricamente que el resultado de los códigos de 1895 estaba “*lejos de ser satisfactorio*”, y que éstos eran perjudiciales “*para el servicio, para el erario público y para los mismos encausados*”, a tenor del “*número de causas ventiladas en consejos de guerra, el tiempo considerable que en media han durado y el numeroso personal distraído de los servicios y atenciones propiamente milita-*

⁸⁷ Armando M. ZVALETA, *Tribunales de guerra*, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1896, pág. 18.

⁸⁸ Véanse las palabras pronunciadas por el senador Carlos Pellegrini durante la sesión de 23 de diciembre de 1897; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, pág. 542 y ss..

⁸⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 538.

⁹⁰ Armando M. ZVALETA, ob. cit., pág. 22.

⁹¹ “Las leyes militares y el criterio de quienes las aplican” (editorial); en *La Prensa*, 21 de septiembre de 1896.

⁹² Decreto de 31 de diciembre de 1895. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 175.

res”⁹³. Dicho lo cual, cabe señalar que la mayor parte de los reproches se dirigieron contra “*la tramitación morosa de las causas*”⁹⁴; el encarecimiento de los procesos⁹⁵; el crecido número de personal afectado por la tramitación de los expedientes⁹⁶; y los efectos disciplinarios perniciosos que generaba la nueva jurisdicción correccional establecida⁹⁷.

Así las cosas, rápidamente cobró forma la idea de que el nuevo dispositivo penal castrense debía ser reformado. De esta manera, por ejemplo, desde el Ministerio de Guerra se sostuvo que era de “*imperiosa necesidad*” que los códigos de 1895 fuesen modificados⁹⁸, de modo tal que una vez adecuadas sus penas al medio militar⁹⁹, sus artículos atendiesen más a los especiales objetos de la jurisdicción castrense que a “*los principios absolutos del derecho criminal*”¹⁰⁰. Además, mientras que el Consejo Supremo recomendaba una reforma¹⁰¹, algunos integrantes del Congreso exigían el dictado de una nueva ley en la materia para devolver una “*marcha regular*” a la justicia militar”¹⁰². Asimismo, desde el seno de la opinión públi-

⁹³ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1896, pág. 46.

⁹⁴ Oficio del ministro de Guerra, general Nicolás Levalle, al doctor José María BUSTILLO, Buenos Aires, 16 de julio de 1897; en *Leyes de justicia y reglamentos para el servicio del Ejército y Armada*, Buenos Aires, edición oficial, 1898, pág. VII. *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1896, pág. 50. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 536.

⁹⁵ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional elevado al Congreso el 10 de noviembre de 1897; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesión de 18 de noviembre de 1894, pág. 507.

⁹⁶ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1896, pág. 48.

⁹⁷ *Idem ant.*, pág. 49.

⁹⁸ Oficio del ministro de Guerra, general Nicolás Levalle, al doctor José María BUSTILLO, Buenos Aires, 16 de julio de 1897; en *Leyes de justicia...*, cit., págs. VII y VIII.

⁹⁹ *Idem ant.*, pág. VII.

¹⁰⁰ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1896, pág. 47.

¹⁰¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 536 y 537.

¹⁰² Palabras pronunciadas por el diputado Del Valle durante la sesión de 10 de enero de 1898; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1897, pág. 860.

ca no faltaron quienes propusieron otras innovaciones, como la de transformar al Consejo Supremo en tribunal de apelación respecto de aquellos casos en los que se impusiese pena superior a los seis meses de arresto ¹⁰³, o la de incluir en el texto de los códigos el derecho internacional de guerra ¹⁰⁴.

6. La sustitución de los códigos de 1895 por el Código de Justicia Militar de 1898. El papel desempeñado por José María Bustillo. Fueron tantos los reclamos que generaron los códigos, “y tan evidentes las razones en que se fundaban”, que a fines de 1895 el Ejecutivo nacional decidió establecer una comisión que “encargada de recoger todas las observaciones que hubiera sugerido la práctica”, revisase los códigos para “armonizarlos con nuestras costumbres, nuestros elementos y lo que la experiencia de las naciones civilizadas han mostrado ser necesario en estas materias” ¹⁰⁵. Integrada por el general José Ignacio Garmendia, por el comodoro Rafael Blanco, por el auditor general doctor Ceferino Araujo y por el doctor Agustín Álvarez ¹⁰⁶, los trabajos de la referida comisión se dieron por concluidos en agosto de 1896, sin que se hubiese logrado el resultado apetecido ¹⁰⁷. Ello motivó que a mediados de julio del año siguiente el gobierno resolviese encomendar al doctor José María Bustillo, fiscal del Consejo Supremo de Guerra y Marina, la tarea de redactar un completo proyecto de reformas a los códigos ¹⁰⁸.

¹⁰³ Armando M. ZAVALETA, ob. cit., pág. 26.

¹⁰⁴ JHR, “Ordenanzas militares”; en Revista Nacional, t. XXIV, 1897, pág. 317.

¹⁰⁵ Memoria del Ministerio de Guerra y Marina, 1896, pág. 51.

¹⁰⁶ Decreto de 31 de diciembre de 1895. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 175.

¹⁰⁷ Decreto de 1° de septiembre de 1896. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 331.

¹⁰⁸ Oficio del ministro de Guerra, general Nicolás Levalle, al doctor José María BUSTILLO, Buenos Aires, 16 de julio de 1897; en Leyes de justicia..., cit., págs. VII y VIII. Mensaje del Poder Ejecutivo nacional elevado al Congreso el 10 de noviembre de 1897; en Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1894, sesión de 18 de noviembre de 1894, pág. 507.

De este modo, asumidas sus funciones y partiendo de las experiencias adquiridas desde 1895 ¹⁰⁹, Bustillo concibió la idea de reunir toda la normativa penal castrense argentina en un solo Código de Justicia Militar, articulado en tres tratados. Atento a este plan, para septiembre de 1897 concluía con la redacción de los dos primeros tratados, que se ocupaban, respectivamente, de la organización y competencia de los tribunales, y de los procedimientos ¹¹⁰, trabajo al que se elogió por eliminar de los códigos algunos mecanismos dilatorios que conspiraban contra la celeridad de la justicia militar ¹¹¹. En lo que se refiere a su paso por el Congreso, cabe recordar que salvo ligeras modificaciones, estas primeras propuestas de Bustillo fueron aprobadas por el Senado el 23 de diciembre de 1897 ¹¹². Asimismo, que previa consulta a su redactor y a Osvaldo Magnasco ¹¹³, y al asesoramiento del doctor Barroetaveña, los integrantes de la Comisión de Guerra de la Cámara de Diputados también aconsejaron la sanción de las reformas ¹¹⁴. Así las cosas, el 10 de enero de 1898 se dictó la ley 3679, que transformó en derecho positivo el proyecto de Bustillo ¹¹⁵. Téngase presente, además, que promulgada el 28 de enero de 1898 ¹¹⁶, la ley comenzó a regir en el país a partir del 12 de abril del mismo año ¹¹⁷.

¹⁰⁹ Palabras pronunciadas por el senador Vidal durante la sesión de 23 de diciembre de 1897; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, pág. 536.

¹¹⁰ *Leyes de justicia y reglamentos...*, cit., pág. XVIII.

¹¹¹ JHR, "Código de Justicia Militar", art. cit., pág. 385.

¹¹² *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 548.

¹¹³ *Idem ant.*, pág. 536.

¹¹⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1897, sesión de 10 de enero de 1898, t. II, pág. 861.

¹¹⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 779 y ss..

¹¹⁶ *Leyes de justicia...*, cit., pág. V.

¹¹⁷ *Idem ant.*, págs. V y VI.

En cuanto a las penalidades, cabe señalar que José María Bustillo terminó de confeccionar el tratado pertinente en junio de 1898 ¹¹⁸. De este modo, elevado a la consideración el Poder Ejecutivo, el 6 de septiembre de 1898 el presidente José Evaristo Uriburu urgió al Congreso que lo aprobase, con el objeto de “*mantener y levantar la disciplina*” del Ejército ¹¹⁹. Así las cosas, a propuesta del senador salteño Francisco Uriburu, el 22 de octubre de 1898 el Senado decidió tratar sobre tablas el nuevo proyecto de Bustillo ¹²⁰, oportunidad durante la cual el cordobés José Figueroa Alcorta recomendó aceptar las modificaciones sugeridas, bajo el argumento de que el mecanismo de la ley 3679 se resentía por la falta de sanción del tratado III ¹²¹. En consecuencia, y atendiendo, además, al prestigio intelectual alcanzado entonces por Bustillo y a los elogios que “*diversas personas muy entendidas en la materia*” habían manifestado en favor de las reformas propuestas, el proyecto relativo a las penalidades fue aprobado a libro cerrado. Asimismo, la Cámara baja hizo lo propio el 4 de noviembre, con lo que las penalidades del nuevo Código de Justicia Militar comenzaron a aplicarse en el país desde diciembre de 1898 ¹²².

7. Principales características del Código de Justicia Militar de 1898. Descripto el proceso que condujo a su sanción, cabe referir ahora que el espíritu del Código de Justicia Militar de 1898 estuvo dominado por la pretensión de “*afirmar sólidamente la disciplina, base de toda organiza-*

¹¹⁸ José María BUSTILLO, nota información que acompaña al tratado III del Código de Justicia Militar de 1898; en *Leyes de justicia...*, cit., pág. XIX.

¹¹⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1898, pág. 282.

¹²⁰ *Idem ant.*, sesión de 22 de octubre de 1898, pág. 433.

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1898, sesiones de 24 de octubre y 4 de noviembre de 1898, t. II, págs. 67, 68, 120 y 121.

ción militar útil"¹²³, para lo cual su autor decidió receptar "todas las disposiciones que en la práctica se ha[bía] visto que eran convenientes"¹²⁴. En otras palabras, el norte de Bustillo fue "invertir personalmente al que manda, de elementos propios para hacer respetar su autoridad", erigiendo así un sistema de justicia cuyo mecanismo sencillo "permitiese aplicar castigos enérgicos con procedimientos simples, rápidos y expeditivos"¹²⁵.

En cuanto a las concretas innovaciones incorporadas por el codificador al régimen penal militar argentino, cabe consignar las siguientes: la modificación de la estructura jurisdiccional, merced al expediente de establecer consejos de guerra permanentes con asiento en la capital, pero con jurisdicción en todo el país, y de otorgar al Poder Ejecutivo potestad para erigir excepcionalmente consejos de guerra especiales, tanto en tiempos de paz como de guerra¹²⁶; la concepción al Consejo Supremo -cuerpo cuya pretendida autonomía se restringió¹²⁷, rechazándose, además, las propuestas tendientes a convertirlo en tribunal de apelación¹²⁸- de competencia originaria para la resolución de las causas relativas a los oficiales generales¹²⁹; la supresión de los consejos de disciplina, con la consiguiente readjudicación "al Poder Ejecutivo y a sus agentes de mando militar" de la facultad de impo-

¹²³ José María BUSTILLO, nota información que acompaña al tratado III del Código de Justicia Militar de 1898; en *Leyes de justicia...*, cit., pág. XIX.

¹²⁴ Palabras pronunciadas por el senador Vidal durante la sesión de 23 de diciembre de 1897; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, pág. 539.

¹²⁵ José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898; en *Leyes de justicia...*, cit., pág. X.

¹²⁶ Idem ant., págs. X a XII.

¹²⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 543.

¹²⁸ José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898, cit., pág. XII.

¹²⁹ Idem ant., pág. XIII.

ner penas disciplinarias ¹³⁰; el establecimiento de términos procesales “*cortos y a veces perentorios*” ¹³¹; la abreviación de las instancias a lo “*estrictamente indispensable para ofrecer garantías al Ejército y al justiciado*” ¹³²; la eliminación de las recusaciones, apartando “*todo pretexto para hacer articulaciones*” ¹³³; la modificación del régimen recursivo, estableciendo un único recurso de infracción a la ley, fundado en la violación o inobservancia de la ley en la sentencias, o en el quebrantamiento de las formas del juicio ¹³⁴; y la supresión de la prisión preventiva ilimitada de los códigos de 1895, que se restringió a aquellos casos en los que se imputase la autoría de un hecho penado con prisión menor o superior ¹³⁵. En cuanto a las novedades incorporadas en materia de figuras penales, téngase presente que no aquí no abordamos este punto, dado que nos referimos a él en la sección Instituciones de este mismo capítulo.

Por otra parte, cabe recordar que, con motivo del análisis del Proyecto Bustillo, el Senado decidió incorporar al mecanismo del código un cuerpo de instructores permanentes ¹³⁶, amplió la jurisdicción de los comisarios de Guerra ¹³⁷, y determinó

¹³⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 537. José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898, cit., pág. X.

¹³¹ José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898, cit., pág. XIV.

¹³² *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 537.

¹³³ José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898, cit., pág. XV.

¹³⁴ *Idem ant.*, pág. XVI.

¹³⁵ Artículo 325 y siguientes del Código de Justicia Militar de 1898. José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898, cit., págs. XV y XVI.

¹³⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, pág. 538.

¹³⁷ *Ibidem.*

de un modo más preciso la competencia de los tribunales militares, a los que se les adjudicó, además, la facultad de juzgar la conducta de los particulares que afectasen el funcionamiento de las instituciones armadas durante tiempo de guerra ¹³⁸.

8. El papel jurídico-militar desempeñado por los tribunales federales. Requerida la participación de la Corte Suprema de Justicia, tanto por los magistrados ordinarios como por los castrenses, durante estos años cupo a los tribunales federales desempeñar una activa tarea tendiente a establecer la “verdadera jurisprudencia” respecto de varias cuestiones de índole jurídico-militar ¹³⁹. Así, por ejemplo, en 1893 diversos aspectos relativos al derecho penal castrense fueron abordados con inusual jerarquía doctrinaria en la causa del coronel Mariano Espina, proceso en el cual se concluyó categóricamente que la base de toda la legislación militar patria era la Constitución Nacional, y que, en consecuencia, todas las antiguas normas hispánicas que se le opusiesen debían considerarse derogadas ¹⁴⁰. Asimismo, en esa oportunidad también se dijo que la jurisdicción militar había sido establecida en atención a la “necesidad suprema del orden y de la disciplina” castrenses, y que los tribunales militares eran tribunales de la nación ¹⁴¹.

Erigidos, pues, en prestigiosos comentaristas del derecho penal castrense, tanto el superior tribunal como los magistrados federales inferiores establecieron valiosos princi-

¹³⁸ *Idem ant.*, pág. 539.

¹³⁹ V.gr., véanse: causa “Don Froilán Vázquez; sobre exoneración del servicio de la guardia nacional”, resuelta por la Corte Suprema el 11 de octubre de 1887; en *Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (en adelante, *Fallos*), t. 32, pág. 198. Causa “Por detención de un soldado enganchado; sobre conflicto entre las autoridades militares y las de la Provincia de Mendoza”, resuelta por la Corte Suprema el 26 de mayo de 1898; en *Fallos*, t. 73, pág. 125.

¹⁴⁰ Sentencia de 30 de diciembre de 1893; en *Fallos*, t. 54, pág. 586 y ss..

¹⁴¹ *Fallos*, t. 54, págs. 589, 594, 597 y 601.

pios, no sólo en lo relativo al ámbito de competencia de la jurisdicción militar, sino también respecto de varios puntos atinentes a la teoría de lo jurídico-castrense.

En cuanto a lo referido a la competencia de los tribunales castrenses, durante estos años los jueces federales siguieron afinando los límites de la jurisdicción militar, siempre partiendo de la idea de que ésta era excepcional ¹⁴². De esta manera, los magistrados insistieron en señalar que la circunstancia de que los imputados de un delito fuesen militares no importaba radicar la causa en sede castrense, ya que a los efectos de establecer la competencia lo relevante eran las características intrínsecas del hecho juzgado. Sin embargo, ello no fue óbice para que se reconociese la legítima competencia de los consejos de guerra en materia de delitos comunes cometidos por militares en ocasión del servicio o en el ejercicio del mando, dado que, para la Corte Suprema, estas infracciones comunes contaban con una esencia castrense ¹⁴³. En otro orden de cosas, cabe recordar, además, que también se abordó el tema de la determinación de la jurisdicción competente en los casos de conexidad entre delitos comunes y militares. Así, mientras que algunos ministros de la Corte Suprema sostuvieron que debía adjudicarse competencia al fuero al que *prima facie* le correspondiese juzgar el delito merecedor de pena mayor ¹⁴⁴, en otra oportunidad los integrantes del mismo tribunal entendieron que, cuando por motivo de conexidad hubiesen dudas acerca de qué jurisdic-

¹⁴² Sentencia de la Corte Suprema de 3 de diciembre de 1898; en *Fallos*, t. 76, pág. 320.

¹⁴³ “Contienda de competencia entre el jefe del regimiento 10 de caballería de línea, y el juez del crimen de la provincia de Salta” (1884); en *Fallos*, t. 27, pág. 110 y ss.. Autos “José Fernández Castro”, con sentencia de la Corte Suprema dictada el 30 de mayo de 1893; en *Fallos*, t. 52, pág. 211 y ss.. Voto de la minoría de la Corte Suprema en la causa “Mariano Espina”; en *Fallos*, t. 54, pág. 605. Causa “Criminal contra Juan Rotela, por heridas” (1894); en *Fallos*, t. 56, pág. 182 y ss..

¹⁴⁴ Voto de la minoría de la Corte Suprema en la causa “Mariano Espina”; en *Fallos*, t. 54, págs. 609 a 611.

ción debía conocer en los procesos, la cuestión debía resolverse en favor de los consejos de guerra ¹⁴⁵.

Por otra parte, y como hemos referido arriba, la justicia federal también contribuyó con notables aportes conceptuales al desarrollo de la doctrina jurídico militar nacional. De este modo, por ejemplo, se caracterizó al delito castrense como toda desobediencia a una orden de un superior, merced a la cual se quebrantaba el espíritu militar o se alteraba la normalidad del servicio ¹⁴⁶. Además, también se analizaron específicamente algunas figuras penales, como la defraudación militar ¹⁴⁷, la sustracción de materiales de guerra ¹⁴⁸, y la desertión ¹⁴⁹. Asimismo, cabe recordar que la Corte Suprema llegó a elaborar una definición del delito de rebelión, en virtud de la cual se lo consideró como un acto complejo, provocado por todos aquellos que se alzaban públicamente en abierta hostilidad contra el gobierno nacional, con el objeto de destruir la Constitución o deponer a las autoridades creadas por ella ¹⁵⁰.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. Principales lineamientos del derecho militar contemporáneo. Si bien, como ya lo hemos señalado en el curso

¹⁴⁵ Sentencia dictada el 28 de agosto de 1883 por la Corte Suprema en autos “Teniente Pedro Roberts”; en *Fallos*, 25:488.

¹⁴⁶ Voto de la minoría de la Corte Suprema en la causa “Mariano Espina”; en *Fallos*, 54:603.

¹⁴⁷ *Fallos*, t. 28, pág. 58.

¹⁴⁸ *Fallos*, t. 59, pág. 405; t. 69, pág. 184.

¹⁴⁹ *Fallos*, t. 54, pág. 511.

¹⁵⁰ *Fallos*, t. 54, pág. 465.

de otros capítulos, desde el dictado de la Constitución Nacional en 1853 se inició el lento abandono de la antigua normativa hispánica, en tanto que opuesta al progreso de las modernas instituciones políticas argentinas ¹⁵¹, hasta la entrada en vigencia de los códigos de 1895 las ordenanzas carolinas siguieron siendo objeto de constante aplicación ¹⁵². Al respecto, cabe señalar que se las catalogó de “*ley nacional y fundamental de la Nación*” ¹⁵³, admitiéndoselas, incluso, tras la aprobación de los referidos códigos, como derecho supletorio ¹⁵⁴. Sin embargo, ello no significa que su texto y su espíritu hayan permanecido intactos. De este modo, pues, corresponde indicar que buena parte del mecanismo jurídico castrense sancionado por el monarca español durante el siglo dieciocho se hallaba profundamente alterado para finales del diecinueve, sea por el dictado de órdenes de los mandos castrenses ¹⁵⁵, sea por el imperio de un verdadero derecho consuetudinario militar nacional ¹⁵⁶, situación que vino a complicar notablemente todo lo relativo a la impartición de la justicia en el Ejército ¹⁵⁷.

¹⁵¹ Dictamen del procurador general de la Nación, Sabiniano Kier, de 20 de diciembre de 1893; en *Fallos*, 54:580. “Sobre ideales del Ejército”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 27 (agosto de 1886), t. IV, pág. 415.

¹⁵² Sentencia del tribunal de 2ª instancia de Mendoza, de 15 de abril de 1893; en *Fallos*, t. 52, pág. 223.

¹⁵³ Palabras del diputado Puebla durante la sesión de 1º de octubre de 1883; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1883, pág. 784.

¹⁵⁴ Cfr. la acordada del Consejo Supremo de Guerra y Marina de 29 de octubre de 1895. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 142.

¹⁵⁵ Agustín Álvarez, “Otras observaciones sobre régimen interno”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 13 (junio de 1885), t. II, pág. 449. “Sobre ideales del Ejército”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 27 (agosto de 1886), t. IV, pág. 415.

¹⁵⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1882, sesión de 19 de julio de 1882, pág. 683. Decreto del Poder Ejecutivo nacional de 30 de enero de 1893; en Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 496. Palabras del diputado Barroetaveña durante la sesión de 22 de septiembre de 1896; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1896, pág. 922.

¹⁵⁷ Eduardo RACEDO, “Memoria del Ministro de Guerra y Marina”; en *Revista Militar Argentina*, N° XLI, t. VII (octubre de 1887), pág. 117. Nicolás LEVALLE, “La

Por otra parte, y al margen de lo dicho arriba sobre el derecho aplicable, cabe señalar aquí que la incipiente doctrina penal castrense argentina no permaneció indiferente a las innovaciones legales y a las discusiones científicas de allende las fronteras, en tanto que se impuso la creencia de que así como la guerra se hacía entonces “*a la europea*”, “*los principios y la legislación*” del derecho patrio debían amoldarse a los ejemplos ultramarinos ¹⁵⁸. Empero, esta preocupación por incorporar las instituciones del derecho comparado -fenómeno que alcanzó su punto culminante con el texto de los códigos de 1895 ¹⁵⁹-, no impidió que los contemporáneos advirtiesen sobre la necesidad de adaptar las normas extranjeras a “nuestro temperamento” ¹⁶⁰.

En cuanto a las características del derecho penal militar argentino, cabe decir ahora que durante esta época se produjeron algunas innovaciones notables. De este modo, no fue la menor de ellas el reconocimiento pretoriano de la legítima defensa en sede militar ¹⁶¹. Asimismo, despertó creciente atención todo lo relativo a la voluntad criminal y al estado moral del agente ¹⁶²; se incorporó la regulación de la tentativa -que podía ser declarada impune a criterio del tribunal, de acuerdo con “los antecedentes y circunstancias especiales que concurran” ¹⁶³-; y se dispuso el reenvío al derecho penal ordina-

palabra del Jefe del Estado Mayor”; en *Revista Militar Argentina*, N° XLII, t. VII (noviembre de 1887), pág. 181.

¹⁵⁸ Palabras pronunciadas por el diputado Falcón durante la sesión de 10 de junio de 1898; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1898, pág. 179.

¹⁵⁹ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 8 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 10 de octubre de 1894, t. II, pág. 81.

¹⁶⁰ JHR, “Ordenanzas militares”, art. cit., pág. 316.

¹⁶¹ Amadeo BALDRICH, *Defensa ante el Consejo de Guerra en la causa seguida al capitán del 1er. Batallón del 5º. Regimiento de Infantería de Línea, don Emilio E. Correa*, Buenos Aires, edición oficial, 1895.

¹⁶² *Idem ant.*, pág. 11.

¹⁶³ Artículo 14 del Código Penal Militar de 1895.

rio en materia de autoría, complicidad, encubrimiento, penas y responsabilidad criminal ¹⁶⁴.

En último lugar, cabe referir, además, que si alguna autoridad pudo decir que *“la mayor parte de los delitos y crímenes queda[ba]n sin el merecido castigo o sencillamente corregidos por la imposibilidad de multiplicar y extender la vigilancia y la fiscalización en los cuerpos de Ejército que permanecen alejados de la capital”* ¹⁶⁵, lo cierto es que durante estos años, en los cuales la disciplina castrense se consolidó ¹⁶⁶, el nivel de criminalidad advertido en el Ejército se redujo sensiblemente. Así, por ejemplo, el número de deserciones disminuyó de modo considerable, hasta el punto de que en un batallón se contabilizaron sólo seis en el curso de un año ¹⁶⁷. Asimismo, la cantidad de procesos militares en trámite también se contrajo, de manera que en 1895 se resolvieron 400 ¹⁶⁸.

2. Las penas. Si bien en la teoría jurídico -castrense de la época alcanzó cierto predicamento la idea de que la *“severidad excesiva de las penas, lejos de disminuir la criminalidad, la aumenta”* ¹⁶⁹, dicho principio elemental no siempre

¹⁶⁴ Artículo 18 del Código Penal Militar de 1895.

¹⁶⁵ Oficio del jefe del Estado Mayor General del Ejército, general Nicolás Levalle, al ministro de Guerra y Marina; Buenos Aires, 28 de diciembre de 1887. Reproducido en la orden general del Ejército de 11 de enero de 1888; AGE, órdenes generales, libro 6.

¹⁶⁶ Véase, v.gr., la memoria del comandante de la línea militar del Río Negro, coronel Lorenzo Wintter; Viedma, 31 de enero de 1888. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1888, pág. 264.

¹⁶⁷ Memoria del jefe del Regimiento 1° de caballería, fechada en General Acha en enero de 1888; memoria del jefe del 9° Batallón de infantería de línea, fechada en Barranqueras en marzo de 1888. Ambas en *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1888, págs. 303 y 417.

¹⁶⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1896, sesión de 22 de septiembre de 1896, pág. 929.

¹⁶⁹ Palabras del diputado Barroetaveña durante la sesión de 22 de septiembre de 1896; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1896, pág. 923.

alcanzó a repercutir en la vida militar cotidiana previa a la sanción de los códigos, en donde el paulatino abandono de las viejas ordenanzas prácticamente había dejado “*la imposición de las penas por las faltas leves, por los delitos y aún por los mayores crímenes, puramente librada a la conciencia*” de los superiores ¹⁷⁰. Así las cosas, este clima de real incertidumbre resultó propicio para que no pocos militares, desoyendo los preceptos constitucionales y legales ¹⁷¹, y haciendo caso omiso de las expresas órdenes superiores ¹⁷², siguieran imponiendo a sus subordinados castigos ilegales. De este modo, mientras que en las unidades se burlaban las visitas médicas dispuestas desde el ministerio para impedir la aplicación de azotes ¹⁷³, y que se sabía de la existencia de oficiales cuyos sables se descargaban “*sobre las espaldas*” de los soldados ¹⁷⁴, tampoco faltó el jefe que reconociera en una comunicación oficial que dos de cada tres reclutas de su regimiento dormían “*al cepo de lazo en la guardia de prevención*” ¹⁷⁵. Asimismo, extendidas en los cuarteles estas irregulares conductas, su frecuencia no escapó a una censura periodística ¹⁷⁶ que en algunas ocasiones motivó la realización de investigaciones oficiales ¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Eduardo E. PÉREZ, “Consideraciones sobre una conferencia dada en este centro”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 15 (agosto de 1885), t. III, pág. 42.

¹⁷¹ Palabras del diputado Lucio V. Mansilla en la sesión de 14 de octubre de 1885; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1885, t. II, pág. 485.

¹⁷² Orden general del Ejército de 24 de diciembre de 1887. En AGE, órdenes generales, libro 6.

¹⁷³ Palabras del diputado Barroetaveña durante la sesión de 21 de septiembre de 1896; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1896, pág. 911.

¹⁷⁴ Amadeo BALDRICH, ob. cit., pág. 20.

¹⁷⁵ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1886, pág. 586.

¹⁷⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1896, sesión de 21 de septiembre de 1896, pág. 909 y ss..

¹⁷⁷ Orden general del Ejército de 24 de diciembre de 1887. En AGE, órdenes generales, libro 6.

En cuanto a las penas dispuestas por los códigos, los de 1895 establecieron para las infracciones disciplinarias las de apercibimiento y arresto para los oficiales; y las de apercibimiento, privación de salida, faginas, ejercicios extraordinarios, suspensión de bebidas espirituosas, arresto leve, arresto riguroso, barra de detención, suspensión de clase y plantón para las clases e individuos de tropa ¹⁷⁸. Por su parte, entre las penas privativas de libertad dispuestas en materia de delitos por el Código de Justicia Militar de 1898 se distinguió entre la prisión mayor -que correspondía en aquellos casos en los que se hubiesen impuesto de dos a seis años de presidio- y la menor ¹⁷⁹. Asimismo, este último código eliminó la pena de muerte respecto de ciertas figuras, como la del insulto a centinela cometido en tiempo de paz ¹⁸⁰, y se manifestó claramente en favor del confinamiento, en atención a la ventaja que reportaban “*los servicios del penado en las compañías o cuerpos disciplinarios*” ¹⁸¹.

b. Figuras penales

1. Novedades incorporadas. Atento a que en el curso de las páginas anteriores ya nos hemos referido a las figuras penales previstas en los códigos de 1895, nos centraremos aquí en las que se incorporaron al Código de Justicia Militar de 1898. Al respecto, cabe señalar que, en materia de infracciones militares comunes al personal del Ejército y de la Ar-

¹⁷⁸ Artículo 377 del Código Penal Militar de 1895.

¹⁷⁹ Artículos 543 y 546 del Código de Justicia Militar de 1898.

¹⁸⁰ Artículo 143 del Código Penal Militar de 1895. Artículo 652 del Código de Justicia Militar de 1898.

¹⁸¹ José María BUSTILLO, nota información que acompaña al tratado III del Código de Justicia Militar de 1898; en *Leyes de justicia y reglamentos...*, cit., pág. XX.

mada, el codificador Bustillo introdujo varias reformas “*sugeridas no tanto por los códigos extranjeros*” sino “*por la opinión de numerosos jefes y oficiales con mando*”, a quienes consultó “*temeroso de que la reforma, en punto tan esencial, fuera a resentirse de espíritu poco práctico*”¹⁸². Así, por ejemplo, la deserción simple dejó de ser considerada un delito, para pasar a constituir una falta castigable ejecutivamente¹⁸³. Por otra parte, en materia de infracciones de marina, Bustillo agregó nuevas disposiciones que, inspiradas en el derecho comparado, en la práctica de los tribunales argentinos, y en “*la necesidad en que se halla[ba] el país de constituir una marina fuerte y respetable*”, se caracterizaron por su severidad¹⁸⁴.

En cuanto a las infracciones previstas en el Código de 1898, cabe señalar que éstas se clasificaban en comunes al Ejército y la Armada, en delitos y faltas propias de la Marina, y en infracciones a la ley penal general y a las leyes especiales. De este modo, entre las primeras estaban comprendidos: los delitos y las faltas que comprometían la disciplina, como el motín, la desobediencia, la insubordinación, el insulto a los centinelas o a la fuerza armada, y el deshonor e indecoro militar; y los delitos y las faltas que afectaban al servicio, entre las que se incluía el abandono y las negligencias en el servicio, el abandono de destino, el incumplimiento de los deberes del centinela y la violación de consigna, las infracciones cometidas en el ejercicio del mando y en el cumplimiento de comisiones, y la deserción. Por su parte, entre las numerosas infracciones especiales de la Marina cabe mencionar, entre otras, los desórdenes causados en oportunidad de incendio o de tempestad, el abandono del buque sin autorización durante un naufragio, la figura del piloto que induce

¹⁸² Idem ant., pág. XXI.

¹⁸³ Idem ant., pág. XX.

¹⁸⁴ Idem ant., pág. XXI.

a error al comandante, el mantenimiento de fuego que compromete la seguridad del buque, y la pérdida deliberada de una nave. Finalmente, corresponde indicar que entre las infracciones a la ley penal general o a las leyes especiales se incluían aquellas que atentaban contra la seguridad del estado, el orden constitucional, las personas y la propiedad, los delitos cometidos en el desempeño de cargos, las falsedades, y la participación en la evasión de presos y de prisioneros ¹⁸⁵.

c. Jurisdicción

1. Algunas consideraciones en torno a las estructuras jurisdiccionales existentes. Sometidas a una creciente atención por parte de los operadores, durante las décadas de 1880 y 1890 las estructuras jurisdiccionales existentes fueron objeto de algunos cuestionamientos. Así, por ejemplo, Benjamín Victorica se opuso a la posibilidad de constituir consejos de guerra en ausencia del imputado, por entender que la Constitución prohibía que los procesados pudiesen ser condenados sin haber sido oídos ¹⁸⁶. Más graves, fueron, empero, otras críticas, como la de Ramón González, quien dijo que los consejos de guerra no sólo constituían los últimos resabios del pasado jurídico hispánico, sino que su eficiencia resultaba más que dudosa, en la medida en que habitualmente se los integraba con hombres “*ignorantes, legos y fáciles de inclinar a cualquier lado por la sugestión de un superior caprichoso o malo*” ¹⁸⁷. De este modo, con anterioridad a la codificación y aun después de la sanción de los códigos de

¹⁸⁵ Idem ant., págs. XXI y XXII.

¹⁸⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1883, sesión de 1º de octubre de 1883, págs. 787 y 788.

¹⁸⁷ *La Revista Judicial*, II, N° 9 (enero de 1894), págs. 196 y 197.

1895¹⁸⁸ no faltaron quienes propusieron el establecimiento de una jurisdicción castrense de carácter permanente¹⁸⁹, fundados, entre otras, en la idea de que así se lograría la formación de una verdadera “jurisprudencia militar”¹⁹⁰. Desde luego, buena parte de estas objeciones fueron resueltas por el Código de Justicia Militar de 1898, cuerpo legal que no sólo eliminó el discutido sistema de los consejos de guerra disciplinarios, sino que estableció una estructura jurisdiccional permanente, coronada por un consejo supremo al que se tuvo especial cuidado en subordinar a la potestad del comandante en jefe de las fuerzas armadas¹⁹¹.

2. *El problema de las cuestiones de competencia.* A tenor de la “multiplicidad e incoherencia” de la legislación existente¹⁹², durante estos años se plantearon arduas cuestiones respecto de la competencia con la que contaban los tribunales castrenses. En cuanto al particular, cabe consignar que si bien por aquel entonces la totalidad de los juristas argentinos reconocía la legitimidad de la justicia militar¹⁹³, no existía entre los operadores mayor consenso en cuanto a su alcance. Así, por ejemplo, mientras que en el caso de delitos castrenses conexos con otros de contenido político no pocos militares alegaron en su favor la abolición del carácter personal del fuero, con la intención de inhibir a la jurisdicción castrense¹⁹⁴, juristas de la talla de Osvaldo

¹⁸⁸ Armando M. ZAVALETA, ob. cit., pág. 83 y ss..

¹⁸⁹ Idem ant., pág. 36.

¹⁹⁰ JHR, “Código de Justicia Militar”, art. cit., pág. 390.

¹⁹¹ José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898; en *Leyes de justicia y reglamentos...*, cit., pág. XIV.

¹⁹² Dictamen de 20 de diciembre de 1893. En AGE-AJE, expediente 45473.

¹⁹³ Voto de la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa del coronel Mariano Espina; Buenos Aires, 30 de diciembre de 1893. En *Fallos*, t. 54, pág. 589.

¹⁹⁴ Palabras del diputado Agustín Álvarez durante la sesión de 2 de noviembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 408.

Magnasco sostuvieron que en algunas oportunidades -como cuando los civiles incitaban a la desertión- era posible que los paisanos fuesen juzgados por consejos de guerra ¹⁹⁵. Dicho esto, corresponde señalar ahora que si en el terreno doctrinario resultaba más o menos indiscutible que la competencia de los tribunales militares se asentaba simultáneamente en el principio de la excepcionalidad frente a la jurisdicción ordinaria, y en el de la exclusividad de aquéllos para juzgar en materia de delitos castrenses ¹⁹⁶, la sostenida tendencia de los magistrados civiles a restringir el accionar de los consejos de guerra ¹⁹⁷ dio lugar a varios pronunciamientos de la Corte Suprema respecto de este tipo de asuntos ¹⁹⁸. Así, pues, se estableció que la competencia de los tribunales castrenses debía limitarse al juzgamiento de las infracciones militares ¹⁹⁹, entre las cuales se incluían los delitos comunes cometidos en lugar militar ²⁰⁰ y en el cumplimiento de actos de servicio ²⁰¹.

III. Mentalidades

a. *Cultura jurídica*

1. ***Grado de conocimiento del derecho.*** En tanto que en no pocos procesos los errores cometidos obligaron a la to-

¹⁹⁵ Osvaldo MAGNASCO, ob. cit., págs. XXXIV y XLIV.

¹⁹⁶ *Fallos*, t. 52, pág. 227; t. 78, págs. 248 y 249; t. 64, pág. 411.

¹⁹⁷ *Fallos*, t. 25, pág. 492; t. 37, pág. 41.

¹⁹⁸ *Fallos*, t. 35, pág. 80.

¹⁹⁹ Sentencia de la Corte Suprema de 3 de diciembre de 1898; en *Fallos*, t. 76, pág. 320.

²⁰⁰ Voto en disidencia de Saturnino Laspiur y M.D. Pizarro pronunciado el 28 de agosto de 1883; en *Fallos*, t. 25, pág. 492. Sentencia de la Corte Suprema de 24 de junio de 1884; en *Fallos*, t. 27, págs. 110 y 111.

²⁰¹ Véanse *Fallos*, t. 54, pág. 594, y t. 76, pág. 322.

tal revisión de las actuaciones ²⁰², de la compulsiva de la documentación de época es dable deducir que la cabal comprensión de lo jurídico castrense no se hallaba muy extendida entre los distintos operadores de la justicia castrense. De este modo, no sólo fue habitual que se manifestaran importantes dudas en torno de la “inteligencia y [el] alcance” del derecho militar vigente ²⁰³, ni que se advirtiese la coexistencia de “*las ideas más controvertidas*” sobre la materia ²⁰⁴, sino que esta situación llegó hasta el grado de provocar el fracaso de los códigos de 1895 ²⁰⁵. Así las cosas, se sabía de las limitaciones de unos defensores ²⁰⁶ que no pocas veces actuaban de manera “*mecánica y pasiva*” ²⁰⁷, y de la imperdonable falta de contracción al estudio de “*muchos de los funcionarios*” que intervenían en la administración de justicia del Ejército ²⁰⁸, característica de la que resultaba que la investigación de los delitos fuese “*con frecuencia menos exquisita*” de lo que mandaba la ley ²⁰⁹, y que recargaba de trabajo a los auditores, obligándolos a reparar los errores cometidos en la tramitación de los expedientes ²¹⁰.

²⁰² Véase, v.gr., la orden general del Ejército de 20 de mayo de 1887. En AGE, órdenes generales, libro 6.

²⁰³ *Fallos*, t. 54, pág. 342.

²⁰⁴ Y., “El militar ante la sociedad”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 30 (noviembre de 1886), t. V, pág. 133.

²⁰⁵ JHR, “Código de Justicia Militar”, art. cit., pág. 386.

²⁰⁶ Palabras del ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica, durante la sesión de 1° de octubre de 1883; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1883, pág. 788.

²⁰⁷ Amadeo BALDRICH, *Defensa ante el consejo de guerra...*, cit., pág. 22.

²⁰⁸ Transcripta parcialmente en JHR, “Código de Justicia Militar”, art. cit., pág. 394.

²⁰⁹ Oficio del jefe del Estado Mayor General del Ejército, general Nicolás Levalle, al ministro de Guerra y Marina; Buenos Aires, 28 de diciembre de 1887. Reproducido en la orden general del Ejército de 11 de enero de 1888; AGE, órdenes generales, libro 6.

²¹⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1883, sesión de 16 de octubre de 1883, t. II, pág. 975.

Por su parte, las autoridades trataron de poner fin a esta penosa situación recurriendo a distintas medidas. De este modo, por ejemplo, además de la clásica lectura de las leyes penales a la tropa ²¹¹, se decidió la impresión de algunas defensas interpuestas en sede castrense, para que sirviesen “*de estímulo y estudio a los jóvenes oficiales*” ²¹². Asimismo, cabe recordar que atendiendo a la preocupación por mejorar la idoneidad de los funcionarios actuantes, una orden general del Estado Mayor del Ejército de 1895 decidió crear un cuerpo de instructores permanentes ²¹³.

2. Caracterización de los expertos en la materia. Muy distinta consideración merecieron los operadores jurídico militares de esta época, según el ámbito en el que desarrollaron sus tareas. En efecto, mientras que el descuido con el que algunos defensores encaraban “*sus deberes para con los reos*”, omitiendo la oportuna interposición de recursos, dio lugar a una severa reprensión del Consejo Supremo de Guerra y Marina, dirigida a que los mismos apurasen “*todas las razones y medios legales a su alcance a favor de sus defendidos*” ²¹⁴, el desempeño de los juristas a quienes cupo ejercer los cargos más expectables en la materia no sólo fue satisfactorio, sino que, incluso, llegó a ser en verdad sobresaliente. Así, pues, cabe recordar que entre las personalidades que sucedieron al doctor Cosme Beccar en la Auditoría General

²¹¹ Memoria elevada por José M. Uriburu al comandante en jefe de las guarniciones militares del Chaco Austral, general Antonio Donovan; Puerto Bermejo, 31 de diciembre de 1888. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1889, pág. 252.

²¹² Véase Amadeo BALDRICH, ob. cit., pág. 6.

²¹³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, sesión de 23 de diciembre de 1897, págs. 537 y 538.

²¹⁴ Acordada del Consejo Supremo de Guerra y Marina de 29 de octubre de 1895. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. IV, pág. 142.

se encontraron los doctores Daniel Escalada, Juan Antonio Bibiloni ²¹⁵ y Ceferino Araujo ²¹⁶, personaje, este último, que fue designado auditor general el 4 de septiembre de 1893 y que integró la Comisión Codificadora de 1894 ²¹⁷. Por otra parte, corresponde indicar que el autor del Código de Justicia Militar de 1898, doctor José María Bustillo, fue seleccionado para esa tarea en atención a su brillante actuación como fiscal general de Guerra y Marina.

3. Enseñanza. Si bien las universidades siguieron soslayando el análisis de lo jurídico castrense ²¹⁸, durante los años analizados en este capítulo la preocupación por la enseñanza del derecho militar se acrecentó considerablemente, llegando a motivar la adopción de una extraordinaria medida concreta: la creación, en 1888, de una “escuela jurídico-militar” ²¹⁹. Lamentablemente, empero, la experiencia no se concretó, al parecer, en consecuencias perdurables.

Por otra parte, cabe recordar que diversos tópicos jurídicos siguieron incluyéndose en la enseñanza impartida en los institutos castrenses. De este modo, en el Colegio Militar continuó funcionando la Cátedra de Derecho Constitucional, cuya enseñanza si no era “*tan extensa como en la facultad de derecho*” ²²⁰, estuvo a cargo de prestigiosos docentes. En efec-

²¹⁵ Decretos del Poder Ejecutivo nacional de 3 y 23 de agosto de 1893. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, págs. 536 y 545.

²¹⁶ Decreto del Poder Ejecutivo nacional de 4 de septiembre de 1893. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 551.

²¹⁷ Manuel OBARRIO, “El doctor don Ceferino Araujo”; en *Ceferino Araujo, 1831-1909. In memoriam et laudem*, Buenos Aires, Imprenta de Coni Hermanos, 1909, pág. 44.

²¹⁸ GADEA Y GRANÉ, *El derecho militar ante la ciencia de la legislación y la disciplina militar*, Córdoba, 1891, pág. 21.

²¹⁹ Nota del general Nicolás Levalle al ministro de Guerra y Marina, general Eduardo Racedo; Buenos Aires, 28 de septiembre de 1888. En *Revista del Club Naval y Militar*, N° 53 (octubre de 1888), t. IX, págs. 146 y 147.

²²⁰ Palabras del diputado Pascual Beracochea durante la sesión de 31 de octubre de 1891; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1891, t. II, pág. 385.

to, ésta fue ejercida por el correntino Juan Balestra, hasta que en 1887 se produjo su reemplazo por el futuro codificador Magnasco ²²¹, quien, dicho sea de paso, en 1895 recomendó que los códigos castrenses de la república fuesen objeto de “enseñanza autorizada en los centros militares oficiales y particulares” ²²². Asimismo, cabe recordar que en esta época el programa de estudios correspondiente al curso de primer año de la escuela de cabos y sargentos incluía una clase semanal referida al régimen penal de las ordenanzas ²²³.

4. Literatura jurídico-militar argentina de la época. En tanto que a mediados de 1884 el capitán Alfredo Díaz ofrecía en los salones del Club Naval y Militar lo que puede considerarse la primera conferencia pública brindada en el país sobre justicia militar ²²⁴, algo que resultó característico de esta época fue la paulatina consolidación de la literatura especializada, proceso que se vio favorecido por el interés de diversas publicaciones periódicas en receptar algunos debates relativos al “*espíritu y [la] letra de nuestras ordenanzas*” ²²⁵, y por la actitud del periodismo diario, entonces proclive a referirse a este tipo de cuestiones, tal como lo demostraría la campaña que La Prensa llevó a cabo en septiembre y octubre de 1896 contra la aplicación indebida de palos y de azotes en los cuarteles ²²⁶. Así las cosas, durante estos años no sólo

²²¹ Memoria del director del Colegio Militar, Julio de Vedia; Palermo, de 15 de noviembre de 1887. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1888, págs. 216 y 217.

²²² Osvaldo MAGNASCO, ob. cit., pág. XVI.

²²³ “Enseñanza militar en la escuela de cabos y sargentos”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 41 (octubre de 1887), t. VII, pág. 91.

²²⁴ Cfr. *Revista del Club Naval y Militar*, N° 1 (junio de 1884), t. I, pág. 5. GADEA Y GRANÉ, ob. cit., pág. 75.

²²⁵ Juan A. MENDOZA, “Un problema sin solución”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 20 (febrero de 1886), t. III, pág. 520.

²²⁶ Véanse, entre otros: La Prensa, 17 de septiembre de 1896. “El castigo del azote” (editorial), en La Prensa, 19 de septiembre de 1896. “Las leyes militares y el

siguieron publicándose ciertas defensas castrenses -ya sea bajo la forma de folletos ²²⁷, ya sea integrando las páginas de alguna revista ²²⁸-, sino que además comenzaron a editarse algunas interesantes tesis doctorales referidas a tópicos jurídico militares. Así, por ejemplo, mientras que en 1891 se imprimió una que un doctor Gadea presentó ante la Universidad Nacional de Córdoba, y que se titulaba “El derecho militar ante la ciencia de la legislación y la disciplina militar”, un lustro después fueron publicadas en Buenos Aires una de Mariano Demaría (h.), referida a la ley marcial, y otra de Armando M. Zavaleta, que se ocupaba del estudio de los tribunales militares.

5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses. En un principio, no hubo durante este período mayores cambios en la bibliografía básica de los operadores jurídico-militares. De allí que un registro de las lecturas realizadas en 1886 en la biblioteca del Estado Mayor

criterio de quienes las aplican” (editorial); en La Prensa, 21 de septiembre de 1896. “La disciplina del terror” (editorial); en La Prensa, 24 de septiembre de 1896. Un ciudadano, “El castigo de azotes”; en La Prensa, 2 de octubre de 1896. Respecto del particular, también puede verse la edición del mismo diario de 29 de septiembre de 1896.

²²⁷ V.gr., Francisco B. BOSCH, *Defensa de los señores teniente coronel D. Juan M. Facio y Mayor D. Antonio Peredo, jefes del 11° de infantería de línea, presentada ante el Honorable Consejo de Guerra, que tuvo lugar en la capital de la República, el 17 de noviembre de 1892*, Buenos Aires, Imprenta de ‘La Nación’, 1892. Amadeo BALDRICH, *Defensa ante el Consejo de Guerra en la causa seguida al capitán del 1er Batallón del 5º. Regimiento de Infantería de Línea, don Emilio E. Correa*, Buenos Aires, edición oficial, 1895. Jorge L. Dupuis, *Defensa del capitán de fragata don Carlos Méndez presentada ante el Consejo de Guerra. Sentencia*, Buenos Aires, Imprenta de obras de J.A. Berra, 1896. Justo José Caraballo y Juan Coustau, *Defensa del 2º jefe del Batallón de Infantería de Marina, mayor Cosme Caraballo presentada ante el Consejo de Guerra Permanente y el Supremo Consejo*, Buenos Aires, Litografía y encuadernación de J. Peuser, 1898.

²²⁸ Así, por ejemplo, sucedió con el alegato que, representando al coronel Espina, Aristóbulo del Valle presentó en 1893 ante la Corte Suprema de Justicia y que fuera publicado en La Revista Judicial, II, números 11 a 20 (marzo a diciembre de 1894).

General del Ejército da cuenta de que sobre un total de 86 consultas referidas a derecho militar, las obras más requeridas fueron el *Nuevo Colón* de Alejandro de Bacardí -que fue solicitado en 50 oportunidades- y los *Juzgados Militares* de Félix Colón de Larriátegui, a cuyas páginas recurrieron 9 lectores. Sin embargo, y al margen de la vigencia de autores como el español Pacheco ²²⁹, es indudable que a finales de la décimonovena centuria se produjo una sensible transformación. En efecto, al margen de la consideración de las doctrinas de los más destacados criminalistas europeos, como Cesare Lombroso ²³⁰, entre los operadores jurídico-militares argentinos el antiguo predominio de los trabajos extranjeros fue sustituido por el de las obras escritas por juristas nacionales, entre los que cabe mencionar a José María Moreno, Amancio Alcorta, José Manuel Estrada, Carlos Pellegrini, y Osvaldo Magnasco.

b. Tendencias

1. Consideraciones en torno al derecho militar. Difundida la idea de que la razón de ser del derecho militar surgía de la necesidad de mantener la “difícil existencia” de las instituciones castrenses ²³¹, durante estos años se afianzó la convicción de que la jurisdicción militar era “*indispensable*” ²³² en todos aquellos “*países civilizados de la*

²²⁹ Dictamen del auditor de guerra, Ceferino Araujo, en la causa instruida al coronel Mariano Espina por rebelión; Buenos Aires, 27 de septiembre de 1893. En Archivo General del Ejército, Archivo de Justicia del Ejército (en adelante, AGE-AJE), expediente 45473.

²³⁰ Citado, por ejemplo, en Amadeo BALDRICH, *Defensa ante el Consejo de Guerra...*, cit., Buenos Aires, edición oficial, 1895, pág. 16.

²³¹ *Fallos*, t. 54, pág. 594.

²³² Osvaldo MAGNASCO, ob. cit., pág. XXVIII. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 3 de noviembre de 1894, t. II, pág. 417.

tierra”²³³ que pretendiesen evitar la impunidad criminal²³⁴. Asimismo, partiendo del concepto de que la situación de la administración de justicia militar expresaba el grado de progreso alcanzado por las fuerzas armadas²³⁵, también se creía que lo jurídico castrense debía modificarse paulatinamente²³⁶, avanzando, así, hacia la perfección o “*desideratum* de todo lo humano”²³⁷.

Por otra parte, cabe consignar que la mayor parte de las consideraciones vertidas en materia de derecho militar resultaron dominadas entonces por la preocupación de mantener y reforzar una disciplina²³⁸ que, en una versión “*severa y racional*”²³⁹, colocada a la altura de “*las necesidades de la guerra moderna*”²⁴⁰, se conceptuaba como la virtud castrense por antonomasia²⁴¹ y la base de la fuerza de los ejércitos permanentes de la nación²⁴². Así las cosas, se pensaba que la disciplina militar debía mantenerse “*incólume y guardarse estrictamente en garantía de la moral de la fuerza pública destinada a salvaguardar las instituciones y leyes, la integri-*

²³³ Palabras del diputado Agustín Álvarez durante la sesión de 31 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 379.

²³⁴ Dictamen del auditor de guerra, Daniel Escalada, en la causa del soldado Martín Pérez; Buenos Aires, 29 de marzo de 1891. En *La Prensa*, 31 de marzo de 1891

²³⁵ JHR, “Las ordenanzas militares”; en *Revista Nacional*, t. XXIV, 1897, págs. 65 y 66.

²³⁶ Palabras del senador F.C. Figueroa pronunciadas durante la sesión de 21 de junio de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 105.

²³⁷ JHR, “Las ordenanzas militares”; en *Revista Nacional*, t. XXIV, 1897, pág. 66.

²³⁸ *Fallos*, t. 54, pág. 581; t. 77, pág. 320; t. 80, pág. 37.

²³⁹ Armando M. ZAVALETA, ob. cit., pág. 13.

²⁴⁰ Palabras del diputado Manuel Mantilla durante la sesión de 31 de julio de 1896; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1896, t. I, pág. 509.

²⁴¹ José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898; en *Leyes de justicia y reglamentos...*, cit., pág. IX.

²⁴² Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso, de 23 de agosto de 1890; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1890, sesión de 23 de agosto de 1890, pág. 139. Palabras del diputado Lacavera durante la sesión de 31 de julio de 1896; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1896, t. I, pág. 497.

dad e independencia de la república así como los deberes y libertades del ciudadano"²⁴³. Asimismo, se abogaba en favor de una disciplina militar fundada en la aplicación de la ley²⁴⁴ y en el respeto de la dignidad humana²⁴⁵. Vinculado con el mismo tópico, cabe consignar también que, como corolario de esta preocupación esencial por la disciplina, se insistía permanentemente en lograr una especial celeridad procesal²⁴⁶ que condujese a la *"represión rápida"* de las infracciones²⁴⁷ e infundiese en los hombres de armas una *"gravitación enérgica"*²⁴⁸.

2. La profundización en la crítica a las ordenanzas y los sostenidos reclamos en materia de codificación.

Lejos de aplacarse, durante todos estos años la crítica hacia las ordenanzas carolinas se agudizó, hasta el punto de considerar que ellas constituían la *"detestable"* manifestación de un derecho *"sin base filosófica en el presente"*, en el que predominaba *"el terror y lo inhumano"*²⁴⁹. De un modo análogo, calificándose las de *"verdadera rémora a nuestros progresos"*²⁵⁰ y

²⁴³ Orden general del Ejército de 17 de enero de 1885. En AGE, órdenes generales, libro 6.

²⁴⁴ La Prensa, 25 de septiembre de 1896. JHR, "Ordenanzas militares"; en Revista Nacional, t. XXIV, 1897, pág. 318.

²⁴⁵ "Reglamento del Colegio Militar"; en Revista del Club Naval y Militar, N° 33 (febrero de 1887), t. V, pág. 328.

²⁴⁶ Decreto del Poder Ejecutivo nacional de 26 de septiembre de 1893; en *Fallos*, t. 54, pág. 337. Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 8 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 10 de octubre de 1894, t. II, pág. 81. *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1896, pág. 47.

²⁴⁷ José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898; en *Leyes de justicia y reglamentos...*, cit., pág. XII.

²⁴⁸ Oficio del ministro de Guerra, general Nicolás Levalle, al doctor José María BUSTILLO, Buenos Aires, 16 de julio de 1897; en *Leyes de justicia y reglamentos...*, cit., pág. VII.

²⁴⁹ Armando M. ZAVALETA, ob. cit., págs. 14 y 16.

²⁵⁰ GADEA Y GRANÉ, ob. cit., pág. 21.

de expresión del “*espíritu autocrático*”²⁵¹, se afirmó que su articulado era de imposible aplicación “*bajo todo concepto*”²⁵², “*por no estar en armonía con la legislación moderna*”, por colisionar con “*los principios consagrados por nuestra leyes y régimen constitucional*”²⁵³, y por permanecer ajeno al “*estado de civilización que hemos alcanzado*”²⁵⁴. Asimismo, el “deficiente” régimen de las ordenanzas²⁵⁵ fue criticado particularmente debido a las grandes dificultades que sus procedimientos ocasionaban en la vida forense y a la “incertidumbre” suscitada en torno a la aplicabilidad o no de distintas partes de su dispositivo penal²⁵⁶.

Simultáneamente, tanto la recordada crítica a las ordenanzas como la invocación de lo acontecido en otros países hispanoamericanos²⁵⁷ continuaron estimulando la inquietud en pro de una codificación militar que, en plena euforia, se llegó a conceptuar como “*la más sencilla de todas*”²⁵⁸. De este

²⁵¹ Amadeo BALDRICH, ob. cit., pág. 9.

²⁵² Palabras del senador F.C. Figueroa pronunciadas durante la sesión de 6 de diciembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 863.

²⁵³ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1889, pág. V. Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 8 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 10 de octubre de 1894, t. II, pág. 81. Sentencia de la Corte Suprema de 30 de diciembre de 1893; en *Fallos*, t. 54, pág. 601.

²⁵⁴ “Memoria del ministro de Guerra, general Eduardo Racedo”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 41 (octubre de 1887), t. VII, pág. 117. Amadeo BALDRICH, *Defensa ante el Consejo de Guerra...*, cit., pág. 11.

²⁵⁵ *Fallos*, t. 54, pág. 632. Vista del procurador fiscal de Paraná, Fortunato Calderón, de 4 de noviembre de 1893; en *Fallos*, t. 54, pág. 424.

²⁵⁶ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 8 de octubre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 10 de octubre de 1894, t. II, pág. 81. Francisco Vigo, “Sobre ideales del Ejército”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 27 (agosto de 1886), t. IV, pág. 415. “Memoria del ministro de Guerra, general Eduardo Racedo”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 41 (octubre de 1887), t. VII, pág. 117.

²⁵⁷ Memoria del jefe del Estado Mayor del Ejército, general Nicolás Levalle; Buenos Aires, junio de 1889. En *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1889, pág. 9.

²⁵⁸ Palabras del senador F.C. Figueroa pronunciadas durante la sesión de 21 de junio de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 105.

modo, cabe recordar que se insistió en “*la imperiosa necesidad*” de contar con un código específico ²⁵⁹, a los efectos de subsanar la “*heterogeneidad*” de la legislación militar ²⁶⁰ y las falencias de una administración de justicia castrense que se consideraba “*muy deficiente, contraria a sus mismos fines, repugnante al estado actual de la civilización y de la ciencia y aun opuesta al espíritu de nuestras adelantadas instituciones*” ²⁶¹. Así las cosas, los contemporáneos no dudaron en adjudicar el entorpecimiento en la “*marcha regular del Ejército*” ²⁶² y el desquicio existente en materia jurídico-militar a la demora del Congreso en sancionar los códigos ²⁶³. Del mismo modo, algunas personalidades insistieron en superar el “*mare magnum de disposiciones y órdenes generales*” contradictorias y poco conocidas ²⁶⁴, completando “*el cuadro de leyes militares*” argentinas ²⁶⁵ con el dictado de los códigos correspondientes.

Además de lo dicho, no está de más señalar aquí que fueron los mismos militares quienes más impulsaron la codificación castrense durante estos años ²⁶⁶. En este sentido, los hombres de armas llegaron a calificarla de necesaria para la integración del Ejército al movimiento de “*progreso y per-*

²⁵⁹ Palabras pronunciadas por el senador Bartolomé Mitre durante la sesión de 21 de junio de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, pág. 106.

²⁶⁰ *Fallos*, t. 54, pág. 629.

²⁶¹ Decreto del Poder Ejecutivo nacional de 30 de enero de 1893. En Ercilio DOMÍNGUEZ, ob. cit., t. III, pág. 496.

²⁶² “Memoria del ministro de Guerra, general Eduardo Racedo”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 41 (octubre de 1887), t. VII, pág. 117.

²⁶³ JHR, “Las ordenanzas militares”, art. cit., pág. 65.

²⁶⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 3 de noviembre de 1894, t. II, pág. 416.

²⁶⁵ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1889, pág. V.

²⁶⁶ Eduardo E. PÉREZ, “Consideraciones sobre una conferencia dada en este centro”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 15 (agosto de 1885), t. III, pág. 42. Memoria del jefe del Estado Mayor del Ejército, general Nicolás Levalle, Buenos Aires, junio de 1889; en *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1889, pág. 9.

feccionamiento” que afectaba al resto de las reparticiones del Estado ²⁶⁷. De modo análogo, Bartolomé Mitre sostuvo que la sanción del Código Militar contribuiría a “*perfeccionar la organización de nuestro Ejército*” ²⁶⁸.

Por otra parte, cabe indicar, finalmente, que si la idea imperante era que el futuro código debía consultar “*los progresos modernos, más adecuados al perfeccionamiento de nuestra institución militar*” ²⁶⁹, también se aceptaba que, con posterioridad a su aprobación, dicho código debía ser objeto de una “*perfección paulatina*”, por aplicación de la experiencia adquirida a partir de su entrada en vigencia ²⁷⁰.

Consideraciones generales

En tanto que las peculiaridades del régimen penal militar fueron el resultado de la confluencia de varios fenómenos simultáneos, entre los que cabe destacar especialmente el proceso de la codificación, la paulatina construcción de una jurisprudencia federal de interés militar, y la gravitación de diversos episodios revolucionarios que desnudaron los desajustes existentes en la materia -entre los cuales se destaca, con peso propio, el de 1893-, durante esta época se consolidaron dos líneas de pensamiento distintas, aunque no necesariamente contradictorias en todos sus aspectos. Así, mientras que una de ellas, que reflejó en buena medida las aspiraciones “civilistas” en lo relativo al derecho castrense, alcanzó su punto culminante con la puesta en práctica de los códi-

²⁶⁷ Memoria citada en nota anterior, pág. 3.

²⁶⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1894, sesión de 6 de diciembre de 1894, pág. 865.

²⁶⁹ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1889, pág. III.

²⁷⁰ JHR, “Las ordenanzas militares”, art. cit., pág. 65. En el mismo sentido, Osvaldo MAGNASCO, ob. cit., pág. XVI.

gos de 1895, la otra, a la que cabe identificar con el espíritu del Código de Justicia Militar de 1898, se orientó a consagrar la especialidad de lo jurídico-castrense.

1. El régimen penal militar y las aspiraciones “civilistas”. En cuanto a la perdurable vigencia del “civilismo”, es indudable que durante estos años se afianzaron muchas de las tendencias manifestadas en las décadas anteriores. Así, por ejemplo, la idea de subordinar completamente lo jurídico castrense a los principios “*titulares de la sociedad*”²⁷¹ y a la preceptiva constitucional²⁷², condujo a muchos operadores contemporáneos al convencimiento de que los consejos de guerra tradicionales, surgidos en el “*tiempo del absolutismo*”, eran incompatibles con los principios de la Constitución Nacional²⁷³, y que la legislación militar debía ser ajustada²⁷⁴ a tenor de la particular naturaleza de las instituciones políticas argentinas²⁷⁵. De esta manera, en la concepción de los codificadores de 1894 dominó el principio de que el derecho militar debía integrarse al resto del orden jurídico, y que la penalidad castrense, más que orientarse al mantenimiento de la disciplina propia de las fuerzas armadas debía tener por objetivo evitar los potenciales desbordes militares contra la república y la sociedad civil.

²⁷¹ Palabras del diputado Achával Rodríguez durante la sesión de 19 de julio de 1882; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1882, pág. 683.

²⁷² Palabras del ministro de Guerra y Marina, Benjamín Victorica, durante la sesión de 1º de octubre de 1883; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1883, pág. 788.

²⁷³ La Revista Judicial, II, N° 9 (enero de 1894), págs. 196 y 197.

²⁷⁴ Voto de la mayoría de los ministros de la Corte Suprema de 30 de diciembre de 1893; en *Fallos*, t. 54, pág. 586.

²⁷⁵ Voto en disidencia de los doctores Saturnino Laspiur y Manuel D. Pizarro de 28 de agosto de 1883; en *Fallos*, t. 25, pág. 493. Sentencia del juez del crimen de Mendoza, Arturo Funes, de 21 de enero de 1893; en *Fallos*, t. 52, pág. 218. JHR, “Código de Justicia Militar”, art. cit., pág. 391.

De un modo análogo, en diversas oportunidades se defendió la concepción de que el soldado tenía “*el deber de obedecer como ser racional y como ser libre*”, y no como “*mero instrumento*”²⁷⁶, en tanto que la verdadera disciplina militar de un país culto era una “disciplina natural, de convicción”, que descansaba “en el cumplimiento de la ley y en la educación y preparación de cada uno”²⁷⁷. Asimismo, se insistió en subrayar que la justicia militar “*no deja[ba] de ser justicia*” aunque lo fuese de excepción²⁷⁸, y que, precisamente por ello, no podían ignorarse en sede castrense las garantías primordiales del procesado²⁷⁹.

2. La cuestión de la especialidad del derecho penal castrense. En tanto que lo dicho arriba fue expresión de los anhelos tendientes a integrar por completo el derecho militar al orden jurídico general, simultáneamente otros operadores adhirieron a la idea de que las peculiaridades de lo jurídico castrense respondía a la “*naturaleza de las cosas*”²⁸⁰, y que, por ende, no se podía introducir “*el espíritu de las sociedades civiles*” en una institución que, como el Ejército²⁸¹, requería, al decir del codificador Bustillo, de un “*régimen de gobierno bastante severo*” que “*no encuadra[ba] bien en la Constitución*”²⁸².

²⁷⁶ Juan A. MENDOZA, “Un problema sin solución”; en Revista del Club Naval y Militar, N° 20 (febrero de 1886), t. III, pág. 525.

²⁷⁷ JHR, “Código de Justicia Militar”, art. cit., pág. 387.

²⁷⁸ Vista del procurador fiscal, José María BUSTILLO, en la causa del capitán Danuzzio; Buenos Aires, febrero de 1894. Reproducida parcialmente en JHR, “Código de Justicia Militar”, art. cit., pág. 389.

²⁷⁹ JHR, “Código de Justicia Militar”, art. cit., pág. 387.

²⁸⁰ Palabras del diputado Agustín Álvarez durante la sesión de 3 de noviembre de 1894; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, t. II, pág. 422.

²⁸¹ Idem ant., pág. 424.

²⁸² José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898; en *Leyes de justicia y reglamentos...*, cit., pág. IX.

Así, y de la mano de este tipo de concepciones, algunos operadores comenzaron a hacer hincapié en la especialidad del derecho castrense²⁸³. De este modo, por ejemplo, se afirmó que en tanto los hombres de armas se hallaban sujetos a deberes particulares²⁸⁴, el derecho militar debía ser una legislación de excepción, que respondiese a las “*especiales exigencias*”²⁸⁵ de la organización castrense, de las situaciones de guerra y de las relaciones mantenidas por los individuos militares entre sí y con sus superiores jerárquicos²⁸⁶. Por otra parte, esta incipiente tendencia autonómica²⁸⁷ se manifestó en la enunciación de principios concretos. En efecto, corresponde recordar aquí que para algunos operadores el militar debía ser “*despojado de ciertos derechos*”²⁸⁸, incluidas algunas garantías individuales que no podían ni debían entrar “*sino como propósito secundario en la ley militar*”²⁸⁹. De análoga forma, también cobró cuerpo la idea de que la jurisdicción militar más que “*hacer justicia por la pura concepción de la justicia*”, debía tener por objeto primordial el mantenimiento de la disciplina²⁹⁰. De allí que se sostuviese que los consejos de guerra formaban “*parte del mecanismo que se llama[ba] poder militar de la Nación, sujeto todo al*

²⁸³ Palabras del diputado Gorostiaga en la sesión de 14 de octubre de 1885; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1885, t. II, pág. 487.

²⁸⁴ Orden general del Ejército de 26 de septiembre de 1885. En AGE, órdenes generales, libro 6.

²⁸⁵ Palabras pronunciadas por el senador Vidal durante la sesión de 23 de diciembre de 1897; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, pág. 536.

²⁸⁶ *Fallos*, t. 54, pág. 585.

²⁸⁷ Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 13 de octubre de 1898, receptando un dictamen del procurador general en *Fallos*, t. 75, págs. 385 y 386.

²⁸⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1894, sesión de 3 de noviembre de 1894, t. II, pág. 416.

²⁸⁹ José María BUSTILLO, nota información a los tratados I y II del Código de Justicia Militar de 1898, cit., pág. IX.

²⁹⁰ *Memoria del Ministerio de Guerra y Marina*, 1896, pág. 47.

*comando absoluto del presidente de la República*²⁹¹, y que se rechazase la posibilidad de otorgar a los tribunales castrenses facultades para instar los procesos²⁹². Asimismo, cabe recordar, por último, que como manifestación del fenómeno descrito en este apartado, también se sostuvo que “*para codificar en lo militar*” había que “*poseer ante todo, una elevada idea de las cosas de la guerra y el más acendrado espíritu de milicia*”²⁹³. De este modo, no fue sorprendente que se criticara a los gobiernos por adjudicar la redacción de la normativa específica a ciudadanos “*profanos en la materia*”²⁹⁴, ni que se condenase a los códigos de 1895 por la “*tendencia natural en las personas dedicadas al estudio del derecho*” a “*caer en el error de querer aplicar las disposiciones de la legislación común a la legislación militar*”²⁹⁵.

²⁹¹ Palabras pronunciadas por el senador Carlos Pellegrini durante la sesión de 23 de diciembre de 1897; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, pág. 543.

²⁹² Palabras pronunciadas por el senador Vidal durante la sesión de 23 de diciembre de 1897; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, pág. 538.

²⁹³ X., “Consideraciones sobre los ascensos”; “Memoria del ministro de Guerra, general Eduardo Racedo”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 36 (mayo de 1887), t. VI, pág. 37.

²⁹⁴ Y..., “Reformas”; en *Revista del Club Naval y Militar*, N° 25 (junio de 1886), t. IV, pág. 246.

²⁹⁵ Palabras pronunciadas por el senador Vidal durante la sesión de 23 de diciembre de 1897; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1897, pág. 536. Cabe señalar que este mismo tipo de críticas también se produjo en España, al punto que un diputado a cortes propuso que “*personas menos científicas y más militares*” revisasen el Código Penal Militar de 1884; cfr. Javier ALVARADO PLANAS, art. cit., pág. 293.

CAPÍTULO VIII

AJUSTES EN EL DERECHO POSITIVO, PRETENSIONES REFORMISTAS Y CONTRASTES DE MENTALIDAD (1899-1942)

I. Acontecimientos

a. El panorama internacional

1. La situación previa a la Primera Guerra Mundial.

Con anterioridad a que se desencadenase la Primera Guerra Mundial no fueron muchos los cambios acaecidos en el derecho penal militar de las naciones europeas y americanas. Ello no empece a que, durante estos años, se produjesen ciertas reformas o que cobrasen vida algunos debates de significación. Respecto a lo aludido en último término, y como indudable corolario del caso «Dreyfus», cabe señalar que la polémica más espectacular se produjo en Francia ¹. Así las cosas,

¹ Condenado como traidor por un tribunal militar, en 1894, el capitán del ejército francés Alfred Dreyfus fue rehabilitado en 1899, luego de que su proceso fuera revisado y la opinión pública conociera la endeblez de las garantías brindadas en los juicios castrenses. Así las cosas, este sonado caso brindó, en todo el mundo -incluyendo la

en dicho país se presentaron numerosas iniciativas parlamentarias tendientes a reducir la competencia de los tribunales militares; entre otras, podemos mencionar un proyecto de Clemenceau, de 1903 ², y otro, que fue discutido por el Poder Legislativo a partir de 1910, en virtud del cual se propició la supresión de la jurisdicción castrense de tiempo de paz. Este proyecto, que contó con un amplio apoyo de los legisladores galos, empero nunca entró en vigencia, como consecuencia del inicio de la Primera Guerra Mundial ³. Mientras tanto, y hacia 1898, Alemania -donde regía un código penal militar dictado en 1872- se decidió a sancionar un nuevo código procesal castrense, merced al cual se ampliaron, considerablemente, los derechos de los procesados ⁴. Por su parte, a partir de 1900, el Parlamento italiano comenzó a estudiar una propuesta del gobierno, tendiente a reformar la normativa aplicable en materia de penalidad y de procedimientos militares. Sin embargo, a pesar de haber sido aprobada por el senado en 1907, dicha propuesta no llegó a ser discutida por la Cámara baja ⁵. En otro orden de cosas, cabe referir que, poco antes de su ingreso como beligerantes al conflicto mundial, los Estados Unidos de América sancionaron unos nuevos «Artículos de Guerra» ⁶. Finalmente, también es oportuno señalar aquí, respecto a lo acontecido con el derecho penal militar iberoamericano, que durante estos años, en Pa-

Argentina-, un impactante argumento para impugnar la legitimidad de la justicia militar. Respecto de los principales lineamientos del caso «Dreyfus»; véase Jean Baptiste DUROSELLE, *Europa de 1815 a nuestros días. Vida política y relaciones internacionales*, Barcelona, Labor, 1991, pág. 176.

² Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar. Cuestiones fundamentales*, t. I, Buenos Aires, 1939, pág. 243.

³ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, cit., t. II, pág. 46.

⁴ C. DICKMANN, «La justicia militar en Alemania», *Revista del Círculo Militar*, N° 107 (noviembre de 1909), págs. 799 y 800.

⁵ Vincenzo MANZINI, *Diritto Penale Militare*, Padova, CEDAM, 1928, pág. 3.

⁶ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, cit., t. II, pág. 25.

raguay se estudió la posibilidad de reformar la estructura de la administración de justicia militar ⁷.

2. El derecho penal militar desde la conflagración.

Lógicamente, el desarrollo de la Primera Guerra Mundial generó importantes consecuencias en el ámbito penal castrense. De este modo, por ejemplo, en Bélgica se penó la mutilación voluntaria de los militares ⁸, y en Francia, donde se dictaron rigurosas medidas jurídico-militares ⁹, se constituyeron numerosos consejos de guerra especiales -sobre todo a partir de unos gravísimos motines que tuvieron lugar durante 1917-, en virtud de los cuales la pena capital se impuso a varios miles de soldados ¹⁰.

Una vez concluida la contienda, lo penal militar también siguió preocupando a los gobiernos, tanto para incorporar los frutos técnicos de la experiencia bélica, como -en algunos países- para reducir el ámbito de actuación de los tribunales castrenses ¹¹. Con respecto a lo dicho en último término, tén-gase presente que la Constitución alemana de 1919 decidió abolir la justicia militar de tiempo de paz, cláusula que en la práctica resultó menos drástica de lo que podría suponerse, en la medida en que una ley especial estableció que el juez civil que entendiera en una causa de índole militar debía actuar con el asesoramiento de un tribunal pericial conforma-

⁷ «Estudio orgánico sobre la composición de algunos ejércitos sud-americanos. Paraguay»; Revista del Círculo Militar, N° 75 (julio de 1906), pág. 31.

⁸ Jean SERVAIS y E. MECHELYNCK, *Les Codes et les lois specials les plus usuelles en Belgique*, 9ª ed., Bruselas, Etablissements Emile Bryulant, 1919, pág. 735 b.

⁹ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, cit., t. II, pág. 48.

¹⁰ Guy PEDRONCINI, «La Justice Militaire et l'affaire des Quatre Caporaux de Souain (mars 1915-mars 1934)»; *Revue Historique de l'Armée*, N° 2, París, 1973, pág. 59 y ss.. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1926, t. VI, sesión de 26 de agosto de 1926, pág. 537.

¹¹ Rodrigo AMORRORTU, «Cuestiones relativas a justicia militar»; *Revista Militar*, N° 447 (abril de 1938), pág. 839.

do por tres oficiales ¹². Además de esto, la postura consagrada en 1919 se revirtió completamente durante la década del '30, con la llegada al poder del nacionalsocialismo, y con la consiguiente entrada en vigencia, entre 1938 y 1939, de una nueva normativa en la materia ¹³.

De un modo análogo al alemán, el inicio del gobierno republicano en España y la sanción de la Constitución de 1931 -parcialmente inspirada, en materia jurídico-castrense, en la Carta de Weimar ¹⁴- también trajo aparejada la adopción de importantes cambios respecto de lo penal militar. Así las cosas, la competencia de los tribunales castrenses españoles sólo subsistió respecto de los delitos esencialmente militares; además, el Consejo Supremo de Guerra y Marina fue suprimido, y sus funciones fueron adjudicadas a una sala de justicia militar del Tribunal Supremo. En otro orden de cosas, en junio de 1932 se creó una comisión encargada de redactar un anteproyecto de nuevo código de justicia militar ¹⁵.

Asimismo, otras naciones también encararon cambios en la materia. De este modo, finalizada la guerra, las autoridades norteamericanas impulsaron la sanción de nuevas normas jurídico-castrenses ¹⁶, lo que inspiró el dictado, en 1928, de un renovado manual para cortes marciales del ejército ¹⁷.

¹² Rodrigo AMORRORTU, ídem ant., *Revista Militar*, N° 446 (marzo de 1938), págs. 595 y 596.

¹³ Diemut MAJER, «Aspectos de la justicia militar en el Estado nacionalsocialista»; *Ius Commune*, N° XX (1993). Debo agradecer la traducción de este artículo a Rubén Darío SALAS.

¹⁴ Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Universidad, 1983, págs. 352 y 353.

¹⁵ Michael ALPERT, *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1982, págs. 279 a 282.

¹⁶ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, cit., t. II, pág. 25 y ss..

¹⁷ Lucio Eduardo RACEDO, *Antecedentes históricos y jurídicos de la justicia militar* (trabajo mecanografiado, presentado a la cátedra de Clodomiro Zavalía; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires), agosto de 1941, pág. 82.

Por su parte, en 1920 y en 1925, los italianos establecieron sendas comisiones destinadas a reformar el contenido del derecho penal militar ¹⁸. En cuanto a Francia, cabe destacar aquí que en 1928 su Código de Justicia Militar se modificó; que en 1937 los socialistas propusieron la supresión de la jurisdicción castrense durante épocas de paz ¹⁹; y que en 1938 volvió a reformarse el código ²⁰. Además, también durante estos años, la Unión Soviética dictó un severo conjunto de disposiciones de índole jurídico-militar ²¹, y en Brasil, transcurridos doce años de haberse sancionado el nuevo código castrense ²², la Carta Magna de 1938 otorgó raigambre constitucional a la administración de justicia militar ²³.

3. La cuestión de la ley marcial. En la reconstrucción del presente panorama internacional de lo jurídico castrense, merece un comentario aparte todo lo relativo a la regulación de la ley marcial. En efecto, respecto de este particular es oportuno indicar que con los inicios mismos del siglo XX se introdujeron, en todo el orbe, importantes cambios respecto a la ponderación de las técnicas militares de control del orden público. De este modo, y en lo que se refiere al caso británico, cabe señalar que la guerra anglo-boer motivó el abandono de una vieja doctrina según la cual la ley marcial no podía prosperar mientras permaneciesen abiertos los tribunales ordinarios. Asimismo, con el correr de los años y con

¹⁸ Vincenzo MANZINI, ob. cit., pág. 3.

¹⁹ Lucio Eduardo RACEDO, ob. cit., págs. 79 y 80.

²⁰ Rodrigo AMORRORTU, «Cuestiones relativas a justicia militar», Revista Militar, n° 446 (marzo de 1938), pág. 597.

²¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1926, t. VI, sesión de 27 de agosto de 1926, págs. 641 y 642, y 674 a 676.

²² Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, cit., t. II, pág. 15.

²³ Enrique GIL, «La nueva constitución de Brasil»; Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. XVI, N° 1 (enero-febrero de 1939), pág. 37.

la gravitación de nuevas exigencias militares -agudizadas como consecuencia de la Primera Guerra Mundial²⁴-, la Alta Corte de Justicia británica llegó a admitir expresamente la legitimidad de la ley marcial establecida por exclusiva voluntad del soberano²⁵. Por otra parte, también con motivo de la primera conflagración, una situación análoga a la inglesa tuvo lugar en los Estados Unidos de América, dándose el caso de que un prestigioso jurista y magistrado norteamericano, Charles Hughes, afirmase que en los lugares en los que se desarrollaban operaciones castrenses, los derechos ordinarios de los ciudadanos debían «*plegarse a las necesidades militares*»²⁶. Asimismo, también fue relevante lo acontecido en Francia, país en el cual el paulatino avance de la jurisdicción castrense sobre el ámbito civil no sólo se relacionó con el desarrollo de la guerra mundial, sino que, además, encontró un importante apoyo en los términos de una ley de 9 de agosto de 1849, dictada al calor de la revolución social que conmovió a toda Europa en el '48, y en virtud de la cual se concedió a la jurisdicción castrense atribuciones suficientes como para conocer en materia de delitos contrarios al orden público. Así las cosas, mientras que la jurisprudencia dictada en consecuencia -fundada en la idea de que el orden interior constituía un elemento fundamental de la defensa del Estado²⁷- permitió legitimar el que se juzgase militarmente a un civil sorprendido vendiendo fotografías obscenas, la doctrina admitió el avance de los tribunales castrenses sobre el ámbito

²⁴ Charles FAIRMAN, «La ley marcial y el estado de emergencia nacional»; *Harvard Law Review*, vol. LV, N° 8 (junio de 1942), comentado por H.C. en *La Ley*, t. 34 (1944), pág. 1231.

²⁵ Gaston JÉZE, «La liberté individuelle en Angleterre en temps de guerre»; *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, t. XXXIII (1916), págs. 124 y 130.

²⁶ Charles HUGHES, «La constitution américaine et la guerre»; *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, t. XXXIV (1917), pág. 609.

²⁷ Joseph BARTHELEMY, «Le droit public en temps de guerre»; *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, t. XXXIII (1916), pág. 106.

civil ²⁸, no sólo en el caso de crisis bélicas, sino también en el de la producción de conflictos sociales ²⁹. Por otra parte, en España también se aplicaron criterios parecidos, como lo demuestra la sanción y posterior aplicación de la ley de 23 de marzo de 1906 -también conocida como «ley de jurisdicciones», y la de la ley de orden público de la República, dictada en julio de 1933 ³⁰.

b. El código Bustillo. Aplicación y reformas (1899-1905)

1. La aplicación del código Bustillo y los operadores jurídico-militares argentinos. Sostenido el código en la opinión merced al prestigio de su autor ³¹, en un primer momento pareció concebirse la idea de que, al menos en lo inmediato, el régimen penal militar argentino no sufriría mayores modificaciones. Sin embargo, esta expectativa no tardó en disiparse. En efecto, mientras que los juristas militares contribuían a reglamentar los nuevos procedimientos aplicables ³², y que en el Congreso se insistía en proveer a los

²⁸ Ídem ant., pág. 76.

²⁹ En este orden de cosas, puede recordarse cómo, durante 1910, con motivo de llevarse a cabo una huelga, el gobierno francés llegó a militarizar el servicio de los ferrocarriles franceses. Cfr. lo dicho en Federación de Colegios de Abogados de la República Argentina, *Cuarta Conferencia Nacional de Abogados. Tucumán, julio 13-18 de 1936. Programa, antecedentes y versión taquigráfica*, Buenos Aires, 1937, págs. 114, 118 y 132; y en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1961, t. I, sesión de 18 de mayo de 1961, pág. 364 y ss..

³⁰ Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, cit., *passim*.

³¹ Respecto de este particular, véanse: palabras del senador Maciá pronunciadas al presentar un proyecto de reformas al código de justicia militar; *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1905, sesión de 19 de septiembre de 1905, pág. 910. Carta del coronel Pedro Toscano a Roque Sáenz Peña, fechada en Campo de Mayo el 8 de marzo de 1905; ANH, Fondo Roque Sáenz Peña, pieza XVII-488. Alfredo L. PALACIOS, *Justicia Militar Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos L. J. Rosso y Cía., 1914, pág. 85.

³² Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, cit., t. I, pág. 7.

jueces castrenses «*de toda la dignidad e independencia posibles*»³³, la puesta en práctica del código hacía evidentes algunas de sus falencias, y daba lugar a que se adoptasen soluciones poco ortodoxas -tal, v.gr., el caso en el que, ante la falta de regulación expresa del mérito de la prueba en el Código de 1898, se recurrió, por analogía, a lo dispuesto sobre el particular en el Código de 1895³⁴-. Asimismo, al tiempo que se insistía en introducir en la Argentina «*la disciplina razonada que exigen los inteligentes ejércitos modernos*»³⁵, se afirmaba, enfáticamente, que el derecho castrense argentino estaba formado por «*códigos muy malos*»³⁶, y que los consejos de guerra se equivocaban «*a menudo fatalmente*»³⁷.

Así las cosas, poco más de dos años después de su entrada en vigencia, el entonces ministro de Guerra, coronel Pablo Riccheri, puso en conocimiento del Congreso que el Poder Ejecutivo Nacional estaba considerando seriamente la posibilidad de modificar el código de justicia militar, «*en el sentido de dar al superior mayor prestigio y mayores elementos para mantener y sostener la disciplina*»³⁸. Mientras tanto, casi contemporáneamente, el diputado Domínguez criticó las disposiciones del Código de 1898, señalando, ante sus cole-

³³ Palabras del diputado Morel en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1899, t. II, sesión de 1° de diciembre de 1899, pág. 489.

³⁴ Dictamen del auditor general de Guerra y Marina, Ceferino Araujo, en el sumario instruido al coronel Benjamín Calvete y otros, acusados de conspiración para la rebelión; Buenos Aires, 17 de diciembre de 1904. AGE, expediente 45.482.

³⁵ J.H.R., «Justicia militar. A propósito de un fallo»; *Revista del Club Militar*, N° 4 (agosto de 1900), pág. 380.

³⁶ La expresión corresponde al diputado Argerich; *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1899, t. II, sesión de 1° de diciembre de 1899, pág. 490.

³⁷ *Recurso interpuesto ante el Excelentísimo Señor Presidente de la República por el teniente coronel Eduardo Drago contra S.E. el señor ministro de la guerra y contra el consejo de guerra mixto para jefes y oficiales*, Paraná, Establecimiento Tipográfico La Razón, 1901, pág. 68.

³⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1901, t. I, sesión de 5 de junio de 1901, pág. 152.

gas de la cámara, *«la deficiencia de las leyes militares [argentinas], cuyos resortes con facilidad y frecuencia se quiebran porque no tienen la resistencia para mantener y salvar en todos los momentos los principios de la disciplina»*³⁹.

De este modo, y sobre todo a partir del dictado, el 6 de diciembre de 1901, de la ley 4031 -en virtud de la cual se impuso el servicio militar obligatorio-, luego de advertirse una falta *«... de correspondencia entre la ley [penal militar] y el objeto de su legislación»*⁴⁰, comenzó a discutirse con mayor énfasis una posible modificación al Código de Justicia castrense. Además, en cuanto a otros cambios acaecidos en la normativa relacionada con nuestro asunto, cabe consignar que, en 1902, la ley 4055, de reformas a la justicia federal, determinó, respecto de la jurisdicción castrense, dos cuestiones de importancia. Primero, que en los casos previstos por el artículo 14 de la ley 48 -vale decir, relativos al recurso extraordinario- los pronunciamientos de los tribunales militares serían apelables ante la Corte Suprema de Justicia; y, segundo, que dicho tribunal contaría con atribuciones para resolver las cuestiones de competencia suscitadas entre los consejos de guerra y la jurisdicción ordinaria.

2. La actividad de los tribunales federales. Con respecto a la actividad desplegada por los tribunales federales en asuntos relacionados con la penalidad militar, cabe señalar aquí que a partir de 1899 dicha labor estuvo orientada a precisar el alcance de algunos conceptos del nuevo código de justicia militar, y a consolidar la competencia propia de los consejos de guerra frente a los tribunales ordinarios.

En cuanto a lo dicho en primer término, es oportuno recordar aquí que, en pos de determinar cuál debía ser la

³⁹ Idem ant., año 1902, t. I, sesión de 10 de septiembre de 1902, págs. 986 y 988.

⁴⁰ Rodolfo RIVAROLA, «La justicia militar y el caso del conscripto Enríquez»; Revista Argentina de Ciencias Políticas, t. V (1913), pág. 721.

jurisdicción competente, en autos «Sargento Juan B. Trucco» (1901) y «Teniente José Joaquín Ávalos (1904) la Corte Suprema dio gran importancia a la noción de «*acto de servicio*»⁴¹. Asimismo, respecto de esta preocupación conceptual, cabe señalar que, en «Carmen Soprano y otros, por robo» (1901), el procurador general de la Nación, Sabiniano Kier, aclaró que cuando el Código de Justicia Militar hablaba de «*tribunales ordinarios*» no se refería a los órganos jurisdiccionales provinciales, sino a los de la Nación⁴². Además, en lo atinente a la consolidación de la competencia castrense, cabe consignar la particular gravitación del pronunciamiento recaído *in re* «Pastor Echenique» (1899), ya que, a partir de él, la Corte declaró la inidoneidad del recurso de *habeas corpus* como mecanismo válido para favorecer a un soldado conscripto acusado de cometer desertión⁴³. Asimismo, en autos «Julián Arabehty» (1902) los integrantes del máximo tribunal de los argentinos consideraron improcedente la apelación de una sentencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina por ante la Corte Suprema, en la medida en que consideraron, de acuerdo con el texto expreso de la ley, que las únicas facultades que le habían sido conferidas a ésta respec-

⁴¹ Sentencia de 18 de abril de 1901 en autos «Criminal contra Juan B. Trucco, sargento 2º del 1º Batallón del 4º Regimiento de línea, por muerte dada al soldado desertor del mismo batallón, Calixto Cárdenas; sobre competencia»; en *Fallos*, t. 90, págs. 195 a 198. Sentencia de 21 de agosto de 1904 en la «Contienda de competencia entre el juez de Salta y el Tribunal Militar de la Capital para entender en la causa criminal seguida contra el teniente José Joaquín Ávalos por matanza de indios»; en *Fallos*, t. 100, págs. 233 a 252.

⁴² Dictamen de 12 de agosto de 1901; en *Fallos*, t. 91, pág. 252.

⁴³ Sentencia de 26 de octubre de 1899; en *Fallos*, t. 82, págs. 23 a 26. Tal fue la importancia de este pronunciamiento, que durante el curso del mismo año 1899 el gobierno mandó publicar un folleto titulado *Sentencia de la Suprema Corte en los recursos de habeas corpus de los conscriptos Álvarez y Echenique*.

to de la jurisdicción castrense, se limitaban a dirimir las cuestiones de competencia suscitadas entre los tribunales militares y los ordinarios, y a decidir en materia de recurso extraordinario ⁴⁴.

3. La revolución de 1905 y sus consecuencias en el ámbito penal militar. Sabido es que, como consecuencia de los hechos revolucionarios de febrero de 1905, el día 7 de dicho mes el presidente Quintana dispuso que se erigiesen consejos de guerra especiales en varios puntos del país ⁴⁵. De resultas de esta decisión, muchos de los defensores intervinientes en los procesos -que de acuerdo con la normativa vigente podían ser civiles, régimen que dio lugar a que, en la oportunidad, participasen de las actuaciones juristas de la talla de Eusebio Gómez, Rodolfo Rivarola y Roque Sáenz Peña ⁴⁶- plantearon la inconstitucionalidad de los tribunales actuantes, como establecidos *ex post facto* ⁴⁷. Al respecto, cabe recordar que en autos «Alférez Juan de Dios Núñez» el Consejo de Guerra Especial de la 5^a región militar -instalado en la ciudad de Mendoza- consideró infundado el planteo interpuesto, y defendió la existencia de este tipo de tribunales, fundado en el argumento de su difusión universal entre «*las naciones civilizadas*» y en la necesidad de «*mantener la disciplina*». Además, recurriendo al auxilio brindado por la doc-

⁴⁴ Sentencia de 12 de julio de 1902; en *Fallos*, t. 95, págs. 315 y 316.

⁴⁵ Boletín Militar. Primera Parte, n° 30, 7 de febrero de 1905, pág. 101. María Florencia Guzmán efectúa una reconstrucción de los procesos castrenses substanciados en esta oportunidad en «El juicio a los militares revolucionarios de 1905; Todo es Historia, N° 228 (abril de 1986), págs. 31 a 40.

⁴⁶ Cfr. el dictamen de 10 de abril de 1905 emitido por el procurador general de la Nación, Julio Botet, en autos «Mayor Esteban García y otros, por rebelión»; en *Fallos*, t. 101, pág. 395.

⁴⁷ Véase un ejemplo en Carlos M. URIEN, *Defensa del capitán del batallón 3° de infantería de línea Pedro S. García, acusado del delito de tentativa de rebelión*, Buenos Aires, Imprenta de P. Gadola, 1905, pág. 36.

trina de la Corte Suprema en el caso «Espina» (1893), y por la de su par norteamericana en «Dynes contra Hoover», los vocales sostuvieron, en su decisorio, que los consejos de guerra especiales eran tribunales *ante facto*, en la medida en que su organización estaba preestablecida y que sus integrantes resultaban «virtualmente» predesignados ⁴⁸.

Empero, no pocos de los letrados actuantes quedaron insatisfechos con este tipo de pronunciamientos. Así, como derivación de los ya referidos reclamos de inconstitucionalidad interpuestos, muchas de las causas incoadas en sede castrense terminaron arribando ante los estrados de la Corte Suprema, y dieron motivo a interesantísimas reflexiones en torno a lo jurídico-castrense. De este modo, por ejemplo, en el curso de la defensa del coronel Pedro Toscano, el doctor Sáenz Peña redactó un enjundioso escrito -que fue favorablemente acogido por juristas y por hombres de armas ⁴⁹- en el que impugnó acremente las restricciones al ejercicio de la defensa en juicio en sede militar, y en el que, además, tachó de inconstitucionales a los consejos de guerra especiales ⁵⁰. En cuanto a la postura de la Corte, cabe referir aquí que, ante el planteo de un imputado, el Superior Tribunal reiteró, en autos «Mayor Aníbal Villamayor» (1905), que escapaba a sus atribuciones constituirse en instancia de apelación de lo resuelto por los consejos de guerra, y sostuvo, además, que tampoco podía dirimir cuestiones de competencia suscitadas entre

⁴⁸ Sentencia de 12 de febrero de 1905. Boletín Militar. Primera Parte, N° 40, 18 de febrero de 1905, págs. 125 y ss..

⁴⁹ Carta del coronel Pedro Toscano a Roque Sáenz Peña; Campo de Mayo, 8 de marzo de 1905, cit. Rodolfo RIVAROLA, «La justicia militar»; Revista Argentina de Ciencias Políticas, t. VI (1913), pág. 80. Alfredo PALACIOS, *Justicia Militar Argentina*, cit., págs. 86 y 87.

⁵⁰ Roque SÁENZ PEÑA, «Defensa del coronel Toscano y del teniente coronel Olmos»; en *Escritos y discursos (compilados por el Dr. Ricardo Olivera)*, t. III, Buenos Aires, Casa Jacobo Peuser, 1935, págs. 228 a 261.

tribunales castrenses ⁵¹. Asimismo, digamos que, al margen de causas como «Esteban García y otros» -en el curso de la cual la Corte Suprema entendió que no representaba óbice constitucional alguno que en sede militar los procesos sólo contasen con una instancia ⁵²-, «Eduardo Villanueva» ⁵³ o «Capitán Pedro Zeballos y otros» ⁵⁴ -todas de 1905-, los argumentos más trascendentes diseñados por el máximo tribunal de los argentinos con motivo de estos procesos se desplegaron *in re* «Teniente Pedro A. Quiroga» (1905). Así las cosas, con el objeto de refutar la impugnación trabada por el actor contra un consejo de guerra especial, la Corte Suprema de Justicia, previo remontarse a los precedentes nacionales y norteamericanos en la materia, reconoció, en el curso de los autos citados, la constitucionalidad del código de justicia militar de 1898 y la independencia de la jurisdicción castrense, y dijo que las leyes militares eran reflejo de una necesidad social admitida universalmente por los «*pueblos civilizados*» ⁵⁵.

Pero esto no fue todo respecto a la gravitación de los sucesos de 1905 en el ámbito de lo jurídico-castrense. En efecto, más allá de los procesos judiciales referidos, la crisis revolucionaria de 1905 también dio lugar a que el código de justicia militar sufriese una reforma. De este modo, integrando una propuesta más amplia de cambios a la ley orgánica militar, el 31 de mayo de 1905 el titular del Poder Ejecutivo elevó al Congreso un proyecto que, redactado por José María Bustillo, modificaba el Código a tenor tanto de las dificultades observadas en su aplicación desde 1898, como de la ex-

⁵¹ Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 24 de febrero de 1905 -de acuerdo con los fundamentos sentados por el procurador general de la Nación, Julio Botet-; en *Fallos*, t. 101, págs. 160 a 164.

⁵² Sentencia de 25 de abril de 1905; en *Fallos*, t. 101, págs. 393 a 398.

⁵³ Sentencia de 25 de abril de 1905; en *Fallos*, t. 101, págs. 389 a 393.

⁵⁴ Sentencia de 27 de abril de 1905; en *Fallos*, t. 101, págs. 401 a 407.

⁵⁵ Sentencia de 5 de abril de 1905; en *Fallos*, t. 101, págs. 354 a 367.

perencia obtenida con motivo de la substanciación de los juicios incoados a los militares revolucionarios ⁵⁶. Así las cosas, a mediados de julio la Comisión de Guerra de la Cámara de Diputados, previa consulta a los vocales letrados del Consejo Supremo de Guerra y Marina y a otros especialistas ⁵⁷, se expidió favorablemente ⁵⁸. Un mes más tarde, su despacho fue discutido por la Cámara en pleno.

Contestes los diputados en la urgencia de la reforma ⁵⁹, en el curso del debate correspondiente se produjeron, empero, algunas discrepancias. Respecto del particular, cabe señalar que Julio Argentino Roca (h.) se opuso a que los delitos de sublevación y seducción de fuerzas militares organizadas fuese penado -como lo establecía originalmente el proyecto- con la muerte, postura que llevó, en definitiva, a que se substituyese dicha pena por la de presidio por tiempo indeterminado ⁶⁰. Al margen de esta modificación, aprobado el grueso de las reformas por la Cámara baja, el Senado -que sólo introdujo un ligero cambio- hizo lo propio un mes después. Finalmente, el proyecto se convirtió en la ley 4.708 ⁶¹.

De resultas de ésta, se incorporaron al código de justicia militar una serie de importantes cambios. Entre los más destacados, cabe consignar que se ampliaron las facultades pre-

⁵⁶ José María BUSTILLO, «Razones que informan las reformas al código de justicia militar». *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1905, t. I, sesión de 31 de mayo de 1905, págs. 441 a 448.

⁵⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1905, t. II, sesión de 23 de agosto de 1905, pág. 417.

⁵⁸ *Idem ant.*, año 1905, t. I, sesión de 14 de julio de 1905, pág. 945.

⁵⁹ Palabras del diputado Domínguez en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1905, t. I, sesión de 31 de mayo de 1905, pág. 377. Palabras del diputado Demaría, en *idem.*, año 1905, t. II, sesión de 23 de agosto de 1905, pág. 418.

⁶⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1905, t. II, sesión de 23 de agosto de 1905, págs. 418 a 420.

⁶¹ *Idem ant.*, sesión de 21 de septiembre de 1905, págs. 1159 y 1160.

sidenciales en materia jurídico-castrense, al autorizarse al titular del Ejecutivo a establecer tribunales especiales durante épocas de paz, en aquellos casos en los que fuese «*necesaria la represión inmediata de un delito para mantener la moral, la disciplina y el espíritu militar*»; y también cuando se tratase «*de delitos graves, como traición, sublevación, motín, saqueos, vías de hecho contra superiores, ataque a guardia y asesinato de centinela*»⁶². Además, pretendiendo subordinar al personal de los tribunales castrenses a la autoridad del comando, se eliminó la cláusula que otorgaba el carácter de «jefe del ministerio fiscal» al fiscal general de Guerra y Marina⁶³; se impidió que los vocales de los consejos de guerra pudiesen votar en disidencia⁶⁴; y se adjudicó la dirección de ciertos actos procesales al presidente de los consejos de guerra, en desmedro de las atribuciones con las que, hasta ese entonces, contaban los tribunales en pleno⁶⁵. En cuanto al ejercicio de la defensa, se lo limitó, poniendo fin a la posibilidad de que participasen letrados civiles en los estrados militares⁶⁶ -bajo el argumento de los perjuicios que ocasionaba su participación en los procesos castrenses, por su desconocimiento de la materia y por su tendencia a «*perturbar*» el normal desarrollo de las actuaciones⁶⁷-; y, respecto del procedimiento de tiempo de guerra, se redujo drásticamente -al perentorio término de una hora- el plazo para interponer recursos⁶⁸. En lo atinente a la penalidad en general, se modificó el régimen de la obediencia debida, despenalizándose la

⁶² Artículos 53 y 497 del código reformado por ley 4708.

⁶³ Supresión del artículo 62 del Código de 1898.

⁶⁴ Modificación del artículo 409 del Código de 1898.

⁶⁵ V.gr., modificación del artículo 502 del Código de 1898.

⁶⁶ Reforma del artículo 106 y supresión del artículo 108 del Código de 1898.

⁶⁷ José María BUSTILLO, «Razones que informan las reformas al Código de Justicia Militar», cit., pág. 444.

⁶⁸ Modificación del artículo 508 del Código de 1898.

figura del subordinado que hubiese cometido una orden que, a juicio del tribunal, tuviese, como único objeto posible, la comisión de un delito ⁶⁹; se incorporó entre las figuras no atenuables la de la insubordinación a mano armada ⁷⁰; y se ampliaron los plazos para la extinción de las acciones penales y para computar la prescripción ⁷¹. Asimismo, en materia de delitos en particular, se hizo de la rebelión castrense un «delito verdaderamente militar» ⁷², llegándose a incorporar todo un capítulo nuevo al título I, sección I, libro II, tratado III del código, para regular esta cuestión ⁷³. Además, se modificó profundamente todo lo relativo a la desertión ⁷⁴; y, receptando la experiencia adquirida con el caso del naufragio de «La Rosales», se convirtió en delito la avería de buque causada por imprudencia ⁷⁵.

Concluyendo con este apartado, cabe referir, también, que la puesta en vigencia de las reformas -que se publicaron en el Boletín Militar de 5 de octubre de 1905 ⁷⁶- dio lugar a que el presidente Quintana convocase al codificador y fiscal general de Guerra y Marina, José María Bustillo, para que redactase un nuevo reglamento disciplinario ⁷⁷. Asimismo, reconociendo la magnitud de las reformas sufridas por el Código de Justicia Militar y por otras introducidas al Código Penal ordinario, y atendiendo a la vigencia del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en el ámbito jurídico militar, el Poder Ejecutivo Nacional ordenó, por decre-

⁶⁹ Modificación del artículo 519 del Código de 1898.

⁷⁰ Modificación del artículo 523.

⁷¹ Modificaciones al artículo 606 y al 619.

⁷² Palabras del senador Maciá en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1905, sesión de 19 de septiembre de 1905, pág. 910.

⁷³ Artículos 617 a 625 del Código reformado por ley 4708.

⁷⁴ Artículos 704 a 719 del Código reformado por ley 4708.

⁷⁵ Artículo 758 del Código reformado por ley 4708.

⁷⁶ Boletín Militar. Segunda Parte, N° 34, 5 de octubre de 1905, pág. 99.

⁷⁷ Boletín Militar. Primera Parte, N° 210, 27 y 28 de septiembre de 1905, pág. 569.

to de 20 de noviembre de 1905, la revisión de las sentencias dictadas por los tribunales castrenses con anterioridad a las citadas reformas ⁷⁸.

c. Realidades y propuestas: de las reformas al Código a los debates suscitados durante la segunda década del siglo XX (1906-1919)

1. La aplicación de las reformas. En tanto que, como consecuencia de la revolución de 1905, cobraron vida en el Congreso algunas críticas respecto de la situación de la disciplina imperante en las Fuerzas Armadas ⁷⁹, y, desde sectores que simpatizaban con los rebeldes, se afirmó que los consejos de guerra actuaban aplicando un «*rigorismo feudal*» ⁸⁰, a partir de la implementación de las reformas al código las autoridades del Ministerio de Guerra desplegaron una ingente labor, tendiente a aclarar el sentido de varios de sus artículos. De este modo, se interpretó que la inserción de la segunda parte del artículo 533 en el nuevo artículo 521 obedecía a un evidente error «*que resalta[ba] de la simple lectura del artículo*» ⁸¹; se resolvió que las declaraciones prestadas ante el oficial preventor sólo debían ser consideradas como «*meros antecedentes ilustrativos y sin fuerza suficiente*» ⁸²; se

⁷⁸ Puede consultarse el decreto mencionado en Boletín Militar, 1ª parte, Nº 250, de 20 de noviembre de 1905.

⁷⁹ Cfr. las palabras del diputado O'Farrell durante las sesiones del 11 de junio de 1906. En *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1906, t. I, pág. 243.

⁸⁰ Nota de los delegados de los Centros Pro-Amnistía, dirigida a la Cámara de Diputados; Buenos Aires, 1º de julio de 1907. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1907, t. I, sesión de 3 de julio de 1907, pág. 423.

⁸¹ Resolución del Ministerio de Guerra de 29 de agosto de 1906. *Justicia Militar. Disposiciones reglamentarias (dictadas por el Ministerio de Guerra). Publicación oficial*, Buenos Aires, Talleres Gráficos del Arsenal Principal de Guerra, pág. 96.

⁸² Resolución del Ministerio de Guerra de 10 de septiembre de 1906. *Justicia Militar...*, cit., pág. 66.

reglamentó la publicación de edictos prevista en el artículo 171 del Código ⁸³; se precisó cuál debía ser la situación de los individuos de tropa desertores que se presentasen voluntariamente, o que fuesen aprehendidos, ante la «ausencia de una disposición del Código de Justicia Militar» ⁸⁴; se dictaron normas de procedimiento para la actuación de los fiscales militares, imponiéndoles la obligación de promover recurso toda vez que la sentencia del consejo de guerra actuante no estuviese de acuerdo con la petición fiscal, con la calificación de los hechos o con la naturaleza de la pena ⁸⁵; y se reguló la forma de reemplazar al auditor general en caso de impedimento accidental ⁸⁶.

Asimismo, a partir de la aplicación de las reformas al Código de Justicia Militar, los tribunales castrenses también comenzaron a interpretar sus disposiciones, dando lugar a la formación de una jurisprudencia específica ⁸⁷. Así las cosas, cabe mencionar el surgimiento de la doctrina a partir de la cual la situación de los asistentes de los militares se equiparó a la de los domésticos «en el orden civil, en cuanto se refiere a la confianza que necesariamente deben depositar en ellos los jefes u oficiales que los tienen a su servicio» ⁸⁸, y de aquella según la cual se consideraba que un delito había sido cometido en «acto de servicio» en la medida en que existiese una «relación inmediata» entre la infracción «y los deberes de or-

⁸³ Resolución del Ministerio de Guerra de 28 de febrero de 1907. *Justicia Militar...*, cit., pág. 55.

⁸⁴ Resolución del Ministerio de Guerra de 20 de septiembre de 1907. *Justicia Militar...*, cit., pág. 50.

⁸⁵ Resolución del Ministerio de Guerra de 5 de noviembre de 1907. *Justicia Militar...*, cit., pág. 24.

⁸⁶ Resolución del Ministerio de Guerra de 6 de octubre de 1911. *Justicia Militar...*, cit., pág. 15.

⁸⁷ Véase, v.gr., Boletín Militar. Primera Parte, N° 165, 30 de julio de 1907, pág. 621.

⁸⁸ Boletín Militar. Primera Parte, N° 234, 21 de octubre de 1907, pág. 875.

den especial» impuestos «al militar por su situación en el Ejército o Armada»⁸⁹.

2. Nuevas pretensiones reformistas. Lejos de ahogar las pretensiones de cambio en materia jurídico-militar, la ley 4708 sólo significó un breve paréntesis en ellas, en tanto que quienes deseaban potenciar la actividad de las Fuerzas Armadas reclamaban mayores atribuciones disciplinarias al comando, y que quienes se les oponían seguían insistiendo en incrementar las garantías de los procesados en sede castrense, fundados, entre otros motivos, en la experiencia del ya mencionado caso «Dreyfus»⁹⁰.

De este modo, durante el mismo proceso que condujo a la sanción de la ley 4.708, el ministro de Guerra, general Godoy, no opuso reparos a la propuesta del diputado Argerich, tendiente a constituir una comisión especial, en el seno de la Cámara de Diputados, encargada de «*hacer una nueva depuración*» al Código de Justicia Militar⁹¹. Asimismo, en agosto de 1906 los diputados Manuel Campos, M. Ruiz Díaz, Mariano Demaría (h.) y Martín Hernández presentaron a la consideración del Congreso un proyecto -que finalmente no prosperó- para modificar la redacción del artículo 118, inciso 1º, del Código de Justicia Militar⁹². Por otra parte, durante el curso de 1907 el Consejo Supremo de Guerra y Marina proveyó de argumentos a quienes deseaban imprimir cambios en la ma-

⁸⁹ Sentencia dictada por el Consejo de Guerra Permanente de Córdoba en autos «Pedro Leyes»; 13 de junio de 1906. AGE, expediente 45.469.

⁹⁰ Hay referencias al caso «Dreyfus» en: Eduardo DRAGO, *Recurso interpuesto...*, cit., pág. 58. «Informe de la Comisión Reformadora del Código de Justicia Militar»; reproducido en Alfredo L. PALACIOS, *Justicia Militar Argentina*, cit., pág. XXVI. Participación de Antonio de Tomaso en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 431.

⁹¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1905, t. II, sesión de 23 de agosto de 1905, pág. 423.

⁹² Ídem ant., año 1906, t. I, sesión de 3 de agosto de 1906, págs. 579 y 578.

teria, al recomendar la supresión de las restricciones que pesaban sobre la defensa de los procesados ⁹³, y al sostener que el art. 778 del código vigente adolecía de «*notorias deficiencias*», como que no distinguía circunstancias diferentes para graduar la responsabilidad de los imputados en el caso de exenciones al delito de abuso de autoridad ⁹⁴.

Empero, no acabaron con esto las renovadas inquietudes reformistas. En efecto, ya hacia 1908 los mandos reclamaron otra reforma al Código, que ampliase sus facultades disciplinarias, mientras que en 1909 el ministro Aguirre pensó en consolidar la administración de justicia militar, estableciendo un cuerpo permanente de expertos ⁹⁵. Así las cosas, poco después, bajo la presidencia de Roque Sáenz Peña, desde el ámbito del Ministerio de Guerra comenzó a elaborarse un proyecto de modificaciones al Código, decisión que el titular de la cartera, general Gregorio Vélez, dio a conocer al Congreso en 1912 ⁹⁶. Por otra parte, durante ese mismo año, el diputado sanjuanino Carlos Conforti propuso reemplazar el artículo 106 del Código de Justicia Militar vigente por otro, que permitiese nombrar como defensor a cualquier persona civil o militar que se hallase en el distrito del consejo de guerra, y que admitiese

⁹³ Rafael M. AGUIRRE, «Fundamentos del voto del vocal de la comisión reformadora del código de justicia militar», cit., pág. 421. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 421.

⁹⁴ Boletín Militar. Primera Parte, N° 212, 25 de septiembre de 1907, pág. 796. Cabe señalar, respecto del citado artículo del código de justicia militar, que años después, durante el curso de una defensa, se elogió el dispositivo previsto en el mismo, como una forma de «*sustentar a toda costa*» el principio de autoridad. Véase la *Defensa presentada al Consejo de Guerra Mixto para Jefes y Oficiales, por el Mayor César L. Moura, en la causa instruida al Mayor Alberto Marradas, por abuso de autoridad*, Buenos Aires, Talleres Gráficos y Casa Editorial J. Perrotti, 1919, pág. 10.

⁹⁵ Luis R. QUIQUISOLA, *Contribución al estudio del Código de Justicia Militar de la República Argentina*, Buenos Aires, 1919, pág. 5.

⁹⁶ *Memoria del Ministerio de Guerra*, años 1911-1912, pág. 13.

que los encargados de ejercer la defensa pudiesen patrocinar, simultáneamente, a varios procesados ⁹⁷.

3. La crítica al derecho vigente y una propuesta superadora. Finalmente, como derivación de un sonado proceso por insubordinación substanciado a un soldado de apellido Enríquez, en 1913 se produjo la eclosión del reformismo. Cabe recordar, además, que, contemporáneamente, Horacio Dobranich -un joven jurista que luego accedió a la magistratura, y que alcanzó cierto renombre gracias a sus propuestas en derecho militar, pese a que un experto en la materia lo consideró «*poco versado*» en dichos asuntos ⁹⁸- recomendaba aceptar la actuación de abogados civiles en sede militar ⁹⁹, y, además, atribuir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación facultades suficientes como para resolver las cuestiones de competencia suscitadas entre distintos tribunales castrenses, y para «*asesorar a los ministros de guerra y marina en lo relativo a la ejecución de la justicia militar*» ¹⁰⁰.

Así las cosas, en esta ocasión el impulso reformista partió de la Cámara de Diputados, como corolario de una interpelación parlamentaria suscitada a raíz del ya citado caso «Enríquez» ¹⁰¹. De este modo, luego de algunos debates, y como consecuencia de una iniciativa del socialista Alfredo Palacios -cuyo partido, siguiendo, evidentemente, criterios de allende las fronteras del país, propiciaba, en su programa

⁹⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1912, t. I, sesión de 1 de julio de 1912, págs. 510 y 511.

⁹⁸ Lucio Eduardo RACEDO, ob. cit., pág. 121.

⁹⁹ Horacio H. DOBRANICH, «Justicia militar»; *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, t. VI (1913), pág. 299 y 301.

¹⁰⁰ Horacio H. DOBRANICH, *Justicia militar argentina*, Buenos Aires, Librería J. Bonnati (hijo), 1913, pág. 114.

¹⁰¹ Rodolfo RIVAROLA, «La justicia militar y el caso del conscripto Enríquez», cit. Alfredo L. PALACIOS, *Justicia Militar Argentina*, cit., pág. 94.

mínimo, la supresión de los tribunales militares ¹⁰²-, una comisión integrada por éste, por el conservador Manuel Gonnet y por el radical Vicente Gallo, comenzó a elaborar un proyecto de código para reemplazar al que se hallaba vigente desde 1898.

Respecto del particular, cabe consignar que, en esencia, los objetivos fijados por los integrantes de la referida comisión para confeccionar el proyecto pasaron por encuadrar el código de justicia militar en la Constitución; establecer la inamovilidad de los funcionarios letrados de la justicia militar; propender a la formación técnica de los jueces de instrucción; permitir la defensa de los procesados por abogados civiles; instaurar el recurso de apelación; mejorar la regulación en materia de eximentes, atenuantes y agravantes; y, en materia de figuras penales, moderar el castigo aplicable a la insubordinación, de acuerdo con la jerarquía del superior afectado ¹⁰³. Así las cosas, aplicando un «*criterio experimental*» -merced al cual pensaban diseñar el «*minimum*» de reformas necesarias para compatibilizar la administración de justicia castrense con la disciplina y la obediencia militares ¹⁰⁴-, los integrantes de la comisión recurrieron al auxilio de un estudio elaborado por los integrantes del Consejo Supremo de Guerra y Marina, y al de un memorial escrito por el auditor general, Carlos Risso Domínguez. Asimismo, consultaron al general Rafael Aguirre, al almirante Atilio Barilari y a los doctores Luis María Campos Urquiza y Domingo Morón -todos miembros del Consejo Supremo-; a los auditores Miguel Cané, Benito Carrasco y Teófilo Gatica ¹⁰⁵; a los generales

¹⁰² Adolfo POSADA, *La República Argentina. Impresiones y comentarios*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, pág. 245. Véase, en el mismo sentido, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1926, t. VI, sesión de 26 de agosto de 1926, pág. 516.

¹⁰³ Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., *passim*.

¹⁰⁴ Informe de la Comisión Reformadora del Código de Justicia Militar; en Alfredo L. PALACIOS, *Justicia Militar Argentina*, cit., págs. XII y XVIII.

¹⁰⁵ En *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, pág. 471 y ss., se reproduce parcialmente un informe -que redactara Gatica en abril de 1913- proponiendo algunas modificaciones al Código.

José Félix Uriburu, Rosendo Fraga y Pablo Riccheri; a los abogados José Luis Murature, Rodolfo Rivarola, Carlos Melo y Horacio Dobranich; y a los ministros del ramo ¹⁰⁶. Por su parte, el codificador Bustillo se negó a colaborar con ellos, luego de advertir que la comisión pensaba «*desvirtuar en absoluto*» la filosofía del Código vigente ¹⁰⁷.

Cabe señalar, asimismo, que al tiempo que la comisión elaboraba lo que luego sería el proyecto de Código de Justicia Militar de 1913, la opinión pública mantuvo el interés por la penalidad castrense. Al respecto, es oportuno recordar los fundamentos de una solicitud de interpelación al ministro de guerra presentada por el diputado Vicente Gallo, en agosto de 1913 ¹⁰⁸, y los términos del proyecto de ley de requisiciones militares redactado por José Félix Uriburu, en el cual, entre otras cosas, se preveía que, en tiempo de Guerra, aquellos civiles que dejasen de prestar los servicios para los que fuesen requeridos por las autoridades militares, quedarían sometidos a la jurisdicción castrense ¹⁰⁹.

4. *El proyecto de 1913.* En cuanto al contenido del proyecto redactado por la comisión parlamentaria -que fue elevado a la consideración de la Cámara de Diputados el 29 de diciembre de 1913-, cabe consignar que sus innovaciones se referían tanto a la organización de la justicia militar, como al procedimiento y a la penalidad. Con respecto al primer tópico, el proyecto establecía, categóricamente, que las fa-

¹⁰⁶ Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., págs. 84 y 85. Rafael M. AGUIRRE, «Fundamentos del voto del vocal de la comisión reformadora del código de justicia militar», cit., pág. 422.

¹⁰⁷ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados (publicación hecha sobre la base de artículos insertados en los números 15.223 a 15.226 de «La Nación»)*, Buenos Aires, 1914, pág. 11.

¹⁰⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1913, t. II, sesión de 6 de agosto de 1913, pág. 794.

¹⁰⁹ Ídem ant., t. III, sesión de 29 de septiembre de 1913, pág. 621.

cultades judiciales de los integrantes de la justicia militar serían «*ejercidas de propia autoridad*»¹¹⁰; disponía la inamovilidad de los vocales letrados del Consejo Supremo de Guerra y Marina -salvo remoción en virtud de acusación del fiscal general, o, en su defecto del auditor general, aprobada por el voto de las dos terceras partes de los miembros del referido Consejo-¹¹¹; y preveía la incorporación de consejeros abogados -de presencia obligatoria- en todos los tribunales militares¹¹². Asimismo, determinaba que todos los auditores fuesen designados por el presidente de la Nación¹¹³; que todos los jueces instructores contasen con diploma de abogado, o en su defecto, siguiesen «*un curso de derecho militar reglamentado por el Ejecutivo*»¹¹⁴; y que los letrados civiles pudiesen actuar en sede castrense como defensores¹¹⁵.

Respecto al procedimiento, regulaba con mayor detalle todo lo relativo a los testigos y al valor de su testimonio; incorporaba el recurso de apelación; y ampliaba considerablemente el de revisión¹¹⁶.

En cuanto a la penalidad en general, el proyecto contenía disposiciones relativas a la exención de penas militares para los reclutas y los soldados recién alistados, determinando que éstos sólo serían pasibles «*de las correcciones compatibles con su grado de instrucción*»¹¹⁷. Además, disponía que la condición de conscripto constituyese un elemento a tener en cuenta para moderar las penas aplicables¹¹⁸. Asimismo,

¹¹⁰ Artículo 7 del proyecto de 1913.

¹¹¹ Artículos 6 y 16 del proyecto de 1913.

¹¹² Artículos 25, 26 y 33 del proyecto de 1913.

¹¹³ Artículo 69 del proyecto de 1913.

¹¹⁴ Artículo 98 del proyecto de 1913.

¹¹⁵ Artículos 109 y 113 del proyecto de 1913.

¹¹⁶ Artículos 438 a 452 del proyecto de 1913.

¹¹⁷ Artículo 524 del proyecto de 1913.

¹¹⁸ Artículo 525 del proyecto de 1913.

modificado ampliamente todo lo relativo a eximentes, atenuantes y agravantes -v.gr., se tuvo en cuenta la reincidencia a los efectos de aumentar el monto de las penas ¹¹⁹-, establecía, expresamente, el reenvío del derecho militar a las prescripciones del código penal ordinario, siempre que éstas no se opusiesen a las cláusulas del ordenamiento castrense ¹²⁰.

Respecto a las figuras penales en particular, el proyecto modificaba la tipificación de algunas formas de desobediencia, y consideraba que la insubordinación sólo sería castigada con pena de muerte en el caso de haber sido cometida durante tiempo de guerra y en ejercicio de actos propios del servicio ¹²¹. Asimismo, atendiendo a la experiencia del caso «Enríquez», establecía que *«si un inferior, por el hecho de que un superior le haya tratado de manera no autorizada por los reglamentos, o por haber sido víctima de un abuso de autoridad»*, cometiese insubordinación, no se le aplicaría al reo más que el mínimo de la pena correspondiente ¹²². En cuanto a la figura de la cobardía en combate, limitaba la aplicación de la pena de muerte al caso en que el delincuente fuese capturado antes de terminado el estado de guerra en el curso del cual se hubiera producido la infracción ¹²³. Además, entre otras innovaciones, el proyecto se manifestaba a favor de la inimputabilidad de los jefes u oficiales prisioneros que aceptasen la libertad bajo palabra de no hacer armas, cuando hubiesen sido capturados por un enemigo rebelde o sedicioso ¹²⁴; aumentaba a cuatro días el plazo de inasistencia considerado necesario para configurar el abandono de destino por parte de jefes y de oficiales, y agregaba, en este caso, como

¹¹⁹ Artículo 528 del proyecto de 1913.

¹²⁰ Artículo 532 del proyecto de 1913.

¹²¹ Artículo 660, inc. 1º del proyecto de 1913.

¹²² Artículo 663 del proyecto de 1913.

¹²³ Artículo 672 del proyecto de 1913.

¹²⁴ Artículo 683, inc. 1º del proyecto de 1913.

motivo de eximición de pena, la alegación de «*causa justificada*»¹²⁵; y disponía que, para considerar perfeccionada la desertión con disfraz u ocultamiento, debía exigirse la comprobación, en el ánimo del actor, de la intención de «*salir del país*»¹²⁶.

Además de lo dicho, el proyecto definía como acto de servicio a todo aquel que fuese «*inherente a la ejecución de una orden o al cumplimiento de una función del deber militar*»; y consideraba, además, que un hecho había sido cometido delante de la tropa, cuando se cometiese en presencia de más de cinco individuos militares y se realizase «*en sitios sujetos a la autoridad militar*»¹²⁷.

Cerrado el análisis del proyecto de 1913, cabe señalar, por último, que a pesar de la expectativa generada entre los contemporáneos, aquél no sólo no fue sometido a la consideración de la Cámara en mayo de 1914 -tal como aspiraban sus autores¹²⁸-, sino que su versión original nunca llegó a ser objeto de discusión parlamentaria alguna.

5. El derecho penal militar argentino, con posterioridad a la presentación del proyecto de 1913. Una vez presentado en la Cámara baja, el proyecto Gonnet-Gallo-Palacios dio lugar a la aparición de comentarios y de opiniones diversos. De este modo, mientras que sus simpatizantes -entre los que se encontraban los miembros del Consejo Supremo- lo defendieron públicamente¹²⁹, sus principales contradictores -fundamentalmente, Guillermo Teobaldi y José María Bustillo- le reprocharon su «*criterio civilista*», e insis-

¹²⁵ Artículo 697 del proyecto de 1913.

¹²⁶ Artículo 728 del proyecto de 1913.

¹²⁷ Artículos 751 y 752 del proyecto de 1913.

¹²⁸ Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., pág. 83.

¹²⁹ Véase La Nación de 23 y 24 de junio de 1914.

tieron en afirmar que su aplicación reportaría un «*daño irreparable*» para las instituciones armadas ¹³⁰.

En particular, en el curso de un trabajo elogiado por el codificador Bustillo ¹³¹, el ex auditor Guillermo Teobaldi -luego de dejar sentado su criterio, según el cual la justicia militar debía ser considerada como una función de mando- manifestó que si bien era cierto que la reforma propuesta había «*llenado algunas aspiraciones legítimas*», sin embargo alteraba «*las bases constitutivas*» de lo jurídico-castrense. Además, tachó al proyecto de contradictorio, en la medida en que, por ejemplo, dejaba intactas las facultades del comando para iniciar las actuaciones de la justicia militar ¹³².

En lo que respecta al pensamiento de Bustillo, cabe consignar que a lo largo de una serie de artículos -que luego agrupó bajo la forma de un opúsculo-, el veterano codificador sostuvo que las novedades del proyecto de 1913 producirían «*muy serias perturbaciones*» en caso de aplicarse, en la medida en que no respondían «*a ninguna necesidad sentida*», y resultaban «*incongruentes*» o «*pueriles*», cuando no «*de todo punto inconvenientes*», «*impracticables*» y repugnantes «*a los principios militares*» ¹³³. Especialmente, dos eran las reformas que, según el codificador, «*herían de una manera fundamental el plan del Código*»: la atribución al Consejo Supremo de Guerra y Marina de facultades disciplinarias respecto de todo el personal de justicia militar; y el reemplazo del jurado por un sistema de doble instancia, con apelación incluida ¹³⁴. Además, Bustillo rechazó la propuesta de incluir defensores le-

¹³⁰ Guillermo TEOBALDI, *Código de Justicia Militar*, Córdoba, Establecimiento Gráfico «Los Principios», 1914, pág. 3.

¹³¹ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 72.

¹³² Guillermo TEOBALDI, ob. cit., *passim*.

¹³³ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., págs. 12 y 20.

¹³⁴ Ídem ant., págs. 34 y 35.

trados ¹³⁵; la modificación de la figura de la insubordinación agravada ¹³⁶; la confusión suscitada con un equívoco concepto de «*acto de servicio*» ¹³⁷; y la atenuación de la penas aplicables a los conscriptos, medida a la que calificó, sin ambages, de «*odioso privilegio*» ¹³⁸.

Por su parte, desde una perspectiva moderadamente favorable al proyecto, Francisco Albarracín criticó, empero, algunos de sus aspectos -v.gr., la limitación que impedía presentar a más de cinco testigos, o la benignidad penal para con los conscriptos- y sostuvo la necesidad de incorporar a aquél algunos tópicos, como el carácter letrado de los fiscales ¹³⁹.

Así, pues, resulta indudable que la presentación del proyecto de 1913 suscitó una áspera polémica entre los especialistas, disputa cuyos principales argumentos se condensaron en dos posiciones antagónicas. Al respecto, puede decirse que una de ellas consistía en una aguda crítica a los aparentes excesos de un ordenamiento penal castrense al que se consideraba opuesto a la Constitución ¹⁴⁰, tendencia que logró cierta resonancia tanto en el seno del Congreso como en la prensa periódica. Así las cosas, el criterio recordado mereció la adhesión de diversos autores, entre los cuales cabe contar, junto al ya recordado Palacios, a Rodolfo Rivarola, a Horacio Dobranich y a Roque Sáenz Peña, por no citar sino algunos

¹³⁵ Idem ant., pág. 47.

¹³⁶ Idem ant., pág. 50.

¹³⁷ Idem ant., pág. 52.

¹³⁸ Idem ant., pág. 70.

¹³⁹ FRANCISCO L. ALBARRACÍN, *La justicia militar en la República Argentina* (original mecanografiado), Buenos Aires, 1914, págs. 25, 27 y 30.

¹⁴⁰ Véase lo dicho por el diputado Araya en el seno de la Cámara, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1913, sesión de 6 de agosto, pág. 803. Cabe aclarar que estas consideraciones ya fueron destacadas por Carlos S. A. SEGRETTI en «La diputación nacional de José Félix Urriburu»; en el volumen colectivo titulado *Enrique M. Barba. In memoriam. Estudios de historia*, Buenos Aires, 1994, pág. 460.

de ellos ¹⁴¹. La otra postura, en cambio, insistía en defender la excepcionalidad del derecho penal militar, atento a que este particularísimo orden represivo tenía por objeto asegurar el cumplimiento de los deberes castrenses, antes que garantizar los derechos propios de los hombres de armas. Esta última opinión, digamos para finalizar con el presente apartado, merecía el cerrado aplauso de buena parte de los jefes militares y, como ya hemos podido precisar, contó, en la figura del codificador, con su más caracterizado expositor ¹⁴².

6. El proyecto de 1914 y otros cambios acaecidos en el ámbito jurídico militar. Al margen de las reacciones suscitadas por el proyecto de 1913, el mundo jurídico castrense de la época también acusó otro tipo de novedades, como el proyecto de código de 1914 y la instauración de la jurisdicción de honor. En efecto, a comienzos de 1914, a poco de haber sido presentada la propuesta de Gonnet, Gallo y Palacios, y fundado en el argumento de que el código castrense debía ser puesto a tono con «... las exigencias de la organización [militar] actual...» y «... con el carácter y la educación del nuevo personal que el servicio obligatorio llama anualmente a filas», el Poder Ejecutivo Nacional retomó la iniciativa en materia jurídico castrense, presentando un proyecto propio, con el que proponía modificar el ordenamiento vigente en aquellos aspectos cuya aplicación había «ofrecido

¹⁴¹ Roque SÁENZ PEÑA, «Defensa del coronel Toscano y del teniente coronel Olmos», cit., pág. 228 y ss.. Rodolfo RIVAROLA, «La justicia militar y el caso del concripto Enríquez», cit., pág. 720 y ss.. Horacio DOBRANICH, «Justicia Militar», cit., pág. 298 y ss.. Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit..

¹⁴² Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, «Discurso pronunciado en nombre del Centro Naval en el sepelio del doctor Bustillo»; *En memoria del Dr. José María Bustillo. Autor del Código de Justicia Militar y reglamentos de disciplina*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1932, pág. 15. En el mismo sentido, véase también el discurso de Rodrigo AMORRORTU, publicado en el volumen citado con anterioridad, particularmente la pág. 26.

*alguna dificultad o inconveniencia notoria»*¹⁴³. Así las cosas, buena parte de las modificaciones recomendadas fueron de índole formal, y, entre las que no lo eran, no pocas se inspiraron en el proyecto de la comisión parlamentaria de 1913¹⁴⁴. Sin embargo, esta última referencia no debe conducirnos a engaño: la filosofía del proyecto de 1914 era substancialmente distinta a la del de 1913, ya que si bien aquél receptaba algunos mecanismos como el de la inimputabilidad de los reclutas, no hacía caso de la defensa letrada y atacaba despiadadamente la autonomía del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

En lo atinente al detalle de las principales novedades incorporadas al proyecto de 1914, cabe mencionar las siguientes: transformación del Consejo Supremo en un Consejo Superior de Guerra y Marina -denominación que suprimía toda idea de superintendencia de este organismo sobre el resto de los tribunales castrenses- del que no formaría parte ningún vocal letrado¹⁴⁵; incorporación de un régimen de inimputabilidad para los reclutas recién ingresados a filas, hasta tanto no se les hiciese conocer la penalidad castrense en vigencia¹⁴⁶; admisión de atenuantes para aquella desertión que no fuese cometida frente al enemigo¹⁴⁷; ponderación, como agravante, de la reincidencia; supresión de algunos castigos, como el plantón, la cofa o la prohibición de raciones espirituosas¹⁴⁸; extinción de la acción penal por faltas disciplinarias, en el caso de producirse la baja del mili-

¹⁴³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1914, sesión de 29 de mayo, pág. 505.

¹⁴⁴ Según el diputado Gallo, de las 121 disposiciones que agrupaba el proyecto de 1914, 72 «eran copia textual del proyecto de la comisión, hasta con errores de imprenta». *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 428.

¹⁴⁵ Artículos 9 y 11 del proyecto de reformas al Código de 1914.

¹⁴⁶ Artículo nuevo -insertado antes del 508- del proyecto de reformas al Código de 1914.

¹⁴⁷ Artículo 511 del proyecto de reformas al Código de 1914.

¹⁴⁸ Artículo 537 del proyecto de reformas al Código de 1914.

tar ¹⁴⁹; atenuación del delito de insubordinación, cuando el inferior hubiese sido objeto, previamente, de malos tratos o de abusos ¹⁵⁰; eximición de pena al oficial que aceptase su libertad de enemigo rebelde o sedicioso, bajo palabra de no hacer armas contra él ¹⁵¹; y, finalmente, redacción de una definición del concepto de *«tropa formada»* que abarcaba todo grupo de militares reunido *«para el desempeño de cualquier acto de servicio, para la realización de cualquier instrucción o para la ejecución de cualquier función táctica»* ¹⁵².

En otro orden de cosas, concluyendo ya con este apartado y retomando lo que dijéramos al iniciarlo, cabe consignar, además, para suministrar una adecuada visión del estado de la penalidad castrense argentina durante la época de los dos centenarios, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 51 de ley 9675, por estos años se introdujo al derecho positivo nacional la jurisdicción militar de honor.

7. La penalidad castrense a finales de la década de 1910. El proyecto de 1917. Transcurridos algunos años desde la presentación del proyecto Gonnet-Gallo-Palacios, en 1917, meses después de que el Poder Ejecutivo Nacional llamase la atención al Congreso sobre la *«urgente»* necesidad de reformar el derecho penal militar positivo, en procura de que existiese *«la mayor equidad entre la calidad de las faltas y las penas correspondientes»* y que se otorgase una *«mayor facultad a los comandos de tropa para la corrección inmediata de [aquellas] faltas que por el Código Militar se elevan a plenario y se someten a la competencia de los consejos de guerra»* ¹⁵³, una comisión parlamentaria, integrada ahora por

¹⁴⁹ Artículo 585 del proyecto de reformas al Código de 1914.

¹⁵⁰ Artículo nuevo -incluido después del 639- del proyecto de reformas al Código de 1914.

¹⁵¹ Artículo 659 del proyecto de reformas al Código de 1914.

¹⁵² Artículo 829 del proyecto de reformas al Código de 1914.

¹⁵³ Mensaje de Hipólito YRIGOYEN al Congreso, 30 de junio de 1917. En *Pueblo y Gobierno*, t. II, Buenos Aires, Raigal, 1951, pág. 104.

los diputados Rafael M. Aguirre, Antonio De Tomaso y el ya veterano en estas lides Vicente Gallo, presentó una nueva propuesta de reformas al Código de Justicia Militar. Aunque basada en la de 1913 -lo que daría lugar, años más tarde, a que se afirmase que había sido fruto de una interpelación parlamentaria en la que se discutieron «*casos particulares*», y que adolecía «*del vicio originario, de considerar inconstitucional el actual código de justicia militar*»¹⁵⁴-, ésta también tuvo en cuenta el proyecto de 1914, y «*las observaciones y críticas formuladas ... en publicaciones de la prensa o privadamente a los miembros de la comisión*»¹⁵⁵. Cabe señalar, además, que a diferencia de lo que había ocurrido en 1913, en esta oportunidad la confrontación de posturas entre los sostenedores de distintas opiniones jurídico-militares se vio parcialmente reflejada en los debates parlamentarios. Así las cosas, el diputado socialista De Tomaso insistió sobre la necesidad de colocar al derecho penal castrense dentro del orden jurídico general, afirmando, en su momento, que el Código de Justicia Militar debía adaptarse a un ejército integrado por ciudadanos. «*La institución militar moderna -integrada por elementos democráticos-*», dijo, incluso, «*no es una institución que vive o que pueda vivir al margen de la Nación*»¹⁵⁶. Al respecto, la réplica, impulsada por el teniente de navío y también diputado Lauro Lagos, no se hizo esperar. De este modo, recurriendo a las ideas del codificador Bustillo¹⁵⁷, nuestro marino consideró que las disposiciones del código de Justicia Militar constituían un derecho de «*índole excepcional*», dirigido, primordialmente, a mantener «*... la efi-*

¹⁵⁴ Lucio Eduardo RACEDO, ob. cit., pág. 121.

¹⁵⁵ Diputado Vicente Gallo, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 427.

¹⁵⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, págs. 436 y 437.

¹⁵⁷ Sobre este tema, véase José María BUSTILLO, *El Código Militar ante la Cámara de Diputados*, cit..

ciencia de la función militar de las Fuerzas Armadas...» merced al imperio de la disciplina y de la subordinación. Asimismo, Lagos sostuvo que el articulado del código militar no podía ser analizado dentro del «... *amplio espíritu liberal con que la Constitución Nacional y los principios del derecho común garantizan las libertades y los derechos políticos del ciudadano...*»¹⁵⁸, e impugnó, particularmente, algunos artículos del proyecto.

En otro orden de cosas, cabe consignar, además, que, con motivo de la discusión parlamentaria, el diputado y antiguo auditor Teófilo Gatica dio a conocer a sus colegas un proyecto propio de reformas al Código¹⁵⁹. Digamos, también, que si bien la propuesta de la comisión terminó siendo aprobada por la Cámara baja¹⁶⁰, nunca se convirtió en ley, en la medida en que el Senado jamás se ocupó de discutir el proyecto girado por los diputados.

En cuanto al contenido del proyecto de 1917, cabe señalar que éste se redujo a modificar mínimamente el de 1913, con el objeto de «*hacer una reforma que pudiera aunar la mayor cantidad posible de voluntades*»¹⁶¹. Así, junto con ciertas modificaciones en la nomenclatura y en el monto de las penas aplicables, y con la discutible decisión de incorporar al código de algunas disposiciones propias de una reglamentación -v.gr., se introdujo un artículo destinado a determinar el tipo de papel y de tinta utilizable en el curso de las actuaciones¹⁶²-, entre las novedades más importantes del proyecto cabe mencionar las siguientes: se incrementan las garantías de los procesados, admitiendo la presencia de sus defensores durante los careos¹⁶³; se subsumía el recurso de

¹⁵⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, págs. 438 y 441.

¹⁵⁹ *Idem ant.*, año 1917, t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, pág. 475 y ss..

¹⁶⁰ *Idem ant.*, año 1917, t. VI, sesión de 29 de septiembre de 1917, pág. 484.

¹⁶¹ *Idem ant.*, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 431.

¹⁶² Modificación incorporada al artículo 145 del proyecto de 1913.

¹⁶³ Modificación incorporada al artículo 296 del proyecto de 1913.

inaplicabilidad de la ley en el de apelación -que se restringía al caso de las sentencias definitivas y que, por ende, ya no se aplicaría a los autos interlocutorios que causasen gravamen irreparable-¹⁶⁴; se reemplazaba el mecanismo del reenvío genérico al derecho penal ordinario por el de remisiones específicas y particulares¹⁶⁵; y se quitaban atribuciones a los oficiales para imponer sanciones disciplinarias a quienes no fuesen sus subordinados directos¹⁶⁶. Por último, recordemos que, en un despacho en el que expresaba sus únicas discordancias con el resto de sus colegas de la comisión, Antonio De Tomaso propició, además, que el Consejo Supremo de Guerra y Marina fuese integrado por una mayoría de letrados, y que se eliminasen los castigos capitales del régimen de las penalidades militares argentinas¹⁶⁷.

Al margen de lo dicho, y más allá de la referida aprobación parlamentaria parcial, cabe manifestar aquí que en la Argentina de finales de la segunda década del siglo XX las discusiones públicas sobre lo jurídico-militar persistieron. De este modo, en 1918 la Revista Militar publicó, como un anexo, un trabajo de Alfredo Palacios titulado «Justicia Militar Argentina»; y al año siguiente Luis Quiquisola, un inquieto oficial retirado que ejercía tareas en el ámbito de la justicia militar, propuso, por su parte, la incorporación de algunas modificaciones al derecho penal castrense. Respecto del contenido de esta última propuesta, téngase presente que, en buena medida, lo que se pretendía era introducir al articulado del código diversas resoluciones reglamentarias dictadas hasta la fecha por los ministros de Guerra. Éstas tendían a tecnificar la tarea de los funcionarios de justicia militar; a incrementar las atribuciones de los defensores en

¹⁶⁴ Modificaciones incorporadas a los artículos 437, 438 y 439 del proyecto de 1913.

¹⁶⁵ Modificación del artículo 2 del proyecto de 1913, y supresión del 532.

¹⁶⁶ Supresión del artículo 621 del proyecto de 1913 y modificación del 624.

¹⁶⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 421.

el curso de los procesos; y a establecer definitivamente la competencia castrense en todos aquellos casos en que los militares cometiesen faltas y delitos en actos de servicio ¹⁶⁸.

8. Los pronunciamientos de la justicia federal. En cuanto al papel desempeñado por la justicia federal, respecto de la penalidad castrense, durante esta época, cabe referir, en primer lugar, lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de autos «Capitán José A. Calderón, por insubordinación» (1908). Así, en dicha oportunidad, el Tribunal, partiendo de la base de que el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio admitía diversas reglamentaciones, entendió que la negativa del Poder Ejecutivo a aceptar un defensor determinado no constituía desconocimiento de la citada garantía constitucional, en la medida en que el procesado había sido efectivamente oído, había contado con defensor, se habían recibido las pruebas, y se habían formalizado la acusación y la defensa ¹⁶⁹.

Por otra parte, varios años más tarde, con motivo del caso «Burrueco Mansilla» (1917), se suscitaron interesantes disquisiciones doctrinarias a partir de la interposición de un planteo de inconstitucionalidad fundado en la supuesta desigualdad que propiciaban algunos artículos del Código de Justicia Militar. Así las cosas, el entonces procurador general de la Nación, Julio Botet, señaló que las disposiciones impugnadas, lejos de conspirar contra el interés de la comunidad, habían sido dictadas en cumplimiento de la constitución, y que las mismas eran universalmente aceptadas *«por todos los pueblos civilizados como una necesi-*

¹⁶⁸ Luis R. QUIQUISOLA, *Contribución al estudio...*, cit., *passim*.

¹⁶⁹ Causa «Criminal contra el Capitán José A. Calderón, por insubordinación a mano armada, con vías de hecho y muerte del superior. Recurso de hecho», sentencia de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 1908. En *Fallos*, t. 110, págs. 210 a 217.

dad social»¹⁷⁰. Asimismo, en el curso del mismo proceso, la Corte entendió que la diferencia de penalidad con la que el hurto era reprimido por el código ordinario y por el ordenamiento castrense no sólo no era inconstitucional, sino que reflejaba una diferencia «perfectamente racional y lógica»¹⁷¹.

Asimismo, cabe referir que uno de los más interesantes aportes de los magistrados federales en materia de derecho penal castrense se produjo en autos «Gregorio Cheskis» (1919), ocasión en la que el procurador general de la Nación señaló, categóricamente, las diferencias existentes entre la ley penal militar aplicable y la jurisdicción competente. En efecto, en dicha oportunidad José Nicolás Matienzo sostuvo que el hecho de que un delito estuviese previsto en el código castrense no implicaba que su juzgamiento correspondiese «*necesariamente a los tribunales militares*», ya que, en buena medida, la competencia surgía de «*la naturaleza y circunstancias del caso o [de] la calidad de las personas*»¹⁷².

d. El derecho penal militar durante los años '20 (1920-1929)

1. La gravitación de las reformas introducidas al Código Penal ordinario. Reformado el Código Penal ordinario a fines de 1921, en virtud de lo dispuesto por la ley 11.179, las consecuencias de esta transformación no tardaron en hacerse sentir en el ámbito penal militar. En este orden de cosas, cabe señalar, además -adelantándonos a lo que diremos en otras páginas de este mismo capítulo-, que dicho cambio en el derecho penal común brindó un nuevo argumento

¹⁷⁰ Dictamen del 11 de septiembre de 1917; en *Fallos*, t. 126, págs. 234 y 235.

¹⁷¹ Sentencia de 13 de octubre de 1917; en *Fallos*, t. 126, pág. 288.

¹⁷² Sentencia de la Corte Suprema de 8 de noviembre de 1919; en *Fallos*, t. 130, pág. 237.

a quienes propiciaban modificar el articulado del código de justicia militar.

En cuanto a los efectos inmediatos de la ley 11.729 en el ámbito de la penalidad castrense, cabe recordar que a poco de comenzar la aplicación del nuevo código penal ¹⁷³, las autoridades del Ministerio de Guerra consideraron la posibilidad de adecuar automáticamente algunas sentencias firmes de los tribunales militares ¹⁷⁴: se trataba de aquellos pronunciamientos en los que los jueces castrenses habían resuelto cuestiones relativas a delitos ordinarios; vale decir, que versaban sobre casos en los que se había juzgado la comisión de conductas consideradas punibles por el ordenamiento común, pero que, por diversos motivos, estaban sometidos a la jurisdicción castrense. De este modo, obedeciendo al propósito mencionado, se concibió la redacción de un decreto ordenando la revisión inmediata de las referidas sentencias, sin que se requiriese la expresa petición de parte alguna. El diseño de este proyecto se encomendó a la Dirección General de Personal de la Secretaría de Guerra, el 8 de mayo de 1922.

Tres días después de lo ordenado, el 11 de mayo, el proyecto de decreto estuvo listo. En éste, encabezado por fundamentos análogos a los que precedieron al decreto de 20 de septiembre de 1905, se reconocía que su dictado respondía a la vigencia de un nuevo código penal, y se recordaba que la aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en el ámbito jurídico militar venía a poner de manifiesto el expreso acto de comando que requerían los tribunales castrenses para actuar. Más adelante, se establecía la revisión automática de las sentencias militares pronunciadas con anterioridad a la ley 11.179, y se determinaba que dicha actividad sería llevada a cabo por el Consejo Supremo de Guerra y Marina, previa vista fiscal.

¹⁷³ Que comenzó a regir a partir del día 29 de abril de 1922.

¹⁷⁴ Para esto, y para la mayor parte de las piezas documentales citadas en este apartado, véase AGE, expediente n° 45.468.

Remitido el proyecto al Consejo Supremo de Guerra y Marina ¹⁷⁵, el fiscal general de dicho organismo, Avelino F. Ferreyra, desestimando la importancia del decreto de 20 de noviembre de 1905, emitió una vista en la que sostuvo que el Consejo Supremo carecía de atribuciones para llevar a cabo las tareas propuestas. De este modo, tras referirse al artículo 131 del código de justicia militar, relativo a la competencia del Consejo Supremo, al 438, que versaba sobre el recurso de revisión, y al 475, que regulaba la amnistía de los condenados, concluía afirmando, categóricamente, que una norma como la que se proponía sólo podría ser válida en cuanto emanase de una ley del Congreso, y no de una disposición del Poder Ejecutivo.

Semanas después -el 2 de junio- el que se expidió con un dictamen fue el Consejo Supremo. Siguiendo una línea expositiva semejante a la del fiscal general -«La ley y únicamente la ley, puede imponer ... restricciones a la justicia y no el Poder Ejecutivo...», proclamaron, sin hesitar-, los miembros del Consejo rechazaron los términos del proyecto de decreto. Entre los argumentos sustentados, dijeron que resultaba imposible conciliar las disposiciones del derecho penal ordinario con el dispositivo represivo militar, atento a que ambos órdenes normativos contenían «principios legales diversos», en virtud de los cuales un mismo hecho podía ser apreciado y penado de distinta forma. Además de lo referido, los miembros del tribunal no dejaron de reflexionar sobre la posibilidad de que se produjesen peligrosas alteraciones en la organización castrense a partir, por ejemplo, de la aplicación del instituto de la ejecución condicional, aplicable en sede civil y no previsto en el ámbito militar. Finalmente, como conclusión de este tipo de razonamientos, los miembros del tribunal terminaron afirmando que el Código Penal ordinario y el de Justicia Militar eran «... dos cuerpos de le-

¹⁷⁵ Art. 131, inc. 6, del Código de Justicia Militar entonces vigente.

gislación con una estructura distinta», y que, por lo tanto, carecían de «... la armonía indispensable...» para que existiese «... una uniformidad de principios y de criterio judicial...».

Una vez conocida la opinión del Consejo, el asunto pasó a dictamen del auditor general de Guerra y Marina, Carlos Risso Domínguez. Éste, luego de memorar lo acontecido con el decreto de 20 de noviembre de 1905, y sin desconocer la analogía de situaciones, consideró, empero, ante la ausencia de normas procesales que regulasen la substitución automática de las penas, y dada la falta de cooperación del Consejo Supremo, que nada podría hacerse por decreto. Su conclusión fue, pues, que el Poder Ejecutivo debía poner en conocimiento del Consejo la nómina de los penados militares sentenciados por la comisión de delitos comunes, y dejar que el mismo hiciese lo que creyese conveniente.

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

2. Opiniones en materia jurídico-militar y propuestas reformistas durante el primer lustro de la década del '20. A comienzos de los años '20, además de continuar vigentes muchos de los argumentos que habían motivado las propuestas transformadoras de la década del '10, y al tiempo que los operadores jurídico-castrenses acusaban recibo de la sanción del nuevo código penal ordinario -tal como lo adelantáramos en el apartado anterior-, entre los hombres de armas y entre los juristas especializados comenzó a cobijarse la idea de que el ordenamiento militar argentino debía adecuarse a las experiencias surgidas de la Primera Guerra Mundial ¹⁷⁶. Precisamente, reflejando este tipo de pretensiones, el 9 de mayo de 1923 el Poder Ejecutivo Na-

¹⁷⁶ Cfr., v.gr., Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *Ley de disciplina militar. Información*, Buenos Aires, Taller Gráfico de Luis Bernard, 1927, pág. 13.

cional ordenó que se formase una comisión -integrada originariamente por Carlos Riso Domínguez, Francisco Medina y Arturo Cueto- para que redactase un proyecto de reformas al Código de Justicia Militar ¹⁷⁷.

Más allá de esta medida, e ínterin actuaba la citada comisión, la doctrina siguió preocupada por lo jurídico militar. De este modo, en cuanto a las posturas que se enunciaron durante esta época, cabe consignar, primero, las reflexiones vertidas en 1922 por Juan E. Solá, un jurista que, luego de considerar que el Código de Justicia Militar era una ley nacional y que los consejos de guerra contaban con el carácter de tribunales del mismo orden, sostuvo que los fallos castrenses debían gozar de una amplia revisión por parte de la Corte Suprema. Así las cosas, nuestro autor se pronunció por la inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley 4055, en cuanto limitaba la apelación de las sentencias militares a los casos de recurso extraordinario previsto por el artículo 14 de la ley 48 ¹⁷⁸. Mientras tanto, en enero de 1923, y como reflejo de una preocupación distinta, desde las columnas del diario *La Argentina* se instó a la opinión pública a modificar la legislación vigente, a efectos de garantizar la inamovilidad de los jueces militares ¹⁷⁹. En otro orden de cosas, en el curso de ese mismo año, Benjamín Villegas Basavilbaso -quien había publicado, años atrás, un opúsculo referido al régimen penal

¹⁷⁷ Carlos RISO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, cit., t. II, pág. 7.

¹⁷⁸ Juan E. SOLÁ, «Tribunales militares. Sus fallos son apelables ante la Suprema Corte»; *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año II, N° 1 (noviembre de 1922), págs. 30 a 34. Cabe señalar, asimismo, que, durante el transcurso de la Primera Conferencia Nacional de Abogados, el referido autor señaló su preocupación frente a la inactividad de la Corte Suprema respecto a la situación de las personas sometidas a la justicia militar; cfr. Federación de Colegios de Abogados de la República Argentina, *Conferencia Nacional de Abogados. Noviembre 17-22 de 1924. Programa, antecedentes y versión taquigráfica*, Buenos Aires, 1925, pág. 169.

¹⁷⁹ «Los jueces militares deben ser inamovibles»; *La Argentina*, N° 8.131, 22 de enero de 1923, pág. 2.

militar argentino ¹⁸⁰- también recomendaría modificar la penalidad castrense del país, aunque, en este caso, con el múltiple objeto de ponerla en armonía con la peculiar organización con que contaban las Fuerzas Armadas a partir de la ley del servicio militar obligatorio; de adecuarla al dispositivo del nuevo código penal ordinario; y de incorporar a su articulado las experiencias «*de la gran guerra [mundial] en esta materia*». Así las cosas, para el citado autor debía ponerse en vigencia el proyecto de 1913, previo *aggiornamento* merced a la incorporación de algunas instituciones, como la condena condicional ¹⁸¹.

También como expresión de este tipo de inquietudes, en 1923 el diputado Francisco L. Albarracín, un miembro del cuerpo jurídico del ejército que opinaba que «*la justicia militar argentina era «una pesada carreta» que dejaba mal para-dos los principios de la disciplina*» ¹⁸², presentó ante la Cámara un nuevo proyecto de Código de Justicia Militar. Así las cosas, nuestro legislador -que si bien guardaba alguna simpatía respecto del proyecto de 1913, criticaba sus «*creaciones artificiosas y secundarias*» ¹⁸³- fundó su propuesta en la necesidad de adecuar el articulado del derecho penal militar argentino tanto a la evolución científica acaecida durante los treinta años que habían pasado desde su sanción, como a los cambios incorporados en el derecho penal ordinario por la ley 11.179 ¹⁸⁴. Empero, lejos de abogar por una «*reforma radi-*

¹⁸⁰ *Justicia militar* (reproducción de artículos publicados en el Boletín del Centro Naval, t. XXXVII), Buenos Aires, Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, 1920.

¹⁸¹ *Cuarto Congreso Nacionalista de la Liga Patriótica Argentina. Sesiones del 19, 20 y 21 de mayo*, Buenos Aires, Biblioteca de la Liga Patriótica Argentina, 1923, págs. 431 a 435.

¹⁸² Copia mimeografiada de una carta dirigida al diputado Francisco Albarracín por un militar español; Buenos Aires, 4 de julio de 1922. AGN, Fondo Justo, caja 26, doc. 6.

¹⁸³ Véase el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 530 y ss..

¹⁸⁴ *Idem ant.*, págs. 604 y 606.

cal y de trascendencia» que pudiese «*comprometer con atrevidas innovaciones la estabilidad de la disciplina de nuestras instituciones armadas*», Albarracín se manifestó a favor de la introducción de cambios moderados, que respondiesen a las auténticas necesidades del país ¹⁸⁵. De este modo, propició el perfeccionamiento de la justicia militar, merced al nombramiento de dos letrados como vocales de cada uno de los consejos de guerra y a la exigencia del título de abogado para cubrir los cargos de fiscales y de jueces de instrucción; además, propuso la admisión de letrados civiles como defensores, y recomendó la incorporación del recurso de apelación en el proceso castrense.

Por su parte, en 1924 el teniente coronel Demetrio Márquez presentó un proyecto de índole personal -que mereció el aplauso de la oficialidad del ejército ¹⁸⁶-, en el que, luego de plantear que la reforma constituía una «*necesidad impostergable*» ¹⁸⁷, propiciaba separar la administración de justicia militar del ejercicio del mando de tropa, suprimir la pena de muerte en tiempo de paz, y establecer la absoluta independencia de la jurisdicción militar de la civil. Asimismo, se manifestaba contrario al ejercicio, por parte del presidente, de facultades ejecutivas en materia de justicia castrense, y recomendaba la separación del fuero militar del de marina ¹⁸⁸.

3. Modelos contrastantes: el proyecto de ley de disciplina militar patrocinado por el Ejecutivo Nacional y las propuestas socialistas. Mientras que no pocos militares compartían la necesidad de «*depurar*» el derecho penal militar en vigencia, con el objeto de adecuarlo al «*carácter de*

¹⁸⁵ Idem ant., pág. 605.

¹⁸⁶ «Código de Justicia Militar. Por el teniente coronel Demetrio Márquez»; Revista Militar, N° 295, agosto de 1925.

¹⁸⁷ Demetrio MÁRQUEZ, *Código de Justicia Militar*, cit., pág. XVII.

¹⁸⁸ Idem ant., págs. XIII y XIV.

la milicia contemporánea»¹⁸⁹, la comisión redactora instituida en 1923 se encargó concienzudamente, tanto de recabar la opinión de muchos operadores jurídico-militares -en forma directa y mediante encuestas-, como de examinar el derecho comparado¹⁹⁰. De este modo, amén del anteproyecto redactado individualmente por Carlos Riso Domínguez, el 30 de junio de 1926, después de que el Poder Ejecutivo aprobó un nuevo reglamento de justicia militar¹⁹¹, la comisión concluyó con su labor¹⁹². Al día siguiente, el proyecto fue elevado al Congreso, cuerpo que, ajeno al interés del Ejecutivo en la materia, nunca llegó a discutir el trabajo de la comisión.

En cuanto a su estructura y contenido, cabe señalar que este proyecto -que fue bien recibido por la doctrina, que lo llegó a considerar como el mejor en su tipo¹⁹³, aunque criticase algunas de sus propuestas, como aquella en virtud de la cual se adjudicaba a la jurisdicción federal el conocimiento de los delitos comunes cometidos por los militares¹⁹⁴-, que principiaba por reemplazar la clásica denominación «*código de justicia militar*» por la de «*ley de disciplina militar*», en aras de señalar la peculiaridad y autonomía de lo jurídico castrense frente al derecho penal común¹⁹⁵, se integraba por tres tratados. Entre otros aspectos, en el primero, relativo a «Competencia y organización», se consagraba la concepción de la jurisdicción castrense como función de mando¹⁹⁶; se

¹⁸⁹ «Código de Justicia Militar. Por el teniente coronel Demetrio Márquez», cit..

¹⁹⁰ Carlos RISO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, cit., t. II, págs. 9 a 14.

¹⁹¹ Dicho reglamento se aprobó por decreto de 1° de junio de 1926. Cfr. Boletín Jurídico Militar (Buenos Aires), N° 13 (1966), pág. VII.

¹⁹² Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Cuestiones de Derecho Administrativo. Dictámenes legales de la asesoría letrada 1932-1936*, Buenos Aires, Ministerio de Marina, 1937, págs. 18 y 19.

¹⁹³ Lucio Eduardo RACEDO, ob. cit., págs. 121 y 122.

¹⁹⁴ Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Cuestiones de derecho administrativo*, cit., pág. 22.

¹⁹⁵ Carlos RISO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, cit., t. II, pág. 105.

¹⁹⁶ Capítulo primero, tratado I, del proyecto de ley de disciplina militar.

definían nociones como las de «*acto de servicio*», «*estado de guerra*» y «*tropa formada*»¹⁹⁷; se adjudicaba el conocimiento y represión de los delitos comunes cometidos por militares en actos de servicio a la justicia federal¹⁹⁸; se regulaba -por primera vez en el país- el régimen de la ley marcial¹⁹⁹; se establecía un Tribunal Superior Militar permanente -integrado minoritariamente por letrados-, como una segunda instancia que reemplazaba al tradicional Consejo Supremo de Guerra y Marina²⁰⁰; se disponía la existencia de una primera instancia integrada por juzgados unipersonales²⁰¹ y, excepcionalmente, por consejos de guerra *ad hoc*²⁰²; y se regulaba la existencia del cuerpo jurídico militar²⁰³. Respecto del segundo tratado, referido a «Procedimientos», las innovaciones más notables pasaban por regular detalladamente el mérito de la prueba²⁰⁴; y por atribuir al juez instructor la función de acusar fiscalmente²⁰⁵. En lo atinente al tratado tercero, centrado en la penalidad y «*redactado de acuerdo con el Código Penal ... en cuanto lo permite el carácter especial de la jurisdicción disciplinaria militar*»²⁰⁶, éste legislaba especialmente sobre la participación y la tentativa²⁰⁷; innovaba respecto de las causales de modificación de la responsabilidad²⁰⁸; preveía la reparación de los perjuicios ocasionados a las vícti-

¹⁹⁷ Artículos 18, 20 y 27 del proyecto de ley de disciplina militar.

¹⁹⁸ Artículo 28 del proyecto de ley de disciplina militar.

¹⁹⁹ Artículos 38 a 50 del proyecto de ley de disciplina militar.

²⁰⁰ Artículo 63 y ss. del proyecto de ley de disciplina militar.

²⁰¹ Artículo 90 y ss. del proyecto de ley de disciplina militar.

²⁰² Artículo 80 del proyecto de ley de disciplina militar.

²⁰³ Título sexto, tratado I del proyecto de ley de disciplina militar.

²⁰⁴ Artículos 245 a 260 del proyecto de ley de disciplina militar.

²⁰⁵ Artículo 357 del proyecto de ley de disciplina militar.

²⁰⁶ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, cit., pág. 130.

²⁰⁷ Artículos 563 a 568 del proyecto de ley de disciplina militar.

²⁰⁸ Artículos 569 a 599 del proyecto de ley de disciplina militar.

mas de los delitos militares ²⁰⁹; distinguía, respecto de las infracciones militares cometidas por impericia, entre aquellos casos en los que el delito configurado hubiese sido cometido como consecuencia de una falta de conocimientos que el infractor debía conocer en razón de su grado o cargo, de aquellos que resultasen de «*una ininteligente aplicación de los conocimientos adquiridos*» ²¹⁰; dedicaba un capítulo completo a las violaciones del derecho de gentes ²¹¹; establecía una nueva regulación de las infracciones que afectaban directamente a la subordinación y al respeto ²¹²; consideraba como atenuante especial y, llegado el caso, como eximente de toda pena, en el caso particular de la desobediencia a las órdenes de carácter técnico profesional, la convicción en el subordinado de que la orden era errónea y que su falta de ejecución evitaría «*un perjuicio evidente e innecesario*» ²¹³; y modificaba ampliamente todo lo relativo a la deserción ²¹⁴.

En contraste con la filosofía del proyecto comentado en los párrafos anteriores, a mediados de los años veinte la postura de los sectores «progresistas» en materia jurídico-militar se fue radicalizando, llegando, incluso, a propiciarse la completa abolición de la justicia militar de tiempo de paz. Propuestas de esta índole, empero, además de ser duramente consideradas por los hombres de armas ²¹⁵, fueron fríamente recibidas por una opinión pública convencida de que «*pedir la supresión de los tribunales militares porque pueda haber[se] dictado una condena desproporcionada ... equivale tanto a planear la necesidad*

²⁰⁹ Artículo 583 del proyecto de ley de disciplina militar.

²¹⁰ Artículo 664 del proyecto de ley de disciplina militar.

²¹¹ Artículos 694 a 700 del proyecto de ley de disciplina militar.

²¹² Artículo 701 y ss. del proyecto de ley de disciplina militar.

²¹³ Artículo 738 del proyecto de ley de disciplina militar.

²¹⁴ Artículo 877 y ss. del proyecto de ley de disciplina militar.

²¹⁵ Alberto DA ROCHA, «A propósito de los proyectos de reformas al código de justicia militar», *Revista Militar*, N° 309 (octubre de 1926), pág. 621.

de suprimir el Congreso porque dicta malas leyes», y persuadida de que en tanto que los tribunales castrenses asegurasen mínimamente la vigencia de las garantías constitucionales, su existencia no podía «ser controvertida» ²¹⁶.

En cuanto al contenido de las tendencias opuestas a la existencia de la jurisdicción militar, cabe decir, primero, que, con el objeto de anticipar la prevista discusión sobre el proyecto de ley de disciplina militar, y abrigando el deseo de «democratizar» la justicia castrense argentina, en agosto de 1926 el diputado socialista Nicolás Repetto impulsó una interpelación al ministro de Guerra, general Agustín P. Justo. En el curso de ésta, el citado legislador intentó impugnar la teoría en virtud de la cual se consideraba que la justicia militar era una función de mando, pretensión que fue derrotada, en la medida en que el futuro presidente rebatió victoriosamente los argumentos del líder socialista ²¹⁷. Asimismo, como otra expresión de este tipo de ideas, durante el curso de las sesiones ordinarias de 1927 el diputado socialista Eduardo Giuffra presentó un proyecto de ley cuya nota más destacada pasaba por pretender la total supresión de la jurisdicción militar de tiempo de paz. La propuesta -evidentemente influida por los lineamientos trazados en la materia por los constituyentes alemanes de 1919- establecía, además, entre otras cuestiones, la limitación de las facultades de las autoridades militares, ya que se les negaban atribuciones para imponer sanciones privativas de la libertad que excediesen de tres meses, y se disponía que las destituciones impuestas a los militares por la vía disciplinaria serían recurribles ante la justicia ordinaria ²¹⁸.

²¹⁶ «Los tribunales militares» (editorial); La Nación, 5 de junio de 1926.

²¹⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1926, t. VI, sesiones de 18, 26 y 27 de agosto de 1926, *passim*. Cabe señalar que los conceptos vertidos por el ministro Agustín P. Justo con motivo de esta interpelación fueron reproducidos en *Revista Militar*, N° 308 (septiembre de 1926), págs. 349 a 362.

²¹⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1927, t. I, sesión de 19 de mayo de 1927, págs. 39 a 41.

Concluyendo con este apartado, cabe que aquí digamos también algunas palabras sobre la repercusión en el Congreso de todos los proyectos mencionados. Así las cosas, en septiembre de 1926 el diputado Alejandro Miñones propuso que la Cámara baja designase un grupo de cinco legisladores, con el objeto de estudiar *«las reformas de las leyes de justicia militar, pudiendo hacerlo conjuntamente con la Comisión de Justicia Militar del Honorable Senado de la Nación»*: su pretensión era que dicha comisión trabajase durante el receso parlamentario, adelantando en las reformas al Código de Justicia Militar. Acogida la propuesta favorablemente, la Cámara dictó una resolución mediante la cual se integró un equipo de siete miembros ²¹⁹. Por otra parte, en el ámbito del Senado se constituyó, en junio de 1929, una comisión de justicia militar, organismo que, al igual que la de diputados, no llegó a estudiar asunto alguno ²²⁰.

4. La ley marcial y la postura de la doctrina argentina. Con simultaneidad a lo que sucedía allende las fronteras argentinas, durante los años '20 se produjeron en nuestro país cambios trascendentes en lo relativo a la ponderación de la ley marcial. En este sentido, no revistieron menor importancia ciertas innovaciones como aquellas que, acompañando la cada vez más creciente intervención militar en materia de conflictos de índole política y laboral ²²¹, daban

²¹⁹ Idem ant., año 1926, t. VI, sesión de 30 de septiembre de 1926, pág. 637.

²²⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1929, t. I, sesión de 25 de junio de 1929, pág. 65.

²²¹ Alejandro ANDREASSI CIERI, «Las raíces del genocidio: los antecedentes de la militarización de la política y de una ideología del exterminio en la Argentina, 1880-1920», *Boletín Americanista* (Universidad de Barcelona), n° 46 (1996), págs. 35 a 37. Por su parte, Ester KAUFMAN subraya el papel de las Fuerzas Armadas como agentes represivos durante el gobierno de Yrigoyen; cfr. «Crónica del poder y control militar en la Historia Argentina», en Roberto BERGALLI y Enrique MARI (coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989, pág. 624.

cuenta de una esencial transformación respecto de la concepción del papel de las Fuerzas Armadas en la vida del país. Al respecto, cabe señalar que ya hacia 1914 el por entonces veterano codificador militar de 1898, José María Bustillo, había expresado que entre las funciones primordiales del ejército no sólo debía contarse la de garantizar la seguridad exterior de la república, sino también la de asegurar a ésta «*contra las perturbaciones que en el organismo social pudiera producir el choque de las ideas o de los intereses de los mismos coasociados*»²²². Así las cosas, cabe señalar que años después, mientras algún letrado contradictorio que repudiaba la legalidad marcial la consideraba como una eficaz medida «*de conservación social*»²²³, las nuevas tendencias favorables a la aplicación de la jurisdicción castrense entre los civiles tuvieron oportunidad de manifestarse concretamente con oportunidad de la misión encomendada en el territorio santacruceño al teniente coronel Varela. En efecto, en dicha oportunidad se dictaron varios bandos marciales, y se impusieron algunas penas de muerte²²⁴.

Sin embargo, en cuanto a las concepciones jurídicas en la materia, durante esta época la mayor innovación no tuvo lugar sino hasta 1926, cuando se redactó el arriba citado proyecto de ley de disciplina militar. En efecto, el articulado de éste, que fue avalado por el presidente Alvear y por su ministro de Guerra, Agustín P. Justo, regulaba expresamente la ley marcial, e inspiró posteriormente en la materia a las autoridades revolucionarias de 1930. Respecto del particular, cabe consignar que, atento a la experiencia jurídico-militar generada a partir de la Primera Guerra Mundial, que «*hizo*

²²² José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit. pág. 14.

²²³ Jurisprudencia Argentina, t. 16 (1925), pág. 414.

²²⁴ Osvaldo Mario PUNZI, *La tragedia patagónica. Historia de un ensayo anarquista*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1991, págs. 73 y 111.

que se pusiera a prueba la organización [jurídico-militar] existente en las naciones que en ella tomaron parte», y que había demostrado «prácticamente los errores o inconvenientes que ofrecía [aquélla] y que era forzoso subsanar»²²⁵, uno de sus redactores sostuvo que el imperio de nuevas necesidades exigían la adopción de medidas jurídicas extraordinarias. Asimismo, se consideró que la ley marcial podía aplicarse a situaciones análogas a la guerra, tales como ciertas alteraciones «del orden público, por razón de catástrofe o asonada»²²⁶. En cuanto a la potestad para ponerla en práctica, se dijo que ésta era una atribución que correspondía al presidente, en su carácter de comandante en jefe de las fuerzas de mar y de tierra. Asimismo, se entendió que la ley marcial -a la que se consideraba como una «alteración transitoria y excepcional de las normas ordinarias de la legislación común»-, no se oponía al régimen constitucional argentino. «Antes bien -se afirmó-, [ésta] se halla implícitamente admitida por los preceptos mismos de nuestra Carta Fundamental»²²⁷.

Concluyendo con este apartado, cabe señalar, además, que algo que también contribuyó a prestigiar la ley marcial en los círculos jurídicos argentinos fue la publicación de *Derecho Constitucional Argentino*, trabajo escrito por el juez y constitucionalista Juan Antonio González Calderón. En efecto, en el curso de esta obra, en la que el autor se remitía fundamentalmente a lo sostenido por la doctrina norteamericana más conservadora, a los precedentes sentados por Domingo Sarmiento, y a los escritos de Amancio Alcorta y Mariano Demaría (h.), se consideró válido el juzgamiento de los civiles por parte de consejos de guerra, siempre que una medida

²²⁵ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *Ley de disciplina militar. Información sobre el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo al H. Congreso*, Buenos Aires, Taller Gráfico de Luis Bernard, 1927, pág. 29.

²²⁶ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, cit., t. I, pág. 181.

²²⁷ Idem ant., pág. 182.

semejante fuese dispuesta en virtud de una decisión del titular del Ejecutivo Nacional y que la Argentina se viese envuelta en una guerra exterior ²²⁸.

5. *El derecho penal militar argentino y la actividad de los tribunales federales.* Aprobando tácitamente el criterio sustentado en materia jurídico-militar por el codificador Bustillo ²²⁹, como en años anteriores durante la década del '20 se produjo «*una numerosa y constante jurisprudencia*» de los tribunales federales ²³⁰. Respecto de ella, cabe que nos refiramos aquí a lo resuelto en tres casos: se trata de los procesos «Mórtola» (1926), «Aguirre» (1926) y «Hernández» (1927), cuyos decisorios consolidaron, en buena medida, las doctrinas elaboradas desde la Auditoría General de Guerra y Marina.

En cuanto al primero de los casos mencionados, cabe recordar que lo que sostuvo el accionante fue la inconstitucionalidad de varios artículos del Código de Justicia Militar, fundándose en su aparente contradicción con el libre ejercicio de la defensa en juicio y con el principio de la igualdad ante la ley ²³¹. Respecto de este particular, la Corte Suprema rechazó la impugnación alegada, pues entendió que las disposiciones del artículo 360 del Código de marras, al regular la oportunidad y las condiciones en las que debían presentarse las pruebas -y, en particular, al establecer que la admisión en el plenario de nuevas declaraciones de testigos sólo era posible respecto de los procesos en los que se juzgase la comisión de delitos comunes-, resultaban «*perfectamente compatibles*» con la inviolabilidad de la defensa en

²²⁸ Juan Antonio GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*, t. II, Buenos Aires, J. Lajouanne y Cía., 1930, pág. 311 y ss..

²²⁹ Discurso de Rodrigo AMORRORTU, incorporado al volumen titulado *En memoria del Dr. José María Bustillo...*, cit., pág. 25.

²³⁰ «Los tribunales militares» (editorial); La Nación, 5 de junio de 1926.

²³¹ *Fallos*, t. 147, pág. 58.

juicio, toda vez que la resolución de los delitos de naturaleza militar requería de *«procedimientos más estrictos y [de] decisiones más rápidas»*. Asimismo, subrayando la relación que concebía entre el mantenimiento de la disciplina, la severidad del derecho penal militar y la eficiencia de las Fuerzas Armadas, el Tribunal consideró que no era inconstitucional que las causas castrenses se ventilasen en una única instancia, ni que las infracciones militares mereciesen penas más severas que los delitos ordinarios ²³².

Por otra parte, en autos «Aguirre», en los que se puso en tela de juicio la facultad del presidente para destituir a un subteniente absuelto por un consejo de guerra por la comisión del delito de insubordinación, tras sostener que la naturaleza del poder militar importaba una *«excepción al derecho común»*, y que el presidente de la Nación era el *«más alto tribunal militar del país»*, la Cámara Federal de la Capital -en una sentencia que después resultó confirmada por la Corte Suprema de Justicia- rechazó las impugnaciones articuladas. En esencia, el argumento esgrimido fue que los actos y los procedimientos del presidente como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación resultaban insusceptibles de revisión judicial ²³³.

Finalmente, en autos «Teniente Coronel Ángel Hernández» la Corte Suprema reiteró que la jurisdicción militar era *«exclusiva y excluyente con relación al Poder Judicial de la Nación»*, convalidando así las atribuciones del presidente para *«aprobar, desaprobado o reformar las sentencias de los tribunales militares»* ²³⁴.

²³² Sentencia de 11 de agosto de 1926; en *Fallos*, t. 147, págs. 63 a 66.

²³³ Sentencia de la Cámara Federal de Buenos Aires de 24 de septiembre de 1926; sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 31 de diciembre de 1926. En *Fallos*, t. 148, págs. 171 a 183.

²³⁴ Sentencia de 7 de septiembre de 1927; en *Fallos*, t. 149, págs. 179 a 183.

e. Camino a la plenitud de lo jurídico-militar (1930-1942)

1. La revolución del 6 de septiembre de 1930 y lo jurídico-militar. La ley marcial. Más allá de la decisión de restablecer a Carlos Risso Domínguez como auditor general de Guerra y Marina ²³⁵, de recordar la aplicación de ciertas disposiciones del código de justicia militar ²³⁶, y de modificar el articulado de algunas disposiciones del reglamento de justicia militar vigente ²³⁷, las principales manifestaciones de índole penal militar del gobierno de la revolución del '30 giraron en torno a la ley marcial.

En efecto, decididos a aplicar medidas rigurosas, y con el evidente objeto de terminar no con el radicalismo sino con el anarquismo, los hombres de la revolución de septiembre de 1930 impusieron un régimen de legalidad marcial ²³⁸, hasta

²³⁵ Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de 9 de septiembre de 1930. En Boletín Militar. Primera Parte, N° 8.578, 9 de septiembre de 1930, pág. 802.

²³⁶ Boletín Militar. Primera Parte, N° 8.757, 21 de abril de 1931, pág. 927.

²³⁷ Boletín Militar. Segunda Parte, N° 2.539, 13 de marzo de 1931, pág. 68. Boletín Militar. Segunda Parte, N° 2.545, 30 de marzo de 1931, pág. 81. Boletín Militar. Segunda Parte, N° 2.552, 22 de abril de 1931. Boletín Militar. Segunda Parte, N° 2.611, 25 de septiembre de 1931, pág. 258. Respecto de este particular cabe señalar que, años después, haciendo aplicación de la doctrina *de facto* entonces imperante -en virtud de la cual se reconoció a las autoridades de hecho el ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo Constitucional-, en «Severo Toranzo» la Corte Suprema reconoció, el 8 de septiembre de 1937, que este tipo de gobiernos contaba con los atributos suficientes como para modificar el articulado del Reglamento de Justicia Militar. En *Fallos*, t. 178, pág. 379.

²³⁸ En efecto, la ley marcial no estuvo dirigida contra los enemigos «políticos» de la revolución. «Declaraciones del General Uriburu para 'Argentinisches Tageblatt'», en *La palabra del General Uriburu (discursos, manifiestos, declaraciones y cartas publicadas durante su gobierno). Prólogo de Carlos Ibarguren*, 2ª ed., Buenos Aires, Roldán Editor, 1933, pág. 90. En el mismo sentido, *La Razón*, 4ª ed., martes 9 de septiembre de 1930, pág. 1, en la nota titulada «*Se ha informado oficialmente que los presos políticos no serán pasados por las armas*». Así las cosas, los enemigos perseguidos mediante la ley marcial no fueron sino los anarquistas, como lo entendió Alfredo COLMO en *Crítica* el 6 de diciembre de 1930, 1ª sección, pág. 7. Desde una perspectiva historiográfica, José María ROSA también vincula el establecimiento de la ley marcial con la implementación de una

entonces desconocido para el común de los ciudadanos y para buena parte de los juristas ²³⁹. De este modo, ya con los inicios mismos de la revolución, sus líderes advirtieron que reprimirían «*sin contemplación*» alguna cualquier intento destinado a «*estimular, insinuar o incitar a la regresión*» ²⁴⁰. En este orden de cosas, digamos que las acciones de los protagonistas -signadas por el deseo de aplicar unos castigos ejemplares, merced a los cuales fuese posible poner coto a la zozobra que amenazaba el orden público argentino ²⁴¹- dieron cuenta del extendido temor de los dirigentes frente al éxito de una posible revuelta anarquista de contenido «*social*» ²⁴². Así las cosas, digamos, además, que la ley marcial resultó altamente efectiva en el logro del objetivo propuesto. En efecto, tras el gobierno de Uriburu, el anarquismo violento jamás volvió a recuperar su antiguo protagonismo ²⁴³.

política dirigida a reprimir el anarquismo; cfr. su *Historia argentina*, t. 11, Buenos Aires, Oriente, 1979, pág. 278. En cuanto a la inquina de los hombres de armas para con el anarquismo, cabe señalar que la perpetración del homicidio del teniente coronel Varela por un ácrata, marcó, para muchos militares, «... *el punto de arranque del saneamiento social de nuestro país, cuya infección no tiene razón de ser...*». Palabras pronunciadas en el funeral del teniente coronel Varela, por el teniente coronel Julio C. Costa, a nombre del Círculo Militar, Revista Militar, N° 264, enero de 1923, pág. 130.

²³⁹ «Qué es la ley marcial. Algo que interesa saber al pueblo de la Nación», La Razón, 5ª ed., miércoles 10 de septiembre de 1930, pág. 1. Este comentario, de fuerte contenido crítico, no apareció en las ediciones sucesivas.

²⁴⁰ «Manifiesto revolucionario de 6 de septiembre». En José Félix URIBURU, *La palabra del general Uriburu*, cit., pág. 17.

²⁴¹ Véase el oficio del jefe de policía de Mendoza dirigido al presidente del Consejo Permanente para Suboficiales y Tropa de la ciudad de Córdoba, coronel Arturo Molinari; Mendoza, 16 de diciembre de 1930. AGE, expediente N° 45.467.

²⁴² «Un relato de la revolución hecho por el general Uriburu para el diario La Nación de Santiago de Chile -17 de octubre de 1930-». En *La palabra del general Uriburu*, ob. cit., pág. 28.

²⁴³ Conforme con la desaparición del anarquismo violento tras el gobierno de la revolución del '30, Osvaldo Bayer, «Di Giovanni, el idealista de la violencia»; Todo es Historia, N° 23 (marzo de 1969), pág. 89.

Respecto a la entrada en vigencia de la ley marcial por las autoridades revolucionarias -cuya imposición fue fundada, al decir de sus mentores, en el ejercicio «*de los poderes militares que la Constitución le acuerda [al Presidente] en su carácter de Comandante en Jefe del Ejército y Armada*»²⁴⁴-, cabe aclarar que establecida mediante bando del día 6 de septiembre de 1930, ésta se puso inmediatamente en práctica en Buenos Aires²⁴⁵, tras fijarse en las calles de la ciudad algunos carteles que reproducían el bando en cuestión²⁴⁶. Cabe señalar, además, que el último documento mencionado fue reproducido al día siguiente en las páginas de la prensa periódica porteña²⁴⁷. En el interior, en cambio, el bando estableciendo la ley marcial sólo se conoció oficialmente el día 9, siendo publicado en los diarios del 10²⁴⁸. Por otra parte, el 8 de septiembre se dictaron dos bandos más, uno sobre portación de armas, y otro relativo a la posesión de ametralladoras por parte de particulares²⁴⁹. En cuanto a la legitimidad de la pena de muerte dispuesta por los bandos, cabe aclarar aquí que si bien la pena capital había resultado abolida con la sanción del Código Penal ordinario de 1921²⁵⁰, ella

²⁴⁴ Decreto de 14 de enero de 1931, confirmando la sentencia dictada en la causa «Enrique Guerra». Boletín Militar. 1ª parte, N° 8682, 16 de enero de 1931, pág. 115.

²⁴⁵ En Rosario se lo conoció oficiosamente el día 7 de septiembre de 1930, merced a su publicación en las páginas de La Capital. Al respecto, el autor de este trabajo desea agradecer expresamente a Miguel Ángel DE MARCO el haber podido consultar materiales provenientes del citado diario rosarino.

²⁴⁶ Al parecer, los carteles fueron impresos el día 5 por la noche, en una imprenta que se encontraba en una de las esquinas de las calles Rivadavia y Florida. Cfr. José María ROSA, ob. cit., pág. 186.

²⁴⁷ La Nación lo publicó el día 7, según reproducen Alicia S. GARCÍA y Ricardo RODRÍGUEZ MOLAS, *Textos y documentos. El autoritarismo y los argentinos. La hora de la espada/ I (1924-1946)*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina (Biblioteca Política Argentina N° 200), 1988, pág. 69.

²⁴⁸ La Capital, 10 de septiembre de 1930.

²⁴⁹ La Razón, 4ª ed., martes 9 de septiembre de 1930, pág. 2.

²⁵⁰ Sobre la pena de muerte en la Argentina, puede verse Humberto S. VIDAL, «La cuestión de la pena de muerte en la historia universal y en la República Argentina», La

todavía estaba vigente en el ámbito penal militar ²⁵¹. Es más, al respecto podemos recordar que los consejos de guerra argentinos de tiempo de paz la aplicaron varias veces, tanto antes como después de la revolución del 6 de septiembre de 1930 ²⁵². Asimismo, también cabe referir, respecto a la simpatía con la que era vista la aplicación de esta pena, que a fines de la década del '20 y principios de la del '30, debido al clima de inseguridad pública entonces reinante, se gestó un fuerte movimiento público en favor de la imposición de la pena de muerte. Sobre este particular, constituyen un claro ejemplo los dichos pronunciados por el senador jujeño Benjamín Villafañe en el seno de la Cámara alta ²⁵³.

En cuanto a la vigencia de la ley marcial, digamos que ya a poco de haberse producido el movimiento revolucionario -más precisamente, el 10 de septiembre de 1930-, el partido demócrata progresista santafesino solicitó al gobierno el levantamiento de la medida ²⁵⁴, reclamo que, para diciembre de 1930, terminaría siendo compartido por un importante

Ley, 14 de septiembre de 1970; Abelardo LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1987, capítulo VII, págs. 327 a 335.

²⁵¹ «Los delitos militares serán castigados con las siguientes penas, que se aplicarán por sentencia de Consejo de Guerra: 1º Muerte...» (art. 518 del Código de Justicia Militar aplicable en 1930).

²⁵² De este modo, se puede citar el caso del soldado Martín Pérez, condenado por haber dado muerte al subteniente Alberto Chipont, quien fue fusilado en Buenos Aires -más precisamente, en el Parque de Artillería-, a fines de marzo de 1891; La Prensa, 31 de marzo de 1891. Por otra parte, el cabo Luis Leónidas Paz fue fusilado el 9 de enero de 1935, en Santiago del Estero, luego de ser juzgado por un consejo de guerra por haber dado muerte al mayor Carlos Elvidio Sabella; Cfr. Fernando QUESADA, «1935: fusilamiento en Santiago del Estero», *Todo es Historia*, N° 28 (agosto de 1969).

²⁵³ «Voy a hacer un recuerdo de paso de la eficacia de la pena de muerte. Hace menos de 40 años, en Jujuy no era posible vivir. Los asaltos en la campaña y en la ciudad se repetían a diario, más o menos lo que sucede aquí ... La justicia de Jujuy en aquellos tiempos fusiló a unos y la policía ajustició a otros. Desde entonces no hay casi crímenes en Jujuy». *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1933, t. I, sesión de 18 de mayo de 1933, pág. 172.

²⁵⁴ La Razón, 6ª ed., jueves 11 de septiembre de 1930, pág. 1.

sector de la opinión pública ²⁵⁵. Sin embargo, lejos de responder a este tipo de solicitudes, las autoridades se dedicaron a reglamentar el instituto. Fue así, pues, como, a mediados de octubre de 1930, el entonces ministro de Guerra, general Francisco Medina, impartió unas «Instrucciones complementarias para la aplicación del Bando y Ley Marcial» ²⁵⁶, norma que sólo fue publicada en el Boletín Militar el 5 de febrero de 1931 ²⁵⁷. De este modo, el gobierno recién decidió derogar la ley marcial el 5 de junio de 1931, sin perjuicio de que ella pudiese ser puesta en vigencia nuevamente «*en caso de producirse hechos que justifiquen la necesidad de hacer uso de tan excepcional medida*» ²⁵⁸. Así las cosas, y si bien no volvió a ser aplicada a nivel nacional, en julio de 1931, con motivo de la rebelión radical liderada por el teniente coronel Pomar en Corrientes, el presidente provisional delegó en el general Bruce las facultades necesarias para que éste dispusiese su aplicación en la provincia mesopotámica ²⁵⁹.

Respecto a las características de la aplicación de la ley marcial a nivel nacional, durante los meses de septiembre de 1930 y junio de 1931, es posible distinguir dos períodos. Durante el primero de ellos, las penas previstas en los bandos fueron establecidas sin proceso alguno, requiriéndose, solamente, para imponer pena de la vida, que se tratase de reos sorprendidos *in fraganti* en la comisión de las figuras penales castigadas por el gobierno revolucionario. De este modo, en Buenos Aires resultaron ejecutados algunos delincuentes comunes, como José Carlos Mondini -un carterista que había sido detenido robando en un tranvía que circulaba por

²⁵⁵ Crítica, 1º de diciembre de 1930, 1ª sección, pág. 8.

²⁵⁶ En la causa seguida a Enrique Guerra se mencionan dos fechas, 18 de octubre y 28 del mismo mes de 1930. AGE, expediente N° 45.471.

²⁵⁷ Boletín Militar. 1ª parte, N° 8699, 5 de febrero de 1931, págs. 327 y 328.

²⁵⁸ Boletín Militar. 1ª parte, N° 8793, 6 de junio de 1931, pág. 1427.

²⁵⁹ «Declaraciones hechas por el general Uriburu para La Nación, con motivo del motín de Corrientes -22 de julio de 1931-». En *La palabra del general Uriburu*, ob. cit., pág. 128.

Pueyrredón y Tucumán- y un tal José Matiacho ²⁶⁰; en Avellaneda, por su parte, los ácratas José Gatti y Gregorio Galeano fueron fusilados por orden de un mayor Rosasco ²⁶¹. Asimismo, en Rosario -importante baluarte del anarquismo argentino-, durante la noche del 9 de septiembre de 1930 se aplicó la pena capital a tres individuos ²⁶², entre quienes se contó al anarquista catalán Joaquín Penina ²⁶³. Sin embargo, no todo fue sencillo para quienes pensaban en imponer la ley marcial. En efecto, en este sentido puede mencionarse lo acaecido en la ciudad de Río Cuarto, lugar en el que el cerrado rechazo de la población local a la ley marcial impidió su aplicación ²⁶⁴. Por otra parte, la segunda etapa se caracterizó por el imperio de mayores garantías para el imputado civil, y tuvo lugar tras el dictado de las instrucciones de octubre, que regularizaron el régimen de la ley marcial. Así, y de allí en más, todos los casos sometidos al conocimiento de los consejos de guerra contaron con el correspondiente proceso y con la respectiva publicación de la sentencia. De este modo llegaron a confeccionarse unas once causas, en las que estuvieron comprometidas quince personas. Entre todas éstas, resultaron

²⁶⁰ José María ROSA, ob. cit., pág. 188.

²⁶¹ Osvaldo BAYER, ob. cit., pág. 79.

²⁶² «La Jefatura de Policía nos informa -dice el artículo titulado 'Aplicación en Rosario de la ley marcial', aparecido en el diario *La Capital*, de dicha ciudad, el 10 de septiembre de 1930- que en las últimas horas de anoche fueron fusilados tres hombres de ideas avanzadas -comunistas o anarquistas-, a quienes se sorprendió pegando carteles o llevándolos en los bolsillos, en los que se incitaba a combatir al actual gobierno de la Nación, por medio de ataques al Ejército, especialmente contra el Regimiento 11° de Infantería».

²⁶³ Desde una perspectiva pro-anarquista, Fernando QUESADA narra una versión parcial de los hechos mencionados en «Joaquín Penina, el primer fusilado», *Todo es Historia*, año VI, N° 68, pág. 83. Cabe señalar, además, que a raíz de este asunto se produjo uno de los escasos pronunciamientos en los que la Corte Suprema de Justicia abordó la consideración de cuestiones relativas a la ley marcial dispuesta por el gobierno de Uriburu. Cfr. al respecto, *Jurisprudencia Argentina*, t. 40, págs. 323 y 324.

²⁶⁴ Cfr. las palabras pronunciadas por Miguel Ángel Zavala Ortiz en la Cámara de Diputados, dos décadas después de acontecidos los hechos mencionados. En *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1951, t. I, pág. 620.

condenadas a muerte unas nueve, pero la pena capital sólo se impuso efectivamente en tres casos, conmutándose en los demás ²⁶⁵. En cuanto a los otros seis procesados, algunos fueron absueltos y otros terminaron sometidos al conocimiento de la justicia ordinaria.

2. La posición de la doctrina y de la jurisprudencia en torno a la ley marcial. Con el objeto de conocer cuáles fueron las opiniones suscitadas contemporáneamente en el país frente a la aplicación de la ley marcial, cabe recordar aquí que a partir del 1° de diciembre de 1930 el diario *Crítica* comenzó a publicar los resultados de una interesantísima encuesta en la que se abordó el análisis de la cuestión, y de la que participaron varios juristas e importantes hombres públicos. Respecto del particular, cabe señalar que lo que se les preguntó a los consultados era si creían que el país estaba en condiciones de ser convocado a elecciones, y si opinaban que el estado de sitio y la ley marcial debían ser levantados. Digamos, así, en lo que se refiere al último asunto mencionado, que tanto el criterio de los responsables del periódico como el de la mayoría de los encuestados se dirigió a sostener que la situación que había impuesto la necesidad de la ley marcial ya había sido superada y que, por ende, ésta debía ser suprimida ²⁶⁶. Sin embargo, también es bueno señalar que,

²⁶⁵ Corresponde revisar, pues, aquellas afirmaciones según las cuales sólo excepcionalmente el teniente general Uriburu conmutó las sentencias de muerte dictadas por los tribunales castrenses. Al respecto, puede verse un ejemplo de esta postura en HORACIO SANGUINETTI, *La democracia ficta, 1930-1938*, Buenos Aires, La Bastilla (Memorial de la Patria), 1975, pág. 53.

²⁶⁶ *Crítica*, 1° de diciembre de 1930, 1ª sección, pág. 8. Ese día respondió Juan Ramón Vidal, autonomista de Corrientes. El 4 de diciembre expuso sus ideas Mariano P. Ceballos, demócrata de Córdoba; el 5, Antonio de Tomaso, socialista independiente de la Capital Federal; el 6, Alfredo Colmo; el 7, Miguel Ángel Cárcano, demócrata de Córdoba; el 8, Ricardo Bello, demócrata progresista de Capital Federal; el 9, José Nicolás Matienzo; el 10, José Rouco Oliva, socialista independiente; el 15, Rodolfo Moreno (h.), conservador de Buenos Aires; el 18, Adrián Escobar, conservador de Buenos Aires; el 23, Julio

genéricamente hablando, los consultados tampoco rechazaron categóricamente la aplicación de técnicas castrenses en materia de mantenimiento del orden público. En este sentido, puede recordarse el caso paradigmático de Alfredo Colmo, un jurista sumamente crítico respecto del gobierno de Uriburu, que, sin embargo, no dudó en elogiar la medida con la que las autoridades septembrinas habían aplicado el régimen jurídico-marcial²⁶⁷.

Yendo al análisis de las respuestas aparecidas en *Crítica*, cabe decir aquí que la más seria y precisa de todas ellas -desde un punto de vista estrictamente técnico- fue la de José Nicolás Matienzo, el prestigioso constitucionalista que se había desempeñado como procurador general de la Nación durante la gestión presidencial de Hipólito Yrigoyen y como ministro del Interior durante la de Marcelo Torcuato de Alvear, y que poco después, en 1932, sería ungido senador. En su respuesta, Matienzo consideró legítimo, aunque con limitaciones, el establecimiento de la ley marcial en el país. De este modo, siguiendo los lineamientos propios de la doctrina inglesa, consideró que si bien aquélla no había sido expresamente prevista por la Constitución Nacional, su procedencia resultaba indiscutible como un remedio que el gobierno podía imponer lícitamente, toda vez que la existencia de ciertas circunstancias de hecho -como la guerra- hicieran peligrar el mantenimiento del orden público. Así las cosas, Matienzo consideró que «... *la ley marcial, proclamada en las primeras horas de la revolución, ha[bía] cesado de existir desde que la paz se ha[bía] restablecido y desde que se ha[bía]n hecho innecesarias las operaciones militares del estado de guerra*». Por otra parte, también advirtió que la vigencia del régimen marcial no significaba el imperio de lo arbitrario,

González Iramain, demócrata progresista de Capital Federal; el 27 de diciembre, Héctor González Iramain, socialista independiente.

²⁶⁷ *Crítica*, 6 de diciembre de 1930, 1ª sección, pág. 7.

sino la puesta en ejercicio de una legalidad especial, que no podía dejar de ser respetada por parte de las mismas autoridades revolucionarias. De ahí que, según Matienzo, su incumplimiento trajese aparejada la posibilidad de que una vez reimplantada la normalidad institucional, sus infractores fuesen juzgados ante los tribunales ordinarios ²⁶⁸.

Además, en tren de mencionar otra muestra del favor con el que contó la ley marcial entre cierto sector de la doctrina nacional, cabe recordar los términos de una propuesta elevada en 1936 por un selecto grupo de administrativas, entre los que se encontraban Rafael Bielsa y Benjamín Villegas Basavilbaso. En ella, nuestros juristas -que se inspiraban en el derecho francés-, llegaron a sostener que, atendiendo a que cabía al Estado la obligación de asegurar la continuidad de la prestación de los servicios públicos, en el caso en que se produjesen interrupciones en éstos a raíz de huelgas, la autoridad podía imponer la continuidad de la prestación merced al recurso de militarizar el referido servicio ²⁶⁹.

En otro orden de cosas, respecto de las voces críticas frente a la ley marcial *septembrina*, puede recordarse lo dicho en el escrito que el teniente 1° Franco presentó en defensa de Severino Di Giovanni, documento en el cual se consideró que la aplicación de técnicas marciales para mantener el orden público se oponía a la vigencia del sistema republicano. Asimismo, allí también se observó que para que la ley marcial pudiese ser aplicada, tenía que producirse una conmoción pública de magnitud análoga a la que podía ocasionar una guerra ²⁷⁰.

También como reacción contra la ley marcial uriburiana, Carlos Sánchez Viamonte y Juan Carlos Rébora escribieron

²⁶⁸ Crítica, 9 de diciembre de 1930, 2ª sección, pág. 9. La opinión de Matienzo fue recordada por Recaredo MAGNESITA, en «La ley marcial y la reforma constitucional»; Gaceta del Foro, t. 97, año XVII, N° 5229, martes 15 de marzo de 1932, pág. 85.

²⁶⁹ Federación de Colegios de Abogados de la República Argentina, ob. cit., pág. 114.

²⁷⁰ Osvaldo BAYER, ob. cit., pág. 83.

sendas obras en las que volcaron sus opiniones contrarias al referido instituto. En cuanto a Sánchez Viamonte, digamos que, en esencia, su tesis pasó por demostrar, primero, que existía una incompatibilidad natural entre el estado de sitio y el régimen jurídico marcial, y segundo, que estando previsto aquél, éste no tenía «*cabida en el sistema constitucional argentino*»²⁷¹. Finalmente, preocupado por evitar que se priorizase la defensa nacional en desmedro de la vigencia de principios jurídicos esenciales²⁷², y recurriendo a un empleo por veces caprichoso de la historia²⁷³, Sánchez Viamonte concluía su trabajo criticando el apoyo brindado a la ley marcial por autores como Amancio Alcorta y Juan Antonio González Calderón²⁷⁴. Por su parte, Juan Carlos Rébora también dedicó ingentes esfuerzos a demostrar la inconstitucionalidad de la ley marcial²⁷⁵. Asimismo, en 1937, al redactar la plataforma electoral de la Unión Cívica Radical, Leónidas Anastasi propuso, integrando el punto 2 del tema «organización política», la «*supresión de la ley marcial, salvo en casos de guerra*»²⁷⁶.

Pero más que la actividad desplegada por la doctrina, a partir de los años '30 lo que resultó gravitante respecto de la ley marcial fue la actuación de los tribunales federales en general, y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular. En este orden de cosas cabe mencionar el breve

²⁷¹ Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, ob. cit., pág. XIII.

²⁷² Idem ant., pág. 138.

²⁷³ V.gr., ídem ant., sobre todo cuando afirma que «*la práctica de la ley marcial ha sido casi nula en la República Argentina desde los comienzos de su historia*», págs. 17 y 85.

²⁷⁴ Idem ant., pág. 157.

²⁷⁵ Juan Carlos RÉBORA, *El estado de sitio y la ley histórica del desborde institucional*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1935, pág.468 y ss.. Además, puede verse, del mismo autor, «El 'estado' de asamblea», artículo publicado en La Ley, t. 2 (1936), pág. 58, y en la Revista del Colegio de Abogados, año XV, t. XIV, N° 2 (marzo-abril de 1936).

²⁷⁶ Osvaldo ÁLVAREZ GUERRERO, *Las razones de la libertad. Las plataformas de la Unión Cívica Radical (1937-1989)*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 1990, pág. 129.

pronunciamiento emitido por la Corte Suprema en autos «Teniente Coronel Lebrero» (1932), sentencia en el curso de la cual los integrantes del tribunal no sólo se manifestaron, implícitamente, a favor de la actuación de las Fuerzas Armadas en asuntos vinculados con el mantenimiento del orden público interno, sino que, además, contribuyeron a tornar inatacable la ley marcial *septembrina*, mediante el tortuoso expediente de afirmar que la muerte ocasionada *ex profeso* por unos militares a un civil anarquista -a quien en 1930 se lo había ultimado en Rosario, en cumplimiento de un bando dictado por la autoridad castrense pertinente-, debía ser considerada como un «*acto de servicio*» y, por ende, únicamente podía ser juzgada por ante la jurisdicción castrense ²⁷⁷.

Poco tiempo después -en marzo de 1933, para ser más precisos-, al abordar una solicitud de *habeas corpus* interpuesta a favor de Marcelo T. de Alvear, la mayoría de los integrantes de la Corte profundizó lo dicho en diciembre del año anterior, con motivo de la resolución del caso «Lebrero». En efecto, en autos «Alvear» el tribunal sentó dos principios fundamentales: primero, que tanto una guerra internacional como un conflicto de carácter civil podían dar lugar a un estado de necesidad colectivo que tornase legítimo el imperio de la legalidad marcial; y segundo, que la posibilidad de imponer el régimen de la ley marcial debía considerarse incluido entre el conjunto de atribuciones con las que contaba el Congreso «*para el gobierno del ejército en tiempo de paz y guerra*» ²⁷⁸. Así las cosas, no puede dudarse que, durante el lapso de tiempo comprendido entre los años 1930 y 1942, tanto la Corte Suprema de Justicia como los tribunales federales inferiores actuaron cohonestando la tendencia a someter a los civiles al conocimiento de los consejos de guerra, abonán-

²⁷⁷ Sentencia de 31 de diciembre de 1932. Véanse *Fallos*, t. 167, pág. 176 y ss..., y *Jurisprudencia Argentina*, t. 40, págs. 323 y 324.

²⁷⁸ Sentencia de 3 de marzo de 1933; en *Fallos*, t. 167, pág. 267.

dose, de este modo, un terreno que bajo el gobierno peronista dio lugar a la vigencia de un régimen jurídico-militar exorbitante. Cabe señalar, empero, que la orientación jurisprudencial favorable al sometimiento de los civiles a la competencia de los tribunales militares, potenciada a partir de la experiencia *septembrina*, no siempre fue igualmente compartida por los magistrados de la justicia ordinaria. En este sentido, puede recordarse algún pronunciamiento posterior de la mismísima Corte Suprema, en el que, limitando la competencia de los consejos de guerra, ésta expresó que aunque un particular estuviese acusado de encubridor en un proceso de naturaleza castrense, el hecho de que el delito de encubrimiento estuviese previsto en el Código de Justicia Militar no suponía óbice alguno para que el civil imputado fuese juzgado por sus jueces naturales ²⁷⁹.

3. Cambios de mentalidad y persistencia de las pretensiones reformistas. Con los inicios de la 2ª República ²⁸⁰, además de consolidarse definitivamente la idea de que la administración de justicia militar sólo correspondía a la Nación y no a las provincias ²⁸¹, las tendencias autonómicas de lo jurídico castrense -perceptibles durante el período anterior- no hicieron sino agudizarse. En efecto, a nivel de la doctrina nacional se fueron consolidando aquellas tesis que pro-

²⁷⁹ Se trata de la sentencia recaída en autos «José Eusebio Vargas y Román Echazú», de 29 de agosto de 1945; en *Fallos*, t. 202, pág. 356.

²⁸⁰ Respecto de la clasificación de la historia política argentina en varias etapas republicanas, véase Alberto David LEIVA y Ezequiel ABÁSULO, *El constitucionalismo argentino en el siglo XX*, Buenos Aires, 1997, *passim*.

²⁸¹ Respecto de este particular, resulta particularmente ejemplificativo lo que aconteció durante la Convención Constituyente bonaerense de 1934, en el curso de la cual se decidió abolir la jurisdicción castrense provincial -prevista en la Constitución de 1889 y en las cartas anteriores-, tras sostenerse que se trataba de «una función que hoy está reservada exclusivamente al Congreso de la Nación». *Debates de la Honorable Convención Constituyente. Actas y despachos de la comisión y subcomisiones*, t. II, La Plata, 1936, sesión de 20 de noviembre de 1934, pág. 581.

pugnaban tanto la autonomía del derecho penal militar como la expansión de la jurisdicción castrense ²⁸². Además, y simultáneamente, la creciente solidez científica demostrada por los expertos en la materia, incidió para que sus opiniones gozasen, de un modo creciente, de mayor trascendencia y prestigio en el foro argentino ²⁸³.

En cuanto a los principales hitos acaecidos durante esta época, cabe indicar que a comienzos de los años '30, mientras persistía en cierto sector de la opinión pública la idea de que la administración de justicia castrense argentina era deficiente ²⁸⁴, buena parte de los más caracterizados cultores de lo jurídico militar consideraban que el código vigente sólo necesitaba ligeros retoques ²⁸⁵, con el objeto de adecuar sus disposiciones al articulado del Código Penal ordinario, al cambio en la forma de efectuar el reclutamiento del personal militar, y a las transformaciones acaecidas en las técnicas bélicas ²⁸⁶. Así las cosas, por decreto de fecha 19 de septiembre de 1932 el Poder Ejecutivo Nacional adjudicó al entonces auditor general de Guerra y Marina, Rodrigo Amorrortu, la tarea de redactar un proyecto de reformas al Código de Jus-

²⁸² Pueden verse ejemplos de lo dicho en: Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia Militar*, cit., *passim*. Román Rodolfo RIVERA, «En el 129º Aniversario de la creación del Cuerpo Jurídico»; *Revista Militar*, N° 462 (julio de 1939), pág. 101 y ss.. Rodrigo AMORRORTU, «Cuestiones relativas a la justicia militar»; *Revista Militar*, N° 446 (marzo de 1938), pág. 598.

²⁸³ Aunque se trate de un pronunciamiento de época posterior, al respecto cabe recordar los términos de un fallo en el que, ventilado un caso de naturaleza no militar, el magistrado federal actuante citó el contenido de un dictamen del auditor general de Guerra y Marina como una autorizada expresión jurídica. Cfr., en *Fallos*, t. 200, pág. 118.

²⁸⁴ Luis R. QUIQUISOLA, «Justicia militar. Capítulos de un libro en preparación»; *Revista Militar*, N° 386, marzo de 1932, pág. 465.

²⁸⁵ Rodrigo AMORRORTU, «Cuestiones relativas a justicia militar»; *Revista Militar*, N° 446, marzo de 1938, pág. 835.

²⁸⁶ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar» (anexo a la *Revista Militar*, 1932), pág. 14. Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, «Discurso pronunciado en nombre del Centro Naval...», cit., pág. 16.

ticia Militar ²⁸⁷. La tarea realizada, sin embargo, no alcanzó mayor repercusión.

Por otra parte, hacia 1935 la posibilidad de reformar el Código de Justicia Militar volvió a preocupar a Benjamín Villegas Basavilbaso -quien por aquel entonces se desempeñaba como asesor letrado del Ministerio de Marina-, cuyo pensamiento en la materia había sufrido una importante evolución desde mediados de los años '20. En efecto, ahora afirmaba que la justicia militar era una función de mando, y que los delitos comunes cometidos por los militares debían ser sometidos al conocimiento de la jurisdicción castrense. Así las cosas, a sus anteriores argumentos para fundar una propuesta reformista, le agregó una nueva razón: la experiencia nacional adquirida a partir de la aplicación del Código Bustillo ²⁸⁸.

No concluyeron aquí las preocupaciones públicas respecto de lo jurídico-militar. Así, a mediados de 1938 el Poder Ejecutivo Nacional acarició la idea de suprimir la jurisdicción de honor ²⁸⁹; en 1940 Francisco L. Albarracín insistió públicamente en reformar el Código de Justicia Militar ²⁹⁰; y, poco tiempo después, un pequeño grupo de legisladores consideró «*indispensable*» encarar la revisión de la legislación penal militar, para adecuarla a las «*necesidades de la época y del progreso*» ²⁹¹.

4. El papel desempeñado por la justicia federal. En este contexto, y aunque sólo le cupo la resolución de relativa-

²⁸⁷ Oscar Ricardo SACHERI, «Exposición de motivos del proyecto de Código de Justicia Militar»; Buenos Aires, 14 de junio de 1949. *Anales de Legislación Argentina*, t. XI-A (1951), pág. 11.

²⁸⁸ Cfr. Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, dictamen de 17 de abril de 1935; en *Cuestiones de derecho administrativo*, cit. Del mismo autor, «Justicia militar», cit..

²⁸⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1941, sesión de 10 de septiembre de 1941.

²⁹⁰ Francisco L. ALBARRACÍN, «Los tribunales de honor en el Ejército Argentino»; *La Nación*, 29 de octubre de 1940, pág. 8.

²⁹¹ Ernesto MICHELSON, *Jurisdicción militar*, cit., págs. 368 y 372.

mente pocas causas sobre la materia, la Corte Suprema desempeñó -como veremos más adelante- un papel excepcional, convalidando una mayor concentración de poderes disciplinarios en las manos de los comandantes militares. Desde luego, las complicaciones propias de esta época, en la que la República se vio convulsionada en todos los órdenes de su existencia, hicieron lo suyo para arribar a este tipo de posturas. Al respecto, conviene no olvidar que la exaltación de las pasiones condujo a distorsiones de tal índole, que no faltó el juez federal que aplaudiese, en sus fallos, una conspiración militar...²⁹². Así las cosas, y teniendo en cuenta la tradicional posición «conservadora» del máximo tribunal, es posible que las circunstancias descriptas sean las que expliquen el por qué de las preocupaciones de la Corte Suprema por el mantenimiento de la disciplina militar y por la defensa del decoro de las instituciones armadas²⁹³.

De este modo, acorde con el resto del panorama argentino, que aceptaba sin mayores cortapisas el protagonismo de las instituciones armadas, la Corte Suprema receptó en sus fallos el reconocimiento de la creciente autonomía castrense. Así, continuando por el camino ya trazado en autos «Teniente Coronel Ángel Hernández» (1927)²⁹⁴, los pronunciamientos del tribunal realimentaron este proceso, al contribuir a una mayor cohesión interna de las Fuerzas Armadas, merced al expediente de potenciar el ejercicio de la autoridad disciplinaria militar. V.gr., esta actitud se percibe en los dos fallos dictados en autos «Francisco Fasola Castaño» (1936). En efecto, en tanto que en el primero de ellos el tribunal estableció la inadmisibilidad de los recursos extraordinarios planteados contra las sanciones disciplinarias impuestas por

²⁹² *Fallos*, t. 197, pág. 341.

²⁹³ Cfr. sentencia de 10 de junio de 1936 en autos «Francisco Fasola Castaño»; en *Fallos*, t. 175, pág. 164.

²⁹⁴ *Fallos*, t. 149, pág. 175.

el presidente de la Nación, en su carácter de comandante en jefe de las fuerzas de mar y de tierra ²⁹⁵, en el segundo -que el actor fundó en la vulneración del derecho de defensa y en la presunta extralimitación del Ejecutivo en la aplicación de la jurisdicción militar-, la Corte Suprema desconoció la procedencia del recurso extraordinario interpuesto, más aún cuando -como en el caso citado- existía la posibilidad de impugnar, por la vía ordinaria, las resoluciones adoptadas ²⁹⁶. Al margen de lo dicho, cabe señalar, además, que, a partir del caso comentado, en el que se había agraviado simultáneamente al dispositivo jurídico militar y al orden penal ordinario, la doctrina concluyó por sostener la improcedencia del planteo de una excepción de *litis pendencia* en sede civil fundada en la sustanciación de un proceso ante la jurisdicción castrense, por considerar no equiparables el juzgamiento de infracciones dirigidas contra la disciplina militar con la comisión del delito común de desacato a la investidura presidencial ²⁹⁷. Asimismo, en otro proceso, la Corte dijo que sólo era posible declarar la nulidad de las resoluciones militares del Ejecutivo cuando éstas estuviesen fundadas en la vulneración de la autoridad de la cosa juzgada -judicial o administrativa- o en el desconocimiento de derechos adquiridos ²⁹⁸. Así las cosas, en «Alfredo Caffaro contra Nación Argentina» (1940), el máximo tribunal resolvió revocar una sentencia de la Cámara Federal de la Capital -que había hecho lugar a una demanda sobre reintegración de grado militar- basándose en que la destitución de un oficial por decreto del Poder Ejecutivo poseía la fuerza de la cosa juzgada administrativa, y sólo

²⁹⁵ Sentencia de 10 de junio de 1936; en *Fallos*, t. 175, pág. 162. Este caso fue citado como jurisprudencia en *Fallos*, t. 186, pág. 349.

²⁹⁶ Sentencia de 10 de junio de 1936; en *Fallos*, t. 175, pág. 173.

²⁹⁷ Emilio L. GONZÁLEZ, «La jurisdicción militar y la criminal común, en relación con la excepción de 'litis pendencia'»; *Gaceta del Foro*, año XXI, N° 6.756, 20 de mayo de 1936, t. 122, pág. 115.

²⁹⁸ Sentencia de 3 de abril de 1940; en *Fallos*, t. 186, pág. 349.

resultaba impugnabile por el procedimiento de la revisión judicial fundada en la presentación de hechos nuevos ²⁹⁹.

Por otra parte, y en lo que se refiere al ejercicio autónomo de la jurisdicción castrense, la Corte Suprema convalidó la intervención del comandante en jefe en las decisiones de la justicia militar, alegando, para ello, su compatibilidad con la garantía del artículo 95 de la Constitución ³⁰⁰, pues, en opinión del tribunal, el referido precepto sólo comprendía la esfera de acción del Poder Judicial, y no la de los tribunales castrenses, que consideró ajenos a aquéllos ³⁰¹. Paralelamente, y pese a la evidente debilidad que padecía, en materia de garantías, una jurisdicción militar así concebida, ésta no dejó de mostrar un insaciable apetito expansivo, manifestado no pocas veces merced a la invocación de un concepto de «acto de servicio» discutiblemente ampliado. Sin embargo, lejos de restringir estas tendencias, la Corte Suprema aceptó que el mantenimiento del orden público fuese considerado como una función militar -proceder en virtud del cual contribuyó a ampliar el ámbito de actuación de los consejos de guerra- ³⁰².

Asimismo, tal como se había perfilado en los años anteriores -pero ahora contrastando todavía más-, el fortalecimiento de la autonomía jurídico-militar fue acompañado por una correlativa *autolimitación* de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores. Dicha postura se expresó en decisorios como «Emilio Ledesma» (1942), en los que se manifestó que la decisión respecto de lo «*más justo o más conveniente* o

²⁹⁹ Sentencia de 12 de abril de 1940; en *Fallos*, t. 186, págs. 393 a 395. Véase también la sentencia de autos «Elisa Schleider de Avellaneda contra Nación Argentina» de 1° de septiembre de 1943; en *Fallos*, t. 196, pág. 491. Posteriormente, en autos «Dolores Ascasubi» la Corte Suprema denominó esta postura como «doctrina de la irrevocabilidad»; en *Fallos*, t. 201, pág. 332.

³⁰⁰ Que prohibía al Ejecutivo intervenir en materia judicial.

³⁰¹ Causa «Francisco Fasola Castaño»; en *Fallos*, t. 175, pág. 182.

³⁰² Causa «Teniente coronel Rodolfo M. Lebrero» en *Fallos*, t. , pág. 182.

más apropiado dentro de la organización del ejército», era materia exclusiva de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y ajena al Judicial ³⁰³. En definitiva, reflejando posiblemente el creciente desequilibrio en el seno de la organización estatal argentina y el correlativo protagonismo de la rama ejecutiva del gobierno, la Corte Suprema de Justicia renunció voluntariamente al ejercicio de un amplio control sobre el ámbito militar. Así las cosas, los miembros del tribunal coincidieron en afirmar que las prerrogativas de la Corte para conocer en grado de apelación de las sentencias pronunciadas en sede castrense, sólo podían tener por objeto determinar si la jurisdicción militar había sido bien aplicada en razón de las personas o de la materia. Por el contrario, ellos mismos consideraron que el tribunal carecía de atribuciones para interpretar genéricamente los estatutos y las leyes militares, en atención a que una postura como esa implicaría anular el precepto constitucional que atribuía *«al presidente de la República el carácter de comandante en jefe de las fuerzas de mar y tierra»* ³⁰⁴.

Acorde con lo que venimos señalando, abundan en la colección de fallos de la Corte Suprema los ejemplos en los que la prescindencia del tribunal se fundó, implícitamente, en el reconocimiento de la autonomía jurídico-militar. De este modo, v.gr., en un juicio de *habeas corpus* se expresó que no correspondía a la justicia federal intervenir *«en apelación o revisión de las actuaciones de las autoridades y tribunales militares»* cuando éstos hubiesen procedido en el ámbito de su *«privativa jurisdicción»*. Asimismo, remitiéndose a los términos de pronunciamientos anteriores, la Corte declaró que la jurisdicción militar era *«exclusiva y excluyente con rela-*

³⁰³ Sentencia de 28 de octubre de 1942 en autos «Emilio Ledesma contra Nación Argentina»; en *Fallos*, t. , pág. 143.

³⁰⁴ Causa «Francisco Fasola Castaño»; en *Fallos*, t. 175, pág. 179.

ción al Poder Judicial de la Nación», y que éste «no podría revisar la interpretación y aplicación hecha por aquélla de la materia contenida en sus propios códigos», a menos que fuese con el propósito de investigar si el tribunal militar contaba con jurisdicción por razón de las personas o de la materia o si concurrían algunas de las demás situaciones previstas en el artículo 14 de la ley N° 48³⁰⁵. Por otra parte, en «Ubaldo Estrada» (1940), la Corte Suprema consideró que «la decisión de un tribunal ordinario o federal en una causa por delito de carácter común, no importa una cuestión prejudicial a los efectos del orden puramente militar, en cuanto la absolución o el sobreseimiento del procesado no impide que las autoridades competentes de este último carácter investiguen y aprecien circunstancias que puedan afectar el decoro del mismo y la disciplina y moral del ejército»³⁰⁶.

Sin embargo, los alcances de esta jurisprudencia no fueron tan rotundos como parecería a simple vista, en la medida en que, en «Frías de Vedia» (1938) y «Recuzzo» (1942), la Corte Suprema expresó sus reparos frente a la tendencia del Ejecutivo a extralimitarse en sus atribuciones con motivo del ejercicio de sus atribuciones reglamentarias³⁰⁷. Por otra parte, cabe señalar, además, que la *autolimitación* tampoco fue total a nivel de los tribunales inferiores. Al menos, así lo demuestra una decisión de la Cámara Federal de la Capital revocando el fallo de un juez inferior por haberse inhibido de actuar y por reconocer competencia a la justicia militar³⁰⁸.

³⁰⁵ Pronunciamiento de 1° de agosto de 1938 en autos «Antonio Corbatta»; en *Fallos*, t. 181, pág. 232.

³⁰⁶ Sentencia de 3 de abril de 1940; en *Fallos*, págs. 345 y 346.

³⁰⁷ Sentencias de 23 de noviembre de 1938 y 6 de febrero de 1942, respectivamente. En *Fallos*, 182:270 y 192:18.

³⁰⁸ *Fallos*, t. 191, pág. 472.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. **Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo.** Respecto a los cambios introducidos en la concreta regulación de la penalidad militar argentina durante el período estudiado en este capítulo, ya hemos dicho que a partir de las reformas introducidas por la ley 4708 se terminó con la posibilidad de la defensa letrada; se subordinó aún más a los funcionarios de la justicia militar; se modificó parcialmente el régimen legal de la obediencia debida; y se ampliaron los plazos de extinción de la acción penal y de la prescripción.

Sin embargo, al margen de estas transformaciones relativamente limitadas, también cobraron vida una serie de interesantes reflexiones y debates. En este sentido, definido el ordenamiento penal militar «*como un derecho penal especial, mas no como un derecho extraordinario o excepcional*»³⁰⁹, algunos operadores advirtieron la necesidad de circunscribir «*la determinación precisa y exacta del verdadero concepto del delito militar y de los elementos que lo caracterizan en relación con el delito común*»³¹⁰. Al respecto, también cabe recordar la preocupación manifestada en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, como el recaído por el Consejo Supremo de Guerra y Marina en autos «Higinio Solís» (1907), en el curso del cual se estableció la improcedencia de una excepción de cosa juzgada fundada en la previa aplicación de un castigo disciplinario, bajo el argumento de que no existía «*sentencia anterior válida, pronunciada por juez competente*»³¹¹.

³⁰⁹ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 9.

³¹⁰ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, t. I, cit., pág. 258.

³¹¹ Sentencia de 20 de julio de 1907. Boletín Militar. Primera Parte, N° 165, 30 de julio de 1907, pág. 620.

Además, durante esta época no resultaron infrecuentes los reclamos de los expertos y de los magistrados, algunos de los cuales sostuvieron que, en ocasiones, en los procesos militares brillaba «*una mera formalidad casi burlesca*»³¹², que la sustanciación de las causas resultaba indebidamente lenta³¹³, y que los defensores no se destacaban por su diligencia, sobre todo en lo atinente a la interposición de los recursos³¹⁴.

Así las cosas, se formularon oportunas propuestas, tendientes a incorporar al Código de Justicia Militar el instituto de la condenación de ejecución condicional³¹⁵; a imponer un régimen más elástico en la aplicación de las penas³¹⁶, que, entre otras cosas, contemplase la distinta jerarquía de los imputados³¹⁷; a eliminar la pena de muerte durante las épocas de paz³¹⁸; a establecer en sede castrense -aun a despecho de la opinión de José María Bustillo- el recurso de apelación³¹⁹; y a incorporar un sistema de jueces de instrucción y de fiscales letrados e inamovibles³²⁰. Al margen de estas cuestiones, empero, el debate mayor giró en torno a la cuestión de la posición de los procesados en sede castrense, sobre todo a

³¹² Palabras del diputado De Tomaso, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 433.

³¹³ Boletín Militar. Primera Parte, N° 8.757, 21 de abril de 1931, pág. 927.

³¹⁴ *Justicia militar. Disposiciones reglamentarias...*, cit., pág. 23.

³¹⁵ Cfr. Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, palabras pronunciadas en el *Cuarto Congreso Nacionalista de la Liga Patriótica Argentina*, cit., pág. 434.

³¹⁶ Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Cuestiones de derecho administrativo*, cit., págs. 20 y 21. Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 14.

³¹⁷ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 70. Demetrio MÁRQUEZ, *Código de Justicia Militar*, cit., pág. XXXIII.

³¹⁸ Demetrio MÁRQUEZ, *Código de Justicia Militar*, ob. cit., pág. VII.

³¹⁹ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 42. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 642.

³²⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, págs. 648 a 651.

partir de que la reforma de 1905 suprimió la posibilidad de la defensa letrada ³²¹. Así las cosas, abundaron las impugnaciones contra el régimen vigente en materia de defensa ³²². Al respecto, cabe recordar que Roque Sáenz Peña denunció los obstáculos que conspiraban contra la tarea de los defensores ³²³, y que un funcionario de la justicia militar señaló que aquéllos estaban impedidos de «*satisfacer ampliamente los sagrados deberes exigidos en virtud de su cargo*» ³²⁴. Como corolario final, no pocos sugirieron la necesidad de volver a autorizar la presencia de letrados civiles ante los consejos de guerra ³²⁵.

b. Figuras penales

1. Innovaciones en la materia. En lo atinente al régimen jurídico particular de los delitos castrenses, cabe reiterar aquí, entre las más importantes innovaciones incorporadas al derecho argentino con la reforma de 1905, que la situación de los procesados por insubordinación a mano armada resultó agravada, luego de establecerse que aquéllos no podrían ser beneficiarios de atenuante alguno; que se tipificó la rebelión militar como toda acción de los individuos del

³²¹ Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Justicia militar*, cit., pág. 35.

³²² Véase, v.gr, un caso en el que el actor alegó que se le había obstaculizado la elección de defensor en *Fallos*, 110, págs. 214 y 215. Además: Carlos Conforti, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1912, t. I, sesión de 1 de julio de 1912, pág. 511. Rodolfo RIVAROLA, «La justicia militar», cit., pág. 82. Rafael M. AGUIRRE, «Fundamentos del voto del vocal de la comisión reformadora del Código de Justicia Militar», cit., pág. 422. Francisco Albarracín, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 646. Diputado Miñones, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1926, t. VI, sesión de 18 de agosto de 1926, pág. 213.

³²³ Defensa del coronel Pedro Toscano. En *Escritos y discursos*, t. III, pág. 229.

³²⁴ Luis R. QUIQUISOLA, *Contribución al estudio...*, cit., pág. 14.

³²⁵ V.gr., véase Ernesto MICHELSON, *Jurisdicción militar*, cit., pág. 213.

Ejército y de la Marina mediante la cual se promoviese, ayudase o sostuviese «*cualquier movimiento armado para alterar el orden constitucional o para impedir o dificultar el ejercicio del gobierno en cualquiera de sus poderes*»³²⁶; y que, en materia de desertión, se reemplazó el requisito de la existencia de una lejanía física determinada, por el de la mera comprobación de que el desertor se encontraba a una «*distancia que evidenci[as]e el propósito de abandonar las filas*»³²⁷.

Asimismo, la jurisprudencia también aportó lo suyo en la materia, definiendo el alcance de ciertos conceptos legales. De este modo, en autos «Aníbal Villamayor» el Consejo de Guerra especial actuante entendió que la atenuación de pena por delito de rebelión, resultante de la deposición de las armas ante la intimación de la autoridad, no resultaba aplicable al caso de aquellos rebeldes que «*se alza[se]n y marcha[se]n en son de guerra por dos días consecutivos, ejerciendo hostilidades en los pueblos del trayecto, para someterse recién*» cuando estuviese «*dominado el movimiento subversivo a que respondía su rebelión*» y cuando se hubiesen «*producido desinteligencias y aboques sangrientos entre las mismas fuerzas subversivas*»³²⁸.

En otro orden de cosas, y al margen de las citadas reformas y aportes jurisprudenciales, cabe señalar aquí que los juristas militares contemporáneos pretendieron incorporar algunas innovaciones respecto de distintas figuras penales. Así, junto con las propuestas reformistas ya comentadas en el curso de las páginas anteriores, resulta oportuno recordar la sostenida preocupación de los operadores jurídico castrenses por introducir en el Código algunos cambios que permitiesen regular realidades nuevas -como las infracciones co-

³²⁶ Artículo 617 del código reformado por la ley 4708.

³²⁷ Artículo 704, inciso 2, del código reformado por ley 4708.

³²⁸ Sentencia de 21 de febrero de 1905. Boletín Militar. Primera Parte, N° 43, 22 de febrero de 1905, pág. 145.

metidas por los aviadores militares ³²⁹-, o mejorar el tratamiento de ciertas figuras frecuentes, o particularmente conflictivas, como la desertión ³³⁰; el hurto, robo, venta y empeño de efectos del Estado de escaso valor ³³¹; y la insubordinación ³³².

c. *Jurisdicción*

1. Cambios en la concepción del ámbito de competencia. Si bien ni la reforma de 1905 introdujo mayores cambios en lo relativo a la jurisdicción castrense, ni las propuestas de reforma posterior alcanzaron sanción legislativa, cabe advertir, empero, que durante la época estudiada en este capítulo se produjo una paulatina transformación en cuanto a los modos de concebir el ámbito de competencia de los tribunales militares. En efecto, haciendo caso omiso de la opinión de los juristas civiles, que aunque en alguna ocasión ponderaron el mecanismo jurisdiccional casatorio desempeñado por el Consejo Supremo de Guerra y Marina ³³³, habitualmente pretendieron restringir el ámbito de actuación de los tribunales castrenses -debido al carácter no permanente y lego de sus magistrados ³³⁴-, a lo largo del período analiza-

³²⁹ Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Cuestiones de derecho administrativo*, cit., pág. 22.

³³⁰ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, cit., t. II, pág. 141.

³³¹ Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de 27 de abril de 1906. *Justicia Militar. Disposiciones reglamentarias...*, cit., pág. 57. Luis R. QUIQUISOLA, *Contribución al estudio...*, cit., pág. 48.

³³² José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 50.

³³³ Así lo sostuvo en 1910 Tomás de VEYGA, en el curso de una conferencia dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Véase al respecto Federación Argentina de Colegios de Abogados, *Cuarta Conferencia Nacional de Abogados. Tucumán, julio 13-18 de 1936. Programas, antecedentes, versión taquigráfica y anexos*, Buenos Aires, 1937, pág. 45.

³³⁴ Dictamen del procurador general de la Nación, Julio Botet, en autos «Criminal, contra José Pagano, por homicidio» (1910); en *Fallos*, t. 113, pág. 407.

do los letrados militares impulsaron, en la práctica cotidiana, la ampliación de la competencia castrense, merced al recurso de considerar extensivamente como «*lugar militar*» a todo sitio «*cerrado o abierto, cercado o libre, destinado a uso militar, o en el cual los militares se encuentren con su unidad o con una parte de ella precariamente alojados o simplemente en marcha*»³³⁵.

III. Mentalidades

a. Cultura jurídica

1. **Grado de conocimiento del derecho vigente.** Lejos de ser óptimo, el conocimiento del derecho vigente resultaba, en no pocas oportunidades, fragmentario, incompleto o carente de actualización entre los diversos operadores que se aproximaban a lo jurídico-castrense³³⁶. La materia jurídico-militar, se decía, incluso, era «*casi desconocida por los profesionales del derecho*». Asimismo, durante los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigencia del Código de 1898, llegó a afirmarse que éste no se hallaba difundido ni «*entre los mismos militares*»³³⁷. Así las cosas, respecto al desconocimiento de las penalidades castrenses cabe recordar lo que sucedió con el pronunciamiento del juez federal Daniel Goytía de autos «Luis Falconi» (1899), que se fundó en disposiciones ya derogadas del Código de 1895³³⁸. Sin em-

³³⁵ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 12.

³³⁶ Puede verse una crítica a «*la falta de conocimiento*» de los jueces militares intervinientes en Rodolfo S. DOMÍNGUEZ, *Defensa del coronel Malarín por el coronel Rodolfo S. Domínguez. Vista fiscal y sentencia absolutoria*, Buenos Aires, Imprenta de José Tragant, 1905, pág. 28.

³³⁷ Eduardo DRAGO, *Recurso interpuesto...*, cit., pág. 55.

³³⁸ *Fallos*, t. 79, pág. 143.

bargo, aún más grave fue lo que aconteció, décadas después, con un dictamen del Consejo Supremo de Guerra y Marina, en el curso del cual sus integrantes reprodujeron equivocadamente un artículo del Código de Justicia Militar, debido a que emplearon una edición desactualizada de él, 17 años después de su reforma por la ley 4708...³³⁹. Así las cosas, es posible que una de las causas de esta penosa situación haya residido en la debilidad -aunque no en la inexistencia, como veremos más adelante- de las estructuras formales de difusión de lo jurídico-castrense, hecho que en no pocas ocasiones incidió para que las novedades jurídico-militares debiesen circular de mano en mano, merced a la colaboración de amigos o de conocidos³⁴⁰.

2. Enseñanza del derecho penal militar. Advertidas las falencias de los operadores jurídicos en el conocimiento del derecho castrense, durante el período que estudiamos la necesidad de establecer una sólida formación en la materia preocupó a muchos contemporáneos. Al respecto, se entendía que la limitada atención brindada a la enseñanza de tópicos vinculados con el derecho penal militar por parte de algunos docentes universitarios³⁴¹ -asunto que nos obliga a mencionar el temprano ejemplo de un Tomás Jofré³⁴², y el más tardío de un Clodomiro Zavalía- y que la formación que al efecto se impartía en el Colegio Militar³⁴³, resultaban insuficientes. Empero, a semejanza de lo acontecido en épocas anteriores, tampoco se logró entonces que el derecho penal

³³⁹ AGE, expediente 45.468.

³⁴⁰ Véase una referencia a lo dicho en la carta ya citada del coronel Pedro Toscano a Roque Sáenz Peña; Campo de Mayo, 8 de marzo de 1905, cit..

³⁴¹ Horacio H. DOBRANICH, «Justicia militar», cit., pág. 300.

³⁴² Lucio Eduardo RACEDO, ob. cit., pág. 98.

³⁴³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. IV, sesión de 29 de septiembre de 1917, pág. 609 y ss..

militar se convirtiese en el objeto de estudio exclusivo de un curso universitario.

Sin embargo, durante esta época abundaron las expresiones de deseos tendientes a implementar la enseñanza sistemática de la penalidad castrense en los centros de formación jurídica superior. Así, se seguía con atención lo acontecido en el extranjero: recordemos que, durante 1912, se había recomendado en Francia el dictado de una asignatura específica en las universidades; que en 1920 había hecho lo propio la comisión codificadora italiana -cuyas aspiraciones se concretarían en marzo de 1930 en la Universidad de Palermo³⁴⁴; y que hacia la misma época se creó una cátedra de derecho penal y procesal militar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Rio de Janeiro³⁴⁵. Empero, al margen del incontrastable prestigio de los modelos extranjeros, lo que influyó notablemente en el creciente interés respecto de este tópico fueron los reiterados reclamos relativos a la necesidad de contar con defensores letrados ante los consejos de guerra, y la admisión, por parte de los operadores jurídicos ordinarios, de su desconocimiento en la materia³⁴⁶.

Así las cosas, existen constancias de que ya a principios del siglo XX se discutía, entre los militares, respecto a la necesidad de crear un instituto dedicado a formar a los juristas castrenses³⁴⁷. Una década más tarde, en pleno auge de las críticas al Código Bustillo, en tanto que el diputado del Barco propuso la creación de una «Escuela de Jurispruden-

³⁴⁴ Joaquín MILAZZO, «La enseñanza universitaria del derecho y del procedimiento penal militar y sus reflejos en los nuevos códigos penales militares italianos de paz y de guerra»; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1949-IV, pág. 18, sección doctrina.

³⁴⁵ Román Rodolfo RIVERA, «En el 129° aniversario de la creación del cuerpo jurídico»; *Revista Militar*, N° 462 (julio de 1939), pág. 107.

³⁴⁶ Véanse ejemplos de lo dicho en las expresiones del diputado Argerich, vertidas en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1905, t. II, sesión de 23 de agosto de 1905, pág. 421; y en las palabras del diputado Demaría, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1921, t. IV, sesión de 29 de septiembre de 1921, pág. 517.

cia Militar», «con el objeto de que los militares estudiaran las leyes y pudiesen aplicarlas conscientemente»³⁴⁸, el artículo 98 del proyecto de código de justicia militar de 1913 previó el dictado de la asignatura derecho militar en la Escuela Superior de Guerra³⁴⁹. Asimismo, contemporáneamente Horacio Dobranich y Francisco Albarracín propusieron, en sendos trabajos, medidas análogas³⁵⁰.

Un lustro después, un antiguo integrante de las comisiones codificadoras decimonónicas, Estanislao Zeballos, insistió sobre el particular. De este modo, nuestro jurista recomendó, en 1918, la creación de un curso universitario de derecho militar, fundándose en el argumento de que «*el estudio de este derecho, codificado y con un sistema de tribunales propios, asume mayor importancia en un país como el nuestro, donde el ejército es el pueblo armado y desempeña, además, funciones generales en la vida común*»³⁵¹. Por otra parte, al año siguiente, Luis Quiquisola se refirió a la necesidad de implementar cursos obligatorios de derecho militar, para formar a los jueces de instrucción castrenses³⁵².

Pese a la escasa repercusión oficial, durante las décadas siguientes el reclamo persistió. De este modo, en 1923 se propuso que los contenidos jurídico-militares dictados en los cursos universitarios de derecho procesal fuesen explicados en la introducción general al estudio del derecho, como una forma de lograr que, en el futuro, dicha materia se estudiase

³⁴⁷ Eduardo DRAGO, *Recurso interpuesto...*, cit., pág. 55.

³⁴⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1912, t. III, sesión de 5 de marzo de 1913, pág. 687.

³⁴⁹ Alfredo PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., pág. 89.

³⁵⁰ Francisco L. ALBARRACÍN, *La justicia militar en la República Argentina*, cit., págs. 20 y 21.

³⁵¹ *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XVIII (1918), pág. 483.

³⁵² Luis R. QUIQUISOLA, *Contribución al estudio...*, cit., págs. 9 y 10.

«como una rama [jurídica] especial»³⁵³. Asimismo, también cabe indicar que en 1924 el teniente coronel Demetrio Márquez recomendó crear «un curso de Derecho Militar en las Facultades de la República»³⁵⁴; que a comienzos de los años '30 el auditor general de Guerra y Marina consideró necesario establecer un curso de aplicación, para formar un competente cuerpo de jueces de instrucción³⁵⁵; y que, a mediados de la misma década, mientras que Carlos Riso Domínguez señalaba la necesidad de instituir estudios superiores sobre la materia³⁵⁶, se intentó establecer una cátedra de derecho militar en la Universidad Nacional de La Plata³⁵⁷.

3. Caracterización de los expertos en la materia.

Aunque por decreto de 14 de octubre de 1905 se estableció la asimilación a la jerarquía castrense de todos los funcionarios letrados de la administración de justicia militar del Ejército; que varios años más tarde se llevó adelante una medida análoga respecto de los de la Armada³⁵⁸; y que era notoria la preocupación existente respecto de la capacidad del personal abocado a las tareas de justicia castrense -como que, incluso, se llegó proponer la formación de personal técnico de reserva, para afrontar las potenciales necesidades de una guerra³⁵⁹-; lo cierto es que salvando el caso de algunas destacadas figuras, las condiciones profesionales de los operado-

³⁵³ Franciso ALBARRACÍN, «Fundamentos del proyecto de reformas al Código de Justicia Militar», *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 607.

³⁵⁴ Demetrio MÁRQUEZ, *Código de Justicia militar*, San Juan, Talleres Gráficos del Boletín Oficial, 1924, pág. XXVI.

³⁵⁵ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 16.

³⁵⁶ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, t. I, cit., pág. 17 y ss..

³⁵⁷ Román Rodolfo RIVERA, art. cit., pág. 107.

³⁵⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1938, t. I, sesión de 13 de mayo de 1938, pág. 67. Idem ant., año 1938, t. IV, sesión de 13 de septiembre de 1938, pág. 786.

³⁵⁹ Román Rodolfo RIVERA, art. cit., pág. 106.

res jurídico-militares no eran de lo más satisfactorias. De este modo, entre los contemporáneos se llamaba la atención sobre la «*poca eficiencia de los auditores*» -característica que se pretendía subsanar mediante la implementación de concursos públicos para acceder a las plazas ³⁶⁰-, y, por sobre todas las cosas, se criticaba frecuentemente a los jueces de instrucción. En efecto, al tiempo que a estos últimos se los consideraba poco idóneos ³⁶¹, que se reclamaba que fuesen letrados ³⁶², y que se denunciaban sus errores y sus omisiones ³⁶³, cundía la idea de que los instructores carecían de aquel «*caudal de conocimientos en la materia que requiere el desempeño de su sagrada misión*» ³⁶⁴, y que habitualmente, «*con muchas y notables excepciones*», permanecían «*más atentos al formulario que ayuda a evitar nulidades y errores, que al hecho que vive y palpita casi siempre en las páginas del proceso*» ³⁶⁵. Así las cosas, y aunque paulatinamente los operadores jurídico-militares se fueron «*penetrando mejor*» del «*espíritu y alcance*» de la normativa castrense ³⁶⁶, se les reprochaba, en general, un «*criterio demasiado estricto y estrecho*» ³⁶⁷, y un rigor tan excesivo en la aplicación de la penalidad, que se lo tildó, sin eufemismo alguno, de poco racional y de escasamente discreto ³⁶⁸.

³⁶⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 650.

³⁶¹ Rafael M. AGUIRRE, «Fundamentos del voto del vocal de la comisión reformadora del Código de Justicia Militar», cit., pág. 422.

³⁶² Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Justicia Militar*, cit., pág. 35.

³⁶³ Rodrigo AMORRORTU, «Cuestiones de justicia militar»; *Revista Militar*, N° 445 (febrero de 1938), pág. 318.

³⁶⁴ Luis R. QUIQUISOLA, *Contribución al estudio...*, cit., pág. 6.

³⁶⁵ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 15.

³⁶⁶ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 41.

³⁶⁷ Diputado Argerich, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1899, t. II, sesión de 1° de diciembre de 1899, pág. 490.

³⁶⁸ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 52.

Además, se afirmaba que, a partir de «*la práctica misma del Código*», se habían desnaturalizado muchas de sus prescripciones ³⁶⁹.

4. Literatura jurídico-militar argentina de la época. Aun cuando seguía faltando una publicación periódica especializada, durante esta época se produjo un notable crecimiento cuantitativo y cualitativo de la literatura jurídico-militar nacional. Así las cosas, junto con la nada despreciable atención brindada por los diarios ³⁷⁰ -cuya postura frente a la materia mereció, sin embargo y en no pocas ocasiones, la crítica de los militares ³⁷¹-, no sólo se contó con la publicación de folletos ³⁷² -sobre todo durante la primera década del siglo XX- y de artículos especializados ³⁷³, sino también con la de sentencias ³⁷⁴, de proyectos y de algunas obras de mayor alcance, como la de Carlos Risso Domínguez ³⁷⁵.

Al margen de lo referido, cabe que aquí nos detengamos brevemente para referirnos a dos valiosos emprendimientos

³⁶⁹ FRANCISCO ALBARRACÍN, «Fundamentos del proyecto de reformas al Código de Justicia Militar», *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 605.

³⁷⁰ V.gr., véase lo dicho por el diputado Nicolás Repetto en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1926, t. VI, sesión de 18 de agosto de 1926, pág. 210.

³⁷¹ RODOLFO S. DOMÍNGUEZ, *Proceso al ex-intendente militar de guerra. Acusación, instrucción judicial, vista fiscal y la defensa. Documentos ilustrativos. Sentencia absolutoria del Consejo de Guerra*, La Plata, Imprenta El Día, 1899, págs. 5, 6, 88, 89. JOSÉ MARÍA BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 52.

³⁷² V.gr, puede verse un listado que incluye algunos de éstos en *Revista Militar*, N° 372 (enero de 1932), pág. 39 a 46.

³⁷³ V.gr, cabe mencionar la serie de artículos de Rodrigo AMORRORTU, publicada en 1938 y titulada «Cuestiones relativas a justicia militar».

³⁷⁴ De este modo, cabe consignar que a partir de noviembre de 1908, la *Revista del Círculo Militar* -dirigida por quien años después sería el auditor general de Guerra y Marina, Rodrigo AMORRORTU- comenzó a publicar una sección titulada «jurídico-militar». Cfr. *Revista del Círculo Militar*, N° 95 (noviembre de 1908), pág. 256.

³⁷⁵ Publicados en 1939, los dos tomos de *La justicia militar* de Carlos Risso DOMÍNGUEZ reproducían algunos de sus dictámenes y la parte central de la información que, en 1926, se redactó junto con el proyecto de ley de disciplina militar.

oficiales encarados durante esta época: el *Digesto de Guerra* y el volumen sobre *Justicia Militar* editado por el Ministerio de Guerra. En cuanto al primero, que en un principio se concibió de aparición quinquenal, corresponde señalar que su confección fue dispuesta en 1905 por el Poder Ejecutivo Nacional, con el objeto de facilitar «*la divulgación de las leyes y disposiciones cuyo conocimiento y aplicación son obligatorios en el ejército*»³⁷⁶, y que su dirección se adjudicó al comandante Maligne³⁷⁷. En lo atinente al segundo, la iniciativa de su formación partió del entonces ministro de Guerra, general Gregorio Vélez, quien a fines de 1913 adjudicó a la Auditoría General de Guerra y Marina la tarea de recopilar, en su solo volumen, todas las disposiciones vigentes relativas a la administración de justicia militar³⁷⁸.

Asimismo, en cuanto a trabajos de investigación desarrollados desde el ámbito universitario, cabe consignar que durante todo este período se produjo un interesante ramillete de estudios. De este modo, ya en 1899 Teófilo de la Colina obtuvo su grado de doctor por la Universidad de Buenos Aires merced a una tesis en la que se ocupó de indagar sobre las atribuciones del comandante en jefe de las Fuerzas Armadas respecto de la administración de justicia militar. Tres lustros más tarde, mientras que en el Congreso y en la prensa se polemizaba respecto de la posibilidad de reformar el orden penal militar nacional, Horacio Dobranich presentó, en la misma casa de estudios, una tesis doctoral caratulada «*Justicia Militar Argentina*», en el curso de la cual incluyó un proyecto de código, integrado por 705 artículos. Por su par-

³⁷⁶ Boletín Militar. Segunda Parte, N° 38, 9 de noviembre de 1905, pág. 119.

³⁷⁷ Boletín Militar. Primera Parte, N° 260, 22 de noviembre de 1907, págs. 1003 y 1004. NEMO, «*Novedades bibliográficas*»; Revista del Círculo Militar, N° 88 (abril de 1908), págs. 30 y 31.

³⁷⁸ Oficio del auditor general de Guerra y Marina, Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, al ministro de Guerra, general Gregorio Vélez; Buenos Aires, 17 de diciembre de 1913. En *Justicia Militar. Disposiciones reglamentarias...*, cit., pág. 7.

te, un año después, en 1914, Francisco L. Albarracín, un jurista castrense que, como se recordará, en 1923 llegó a proponer una modificación completa al Código de Justicia Militar, y que entre 1928 y 1930 se desempeñó como auditor general de Guerra y Marina, presentó, también en la Universidad de Buenos Aires, una tesis titulada «La justicia militar en la República Argentina». Análogo tema también fue tratado en la tesis de Juan Ignacio Arregui, que se presentó en la universidad porteña durante el transcurso de 1916. Asimismo, cabe señalar que, ya casi concluyendo el período que analizamos en este capítulo, durante 1940 Ernesto Michelson escribió, para el Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, un grueso trabajo, de casi cuatrocientas páginas, referido a la jurisdicción militar. Finalmente, con el mismo objeto, en agosto del año siguiente Lucio Eduardo Racedo sometió a la aprobación de Clodomiro Zavalía un extenso estudio sobre los antecedentes de la justicia militar argentina.

5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico-castrenses. Junto con los trabajos de la doctrina nacional -mencionados en el apartado anterior-, durante el período que se estudia en este capítulo los operadores jurídico-castrenses argentinos también recurrieron a las enseñanzas y a los ejemplos sentados por autores y por tribunales extranjeros ³⁷⁹. Así las cosas, y a partir del predominio de ciertos autores y tendencias, cabe distinguir dos épocas muy distintas: una primera, que llega hasta bien avanzada la tercera década del siglo XX, y que, aunque parezca contradictorio, se caracterizó por el simultáneo predicamento del derecho positivo alemán y de la doctrina francesa; y una segunda, que extendida hasta finales del período, se identificó con la re-

³⁷⁹ Véase al respecto, Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, cit., t. II, pág. 22 y ss..

cepción, en el país, de las enseñanzas de la escuela italiana de derecho militar.

En cuanto a los lineamientos de la primera época, corresponde consignar aquí que a pesar de que durante las primeras décadas del siglo XX el código de justicia militar francés³⁸⁰, los debates parlamentarios galos y la obra de algunos juristas de la misma nacionalidad, como Barthelemy³⁸¹, fueron seguidos con particular unción por los expertos argentinos, para los operadores jurídico-castrenses nacionales el «modelo» por antonomasia en materia de derecho penal militar no residía en Francia, sino en Alemania³⁸². De este modo, las disposiciones jurídico-castrenses teutonas -las que, curiosamente, fueron conocidas en la Argentina gracias a la pluma de los escritores franceses³⁸³- proporcionaron una serie de argumentos múltiples y proteicos, que fueron tan aptos para proponer la transformación del régimen disciplinario militar nacional³⁸⁴, como para recomendar la inamovilidad de los magistrados militares³⁸⁵ y para argumentar en pro de la

³⁸⁰ Jorge ARGERICH, *Proceso del teniente Ávalos. La contienda de competencia y su solución*, Buenos Aires, Establecimiento Tipográfico Kosmos, 1904, pág. 10.

³⁸¹ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, t. I, cit., pág. 90.

³⁸² Copia mimeografiada de una carta dirigida al diputado Francisco Albarracín por un militar español; Buenos Aires, 4 de julio de 1922. AGN, Fondo Justo, caja 26, doc. 6.

³⁸³ Entre los que se destaca, nítidamente, la obra del capitán ARNOLLET. Cfr. al respecto: José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 68. Informe de la Comisión Reformadora del Código de Justicia Militar; en Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., pág. XXII. Rafael M. AGUIRRE, «Fundamentos del voto del vocal de la comisión reformadora del Código de Justicia Militar», cit., pág. 423. FRANCISCO L. ALBARRACÍN, «Fundamentos del proyecto de reformas al Código de Justicia Militar»; *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 648. Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La Justicia Militar*, t. I, cit., pág. 79.

³⁸⁴ Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., pág. 97.

³⁸⁵ Rafael M. AGUIRRE, «Fundamentos del voto del vocal de la comisión reformadora del Código de Justicia Militar», cit., pág. 422. «Los jueces militares deben ser inamovibles»; *La Argentina*, N° 8.131, 22 de enero de 1923, pág. 2.

absoluta supresión de la jurisdicción militar de tiempos de paz ³⁸⁶. En cuanto a los motivos de este peculiar éxito, cabe vincular el prestigio del derecho castrense germano con el paralelo reconocimiento que, por aquellos días, tuvo entre los argentinos la denominada «escuela militar alemana» ³⁸⁷.

Hacia los años '30, y como ya lo hemos adelantado, un espacio modélico análogo al que gozó lo alemán a comienzos de la centuria fue adjudicado a las enseñanzas de la escuela italiana de derecho procesal militar. De este modo, los argentinos -cuyas revistas entonces tradujeron trabajos de los especialistas italianos ³⁸⁸ y ofrecieron un creciente espacio para comentar diversos títulos de la doctrina peninsular ³⁸⁹- se volcaron a ponderar las escritos de las comisiones codificadoras italianas de la década del '20 ³⁹⁰, y a remitirse a las obras de Manzini ³⁹¹ y de Pietro Vico, cuyas doctrinas en la materia se reputaban «*como las más exactas*» ³⁹².

Finalizando con esta apartado, y al margen de lo dicho, cabe consignar, además, que los operadores argentinos también recurrieron a otros textos jurídicos extranjeros. Entre éstos, debe mencionarse la jurisprudencia norteamericana,

³⁸⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1927, t. I, sesión de 19 de mayo de 1927, pág. 40.

³⁸⁷ Fernando GARCÍA MOLINA, «La germanización del ejército en la Argentina de comienzos de siglo», en *Todo es Historia*, N° 275 (mayo de 1990), pág. 87. Se puede observar una manifestación de la presencia militar teutona en nuestro país en José Luis PICCIUOLO, «Historia de la Escuela Superior de Guerra», en *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, (abril-junio de 1995), pág. 9 y ss..

³⁸⁸ Véanse, a manera de ejemplo, los comentarios insertos a la traducción del artículo de Pietro VICO, titulado «El delito exclusivamente militar», que apareció en el N° 439 de la *Revista Militar* (agosto de 1937), pág. 411, nota 1.

³⁸⁹ V.gr., véase *La Ley*, t. 18, pág. 32, sección revista de revistas.

³⁹⁰ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, t. I, cit., pág. 17.

³⁹¹ Carlos SMITH, *Alegatos de defensa del mayor Baldassarre*, Buenos Aires, Liga pro absolución del mayor Baldassarre, 1928. Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 9.

³⁹² Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 10.

prestigiada por el hecho de que estaba «*fundada en textos legales que han servido a los nuestros de modelo*»³⁹³, y la doctrina española, entre cuyos autores podemos mencionar a Miguel de Schar y Salas³⁹⁴, a Vicente Armada y López³⁹⁵, y a F. Cabrerizo³⁹⁶.

b. Tendencias

Entre las principales tendencias que caracterizaron las mentalidades jurídico-castrenses argentinas de la época, cabe que hablemos aquí del predominio de las preocupaciones disciplinarias, del auge de la noción de autonomía del derecho penal militar, y de la actitud de los operadores jurídicos nacionales frente al derecho extranjero.

1. La preocupación «disciplinaria». A pesar de la férrea oposición de algunos juristas -como aquellos que integraron la comisión reformadora de 1913³⁹⁷-, en la Argentina de la época se fue imponiendo paulatinamente la idea de que la administración de justicia militar era una función de mando³⁹⁸. Así las cosas, dicha doctrina, elaborada en su hora por

³⁹³ Sentencia de la Corte Suprema en autos «Teniente Pedro A. Quiroga» (1905), ya citada; en *Fallos*, t. 101, pág. 364.

³⁹⁴ Se trata de su comentario al Código Penal Militar, de 1872. Cfr. Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 13.

³⁹⁵ Luis R. QUIQUISOLA, *Contribución al estudio...*, cit., pág. 5.

³⁹⁶ *Idem ant.*, pág. 17.

³⁹⁷ Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., pág. 87. En análogo sentido: Edmundo SEUROT, «Justicia militar»; Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, N° 54 (septiembre de 1915), pág. 358 y ss.. Vista fiscal de Adolfo Rawson en autos «Ángel E. Herrera contra Tadeo Méndez Saravia», de 19 de septiembre de 1927; Gaceta del Foro, N° 3867, t. 74, pág. 378 y ss..

³⁹⁸ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, t. I, cit., *passim*.

José María Bustillo ³⁹⁹, fue receptada tempranamente por las autoridades del Ministerio de Guerra en oportunidad de considerar que escapaba a las facultades del Consejo Supremo de Guerra y Marina establecer, para los integrantes de los consejos de guerra, un régimen de licencias que fuese distinto al fijado por las prescripciones generales para todas las Fuerzas Armadas ⁴⁰⁰. Así las cosas, en los cimientos de esta peculiar concepción subyacía la idea de que el fin primordial de la justicia militar pasaba por mantener la disciplina ⁴⁰¹, a la que se consideraba como «*la base de la institución castrense*» ⁴⁰², y como la «*virtud militar por excelencia*», de la que dependía, «*más que de cualquier otro elemento, la eficacia de un ejército*» ⁴⁰³. De allí que se afirmase, también, que el mantenimiento de la disciplina constituía «*la finalidad de todo código de justicia militar*» ⁴⁰⁴, y que velar por su vigencia era lo mismo que «*hacer justicia*» ⁴⁰⁵. Este predominio de lo disciplinario -bueno es señalarlo- no fue exclusivo de los juristas

³⁹⁹ Véase una reiteración de esta doctrina en José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 76 y ss..

⁴⁰⁰ Boletín Militar. Segunda Parte, N° 40, 24 de noviembre de 1905, pág. 146. En el mismo sentido, cabe consignar que, por resolución del Ministerio de Guerra de 5 de noviembre de 1907, se afirmó que la justicia militar era «una función del mando militar». *Justicia militar. Disposiciones reglamentarias...*, cit., pág. 26.

⁴⁰¹ José María BUSTILLO, «Razones que informan las reformas al Código de Justicia Militar», cit., pág. 442. Guillermo TEOBALDI, *Código de Justicia Militar*, cit., págs. 7 y 8. Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, «Discurso pronunciado en nombre del Centro Naval...», cit., pág. 14.

⁴⁰² José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 38. Rómulo PÉREZ, *Defensa y sentencia en la causa seguida al alférez D. Guillermo Teobaldi del Regimiento N° 5 de Caballería de Línea, acusado de insubordinación con vías de hecho. Buenos Aires, febrero 20 de 1899*, Buenos Aires, Imprenta Roma, 1899, pág. 15.

⁴⁰³ Román Rodolfo RIVERA, art. cit., pág. 105.

⁴⁰⁴ FRANCISCO L. ALBARRACÍN, «Fundamentos del proyecto de reformas al Código de Justicia Militar», *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 604.

⁴⁰⁵ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 4.

castrenses, sino que también gravitó en el pensamiento de los civiles ⁴⁰⁶. Tal el caso, por ejemplo, de Ramón S. Castillo, quien definió «*los delitos militares*» como «*las infracciones contra la disciplina y la obediencia*» ⁴⁰⁷.

En definitiva, en tanto que tendiese a la conservación de la disciplina -considerada como una «*ley suprema*» que no podía limitarse «*por consideraciones de ningún género*»-, para los operadores contemporáneos, la justicia militar constituía «*un acto de autoridad*» ⁴⁰⁸ y «*uno de los tantos servicios imprescindibles del ejército*» ⁴⁰⁹.

2. La autonomía de lo jurídico-militar. Como un fenómeno próximo al creciente protagonismo de las preocupaciones «disciplinarias», cabe señalar aquí que durante el período estudiado en este capítulo cobró progresiva importancia la idea de que lo penal militar constituía un ámbito jurídico necesariamente autónomo respecto del derecho ordinario ⁴¹⁰. Al respecto, téngase presente que dicha tendencia se apoyaba, fundamentalmente, en la noción que hemos comentado más arriba, vale decir, que el orden normativo militar se dirigía, antes que a garantizar la vigencia de los derechos individuales, a mantener el imperio de la disciplina castrense ⁴¹¹. De este modo, pues, para los operadores jurídico-militares contemporáneos la esencia de este derecho penal -que no ocultaba una clara vocación intimidatoria ⁴¹², y que sólo se

⁴⁰⁶ V.gr., *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 429.

⁴⁰⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1932, t. II, sesión de 27 de septiembre de 1932, pág. 438.

⁴⁰⁸ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., págs. 4 y 11. En sentido análogo, Francisco L. ALBARRACÍN, «La justicia militar en la República Argentina», pág. 20.

⁴⁰⁹ Ernesto MICHELSON, *Jurisdicción militar*, cit., pág. 147.

⁴¹⁰ Demetrio MÁRQUEZ, *Código de Justicia Militar*, cit., pág. X.

⁴¹¹ Román Rodolfo RIVERA, art. cit., págs. 105 y 106.

⁴¹² Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., págs. 5 y 6.

preocupaba por la vigencia de los derechos individuales en tanto éstos no colisionasen con el fin disciplinario primordial ⁴¹³. no reposaba tanto en los «*principios inmutables de justicia*», sino en el arraigado concepto de que lo jurídico-militar debía resguardar «*la obediencia y sumisión del soldado*» y «*la autoridad y conducta de los comandos, en el interés primordial de conservar la disciplina*» ⁴¹⁴. Pese a todo, empero, cabe reconocer que el carácter «*especial de la jurisdicción disciplinaria militar*» no excluía «*la posibilidad de su adaptación a los nuevos principios introducidos en el orden común en materia penal*», en la medida en que ellos resultasen conciliables «*con las necesidades primordiales del orden militar*» ⁴¹⁵.

Así las cosas, José María Bustillo fue uno de los más entusiastas defensores de la especificidad del derecho penal militar. Al respecto, cabe recordar que, para el codificador - que no se cansó de afirmar que «*la constitución y las leyes militares*», tenían fines y medios «*diversos*» ⁴¹⁶-, la peculiaridad de lo jurídico-castrense provenía de su objeto, que no era otro que colaborar para que la acción conjunta de los integrantes de las Fuerzas Armadas estuviese, paradójicamente, en condiciones de garantizar, de un modo eficiente, la vigencia de todos los intereses y de los derechos amparados por la Constitución Nacional ⁴¹⁷. Mientras tanto, otros expertos en la materia sostenían que el Código de Justicia Militar debía «*evitar las analogías*» con el derecho penal común, para «*fun-*

⁴¹³ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 47. En el mismo sentido: Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, t. I, cit., pág. 37. Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 7.

⁴¹⁴ Dictamen del Procurador General de la Nación, Julio Botet, en autos «Criminal, contra José Pagano, por homicidio» (1910), ya citado; en *Fallos*, t. 113, págs. 407.

⁴¹⁵ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, t. I, cit., pág. 85.

⁴¹⁶ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., págs. 13 y 18.

⁴¹⁷ *Idem ant.*, págs. 13 y 14.

dar la organización disciplinaria en sus propias bases» ⁴¹⁸. Además, como corolario de este tipo de afirmaciones, llegó a decirse que «*introducir en las leyes penales militares los principios propios del derecho penal*» significaba «*tanto como bregar por la destrucción de las Fuerzas Armadas*» ⁴¹⁹.

En otro orden de cosas, corresponde tener presente que la concepción «autonómica» del derecho penal militar también prohió una tendencia jurisdiccional exorbitante: de este modo, durante los años '30 se afirmó que, con la vigencia del concepto de nación en armas, la jurisdicción militar «*podría llegar a comprender a la casi totalidad de la población*» en tiempo de guerra ⁴²⁰. Evidentemente, por aquel entonces habían quedado muy atrás algunos tempranos pruritos surgidos frente a la posibilidad de una excesiva ampliación de la jurisdicción militar... ⁴²¹.

Finalmente, a la hora de juzgar las mutaciones de mentalidad acaecidas en la materia, digamos que el apoyo demostrado por los operadores jurídico-castrenses a la idea de un derecho militar concebido como una realidad autónoma, distinta, y si se quiere distante, del orden jurídico general, obedeció a diversas razones. Desde luego, no por evidente puede dejar de mencionarse la natural tendencia de los especialistas a diseñar principios y argumentaciones a partir de los cuales subrayan las peculiaridades de un área del quehacer jurídico, actitud que, por cierto, no tuvo por qué ser ajena a los hombres del foro castrense. Empero, lo que revistió capital importancia fue, a no dudarlo, la concreta enseñanza aprendida en el transcurso de la práctica jurídico-castrense. En efecto, la penosa experiencia suscitada por la aplicación

⁴¹⁸ Guillermo TEOBALDI, *Código de Justicia Militar*, cit., pág. 12.

⁴¹⁹ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 6.

⁴²⁰ Román Rodolfo RIVERA, art. cit., pág. 106.

⁴²¹ V.gr., *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1906, t. I, sesión de 3 de agosto de 1906, pág. 579.

del Código de 1895 -tan atento a los principios del derecho penal común-, con la correspondiente secuela de causas acumuladas sin ser resueltas, de procesos lentos y engorrosos, y de una multitud de personal militar distraído de sus funciones esenciales, dejó un sabor amargo en los responsables de la conducción castrense. Así las cosas, a partir de su sustitución, las normas del derecho penal militar argentino desandaron el camino recorrido por los codificadores de 1895, para adecuarse estrechamente a las necesidades de las instituciones armadas nacionales ⁴²².

3. La reacción nacionalista. En el campo de las fuentes del derecho penal militar, la ponderación de la experiencia surgida a partir de la aplicación del Código de 1895 también ejerció su gravitación. En efecto, fue así que, frente a la erudición cosmopolita de su articulado, el codificador Bustillo opuso el valor de la experiencia fundada en razones de orden práctico ⁴²³. De modo análogo, mientras que a comienzos del siglo XX las autoridades nacionales advertían frente a los riesgos de aplicar «*reformas determinadas por ideas nuevas y por necesidades no sentidas*» ⁴²⁴, desde otros ámbitos relacionados con el quehacer castrense también se criticaba la constante referencia al ejemplo extranjero -del cual se decía que «*no siempre tiene buena aplicación entre nosotros*»-, y se insistía en obtener enseñanzas de la «*propia experiencia, de la educación del pueblo, del temperamento de nuestros hombres, del ambiente social dentro del cual nos desenvolvemos*

⁴²² Memoria del Ministerio de Guerra y Marina, año 1896, págs. 46 a 51.

⁴²³ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., págs. 48 y 58.

⁴²⁴ Mensaje del Poder Ejecutivo elevando al Congreso un proyecto de reformas al código de justicia militar. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1914, t. I, sesión de 29 de mayo de 1914, pág. 505.

y, sobre todo y ante todo, de los principios fundamentales sobre que descansa nuestra carta constitucional»⁴²⁵.

Así las cosas, y pese a que el derecho comparado seguía interesando a los expertos⁴²⁶, sobre todo a partir de los años '20 se abrió paso en la Argentina una sólida concepción jurídico-militar nacionalista, a tono con el auge de aquellas tendencias que relacionaban la eficiencia de un orden normativo con su adecuación a la idiosincrasia de los pueblos, a su grado de civilización, y a las condiciones geográficas y políticas de cada país⁴²⁷. De este modo, al calor de dicha «reacción nacionalista» -en virtud de la cual se preconizó «la formación de un derecho nacional», que extrajese «de nosotros mismos los elementos básicos de toda reforma legislativa»⁴²⁸-, no sólo se revalorizaron las viejas ordenanzas de Carlos III, que de vetustas y criticables pasaron a ser adjetivadas de «famosas y sabias»⁴²⁹, sino que, en líneas generales, todo el aparato penal militar argentino pasó a ser merecedor de elogios. En efecto, se habló así de la «excelencia» de la organización jurídico-militar argentina⁴³⁰ -incluso se afirmó que ésta era mejor que la francesa⁴³¹-, y de las bondades de un código como

⁴²⁵ Diputado R. S. DOMÍNGUEZ, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1902, t. I, sesión de 10 de septiembre de 1902, pág. 984. En el mismo orden de cosas, véase: «Código de Justicia Militar. Por el teniente coronel Demetrio Márquez», cit. Demetrio MÁRQUEZ, *Código de Justicia Militar*, cit., pág. VII. Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, *Cuestiones de derecho administrativo*, cit., pág. 18. Rodrigo AMORRORTU, glosado en Oscar Ricardo SACHERI, «Exposición de motivos...», cit., pág. 13. Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, cit., t. II, pág. 23.

⁴²⁶ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, cit., t. II, pág. 22 y ss..

⁴²⁷ Lucio Eduardo RACEDO, ob. cit., pág. 77.

⁴²⁸ Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, *La justicia militar*, cit., t. II, págs. 23 y 24.

⁴²⁹ FRANCISCO L. ALBARRACÍN, «Los tribunales de honor en el ejército argentino»; *La Nación*, octubre de 1940. En un sentido análogo, del mismo autor, *La justicia militar en la República Argentina*, cit., pág. 14. JOSÉ MARÍA BUSTILLO, «Razones que informan las reformas al Código de Justicia Militar», cit., pág. 446.

⁴³⁰ Rodrigo AMORRORTU, «Justicia militar», cit., pág. 14.

⁴³¹ Del mismo autor, «Cuestiones relativas a justicia militar», *Revista Militar*, N° 446 (marzo de 1938), cit., pág. 51.

el de Bustillo, al que supuestamente sólo cabía efectuarle algunos ligeros retoques ⁴³².

Finalmente, frente a la inquietud del lector curioso, en quien se puede despertar cierta perplejidad, en tanto que damos a entender que con simultaneidad a la recepción de las enseñanzas de la escuela italiana de derecho militar se produjo en el país el auge de una reacción jurídico-castrense nacionalista, cabe responder aquí que la paradoja es sólo aparente. En efecto, podemos afirmar que ambos movimientos no fueron contrapuestos, sino complementarios, debiéndose el éxito de las doctrinas italianas, precisamente, al hecho de que éstas se adecuaban perfectamente a los lineamientos trazados por el nacionalismo jurídico, al que proporcionaron, además, una sólida legitimación teórica.

IV. Consideraciones generales

1. Vinculaciones entre la mentalidad jurídico-castrense y la situación militar argentina. Si bien, de acuerdo con los testimonios de los contemporáneos, las experiencias específicamente castrenses ejercieron un gravitante papel en la conformación del derecho penal militar ⁴³³, en tren de acercarnos a la cabal comprensión del derrotero particular del ámbito jurídico-castrense argentino no sería acertado relacionar todos y cada uno de los cambios acaecidos en esta área con análogas transformaciones del universo militar. Empero, desde luego, no nos equivocamos al decir, que, respecto de ciertas cuestiones, el imaginario colectivo de los operadores jurí-

⁴³² Idem ant., Revista Militar, N° 445 (febrero de 1938), pág. 317. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 605.

⁴³³ Dictamen del auditor general de Guerra y Marina, Carlos RISSO DOMÍNGUEZ, de 6 de septiembre de 1919. Reproducido en *Fallos*, t. 130, pág. 236.

dico-castrenses fue particularmente atento a las mutaciones mentales del resto de los hombres de armas.

De este modo, cabe tener muy presente que, al menos durante los tres primeros lustros del siglo XX, tanto el Ejército como la Armada sufrieron un profundo proceso de cambios, que en el caso de la primera de las fuerzas mencionadas, afectó amplia y profundamente toda su organización⁴³⁴. Fue entonces que comenzó a cobrar vida en el país una cosmovisión militar mucho más expansiva que la que había predominado en el pasado; perspectiva en virtud de la cual se sostuvo que la defensa del estado debía ser considerada como algo omnicomprensivo, abarcador de todas las esferas del quehacer nacional. Así las cosas, como expresión de la peculiar sensibilidad de los operadores jurídico-castrenses frente a estas novedades, cabe considerar, como particularmente ejemplificativo, lo dicho por el varias veces recordado Francisco Albarracín, cuando en 1923, haciéndose eco de las nuevas tendencias que se imponían en el seno del Ejército, sostuvo que la defensa nacional requería el aprovechamiento de todas las fuerzas vivas de la patria, y exigía, por lo tanto, que «*las industrias y el comercio*» se vinculasen «*poterosamente ... con las instituciones armadas del país*»⁴³⁵.

2. Apariencias y realidades. Pese a lo que podría parecer a simple vista, previo a confrontar la concreta evolución de la realidad jurídico-militar argentina, durante el período 1899-1942 cobraron vida intensos debates, en los que confluyeron concepciones antagónicas. Desde luego, esta reflexión no surge del examen de los limitados cambios introducidos en la legislación, sino de lo actuado en el campo de la juris-

⁴³⁴ Para todos estos temas, véase Augusto C. RODRÍGUEZ, *Reseña histórica del Ejército Argentino (1862-1930)*, Buenos Aires, Secretaría de Guerra, Dirección de Estudios Históricos, 1964.

⁴³⁵ Transcripto en José A. YELPO, *Ejército, política, proyecto alternativo: 1920-1943*, Buenos Aires, Guardia Nacional, 1987, pág. 26.

prudencia y de la doctrina. Asimismo, la atención puesta en las contradicciones no obsta a que también reconozcamos la existencia de consensos mayoritarios subyacentes, entre los que merecen mención aquellos en torno a la «*evidente*» existencia de «*delitos que únicamente los militares pueden cometer*» y a la necesidad de contar con un dispositivo jurisdiccional especial, dirigido por militares ⁴³⁶.

En cuanto a la pugna de opiniones, el enfrentamiento capital fue, a no dudarlo, el que se produjo entre «garantistas» e «institucionalistas». De este modo, mientras que los primeros intentaron, con fortuna adversa, entronizar en sede militar la plenitud del régimen de garantías individuales, subordinando totalmente la penalidad castrense al orden constitucional ⁴³⁷, los segundos, celosos defensores de las prerrogativas de las instituciones militares, lograron priorizar los objetivos de las Fuerzas Armadas por sobre los derechos de las personas ⁴³⁸. Asimismo, cabe señalar que otro importante debate, que desembocó -merced al protagonismo de José María Bustillo, Carlos Risso Domínguez, y, en menor medida, de Rodrigo Amorrrortu- en la paulatina consolidación del derecho militar nacional, fue aquel que se produjo entre los principales operadores jurídicos de las Fuerzas Armadas. En

⁴³⁶ Roque SÁENZ PEÑA, «Defensa del coronel Pedro Toscano y del teniente coronel Olmos», cit., pág. 230. «Los tribunales militares» (editorial); La Nación, 5 de junio de 1926.

⁴³⁷ Diputado Conforti, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1912, t. I, sesión de 1 de julio de 1912, pág. 511. Diputado De Tomaso, en ídem, año 1917, t. VI, sesión de 28 de septiembre de 1917, pág. 430. Diputado Costa, en ídem, año 1921, t. IV, sesión de 29 de septiembre de 1921, pág. 520. Diputado Repetto, en ídem, año 1926, t. VI, sesión de 26 de agosto de 1926, pág. 521. Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., pág. 86.

⁴³⁸ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., pág. 14. Del mismo autor, «Razones que informan las reformas al código de justicia militar», cit., pág. 443. Oficio del presidente del consejo de guerra para jefes y oficiales, general Ricardo Solá, Buenos Aires, 19 de octubre de 1922; transcripto en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1926, t. VI, pág. 696. Diputado Capdevila, en ídem, año 1902, t. I, sesión de 10 de septiembre de 1902, pág. 990.

efecto, mientras transcurrieron las primeras décadas del siglo, fue evidente el choque de concepciones entre los integrantes del Consejo Supremo de Guerra y Marina -que aspiraban a que en el ámbito militar se le asignase, a dicho tribunal, «*la misma significación*» que a la Corte Suprema de Justicia a nivel nacional⁴³⁹- y los hombres de la Auditoría General⁴⁴⁰, pugna que, hacia la década del '30 había concluido con el triunfo de los últimos.

Así las cosas, consolidados, a partir de la década del '30, el triunfo de la postura «institucional» y el criterio de la Auditoría General, no sólo se profundizó el estudio técnico del derecho penal castrense, sino que, impedida su reforma, un código como el de Bustillo, que había surgido de urgencias coyunturales y había sido tempranamente resistido, terminó siendo objeto de una revalorización tan pronunciada, que bien puede hablarse de su apoteosis.

⁴³⁹ José María BUSTILLO, *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, cit., págs. 35 y 47.

⁴⁴⁰ *Idem ant.*, pág. 7. Informe de la Comisión Reformadora del Código de Justicia Militar; en Alfredo L. PALACIOS, *Justicia militar argentina*, cit., pág. XX. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1923, t. VI, sesión de 26 de septiembre de 1923, pág. 605.

CAPITULO IX

**TRANSFORMACIÓN Y RECODIFICACIÓN
DEL DERECHO PENAL MILITAR
(1943-1955)**

I. Acontecimientos

a. Panorama internacional

1. La Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias jurídico-militares. El desarrollo de la Segunda Guerra Mundial no dejó de ejercer influencia en materia jurídico-castrense. Así, durante los años en los que se desarrolló el conflicto bélico la aplicación de la ley marcial se hizo más que frecuente, tal como lo acredita el ejemplo norteamericano ¹. En efecto, entonces cobró vida una doctrina que, ampliamente aceptada por los jueces e inspirada en el principio de que la facultad de declarar la guerra implicaba simultáneamente la potestad de disponer de “todos los medios y [de] todas las maneras en que la guerra puede ser le-

¹ Al respecto, cabe recordar que en Hawaii imperó la ley marcial desde el día del ataque a Pearl Harbor -7 de diciembre de 1941- hasta el 29 de octubre de 1944. Cfr. Jurisprudencia Argentina, t. 1947-IV, Sección Jurisprudencia Extranjera, págs. 4 y 12.

gítimamente proseguida”², los Estados Unidos de América admitieron el recurso de las técnicas marciales de orden público, incluso para aplicarlas con carácter meramente preventivo³. Sin embargo, y aunque en materia de ley marcial el Ejecutivo norteamericano siguió aferrado a la doctrina generada durante la Segunda Guerra Mundial⁴, a partir de febrero de 1946 la judicatura estadounidense retomó el criterio restrictivo anterior a la conflagración⁵.

En otro orden de cosas, cabe señalar aquí que la Segunda Guerra Mundial también generó otras importantes consecuencias. Entre ellas cabe mencionar la derogación del Código Penal Militar germano hasta entonces en vigencia⁶, y el establecimiento, en la Alemania ocupada, de tribunales castrenses dotados de competencia para juzgar las conductas de los civiles que atacasen a las fuerzas aliadas⁷. Por otra parte, en agosto de 1945 y enero de 1946 se implementaron en Europa y en el Extremo Oriente sendos tribunales militares internacionales⁸, a partir de cuya actuación se ubicó en el

² *La Constitución de los Estados Unidos de América, anotada con la jurisprudencia. Versión castellana de la edición oficial*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1949, t. I, pág. 269.

³ Véase al respecto, Carlos E. COLAUTTI, “La aplicación de la jurisdicción militar a los civiles”, *La Ley*, 1981-D, pág. 1044.

⁴ Sobre este tema, véase C. Herman PRITCHETT, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965, pág. 474.

⁵ Cabe recordar que esta decisión de la Corte Suprema norteamericana contó con una amplia repercusión en la Argentina. Sobre el particular, véase *Jurisprudencia Argentina*, t. 1947-IV, Sección *Jurisprudencia Extranjera*.

⁶ José María RODRÍGUEZ DEVESA, “La ley penal alemana de 30 de marzo de 1957”; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 4 (julio-diciembre de 1957), pág. 69.

⁷ *Boletín Jurídico Militar*, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 142 y ss..

⁸ Puede verse el estatuto del tribunal militar internacional de Nüremberg en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, “Filosofía y ley penal”, Buenos Aires, Losada, 1950, pág. 1011 y ss..

centro del debate jurídico castrense mundial la cuestión de la responsabilidad criminal. Al respecto, durante la actuación de los citados tribunales internacionales no sólo se rechazó la invocación de la obediencia debida como eximente de culpabilidad en aquellos casos en los que se hubiese dado cumplimiento a una orden manifiestamente ilícita o contraria a los usos y costumbres de la guerra ⁹, sino que también se consagró la responsabilidad de los superiores por los actos ilícitos cometidos por sus subordinados ¹⁰. Asimismo, cabe recordar que otro fruto de la contienda fue la firma de los convenios de Ginebra de 1949, cuerpo normativo que sentó las bases fundamentales del futuro desarrollo del derecho internacional de los conflictos armados.

2. *La situación en Europa.* Mientras que en los países de Europa Oriental el juzgamiento de la conducta de los integrantes de las fuerzas armadas se adecuó, en gran medida, al modelo soviético, en el cual una estructura jurisdiccional vinculada al ejercicio del mando militar se consideraba competente para conocer en delitos de traición, terrorismo y actos subversivos cometidos por paisanos ¹¹, varias naciones occidentales encararon la renovación de su aparato jurídico militar. De este modo, pues, en 1945 se dictó un nuevo código español, a tenor del cual se ensanchó la competencia de los tribunales militares, al adjudicárseles el conocimiento de los delitos de ultraje, insulto, ofensa o menosprecio a la nación y

⁹ José María RODRÍGUEZ DEVESA, “La obediencia debida en el derecho penal militar”; en *Revista Española de Derecho Militar*, Nº 3 (enero-junio de 1957), págs. 29 y 30.

¹⁰ *Bulletin del Tribunal Penal Internacional pour l'ex Yougoslavie*, Nº 15/16 (10 de marzo de 1997), pág. 15.

¹¹ M.L. y M.J. de P., “La justicia militar en la U.R.S.S.”; en *Revista Española de Derecho Militar*, Nº 4 (julio-diciembre de 1957), pág. 90 y ss..

a su bandera ¹². Por otra parte, en 1948 se dispuso la renovación de la jurisdicción militar belga ¹³; en 1950 se modificó el Código Penal Militar suizo ¹⁴; en 1951 se dictó un nuevo código de justicia castrense griego ¹⁵; en 1954 se modificó el Código de Procedimiento Penal Militar danés ¹⁶; y en 1955 se sancionaron en Gran Bretaña sendas leyes penales para el Ejército y para la Fuerza Aérea ¹⁷.

3. La situación en América. Al margen de la celebración de encuentros científicos continentales -como lo fue la Conferencia de Derecho Militar de Chicago, de 1945 ¹⁸-, cabe recordar aquí que durante esta época varios Estados americanos desplegaron importantes esfuerzos en materia jurídico militar. De este modo, mientras que en abril de 1942 Ecuador sancionó un nuevo Código Penal Militar el cual, empero, tuvo corta vida, como que poco tiempo después volvió a ser puesto en vigencia el de 1921¹⁹; Brasil, en donde descolló con luz propia la figura de Mario Tiburcio Gomes Carneiro, dictó

¹² Víctor Fernando LESTANGUET, “La justicia militar y la nueva Constitución”; en *Revista Militar*, vol. 90, N° 8 (agosto de 1949), pág. 986.

¹³ Janine VANDER MOUSEN, “Organización y competencia de los tribunales militares”; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 2 (1956), pág. 99.

¹⁴ Gildo RODI, “La justicia militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la N.A.T.O. y en España y Suiza”; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 11 (enero-junio de 1961), pág. 132.

¹⁵ *Idem ant.*, pág. 113.

¹⁶ *Idem ant.*, pág. 106.

¹⁷ *Idem ant.*, pág. 111.

¹⁸ Mario Tiburcio GOMES CARNEIRO, “Los elementos fundamentales del derecho militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza”; en *Revista Española de Derecho Militar* N° 12 (julio-diciembre de 1961), pág. 200.

¹⁹ Hugo GAVILANES SALTOS, “Organización y competencia de los tribunales militares en el Ecuador”; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 4 (julio-diciembre de 1957), pág. 109. José María RODRÍGUEZ DEVESA, art. cit., pág. 51.

en 1944 un nuevo Código Penal Militar ²⁰. Por otra parte, si en 1948 la Convención Nacional de Abogados de Bolivia propició, sin éxito, la supresión de los tribunales militares ²¹, lejos de aceptar este criterio, en 1950 Canadá dictó un Código de Disciplina Militar ²².

En cuanto a los Estados Unidos de América, las experiencias jurídico-castrenses adquiridas con motivo de la Segunda Guerra Mundial, no sólo condujeron a la formación de una escuela de derecho militar ²³, sino que dieron lugar a la redacción de un Código uniforme de justicia que, presentado al Congreso el 8 de febrero de 1949 ²⁴, fue aprobado en mayo del año siguiente ²⁵. En cuanto a sus principales lineamientos, este Código único sustituyó los sistemas represivos particulares del Ejército, de la Marina y de la Fuerza Aérea ²⁶, y se caracterizó por restringir la vigencia del principio *nulla poena sine lege* al caso de la aplicación de la pena de muerte ²⁷.

b. El régimen penal militar argentino durante el gobierno de la revolución de 1943.

1. La ley marcial durante la década del '40. En 1943 y a raíz del movimiento revolucionario que depuso al presi-

²⁰ José María RODRÍGUEZ DEVESA, art. cit., pág. 50

²¹ La Ley, t. 62 (abril-junio de 1951), pág. 1047.

²² Gildo RODI, art. cit., pág. 103.

²³ Ramón CANDIL MUÑOZ, "Importancia de la formación jurídica en las fuerzas armadas"; en Ejército (Madrid), N° 602 (marzo de 1990), pág. 113.

²⁴ La Ley, t. 61 (enero-marzo de 1951), pág. 951.

²⁵ Gildo RODI, art. cit., pág. 124.

²⁶ Comentario de N.H. a John F. SPLINDER, "El Código Uniforme de Justicia Militar", *Michigan Law Review*, vol. 50, N° 7, mayo de 1952; en La Ley, t. 70, pág. 962.

²⁷ Gildo RODI, art. cit., pág. 124.

dente Castillo el 4 de junio, la ley marcial volvió a entrar en vigencia en todo el país. Sin embargo, en esta oportunidad su imperio fue sumamente breve, pues fue derogada mediante decreto 28, del 8 de junio de 1943, al “no haberse producido un solo acto” que demostrase la necesidad de llevar a la práctica las disposiciones previstas en el bando correspondiente ²⁸. Sin embargo, medio año después se volvió a presentar una ocasión que ameritó la aplicación de la jurisdicción castrense sobre los civiles: fue el terremoto que asoló la ciudad de San Juan, en enero de 1944. De este modo, y con el objeto de evitar los saqueos y desmanes previsibles luego de acaecida la catástrofe, el 18 de enero del año mencionado las autoridades nacionales establecieron, en torno al área afectada por el movimiento sísmico, una “zona militar” en la que imperó la ley marcial ²⁹, y designaron como comandante de ésta al coronel Humberto Sosa Molina ³⁰. En cuanto a las actividades llevadas a cabo por el jefe referido, puede recordarse aquí que el 23 de enero de 1944, fundado en la necesidad de “asegurar la tranquilidad de la población y la integridad de su patrimonio”, éste dictó un bando en virtud del cual se estableció el diario imperio del toque de queda, entre las 22.00 y las 06.00 horas ³¹, en tanto que el 24, preocupado por el abastecimiento de la población sanjuanina, y reafirmando el sometimiento de los civiles al régimen jurídico-militar, ordenó que en los casos en los que se comprobase el expendio de pro-

²⁸ Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. V, “La libertad constitucional. libertades particulares”, Buenos Aires, pág. 424.

²⁹ Así lo recordó, un lustro más tarde, el diputado peronista Eduardo Colom. Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1951, t. I, pág. 621.

³⁰ La Prensa, 19 de enero de 1944, pág. 8. Cabe recordar que, poco tiempo después, Sosa Molina acompañaría la gestión del presidente Perón como ministro de Guerra primero, y de Defensa Nacional después.

³¹ La Prensa, 24 de enero de 1944, pág. 8.

ductos alimenticios a “precios mayores a los autorizados”, o que lo vendido se encontrase en mal estado, se procedería al comiso de las mercaderías y a la detención del comerciante delincente, quien sería puesto a disposición de la autoridad militar superior de la zona ³².

Asimismo, durante estos años llegaron a gozar de una particular repercusión en nuestro país las doctrinas extranjeras que, favorables a la ley marcial, habían sido estimuladas por la segunda conflagración mundial ³³ o por algunos otros conflictos de carácter bélico ³⁴. En este sentido, las instituciones que despertaron mayor interés entre los argentinos fueron las norteamericanas ³⁵. Empero, no todo era aceptar lisa y llanamente las tendencias expansivas de la jurisdicción castrense. En este sentido, cabe recordar aquí la actividad desplegada por el constitucionalista cordobés César Enrique Romero, quien alarmado frente a lo que consideraba una “asombrosa anarquía” conceptual y la creciente tendencia a reconocer la constitucionalidad de la ley marcial en el país, hacia 1945 sostuvo categóricamente -guiado en mucho por el pensamiento de Carlos Sánchez Viamonte- que dicho instituto de emergencia no estaba incluido “*en el área normativa de la Constitución Nacional*”, pudiéndoselo ver

³² La Prensa, 25 de enero de 1944, pág. 7.

³³ Véase, v.gr., el mensaje con el que el Poder Ejecutivo nacional dirigió al Congreso el 23 de septiembre de 1949, acompañando un proyecto de nuevo Código de Justicia Militar. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1950, t. I, pág. 811.

³⁴ Cabe indicar que, habitualmente, los medios argentinos reflejaban estas tendencias en sus columnas. Al respecto, puede mencionarse la edición del 11 de diciembre de 1948 de La Nación, en la que se dio cuenta de la imposición de la ley marcial en China.

³⁵ En cuanto a ejemplos de lo dicho, pueden verse Oscar Ricardo SACHERI, “El gobierno militar en la zona de operaciones”, *Boletín Jurídico Militar*, N° 4 (julio-diciembre de 1954). La Ley, t. 34 (1944), págs. 1231 y 1232.

sólo “como un hecho en la praxis metajurídica del ejercicio de los poderes de guerra”³⁶.

2. La revolución del 4 de junio de 1943 y la incorporación de modificaciones en el orden jurídico militar argentino. Si bien las autoridades del gobierno revolucionario iniciado en junio de 1943 introdujeron algunas innovaciones en el derecho penal militar sustantivo, éstas no fueron sino de detalle. Así, por ejemplo, mientras que el decr. 4952 de 1943 -que sería posteriormente ratificado por ley 12.921-, sustituyó la expresión “oficial general” del Código de Justicia Militar por “oficial superior”³⁷, los decretos 9347 y 11.332, de 2 y 24 de abril de 1946, respectivamente, modificaron los números 52 y 174 de la reglamentación de justicia militar³⁸. Sin embargo, de mayor entidad fueron las novedades incorporadas en materia de jurisdicción. De este modo, el art. 89 del decreto orgánico del ejército N° 29.375 -dictado el 26 de octubre de 1944-, dispuso el sometimiento de los militares retirados a la jurisdicción castrense toda vez que éstos cometiesen actos que incidiesen sobre la disciplina militar o que afectasen a las fuerzas armadas. Por su parte, el decr. 536, de 15 de enero de 1945, decidió adjudicar a los tribunales militares “dentro de la jurisdicción que le es privativa” el conocimiento de los delitos cometidos contra la seguridad interna y externa del Estado, el abastecimiento de las fuerzas armadas y la seguridad del transporte aéreo y de las telecomunicaciones³⁹. Asimismo, el 27 de marzo de 1945 el gobierno

³⁶ César Enrique ROMERO, *Poderes militares en la Constitución Argentina (homenaje a la Ley Fundamental en el 91° aniversario de su sanción)* -con prólogo de Enrique Martínez Paz (h.)-, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1945, págs. 131 y 142.

³⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1946, t. XII, pág. 249.

³⁸ *Leyes y decretos nacionales. Año 1946*, vol. I, Buenos Aires, Librería y editorial “La Facultad”, 1947, págs. 43 y 44.

³⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1946, t. IV, pág. 76 y ss..

decidió que a partir de esa fecha las infracciones sujetas a la jurisdicción militar debían ser sancionadas como si hubiesen sido cometidas en tiempo de guerra ⁴⁰. Paradójicamente, empero, después de declarada oficialmente la guerra a las naciones del Eje -con lo que la competencia de la jurisdicción castrense se extendió a los empleados civiles de las fuerzas armadas, en virtud de lo dispuesto por el art. 119 del Código de Justicia Militar de 1898 ⁴¹-, el decr. 19.890, de 28 de agosto de 1945 -ratificado luego por la ley 12.913, de 19 de diciembre de 1946-, dispuso “que las infracciones militares cometidas a partir del estado de guerra de la nación contra las potencias del Eje” debían reprimirse de “conformidad con las penalidades establecidas para tiempo de paz en el Código de Justicia Militar” ⁴².

En cuanto a la repercusión judicial de algunas de estas medidas, cabe decir aquí que a diferencia de lo que había acontecido en otras oportunidades, desde 1943 hasta 1946, la judicatura no siempre compartió los criterios sustentados por el gobierno. De este modo, en los autos “Juan José González”, fallados en abril de 1945, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo suya una teoría del procurador general, sostuvo que el conocimiento de los actos de indisciplina cometidos por militares fuera del servicio debía ser materia de

⁴⁰ Decreto 8417, de 18 de abril de 1945. En *Anales de Legislación Argentina*, t. VII, pág. 101.

⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema en autos “Pedro Opperti y otros”, dictada el 28 de febrero de 1947; en *Fallos*, t. 207, pág. 114. Cabe recordar que el citado art. 119 establecía que, en tiempo de guerra, la jurisdicción militar se extendía a los empleados y operarios sin asimilación castrense que prestasen servicios en establecimientos y dependencias militares; a los prisioneros de guerra; a los vivanderos de los ejércitos; y a los civiles sometidos al gobierno militar en la zona de operaciones.

⁴² Cfr. *Anales de Legislación Argentina*, t. VII.

la jurisdicción ordinaria ⁴³. Pero esto no fue todo, ya que el decisorio “Lezica”, recaído en 1945, fue todavía más severo. En efecto, en esa oportunidad el máximo tribunal declaró inconstitucional el decreto 29.375 de 1944, en tanto que como norma no emanada del Congreso había extendido indebidamente la jurisdicción castrense sobre los militares retirados ⁴⁴.

c. La penalidad castrense argentina durante las dos primeras presidencias de Juan Domingo Perón. Constitucionalización del fuero militar y recodificación

1. La reforma constitucional de 1949 y su repercusión en el ámbito jurídico-militar. Durante las dos primeras presidencias de Juan Domingo Perón el derecho penal militar fue objeto de especial atención por parte del gobierno. Así las cosas, además de ser materia de leyes y de decretos, en 1949 la existencia de la jurisdicción militar llegó a ser incorporada al texto de la Constitución Nacional aprobada en marzo de ese año. Al respecto, cabe indicar que el origen de esta cláusula se encuentra en el anteproyecto que, elaborado por el Consejo Superior del partido peronista, fue presentado por Perón a los convencionales electos del oficialismo el 11 de enero de 1949, oportunidad en la que el entonces presidente dijo que el proyecto en cuestión se había limitado a dar rango constitucional a una jurisdicción que desde hacía más de medio siglo estaba “*determinada por nuestros códigos*” ⁴⁵.

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema de 16 de abril de 1945; en *Fallos*, t. 200, pág. 352 y ss..

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 31 de agosto de 1945; en *Fallos*, t. 202, pág. 419.

⁴⁵ Juan Domingo PERÓN, “Consideraciones políticas y doctrinarias sobre la reforma constitucional”; en *Hechos e Ideas*, N° 56-57 (noviembre-diciembre de 1948), pág. 126.

Como era previsible, la propuesta peronista no fue bien recibida por la oposición. En efecto, mientras que en el Congreso en defensa de la Constitución de 1853 -celebrado a mediados de enero de 1949 en la Casa Radical-, el socialista Alfredo Palacios criticó que se pretendiera constitucionalizar “*la afirmación absurda*” de que la jurisdicción castrense era “*una comisión de mando que los tribunales militares ejercen por delegación del presidente de la República*”⁴⁶, para el comunismo argentino la incorporación del fuero militar en la Constitución creaba un “*precedente peligroso*” y consagraba jurídicamente “*la existencia de una casta*”⁴⁷.

Lejos de agotarse las críticas, la polémica se trasladó al seno de la Asamblea Constituyente. De este modo, mientras que el 8 de marzo de 1949 el miembro informante de la mayoría en la convención y redactor de buena parte de las reformas propiciadas por el oficialismo, Arturo Enrique Sampay, se dedicó a defender la constitucionalización del fuero militar bajo el argumento de que el Estado argentino necesitaba “de la rapidez y severidad del Código Militar para atacar la penetración totalitaria, mediante propaganda perturbadora, en las fuerzas armadas”⁴⁸, el convencional radical Moisés Lebensohn se manifestó en contra de esta idea, considerando que la medida preconizada significaba incorporar a la Constitución un mero “*instrumento de dominio*” sobre la población civil⁴⁹. Así las

⁴⁶ La Prensa, 16 de enero de 1949.

⁴⁷ “Consideraciones del Comité Ejecutivo del Partido Comunista sobre el contenido de las reformas que los convencionales del P. Peronista se proponen introducir en la Constitución”, Buenos Aires, 7 de febrero de 1949. En Archivo y Registro de Leyes del Senado de la Nación, Convención Constituyente del año 1949, caja N° 3, expediente N° 63.

⁴⁸ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949*, sesión de 8 de marzo de 1949, pág. 289.

⁴⁹ *Idem ant.*, sesión de 8 de marzo de 1949, pág. 335.

cosas, dos días más tarde cupo a los peronistas Pinto Bazán y Lascano defender la constitucionalización del fuero castrense. De este modo, mientras que el constituyente nombrado en primer lugar sostuvo que el anteproyecto de Constitución se había limitado a “declara[r] y da[r] imperio a situaciones y relaciones” que ya estaban “en juego en la sociedad argentina”⁵⁰, Lascano indicó que el objetivo del oficialismo era hacer expresa la legitimidad de una jurisdicción castrense que “se encontraba implícitamente admitida” en el mecanismo constitucional de 1853⁵¹.

Aprobada, en definitiva, la nueva Constitución, a partir del 11 de marzo de 1949 el art. 29 de la Ley Fundamental de los argentinos estableció que los militares y las personas asimiladas estaban “sometidos a la jurisdicción militar” en los casos que estableciese la ley, fuero que también sería aplicable a los civiles que incurriesen en delitos penados por el Código de Justicia Militar⁵². Receptados, así, los criterios mayoritarios de los operadores jurídico-militares argentinos y de la justicia federal, la Constitución de 1949 confirmó la “existencia histórica” de la jurisdicción castrense y cerró “*la puerta a toda discusión futura con respecto a la naturaleza de la justicia militar*”⁵³.

2. La recodificación del derecho militar argentino.

Si para principios de los años 40’ ya se hablaba de la necesidad de modificar el Código de Justicia Militar⁵⁴, para mediados de la década la insistencia en reformar el Código de 1898

⁵⁰ Idem ant., sesión de 10 de marzo de 1949, págs. 467 y 468.

⁵¹ Idem ant., sesión de 10 de marzo de 1949, pág. 471.

⁵² Oscar RÍSPOLI ROMÁN, “El fuero militar”; en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1958-II, sección doctrina, pág. 7.

⁵³ Víctor Fernando LESTANGUET, art. cit., págs. 981 y 983.

⁵⁴ Cfr. “La justicia militar”, editorial del diario *La Nación* de 6 de octubre de 1940.

se generalizó ⁵⁵, en atención a los cambios introducidos en *“la vida de relación y en las costumbres sociales”*, y a las transformaciones observadas en materia de *“reglas procesales y disciplinarias... en casi todos los ejércitos del mundo”* ⁵⁶. Paralelamente, se afirmó también que, tras las guerras mundiales, el Código de 1898 había *“quedado rezagado, en múltiples aspectos, al movimiento general operado en el mundo”* ⁵⁷; que resultaba inaceptable el criterio de Bustillo según el cual *“la garantía de los derechos individuales y la satisfacción misma de los intereses morales en el orden social”* constituían un *“propósito secundario en la ley militar”* ⁵⁸; y que la práctica forense de medio siglo había desnudado algunos errores del codificador ⁵⁹.

Así las cosas, la mayor parte de quienes propugnaban la reforma del Código consideraron conveniente receptar en la legislación argentina la experiencia obtenida con la aplicación de la penalidad militar de 1898 ⁶⁰, salvando sus *“claros y falta de previsión”* ⁶¹. En cuanto a concretas propuestas de reforma, cabe indicar aquí que se recomendó introducir en el

⁵⁵ José Enrique DELLEPIANE, “La deserción en el Código de Justicia Militar argentino y en la legislación comparada. Sugestiones para confeccionar un anteproyecto sobre la materia”, tesis doctoral inédita presentada ante la Universidad de Buenos Aires, 1950, pág. 1.

⁵⁶ Francisco Segundo LAZO TOLEDO, “Proposición para el anteproyecto de reforma del Código de Justicia Militar (R.L.M. 2)”; en *Revista Militar*, vol. 87, N° 6 (diciembre de 1946), pág. 1137.

⁵⁷ Román RIVERA, “La defensa en los juicios *militares*”; en *Revista Militar*, N° 581 (julio de 1949), pág. 875.

⁵⁸ Carlos J. COLOMBO, *El derecho penal militar y la disciplina*, Buenos Aires, Valerio Abeledo editor, 1953, pág. 79.

⁵⁹ Francisco Segundo LAZO TOLEDO, art. cit., pág. 1139.

⁶⁰ Carlos A. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Raúl ALBERTO O’CURRY, “La defensa en los juicios militares”; en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1948-III, pág. 109.

⁶¹ Víctor Fernando LESTANGUET, art. cit., pág. 987.

Código un claro concepto de acto y orden del servicio ⁶²; una mejor tipificación de la insubordinación ⁶³; una mayor precisión en la distinción entre delitos netamente militares y delitos comunes, admitiéndose respecto del juzgamiento de los últimos la participación de abogados civiles ⁶⁴; y la desvinculación de los jueces de instrucción militar de la dependencia jerárquica militar, subordinándolos a la autoridad de “*un tribunal especial, en forma análoga a la de los otros magistrados judiciales del Estado*” ⁶⁵.

A tono con este clima de ideas, en 1946 el primer plan quinquenal consideró prioritaria la reforma del Código de Justicia Militar, a fin de ponerlo “a tono con la época en que vivimos” ⁶⁶. En consecuencia, el decr. 2172 dispuso la formación de una comisión destinada a redactar un anteproyecto de Código de Justicia Militar ⁶⁷. Así las cosas, y bajo la clara influencia de la doctrina jurídico-castrense italiana, dicha comisión elaboró un proyecto de Código de Justicia Militar para tiempo de paz, en el que se definía al delito militar como todo hecho lesivo a la defensa militar de la Nación y a la disciplina y eficacia de sus fuerzas armadas que estuviese expresamente previsto y penado por el Código ⁶⁸.

Sin embargo, criticado el anteproyecto de código militar para tiempo de paz por varios operadores jurídico-militares, quienes calificaron algunas de sus disposiciones de “*inconve-*

⁶² Francisco Segundo LAZO TOLEDO, art. cit., pág. 1143.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Carlos A. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Raúl ALBERTO O’CURRY, art. cit., pág. 110.

⁶⁵ Francisco Segundo LAZO TOLEDO, art. cit., pág. 1140.

⁶⁶ Presidencia de la Nación - Secretaría Técnica, *Plan de Gobierno (1947-1951)*, t. I, Buenos Aires, 1946, pág. 256.

⁶⁷ Carlos J. COLOMBO, ob. cit., pág. 121.

⁶⁸ *Ibidem*.

nientes” e “inaplicables” en el país, el 28 de abril de 1948 el Gobierno decidió encomendar al auditor general de Guerra y Marina, coronel Oscar Ricardo Sacheri, la misión de redactar un nuevo proyecto ⁶⁹. De este modo, partiendo del Código de 1898 y de la idea de que su medio siglo de vigencia era “la mejor garantía” de que su articulado no debía ser alterado en lo fundamental, y limitándose, en consecuencia, a reformar únicamente lo que creyó indispensable, Sacheri concibió un nuevo código único al que consideró único en un triple sentido, vale decir, por ser común a todas las fuerzas armadas, por resultar aplicable tanto en tiempo de paz como de guerra, y por regular simultáneamente la organización de los tribunales, el procedimiento aplicable y el régimen de las penalidades ⁷⁰.

Una vez revisado el proyecto Sacheri por los respectivos ministerios militares ⁷¹ y aceptado por el Ejecutivo nacional, el 23 de septiembre de 1949 éste lo presentó al Senado como parte de “la total renovación de la estructura jurídica nacional” ⁷². Aprobado en consecuencia por la Cámara alta el 9 de agosto de 1950 ⁷³, el proyecto fue remitido a Diputados, Cámara que previa aceptación de algunas modificaciones propiciadas por el Ejecutivo a los arts. 11, 12, 13 y 870 del proyecto original -a raíz de las cuales la presencia de vocales letrados en el Consejo Supremo pasó de dos a tres, y se dispuso que en el caso en que una conducta delictiva estuviese simultáneamente prevista en el Código de Justicia Militar y

⁶⁹ Oscar Ricardo SACHERI, “Exposición de motivos del Código de Justicia Militar de 1951”; en *Anales de Legislación Argentina*, t. XI-A (1951), págs. 11 a 13.

⁷⁰ *Idem* ant., págs. 13 y 14.

⁷¹ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 23 de septiembre de 1949; en *Anales de Legislación Argentina*, t. XI-A (1951), pág. 10.

⁷² Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 23 de septiembre de 1949; en *Anales de Legislación Argentina*, t. XI-A (1951), pág. 5.

⁷³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1950, sesión de 9 de agosto de 1950, t. I, pág. 809 y ss..

en otras leyes penales, deberían aplicarse aquellas disposiciones que castigasen la infracción cometida con la pena mayor o más grave-, lo aprobó el 13 de junio de 1951 ⁷⁴. Vuelto al Senado, uno de cuyos integrantes sostuvo que las páginas del Código Sacheri estaban impregnadas de “la doctrina del movimiento nacional” ⁷⁵, el 4 de julio de 1951 la Cámara alta convirtió el proyecto en ley de la nación bajo el número 14.029 ⁷⁶.

3. Principales características del Código de Justicia Militar de 1951. Como hemos dicho más arriba, el Código de 1951 mantuvo el esquema institucional del de 1898, limitándose a introducir cambios en “lo que resultaba indispensable, evitando así tanto el peligro de innovar por innovar como el de incorporar doctrinas o preceptos foráneos que pudieran resultar de difícil arraigo en nuestro medio” ⁷⁷. De este modo, dotado de 145 artículos nuevos, de 195 reformados, y de 398 en los que se insertaron modificaciones de forma, el Código Sacheri “humanizó el sistema represivo” y perfeccionó el régimen procesal ⁷⁸, adecuando la penalidad castrense al dispositivo de la Constitución de 1949, al del Código Penal ordinario de 1921 y al de las leyes de organización de las fuer-

⁷⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1951, sesión de 13 de junio de 1951, t. I, pág. 623.

⁷⁵ Palabras del senador Madariaga durante la sesión de 4 de julio de 1951; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1951, t. I, pág. 373.

⁷⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1951, t. I, pág. 369 y ss..

⁷⁷ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 23 de septiembre de 1949, cit., pág. 5.

⁷⁸ Carlos J. COLOMBO, ob. cit., pág. 10.

zas armadas, de defensa nacional y de preparación de la Nación para tiempo de guerra ⁷⁹.

Toca ahora analizar algunas de las principales características del Código de 1951, algunas de las cuales también consideramos en la sección "Instituciones" de este mismo capítulo. En cuanto a la jurisdicción, cabe señalar que el dispositivo diseñado por Sacheri reajustó el principio de la territorialidad penal, al ampliar la competencia de los tribunales argentinos al caso de los delitos cometidos durante el desembarco o la permanencia de la tropa nacional en país extranjero ⁸⁰. Además, el Código de 1951 describió con precisión los casos en los que los retirados se encontraban sometidos a la competencia castrense; determinó las situaciones especiales en las que los civiles podían ser juzgados por consejos de guerra, como cuando introdujesen indebidamente materiales explosivos en buques o aeronaves militares, o cuando integrasen la tripulación de buques o aeronaves mercantes al servicio de las fuerzas armadas; adjudicó expresamente a la jurisdicción militar la competencia para juzgar los delitos cometidos por los militares en el desempeño de servicios dispuestos a requerimiento de las autoridades civiles o en auxilio de aquéllas; y previó la posible expansión de la jurisdicción militar sobre los civiles en tiempo de guerra.

Por otra parte, en materia de procedimientos el Código de 1951 estableció expresamente la independencia de criterio de los auditores ⁸¹; prohibió que un mismo defensor pudiese patrocinar a más de un encausado en cada proceso; adecuó las actuaciones castrenses a los medios técnicos exis-

⁷⁹ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 23 de septiembre de 1949, cit., pág. 6.

⁸⁰ Oscar Ricardo SACHERI, "Exposición de motivos...", cit., pág. 18.

⁸¹ Artículo 66 del Código de Justicia Militar de 1951.

tentes ⁸²; dispuso que la instrucción de los sumarios no sólo se ordenase para la averiguación de delitos sino también para la de las faltas ⁸³; admitió que los jueces de instrucción militar pudiesen aplicar medidas cautelares ⁸⁴ y los autorizó para que pudiesen realizar por sí mismos pesquisas en domicilios civiles ⁸⁵; desarrolló todo lo atinente a las causas de atenuación y agravación de la responsabilidad; modificó la estructura del proceso, de modo tal que de un esquema fundado en la acusación, la defensa y la prueba posterior, se pasó a otro en el que la prueba antecedió a la acusación, y ésta a la defensa; dispuso que en el caso del juzgamiento simultáneo de un mismo imputado por consejos de guerra y por tribunales ordinarios, se interrumpiese la prescripción ⁸⁶; amplió el recurso de revisión a los casos en los que se pretendiese la aplicación retroactiva de una ley penal más benigna ⁸⁷; y admitió la condena de ejecución condicional respecto de los delitos comunes culposos ⁸⁸.

Finalmente, respecto de la penalidad, se estableció una completa regulación de los bandos; se redistribuyeron las figuras penales del tratado III; se reajustó la terminología y se incluyó la mención de elementos técnicos que no existían a finales del siglo XIX; y se incorporaron nuevos delitos, de los cuales hablaremos en la siguiente sección de este mismo capítulo.

4. La ley 14.117 y la reforma del Código de Justicia Militar. Como consecuencia del movimiento revolu-

⁸² Oscar Ricardo SACHERI, "Exposición de motivos...", cit., pág. 26.

⁸³ Artículos 181 y 182 del Código de Justicia Militar de 1951.

⁸⁴ Artículos 319 a 324 del Código de Justicia Militar de 1951.

⁸⁵ Artículo 214 del Código de Justicia Militar de 1951.

⁸⁶ Oscar Ricardo SACHERI, "Exposición de motivos...", cit., págs. 21 y 22.

⁸⁷ Artículo 439 del Código de Justicia Militar de 1951.

⁸⁸ Artículo 512 del Código de Justicia Militar de 1951.

cionario liderado en septiembre de 1951 por el general Menéndez, el 11 de octubre de ese año el presidente Perón elevó a la consideración del Congreso un proyecto de ley tendiente a modificar la regulación del delito de rebelión en el nuevo Código de Justicia Militar ⁸⁹. Apoyada la propuesta presidencial bajo el argumento de que en esa materia el Código de 1951 adolecía de falta de claridad y de poca severidad ⁹⁰, el proyecto fue aprobado por el Senado el 15 de octubre ⁹¹, decisión que fue acompañada al día siguiente por la Cámara de Diputados ⁹².

Convertido, pues, el proyecto en ley de la Nación bajo el número 14.117, se modificó el art. 643 del Código de Justicia Militar, y se derogaron los arts. 644 a 646. De este modo, se eliminó del derecho argentino la distinción entre la rebelión militar cometida frente al enemigo extranjero y la cometida frente al enemigo interno, castigándose, en todos los casos, con muerte y degradación a los promotores y a los cabecillas, con reclusión por tiempo indeterminado a los oficiales, y con reclusión o prisión de hasta doce años a los suboficiales y a la tropa. Asimismo, se estableció que en el caso del desistimiento voluntario o de rendición ofrecida antes de la producción de hostilidades, los cabecillas serían acreedores a prisión de tres a seis años y a destitución; los oficiales a prisión de dos a tres años y a destitución; y los suboficiales y tropa a prisión menor.

En cuanto a la trayectoria posterior de la ley 14.117, cuya vigencia subsistió durante todo el régimen peronista, cabe

⁸⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1951, sesión de 11 de octubre de 1951, t. II, pág. 1148.

⁹⁰ *Idem ant.*, sesión de 15 de octubre de 1951, t. II, pág. 1170.

⁹¹ *Idem ant.*, sesión de 15 de octubre de 1951, t. II, pág. 1172.

⁹² *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1951, sesión de 16 de octubre de 1951, t. IV, pág. 2410.

señalar que el 24 de agosto de 1955, a las puertas mismas de la revolución del '55, el diputado radical Carlos Perette propuso su derogación, en cuanto entendía que el establecimiento de una condena capital para los culpables de rebelión militar resultaba manifiestamente contrario a lo dispuesto por el art. 29 de la Constitución Nacional, que prohibía la aplicación de la pena de muerte por causas políticas ⁹³.

5. La ley marcial durante el régimen peronista. Aplicación y debates doctrinarios. A tono con el creciente favor dispensado a la ley marcial en la Argentina de mediados de los años '40, en septiembre de 1948 los arts. 35 a 37 de la ley 13.234, relativa a la organización de la Nación para tiempo de guerra, previeron la posibilidad de que el Poder Ejecutivo nacional ordenase la convocatoria de paisanos para prestar un servicio civil de defensa, decisión que podía incluir el sometimiento de los convocados a las disposiciones del Código de Justicia Militar, o, en su defecto, a un régimen penal y disciplinario militarizado especial ⁹⁴.

En lo que hace a la concreta aplicación de esta ley, podemos recordar ahora los términos del decr. 1473, del 25 de enero de 1951, en virtud del cual, bajo el argumento de que se estaba llevando adelante una huelga que no alentaba "los legítimos intereses de los ferroviarios" y que perjudicaba el servicio público, se movilizó al personal ferroviario que prestaba funciones en el Gran Buenos Aires y se lo sometió a las

⁹³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1955, sesión de 24 de agosto de 1955, t. II, pág. 986.

⁹⁴ Véase el texto de los artículos referidos en *Boletín Jurídico Militar*, N° 4 (julio-diciembre de 1954), pág. 385. Según afirmó Alfredo Palacios en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1961, t. I, pág. 333, estas cláusulas fueron objeto de repudio en el *Boletín de la Unión Cívica Radical* de 18 de septiembre de 1948.

disposiciones del régimen jurídico militar ⁹⁵. También durante 1951, pero esta vez en septiembre, las autoridades nacionales declararon -en virtud del decr. 19.376 del Ejecutivo y de la ley 14.062- el estado de guerra interno, instituto jurídico semejante a la ley marcial, que fue convalidado por la Corte Suprema en autos “José Bassi” y “Attías” ⁹⁶. En cuanto a los caracteres de esta medida -que si bien dijo estar dirigida a neutralizar la sublevación militar del general Menéndez se mantuvo hasta la caída del régimen peronista, en 1955 ⁹⁷-, cabe señalar que según la autorizada palabra de un contemporáneo, el diputado oficialista Raúl Bustos Fierro, el estado de guerra interno significó, “desde el punto de vista constitucional[,] la transferencia de facultades y poderes de los organismos y tribunales civiles a los organismos y tribunales militares ... [con el objeto de] restablecer totalmente la paz en la República” ⁹⁸. Por su parte, expresando la estrecha adhesión de la judicatura a los lineamientos trazados por los poderes políticos de la Nación, concepciones análogas a la de Bustos Fierro fueron receptadas por Ricardo Levene (h.) en un fallo pronunciado el 1º de octubre de 1951. En efecto, al decidir en un recurso de *habeas corpus* interpuesto a favor de Alfredo Palacios, el citado magistrado consideró que la declaración del estado de guerra interno producía efectos similares a “*lo que en doctrina se conoce por ley marcial*”, vale decir, “*el predominio de la autoridad, régimen y jurisdicción militar[es]*” ⁹⁹.

⁹⁵ *Leyes y decretos nacionales. Año 1951, 1er semestre*, Buenos Aires, Librería y editorial La Facultad, 1952, Buenos Aires, págs. 170 a 174.

⁹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 18 de febrero de 1952; en *Fallos*, t. 222, pág. 63 y ss.. Sentencia de 24 de julio de 1952; en *Fallos*, t. 223, pág. 206 y ss..

⁹⁷ La derogación de la ley 14.062 se produjo en virtud del decreto-ley Nº 140, de 30 de septiembre de 1955. Boletín Jurídico Militar, Nº 5 (julio-diciembre de 1956), pág. 303.

⁹⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1951, t. III, pág. 2178.

⁹⁹ Segundo V. LINARES QUINTANA, ob. cit., pág. 514.

Pero esto no fue todo, ya que la ley marcial también gravitó en otros instrumentos normativos patrocinados por el gobierno peronista. De este modo, de acuerdo con lo expresado por Oscar Ricardo Sacheri, en la economía del *corpus* normativo castrense vigente a partir de 1951 se reguló el juzgamiento militar de infracciones cometidas por particulares. Corresponde aclarar, empero, que, morigerando esta opinión, el mismo Sacheri recomendó que, en tiempos de paz, estas atribuciones se ejerciesen con extremada prudencia, “no extendiendo en demasía la esfera de acción de los tribunales militares, tanto porque, en principio, el fuero militar es de excepción, [como] porque, dada la organización y procedimiento con que actúan los mismos, con peculiaridades propias del medio militar, la absorción de los infractores civiles no resultaría... beneficiosa”¹⁰⁰.

En lo relativo a la presencia de la ley marcial en el debate jurídico nacional, cabe señalar ahora que este instituto no sólo fue tangencialmente mencionado durante la Convención Constituyente de 1949¹⁰¹, sino que, además, resultó materia de discusión en el seno del Congreso, con motivo de debatirse los arts. 131 a 139 del proyecto de Código de Justicia Militar redactado por Sacheri. De este modo, en dicha oportunidad se expresaron dos posturas. Según los opositores radicales, la ley marcial vulneraba el derecho de defensa de los civiles y se oponía a “los más caros sentimientos argentinos”, pues, según afirmaban, los principios constitucionales debían considerarse vigentes aun en tiempo de guerra y de crisis¹⁰². En cambio, para los

¹⁰⁰ Oscar Ricardo SACHERI, “Exposición de motivos...”, cit..

¹⁰¹ Confróntense las palabras del convencional Julio Laffite en *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949*, pág. 478.

¹⁰² *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1951, t. I, págs. 619 a 622.

oficialistas, ante la alternativa del desorden social, se consideraba “preferible la intervención de la autoridad militar”, ya que se la concebía como la única que podía “salvar a la colectividad amenazada” ¹⁰³.

En lo que se refiere a la posición de los juristas frente a la aplicación de las técnicas marciales de mantenimiento del orden público, cabe señalar que actuando al compás del frecuente empleo de medidas de este tenor, la doctrina argentina de la época peronista dedicó ciertos esfuerzos al análisis de esta cuestión ¹⁰⁴. Fue así como, durante estos años, junto a los abordajes más o menos generales realizados por los constitucionalistas respecto de este asunto ¹⁰⁵, también vieron la luz algunos de los más profundos análisis argentinos jamás realizados en la materia. Entre ellos corresponde que hablemos de un trabajo de Horacio Lucio Mainar, y de otro de Oscar Ricardo Sacheri ¹⁰⁶.

En cuanto a lo dicho por Mainar, cabe decir aquí que éste se preocupó, fundamentalmente, por caracterizar a la ley

¹⁰³ Cfr. las palabras pronunciadas por Eduardo Colom en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1951, t. I, pág. 621.

¹⁰⁴ Así sucedió con la enseñanza universitaria. Al respecto, podemos recordar que al menos entre 1949 y 1952 el programa de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires -diseñado por la cátedra que integraban, como titular Juan I. Cooke, y como adjunto a cargo, Marcelo Sánchez Sorondo- el estudio de la ley marcial formaba parte de la 4ª bolilla. Originales en Archivo Histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en adelante, AHFDUBA).

¹⁰⁵ Como el realizado por Juan CASIELLO -en su *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1954, pág. 435- en el que se defendió la constitucionalidad de la ley marcial argentina y se sostuvo que su aplicación -que Casiello consideraba limitada por los principios humanitarios y por la responsabilidad posterior del agente que la pusiese en práctica- sólo podía tener lugar en circunstancias excepcionales, como las guerras internacionales o las guerras civiles que adquiriesen dicho carácter, rigiendo exclusivamente en el ámbito afectado por las operaciones bélicas.

¹⁰⁶ Horacio Lucio MAINAR, *Ensayo de un derecho de guerra*, Buenos Aires, Perrot, 1954.

marcial como un régimen de competencia especial, vale decir, pues, que la definió como el “*sometimiento de la población civil a la jurisdicción militar*”. De allí, entonces, que Mainar criticase duramente a todos aquéllos que vinculaban a la ley marcial, equivocada y exclusivamente, con la aplicación indiscriminada de la pena de muerte ¹⁰⁷. Así las cosas, y al tiempo que identificaba los caracteres propios de la ley marcial -v.gr., contar con fecha cierta, fijar el momento en que comienza a ser aplicada, estar redactada en el idioma de las personas sometidas a su imperio, y ser publicada adecuadamente-, se esforzó por distinguirla de otros institutos emparentados con ella -como, por ejemplo, los bandos de guerra-. Respecto de todo esto, lo que aquí nos interesa señalar es que entre los conceptos más relevantes defendidos explícita o implícitamente por Mainar ocupó un lugar de privilegio su concepción acerca de la amplia discrecionalidad con la que debían contar los jefes militares encargados de ejecutar la ley marcial, ya que, según la visión de nuestro autor, éstos sólo estaban limitados “*por la Constitución, por las normas legislativas sobre ley marcial, de existir, y [por] las instrucciones de que lo hayan munido sus superiores militares*” ¹⁰⁸.

Por su parte, Oscar Alfredo Sacheri se fijó como objetivo de su investigación “*definir la misión y los principales objetivos del Gobierno Militar en las zonas de operaciones, establecer el alcance de los poderes y atribuciones a ejercitar, fijar los límites de su jurisdicción en cuanto al tiempo en que se ejerce, al territorio en que impera, a las personas y bienes sobre los cuales se extiende y determinar cuáles han de ser las normas y procedimientos para ejercitar con acierto tan delicadas funciones*” ¹⁰⁹. Así las cosas, tras conceptuar a la

¹⁰⁷ Idem ant., págs. 75 y 76.

¹⁰⁸ Idem ant., págs. 76 y 77.

¹⁰⁹ Oscar Ricardo SACHERI, “El gobierno militar...”, cit., pág. 200.

ley marcial como *“la decisión del Jefe del Ejército, sin más limitación que las necesidades de la guerra y los deberes de humanidad”*, nuestro autor sostuvo que el hecho de que la ley marcial -a la que consideraba manifestación del ejercicio de la legítima defensa del Estado- no estuviese expresamente contemplada en el texto de la Constitución no era óbice alguno para aceptar su aplicación, pues, según el redactor del Código de Justicia Militar de 1951, era *“valor entendido, aceptado por la doctrina y [por] la jurisprudencia, que siendo necesario imponer el orden, para que la Constitución y las autoridades civiles puedan ejercitar sus funciones, corresponde al Comando de las fuerzas militares asumir las funciones del gobierno y desempeñarlas de acuerdo a la ley de la necesidad, allí donde las autoridades civiles no existen o resultan impotentes para asegurar el orden de la población, la seguridad de las tropas y la provisión de los medios necesarios para hacer la guerra”*¹¹⁰. Asimismo, remitiéndose al pensamiento de William Whitting, Sacheri aceptó aplicar la ley marcial en zonas de operaciones dentro del propio país, incluso en el caso de contiendas internas entabladas contra rebeldes¹¹¹. Empero, no todo fueron exorbitancias en el pensamiento del codificador castrense, pues también sostuvo que *“ni el gobierno militar, ni la ley marcial en territorio enemigo, escapan a los caracteres de juridicidad, discrecionalidad y responsabilidad”*, y afirmó que *“los poderes emanados de la ley marcial no son arbitrarios, sino discrecionales, y están limitados por la necesidad militar”*. Además, tras considerar que el vacío legislativo sobre el particular podía ser funesto -ya que daba pie a legitimar todo tipo de excesos-

¹¹⁰ Idem ant., pág. 203.

¹¹¹ Idem ant., pág. 209.

recomendó que el Congreso Nacional tomase cartas en el asunto y dictase una adecuada regulación del instituto ¹¹².

6. La actuación de la justicia federal. Durante estos años, una de las constantes preocupaciones de la justicia federal pasó por contribuir eficazmente al mantenimiento de una férrea disciplina en las instituciones armadas. De este modo, en autos “Carlos Alejandro Leguizamón” la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el perfeccionamiento del delito de insubordinación siempre debía considerarse configurado cuando gravitase la condición o el estado militar del superior y del subordinado, y aunque el hecho en cuestión hubiese sido cometido fuera del servicio o de los lugares sometidos a la autoridad militar ¹¹³. Asimismo, respondiendo a la peculiar orientación descripta, y entre las más notables innovaciones del período, deben mencionarse los cambios jurisprudenciales exigidos por la aprobación de la Constitución de 1949 y por la sanción del nuevo Código de Justicia Militar. De este modo, corresponde recordar aquí los esfuerzos desplegados en pro de adecuar los procedimientos y las actuaciones de contenido jurídico-castrense a la filosofía del nuevo dispositivo constitucional y de la normativa dictada en su consecuencia ¹¹⁴. En cuanto a la gravitación de la reforma del Código, y pese a que hubo materias, como la relativa a la regulación jurídica de la adquisición u ocultamiento de equipo militar sustraído al Estado, respecto de las cuales la Corte Suprema consideró que el dispositivo de 1951 no alteraba en lo más mínimo la antigua jurisprudencia ¹¹⁵, también se produjeron litigios a partir de los cuales el máximo tribunal entendió necesario revisar sus fallos ante-

¹¹² Idem ant., *passim*.

¹¹³ Sentencia de la Corte Suprema de 19 de julio de 1954. En *Fallos*, t. 229, pág. 421.

¹¹⁴ Véase un ejemplo en *Fallos*, t. 231, pág. 235.

¹¹⁵ Véase la sentencia dictada en autos “Oscar Pascual Bustamante y otro”, de 2 de diciembre de 1954. En *Fallos*, t. 230, págs. 464 y 465.

riores ¹¹⁶. Así las cosas, dominados por la idea de que los jueces debían suplir la insuficiencia de los textos legales ¹¹⁷, los miembros de los tribunales federales generaron una profusa doctrina en materia castrense. En este sentido pueden mencionarse tanto la reiteración de antiguos principios, como la creación de otros nuevos. Entre los primeros, tenemos los relativos a la constitucionalidad de la jurisdicción castrense ¹¹⁸, a su excepcionalidad y a la autonomía de los tribunales militares ¹¹⁹. Entre los segundos, cabe citar la doctrina que estableció la competencia de los consejos de guerra para entender en aquellos delitos cometidos fuera de lugar militar o al margen del cumplimiento de actos de servicio, siempre que se tratase de hechos relacionados con la condición o el estado militar del superior y del subordinado ¹²⁰; y la doctrina del caso “Attias”, que convalidó la figura del “estado de guerra interno” ¹²¹.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo. Consolidada la idea de que la sus-

¹¹⁶ Véase un ejemplo en el pronunciamiento recaído el 26 de octubre de 1953 en autos “Julio Siriani”; en *Fallos*, t. 227, pág. 99.

¹¹⁷ Sentencia dictada por la Corte Suprema el 1° de octubre de 1953 en autos “Juan Marcelo Víctor Plendoux”. En *Fallos*, t. 227, pág. 17.

¹¹⁸ Sentencia dictada por la Corte Suprema el 12 de septiembre de 1955 en autos “Humberto Angelotti”. En *Fallos*, t. 232, pág. 717.

¹¹⁹ Pronunciamiento del 27 de noviembre de 1951 en autos “Héctor F. García”; en *Fallos*, t. 221, pág. 274. Sentencia pronunciada el 9 de diciembre de 1952 en la causa “Francisco N. Rocco”; en *Fallos*, t. 224, pág. 664.

¹²⁰ Sentencia de la Corte Suprema en autos “Marco Aurelio Campanella”, de 24 de septiembre de 1951; en *Fallos*, t. 220, pág. 1488. Sentencia de la Corte Suprema en autos “Carlos Alejandro Leguizamón”, de 19 de julio de 1954; en *Fallos*, t. 229, pág. 421.

¹²¹ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de julio de 1952. En *Fallos*, t. 223, pág. 253.

tantividad y legitimidad del derecho militar resultaba “incuestionable”¹²², y de que la jurisdicción castrense constituía un fuero “de excepción [necesario] para asegurar el orden y el interés público”¹²³, durante estos años se pensó que el objetivo del Código de Justicia Militar no sólo pasaba por “mantener y asegurar la disciplina de las fuerzas armadas”, sino también por determinar los principios fundamentales que debían “constituir el marco jurídico en el que se encuadra toda la actividad nacional en el caso eventual de una guerra”¹²⁴. Al respecto, cabe señalar que esta tendencia expansiva de lo jurídico-castrense -una de cuyas manifestaciones consistió en el frecuente sometimiento de los civiles a la jurisdicción militar¹²⁵- se fundó en la aplicación de nuevas orientaciones en materia de defensa nacional al campo del derecho, en una época en la que se conceptuaba que “*los tiempos de paz entraña[ba]n tiempos de guerra*”¹²⁶. Así, por ejemplo, al decir del codificador Sacheri la nueva legislación militar argentina derivaba del imperio de “*los conceptos modernos de guerra total y de la nación en armas*”¹²⁷.

Empero, si bien se negaba a los consejos de guerra la “*independencia que poseen los tribunales ordinarios*”¹²⁸, y

¹²² Dictamen N° 187.838 de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, de 10 de agosto de 1953; en Boletín Jurídico Militar, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 69.

¹²³ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional proponiendo la modificación del anteproyecto de Código de Justicia Militar; en *Anales de Legislación Argentina*, t. XI-A (1951), pág. 65.

¹²⁴ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 23 de septiembre de 1949, cit., pág. 5.

¹²⁵ Víctor Fernando LESTANGUET, art. cit., pág. 986.

¹²⁶ Idem ant., págs. 984 y 985.

¹²⁷ Oscar Ricardo SACHERI, “Propósitos”; en Boletín Jurídico Militar, N° 1 (enero-junio de 1953), pág. VII.

¹²⁸ Carlos A. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La independencia de los tribunales militares”; en *La Ley*, t. 51 (1948), pág. 1162.

se afirmaba que la esencia y fin de la justicia militar era el “*mantenimiento del orden y de la disciplina*”¹²⁹, y “*no garantizar derechos individuales*”¹³⁰, paulatinamente también se fue aceptando entre los mismos operadores jurídicos castrenses que la actuación de los tribunales militares debía apoyarse “*sobre los principios sagrados del derecho*”¹³¹. De este modo, mientras que algunos hicieron lo posible para que en tiempo de paz se asegurasen “los derechos del imputado dentro de lo compatible con la disciplina”¹³², otros recomendaron que la defensa en sede militar fuese adjudicada a letrados¹³³, sugirieron el nombramiento de defensores permanentes¹³⁴, y propusieron que la defensa tuviese mayor intervención en el sumario¹³⁵.

Asimismo, otra importante característica de la penalidad militar argentina de estos años fue la incipiente recepción del derecho internacional de guerra. De este modo, y si bien el gobierno no suscribió entonces los convenios de Ginebra de 1949, cabe recordar que en autos “Ludovico Lange” la Corte Suprema de Justicia recurrió a las normas contenidas en las Convenciones de La Haya de 1909 y 1929, argumentando que si bien éstas no habían sido ratificadas

¹²⁹ Víctor Fernando LESTANGUET, art. cit., pág. 984. Artículo 5 del decreto 8605 de 29 de agosto de 1946; en *Leyes y decretos nacionales. Año 1946*, vol. II, Buenos Aires, Librería y editorial La Facultad, 1947, pág. 33.

¹³⁰ Carlos A. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Raúl Alberto O’CURRY, art. cit., pág. 108. Palabras del senador Armando Antille durante la sesión de 15 de octubre de 1951; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1951, t. II, pág. 1171.

¹³¹ Román RIVERA, art. cit., pág. 882.

¹³² Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 23 de septiembre de 1949, cit., pág. 7.

¹³³ Román RIVERA, art. cit., pág. 881.

¹³⁴ Dictamen N° 189.090, de 11 de diciembre de 1953. En *Boletín Jurídico Militar*, n 3 (enero-junio de 1954), pág. 56.

¹³⁵ Román RIVERA, art. cit., pág. 882.

por el Congreso Nacional, resultaban aplicables en el país en tanto que integrantes del derecho de gentes reconocido por la República ¹³⁶

2. Las penas. Conteste con el criterio según el cual los intereses de la disciplina requerían “*como regla, la ejemplaridad de la sanción*”, y sólo “*subsidiariamente la reforma del delincuente*” ¹³⁷, sin embargo el codificador Sacheri hizo todo lo posible para morigerar y definir con mayor precisión los castigos previstos en el ordenamiento castrense. De este modo, el Código de 1951 distinguió entre las penas y las sanciones disciplinarias. Además, opuesto a una penalidad excesivamente rigurosa, su articulado se volcó preferentemente hacia las penas graduables y alternativas, y en general disminuyó los límites mínimos previstos en el Código de 1898 ¹³⁸. Asimismo, estableció reglas relativas a la unificación de penas y al abono de prisión preventiva. En cuanto a las clases de penas, cabe referir también que el Código de 1951 sustituyó el presidio por la reclusión; que eliminó algunas sanciones disciplinarias, como el plantón, la cofa y la prohibición de bebidas espirituosas; y que incorporó otras, como la exclusión del servicio -que no incidía sobre la computación de los servicios anteriores prestados a los efectos del retiro- y la remoción de clase -consistente en retrogradar al sancionado en uno o más grados del escalafón-.

b. Figuras penales

1. Novedades incorporadas. Entre los nuevos delitos previstos por el Código de Justicia Militar de 1951 cabe

¹³⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 5 de marzo de 1947; en *Fallos*, t. 207, pág. 124 y ss..

¹³⁷ Oscar Ricardo SACHERI, “Exposición de motivos...”, cit., págs. 37 y 38.

¹³⁸ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional al Congreso de 23 de septiembre de 1949, cit., págs. 9 y 10.

mencionar los siguientes: la instigación a cometer actos hostiles ¹³⁹; la revelación de secretos concernientes a la defensa nacional ¹⁴⁰; la participación en actividades políticas no autorizadas y subversivas ¹⁴¹; la calumnia o injuria a un subalterno ¹⁴²; el auxilio prestado a los ciudadanos por un militar, con el objeto de sustraerlos a las obligaciones impuestas por la defensa nacional ¹⁴³; las infracciones cometidas por el personal civil en buques o aeronaves mercantes al servicio de las fuerzas armadas ¹⁴⁴; y la conducta del militar que pone en libertad, o procura o favorece la evasión del preso colocado bajo su custodia ¹⁴⁵.

En cuanto al cambio en el tratamiento de figuras ya existentes, cabe señalar que en el caso de la comisión de actos de piratería se distinguió según que los militares responsables contasen o no con mando de tropa ¹⁴⁶; se reguló con mayor detalle el delito de rebelión, figura que fue posteriormente alterada por imperio de la ley 14.117; se desdobló la figura de la insubordinación en vías de hecho contra el superior, irrespetuosidad e insubordinación; en el caso del insulto a centinela, se contempló la posibilidad de que la figura fuese cometida por civiles; se precisó mejor el delito de desobediencia y se lo distinguió del de insubordinación ¹⁴⁷; respecto del motín, se previó el castigo de la resistencia pasiva, y se consideró a los amotinados como coautores de todos aquellos delitos conexos cometidos con motivo o en ocasión del motín;

¹³⁹ Artículos 626 a 628 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴⁰ Artículos 634 a 637 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴¹ Artículos 700 y 701 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴² Artículo 704 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴³ Artículo 820 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴⁴ Artículos 812 a 819 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴⁵ Artículo 862 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴⁶ Artículo 641 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴⁷ Artículos 641 del Código de Justicia Militar de 1951.

en materia de deserción se incorporó la hipótesis de la deserción originada en la falta de presentación posterior al uso de licencia o al cumplimiento de una comisión ¹⁴⁸, y se excluyó la reincidencia como causa para calificar este delito ¹⁴⁹; asimismo, se restringió el concepto de acto de servicio a aquellas actividades que se refiriesen o tuviesen relación con funciones militares específicas ¹⁵⁰, y se sustituyó el concepto de “estado de guerra” por el de “tiempo de guerra”.

c. Jurisdicción

1. Cambios introducidos en las estructuras jurisdiccionales. Si bien el Código de 1951 no introdujo mayores cambios en materia de estructuras jurisdiccionales, cabe señalar que tras su sanción el Consejo Supremo pasó a denominarse “de las Fuerzas Armadas” y que su integración se amplió de siete a nueve miembros -tres de ellos letrados-. Por otra parte, el art. 42 del Código citado estableció que en el caso de que los imputados careciesen de asimilación o de equiparación militar, debían ser juzgados por los consejos de guerra para suboficiales, clases y tropa. En cuanto a otros cambios en la materia, corresponde señalar, además, que el decr. 25.327, de 13 de diciembre de 1951, dispuso la creación de un nuevo Consejo de Guerra Permanente, con sede en la ciudad de Paraná ¹⁵¹.

2. Sociedad civil y jurisdicción militar. Es indudable que el gobierno justicialista orientó su política jurídica en el

¹⁴⁸ Artículo 716 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁴⁹ Dictamen N° 187.728 de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, de 31 de julio de 1953; en Boletín Jurídico Militar, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 62.

¹⁵⁰ Artículo 878 del Código de Justicia Militar de 1951.

¹⁵¹ Boletín Jurídico Militar, N° 2 (julio-diciembre de 1953), pág. 140.

sentido de ampliar el radio de acción de la jurisdicción militar. De este modo, dicha jurisdicción fue aplicada a la resolución de unos asuntos, que sólo desde una visión exorbitada de la defensa nacional pudieron considerarse ligados a la seguridad de la República ¹⁵². Empero, este fenómeno no fue sorpresivo. Por el contrario, venía preparándose desde hacía varias décadas, aun cuando es verdad que se benefició con el fenomenal espaldarazo de la Segunda Guerra Mundial y de sus secuelas en el campo jurídico ¹⁵³. En cuanto a los instrumentos jurídicos empleados en la aplicación de esta política, cabe señalar que las autoridades recurrieron, además de la ley marcial ¹⁵⁴, a otras medidas, como la declaración del estado de guerra interno. Asimismo, que durante el gobierno justicialista también se impuso una más o menos ingeniosa especie de *ley marcial inversa*, merced al recurso de establecer la competencia de la jurisdicción militar sobre personas civiles no tanto en virtud de la declaración de *bandos*, sino militarizando los servicios públicos y a las personas adscriptas a la prestación de dichos servicios.

En este orden de cosas, y en una decisión que no resultó ajena a la intención de ejercer una fuerte intimidación sobre los reclamos sociales contrarios al gobierno, la ley 13.234 encomendó a los tribunales castrenses la competencia para juzgar la comisión de delitos contrarios al mantenimiento del orden público. Respecto de este particular, la nueva estructura represiva diseñada por las autoridades nacionales fue examinada por la Corte Suprema en 1952, al ventilarse, con

¹⁵² Cfr. la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 21 de diciembre de 1953 en autos "Justo Barrera"; en *Fallos*, t. 227, pág. 736.

¹⁵³ Véase un ejemplo en la sentencia dictada por la Corte Suprema el 8 de septiembre de 1948, en la causa "Primitivo Eugenio Álvarez. Contienda negativa de competencia"; en *Fallos*, t. 211, pág. 1575.

¹⁵⁴ Véanse al respecto *Fallos*, t. 211, pág. 182, y t. 224, pág. 85.

el caso “José Bassi”¹⁵⁵, una cuestión de competencia suscitada por un conflicto ferroviario en el que se aplicó el texto de la ya citada ley 13.234 -de organización de la Nación para tiempo de guerra-, el de los decretos 1473 y 1474 de 1951 -en virtud de los cuales los empleados ferroviarios de la Capital Federal y del Gran Buenos Aires fueron “militarizados”¹⁵⁶-, y del decr. 15.323 del 3 de agosto del mismo año, que amplió los alcances de la movilización a todos los empleados ferroviarios del país. Así las cosas, el caso en cuestión arribó a los estrados de la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario interpuesto por los defensores de los imputados, quienes rechazaron la competencia de la jurisdicción castrense, decidida retroactivamente por la Cámara Nacional de Apelaciones de Bahía Blanca, tribunal que había confirmado la decisión del Juzgado Federal de la misma ciudad, y que había defendido la constitucionalidad de la justicia castrense. Curiosamente, y pese a lo que podría suponerse en atención a sus antecedentes como ex auditor general de Guerra y Marina, el procurador general de la Nación, Carlos G. Delfino, rechazó la postura de la Cámara¹⁵⁷, y sostuvo que la interpretación del tribunal de alzada alteraba manifiestamente la realidad de las cosas, pues el decr. 15.323 no podía atribuir competencia retroactiva a los consejos de guerra, cuya jurisdicción estaba “*indisolublemente unida a la naturaleza de los hechos y a la condición de la personas*” que comprendía¹⁵⁸. Finalmente, si bien la Corte Suprema aceptó el dictamen del

¹⁵⁵ *Fallos*, t. 222, pág. 63 y siguientes.

¹⁵⁶ Puede consultarse su texto en *Leyes y decretos nacionales, año 1951, 1^{er} semestre*, Buenos Aires, Librería y Editorial La Facultad, 1952, págs. 170 a 174.

¹⁵⁷ Puede verse otro caso en el que el procurador Delfino se pronunció en contra de la competencia militar -criterio que, en esa oportunidad, la Corte rechazó-, en *Fallos*, t. 223, pág. 336.

¹⁵⁸ Dictamen del procurador general de 6 de diciembre de 1951; en *Fallos*, t. 222, pág. 80.

procurador y negó competencia a la jurisdicción castrense, aquí nos interesa señalar una importantísima derivación de este caso. En efecto, a lo largo de su fundamentación, el máximo tribunal produjo la siguiente doctrina: que los decretos del Poder Ejecutivo eran aptos para establecer una jurisdicción militar especial para juzgar a los civiles, aunque limitada a conocer en delitos y faltas que consistiesen en desobedecer órdenes del servicio.

Otro asunto de importancia que le cupo resolver a los tribunales federales fue el del estado de guerra interno. Aquí también fue un asunto procedente de Bahía Blanca -el caso "Francisco Conte"- el que motivó un interesante pronunciamiento de la Corte Suprema. Al respecto, lo que se ventiló en dichos autos fue una contienda negativa de competencia suscitada entre el juez federal de Bahía Blanca y un juez de instrucción militar, a raíz de la imputación de un delito de hurto adjudicado a un empleado ferroviario. Más allá del envío del caso a la jurisdicción castrense, la importancia de este decisorio residió en la doctrina sentada por el procurador general -y expresamente aceptada por la Corte Suprema¹⁵⁹-, en virtud de la cual se reconoció la legalidad de la declaración del estado de guerra interno producida por el decr. 19.376 del 28 de septiembre de 1951, luego confirmada por la ley 14.062¹⁶⁰. Asimismo, se sostuvo que dicha disposición había producido una sensible ampliación de la jurisdicción militar, en virtud de la aplicación del nuevo art. 110, inc. 1º, del Código de Justicia Militar, disposición que legalizaba la extensión de la competencia militar para entender en "cualquier delito o falta cometido" en tiempos de guerra por aquellos empleados y operarios que, sin contar con asimilación o equi-

¹⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema de 13 de marzo de 1952; en *Fallos*, t. 222, pág. 182.

¹⁶⁰ Respecto de la ponderación de la ley 14.062 por parte de la jurisprudencia, véase la sentencia dictada por la Corte Suprema el 24 de julio de 1952 en autos "Attías" 1952. En *Fallos*, t. 223, pág. 206 y ss.

paración militar, prestasen servicios en establecimientos castrenses o militarizados ¹⁶¹.

Pese a lo referido hasta el momento, no se crea que en todos los casos sometidos a su conocimiento la Corte Suprema de la época terminó convalidando siempre la tendencia expansiva de la jurisdicción militar sobre la sociedad civil. Sobre este particular, por ejemplo, cabe recordar lo resuelto en autos “Manuel Alberto Viñas”. En efecto, en dicho caso -cuyo conocimiento asumió el tribunal a raíz de la interposición de un recurso extraordinario-, la Corte Suprema debió decidir si había sido correcta la autolimitación jurisdiccional decidida por una Cámara de Apelaciones federal, para lo cual le cupo analizar si la actividad conspirativa llevada a cabo por un militar retirado configuraba “conspiración para la rebelión” o era, en cambio, un “delito contra la seguridad del Estado”. Señalando un criterio innovador -y si se quiere, sorprendente, a tenor de los pronunciamientos referidos en los párrafos anteriores-, el máximo tribunal descartó el impecable razonamiento jurídico del procurador general, que había argumentado -basándose en el articulado de la ley 13.996 y de su reglamentación- que la resolución del asunto debía ser adjudicado a la jurisdicción castrense, en tanto que los militares en situación de retiro estaban sujetos a los tribunales castrenses cuando cometiesen delitos o faltas que afectasen a la disciplina o a la seguridad del Estado ¹⁶². En definitiva, tras sostener que el hecho justiciable había sido, *prima facie*, calificado por la cámara como delito contra la seguridad, y que por ende, era de naturaleza común, la Corte adjudicó la resolución del asunto a la justicia nacional en lo penal especial ¹⁶³. Asimismo, en el caso “Ahualli”, la Corte Suprema consideró

¹⁶¹ Dictamen del procurador general de 13 de marzo de 1952; en *Fallos*, t. 222, pág. 181.

¹⁶² Sentencia de la Corte Suprema de 3 de julio de 1952. En *Fallos*, t. 223, págs. 114 y 115.

¹⁶³ *Idem ant.*, págs. 116 y 117.

que si bien era lícito el sometimiento de los civiles a los tribunales castrenses en tiempo de guerra, y que la ley 14.062 había establecido el estado de guerra interno, al no haberse definido el territorio que comprendían las pertinentes “zonas de operaciones” o “zonas de guerra” previstas por la ley 13.234, resultaba imposible pretender que los civiles imputados de conspiración fuesen juzgados por consejos de guerra ¹⁶⁴.

III. Mentalidades

a. *Cultura jurídica*

1. ***Grado de conocimiento del derecho vigente.*** Aunque, como veremos más adelante, el nivel de conocimiento demostrado por el personal letrado de las fuerzas armadas resultó, en líneas generales, más que satisfactorio, durante estos años no sucedió lo mismo con el de los integrantes del cuerpo comando. En este sentido, no faltaron los casos en los que los imputados de un delito desconocían la criminalidad de los hechos cometidos ¹⁶⁵, o en los que protagonizada una conducta delictiva sus responsables buscaban con desesperación ejemplares de los códigos para conocer la pena aplicable ¹⁶⁶.

De este modo y con el objeto de solucionar estas falencias y también con el de contribuir al perfeccionamiento de la formación del cuerpo de auditores, el 29 de agosto de 1946 el Gobierno dictó el decr. 8605, en virtud del cual se creó una sección de “jurisprudencia penal militar” dependiente de la

¹⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 9 de octubre de 1952. En *Fallos*, t. 224, pág. 85.

¹⁶⁵ Dictamen N° 181507 de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, de 27 de noviembre de 1951. En *Boletín Jurídico Militar*, N° 1 (enero-junio de 1953), pág. 28.

¹⁶⁶ Isidoro RUIZ MORENO, *La revolución del 55. I. Dictadura y conspiración*, Buenos Aires, Emecé, 1995, pág. 300.

Fiscalía General del Consejo Supremo de Guerra y Marina, destinada a “clasificar en forma metódica las doctrinas que sustenten las sentencias y resoluciones motivadas de los consejos de guerra”¹⁶⁷. Asimismo, poco más de un lustro después, y atendiendo a la “necesidad largamente sentida” de difundir “la doctrina contenida en las resoluciones, sentencias y dictámenes de carácter jurídico militar”, se decidió la publicación de un Boletín Jurídico Militar¹⁶⁸.

2. Enseñanza del derecho penal militar. En tanto que la doctrina propuso crear cursos básicos de justicia castrense en las escuelas militares, y otros de profundización en las escuelas superiores para jefes y oficiales¹⁶⁹, durante la década del '40 y comienzos de la del '50 la enseñanza del derecho militar alcanzó, brevemente, a gozar de una gran importancia en la vida universitaria argentina y dio lugar a la redacción de algunas tesis doctorales, como la que José Enrique Dellepiane dedicó en 1950 al delito de desertión. De este modo, y al margen de algunas actividades episódicas, como lo fue la conferencia que referida a la “naturaleza jurídica de lo militar” Horacio Mainar brindó en 1946 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires¹⁷⁰, cabe recordar que los contenidos jurídico-militares se incorporaron a los programas de varias materias. Así, por ejemplo, mientras que una parte del programa de derecho administrativo diseñado por Rafael Bielsa se dedicó al estudio de la justicia militar, el de legislación y procedimientos penales, a cargo de Ricardo Levene (h.) también se ocupó de este tipo de asuntos. Empero, esto no fue todo. En efecto, por resoluciones

¹⁶⁷ *Leyes y decretos nacionales. Año 1946*, vol. II, Buenos Aires, Librería y editorial La Facultad, 1947, pág. 33.

¹⁶⁹ Decreto 8125 de 8 de octubre de 1952. En Boletín Jurídico Militar, N° 1 (enero-junio de 1953), pág. XI.

¹⁶⁹ Carlos A. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Raúl Alberto O'CURRY, art. cit., pág. 110.

¹⁷⁰ AHFDUBA, legajo personal de Horacio Lucio Mainar.

383 y 528 de la Facultad de Derecho, de 29 de noviembre de 1947 y 28 de mayo de 1948, respectivamente -confirmadas luego por resolución de la Universidad de Buenos Aires de 4 de junio de 1948- el nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía incluyó, como materia del sexto año de la carrera de grado, el derecho penal militar ¹⁷¹. Adjudicada la titularidad de la cátedra a Pablo Valle ¹⁷² -a quien acompañaron como adjuntos Carlos José Colombo y Horacio Lucio Mainar ¹⁷³-, se consideró que el establecimiento de esta materia contribuiría eficazmente a que los juristas de nuestro país conociesen, “*más a fondo que actualmente, los problemas que se relacionan con la justicia militar*” ¹⁷⁴, y que esta medida serviría de ejemplo para el resto de las universidades argentinas ¹⁷⁵. Sin embargo, lejos de alcanzar ambos objetivos, la experiencia terminaría abruptamente en 1952, cuando la ordenanza 2, dictada por el Consejo Directivo de la Facultad el 11 de noviembre de 1952, suprimió la enseñanza del derecho militar de la currícula universitaria ¹⁷⁶.

3. Caracterización de los expertos en la materia. Integrado por juristas que por aquel entonces ingresaban tras rendir un examen teórico sobre cuestiones de derecho penal, justicia militar y derecho administrativo ante un tribunal de tres auditores ¹⁷⁷, durante estos años el cuerpo jurídico militar alcanzó, quizás, su momento de mayor brillo. De este modo,

¹⁷¹ AHFDUBA, carpeta “Intensificaciones”.

¹⁷² AHFDUBA, legajo personal de Humberto J. Bernardi.

¹⁷³ AHFDUBA, carpeta “Intensificaciones”.

¹⁷⁴ Carlos A. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Raúl Alberto O’CURRY, art. cit., pág. 110.

¹⁷⁵ Humberto P. J. BERNARDI, “El derecho penal militar en nuestra casa”; en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año III, 3ª Epoca, Nº 10 (abril-junio de 1948), 351.

¹⁷⁶ AHFDUBA, carpeta “Intensificaciones”.

¹⁷⁷ Entrevista al doctor Carlos H. Cerdá, 27 de julio de 1998.

siguiendo trayectorias profesionales e intelectuales análogas a las de Carlos Risso Domínguez, no sólo se destacaron con luz propia juristas de la talla de Carlos Delfino -quien abandonó la titularidad de la Auditoría General de Guerra y Marina para ocupar, a mediados de 1947, el cargo de procurador general de la nación- y de Oscar Ricardo Sacheri -redactor del Código de Justicia Militar y también él auditor general-, sino que también alcanzaron notoriedad pública, sea en la cátedra, sea en la prensa especializada, juristas castrenses de menor graduación, como Víctor Fernando Lestanguet, Carlos J. Colombo, Humberto J. Bernardi -quien fue asesor letrado general de la Gendarmería Nacional-¹⁷⁸ y Horacio Lucio Mainar.

4. Literatura jurídico-militar argentina de la época. Para fines de la década del '40 y comienzos de la del '50, la producción argentina de bibliografía jurídico-militar alcanzó una variedad y profundidad inusitada. Así, en cuanto a autores y temas cabe mencionar que en 1946 el juez de instrucción castrense, capitán Francisco Segundo Lazo Toledo, publicó en la Revista Militar una serie de propuestas de reforma al Código de Justicia Militar¹⁷⁹; que el mismo año el profesor cordobés Jorge Clariá Olmedo publicó en el Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de su provincia natal un profundo artículo referido a la competencia represiva militar; y que las páginas de La Ley publicaron una sintética exposición del español Ricardo Calderón Serrano referida a la organización de los tribunales militares argentinos¹⁸⁰. Siguiendo esta orientación, y luego de haber publicado en el tomo 39 de La Ley un trabajo sobre "La sustantividad del derecho penal militar" y algún otro artículo en Méxi-

¹⁷⁸ AHFDUBA, legajo personal de Humberto J. Bernardi.

¹⁷⁹ Francisco Segundo LAZO TOLEDO, art. cit., pág. 1137 y ss..

¹⁸⁰ La Ley, t. 42 (1946), pág. 1012 y ss..

co ¹⁸¹, en 1948 Humberto J. Bernardi incluyó en el N° 10 de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires un breve trabajo titulado “El derecho penal militar en nuestra casa”. Asimismo, también durante 1948 Carlos A. González Fernández escribió un trabajo sobre “La independencia de los tribunales militares” -aparecido en el tomo 51 de La Ley-, y en compañía de Raúl Alberto O’Curry publicó en Jurisprudencia Argentina un estudio sobre “La defensa en los juicios militares”. Mientras tanto Juan Antonio Cairone, profesor del Colegio Militar, editó un libro que, dedicado a la enseñanza de los cadetes, se tituló *Procedimientos de justicia militar y redacción y trámite de la correspondencia oficial*. Por su parte, al año siguiente fue Román Rodolfo Rivera quien se ocupó de “La defensa en los juicios militares” ¹⁸², mientras que el joven auditor Carlos J. Colombo publicaba en el Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica un artículo sobre la organización y competencia de los tribunales militares españoles ¹⁸³. Varios años después, en 1953, el mismo Colombo daba a conocer, bajo el sello editor Valerio Abeledo, la que quizás haya sido una de las mejores obras escritas en la Argentina respecto de la penalidad castrense, vale decir *El derecho penal militar y la disciplina*. Por su parte, en 1954 Horacio Lucio Mainar editaba su *Ensayo de un derecho de guerra*, con el que prometía iniciar un plan de publicaciones sobre derecho militar y fuero castrense, que lamentablemente no llegó a concretar ¹⁸⁴.

Otra importante manifestación editorial de la época fue la aparición, a partir de 1953, del Boletín Jurídico Militar, publicación evidentemente inspirada en la homóloga mexi-

¹⁸¹ Ricardo CALDERÓN SERRANO, “Tribunales militares argentinos”; en La Ley, t. 42 (1946), pág. 1012.

¹⁸² Revista Militar, N° 581 (julio de 1949), pág. 875 y ss..

¹⁸³ La Ley, t. 57 (enero-marzo de 1950), pág. 955.

¹⁸⁴ Horacio Lucio MAINAR, *Ensayo de un derecho de guerra*, Buenos Aires, Perrot, 1954, pág. 10.

cana, que se publicaba desde 1935¹⁸⁵. En cuanto al Boletín argentino, cabe decir aquí que su publicación se autorizó el 8 de octubre de 1952, por dechr. 8125¹⁸⁶, y que su dirección fue ejercida por el entonces auditor general de las fuerzas armadas, Oscar Ricardo Sacheri. En cuanto a su contenido, destinado originariamente a “*difundir los conocimientos de nuestra legislación militar en sus múltiples aspectos y la jurisprudencia a que da lugar su diaria aplicación en la esfera judicial y administrativa*”¹⁸⁷, corresponde indicar que el Boletín contaba con secciones de doctrina, de dictámenes de la Auditoría General y de las asesorías jurídicas militares, de jurisprudencia del Consejo Supremo y de los consejos de guerra permanentes, de jurisprudencia de los tribunales ordinarios de interés militar, de historia del derecho militar, de jurisprudencia extranjera, de legislación y de bibliografía.

5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico-castrenses. Amén de la doctrina argentina contemporánea -mencionada arriba- y de la redactada en décadas anteriores, durante estos años se mantuvo la consulta del derecho extranjero. Sin embargo, si bien no dejaron de citarse autores franceses y de otros países, como André Sauvangoet y Claude Picard¹⁸⁸, resultó evidente el predicamento de los juristas de la escuela italiana de derecho militar. En este sentido, en los escritos jurídico-castrenses argentinos fue habitual ver mencionada a la *Rivista di diritto e procedura militar*, publicada en Palermo, y también resultó frecuente la cita de Pietro Vico, Vincenzo Manzini, Aristides Manassero, Joaquín Milazzo, Giuseppe Ciardi y Rinaldo Vassia. En menor medida, también

¹⁸⁵ Antonio MILLÁN GARRIDO, El *Boletín Jurídico Militar* de México (1935-1955); en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 68 (julio-diciembre de 1996), pág. 125.

¹⁸⁶ Carlos J. COLOMBO, ob. cit., pág. 10.

¹⁸⁷ Oscar Ricardo SACHERI, “Propósitos”, cit., pág. VII.

¹⁸⁸ Víctor Fernando LESTANGUET, art. cit., pág. 984.

se destacó la doctrina española, representada por Tejedor y Ferreiro, Dávila y Garicano, y fundamentalmente por Querol y Durán, así como los estudios del auditor brasileño Tiburcio Gomes Carneiro y los del español radicado en México Ricardo Calderón Serrano ¹⁸⁹.

b. Tendencias

1. Consideraciones en torno al derecho militar. Preconizada tanto la autonomía del derecho penal militar respecto del orden represivo ordinario ¹⁹⁰ -lo que llevó a algunos a sostener que la redacción de los proyectos jurídico-militares no se podía confiar a los “*legistas profesionales*” ¹⁹¹-, como la sustantividad del derecho punitivo castrense, en atención a la peculiaridad del bien jurídico tutelado ¹⁹², la mayoría de los contemporáneos compartía la idea de que el Código de Justicia Militar debía “*constituir un todo orgánico que se bast[as]e a sí mismo*” ¹⁹³. Minoritarias fueron, pues, voces como

¹⁸⁹ Cfr. *Programa de derecho penal militar y legislación contravencional*, Buenos Aires, 1949. Carlos J. COLOMBO, ob. cit., pág. 11. Fernando E. ALIAGA, “Disertación en ocasión del 135° aniversario de la Auditoría General de Guerra y Marina”; en *Revista Militar*, N° 534 (julio de 1945), pág. 93. Horacio Lucio MAINAR, *Ensayo de un derecho de guerra*, Buenos Aires, Perrot, 1954, pág. 77. Dictamen N° 152.681 de la Auditoría General de Guerra y Marina; en *Boletín Jurídico Militar*, N° (enero-junio de 1953), pág. 44. Jorge CLARIÁ OLMEDO, “Competencia represiva militar”; en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba)*, año X, N° 1 a 3 (mayo-agosto de 1946), pág. 260.

¹⁹⁰ Exposición de motivos del programa de derecho penal militar y legislación contravencional; 30 de mayo de 1949. En *Programa de derecho penal militar y legislación contravencional*, Buenos Aires, 1949, pág. 5.

¹⁹¹ Francisco Segundo LAZO TOLEDO, art. cit., pág. 1137.

¹⁹² Carlos J. COLOMBO, ob. cit., pág. 7 y ss., pág. 18. BERNARDI, “La sustantividad del derecho penal militar”; en *La Ley*, t. 39, pág. 1033.

¹⁹³ Oscar Ricardo SACHERI, “Exposición de motivos del Código de Justicia Militar de 1951”; en *Anales de Legislación Argentina*, t. XI-A (1951), pág. 37.

las de Miguel Ángel Zavala Ortiz, quien rechazó las teorías según las cuales la justicia militar se consideraba como una fracción del poder de mando del presidente, y pretendía, en su lugar, la consagración de una justicia militar totalmente autónoma, integrada por magistrados civiles ¹⁹⁴.

Pero esto no era todo, pues cabe señalar que para esta época también se produjo otra innovación, al considerarse que la “fisonomía excepcional” del derecho castrense ¹⁹⁵ no sólo reposaba en la protección de la disciplina interna de las fuerzas armadas. En efecto, tal como lo manifestó en el seno de la Asamblea Constituyente de 1949 uno de los convencionales oficialistas, con la vigencia del concepto de nación en armas “*la defensa de los supremos intereses de la Nación y en la de todos sus habitantes*” se concebía a la penalidad militar como un sistema no sólo aplicable a la conducta de los hombres de armas entre sí y con relación al Estado, sino también como un mecanismo al que le interesaba velar por la protección de las fuerzas armadas frente a las agresiones externas que éstas pudiesen sufrir ¹⁹⁶.

IV. Consideraciones generales

1. *La expansión del universo militar.* Potenciado por los copiosos antecedentes generados en las décadas anteriores y por el triunfo de la concepción de “nación en armas”, en

¹⁹⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1951, sesión de 13 de junio de 1951, t. I, pág. 609 y ss..

¹⁹⁵ Palabras de Alberto Molinario pronunciadas el 28 de noviembre de 1949 en el Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. En Archivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, acta 436 del Consejo Académico.

¹⁹⁶ Palabras pronunciadas el 10 de marzo de 1949 por Julián Pinto Bazán; en *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 1949, págs. 467 y 468.

función de la cual en la percepción de los fenómenos delictivos no importaba tanto la calidad del agente sino la determinación de la naturaleza del acto ¹⁹⁷, durante estos años el derecho militar argentino extendió enormemente su área de influencia, ampliando el número de sus cometidos y el volumen de su normativa en una proporción que no encontraba “*analogía con las demás ramas de la legislación*” ¹⁹⁸. En este sentido, los ejemplos son más que numerosos. En efecto, así como la nueva Constitución, aprobada en marzo de 1949, había consagrado el fuero castrense ¹⁹⁹, dos años más tarde, y después de haber sido considerado como una prioridad del primer plan quinquenal ²⁰⁰, se sancionó un nuevo Código de Justicia Militar. Mientras tanto, a la par de una vertiginosa producción de libros y artículos de la especialidad, en el campo educativo el derecho penal militar llegó a consagrarse como materia de grado en la carrera de abogacía.

Amén de las causas señaladas en el transcurso de este capítulo, cabe señalar aquí que otro importante motivo de la expansión jurídico-castrense fue la progresiva recepción, por parte de la justicia federal, de doctrinas que priorizaban exageradamente la protección de lo disciplinario militar ²⁰¹. En este sentido, pueden recordarse los pronunciamientos “Balma” ²⁰² y “Leguizamón”. Así, por ejemplo, en el último de

¹⁹⁷ Víctor Fernando LESTANGUET, art. cit., pág. 984.

¹⁹⁸ Comentario de Héctor MASNATTA al Boletín Jurídico Militar; en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1953-IV, pág. 6, Sección Doctrina.

¹⁹⁹ Véase el artículo 29 de la Constitución de 1949. Al respecto, resulta útil la lectura de las palabras del convencional constituyente justicialista Julián A. Pinto Bazán vertidas en el *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 1949, pág. 467.

²⁰⁰ Presidencia de la Nación - Secretaría Técnica, *Plan de Gobierno (1947-1951)*, t. I, Buenos Aires, 1946, págs. 256 y 257.

²⁰¹ Entre los operadores jurídico castrenses, como el asesor de Gendarmería Nacional, Humberto Bernardi, era moneda corriente considerar que el objetivo fundamental del derecho militar era el mantenimiento de la disciplina de las instituciones armadas. Cfr. el dictamen inserto en *Fallos*, t. 210, pág. 1264.

²⁰² Sentencia de la Corte Suprema de 3 de septiembre de 1951. En *Fallos*, t. 220, pág. 1247.

los mencionados se optó por una interpretación de la legislación penal y procesal castrense en virtud de la cual los tribunales militares resultaron autorizados para entender en el conocimiento de hechos que, a pesar de su naturaleza aparentemente ajena a la realidad castrense, se consideró que podían afectar la disciplina militar ²⁰³. Por otra parte, y en orden al conocimiento del proceso expansivo del universo jurídico castrense, no debe soslayarse la importancia de los debates jurídicos suscitados en torno al contenido del concepto “acto de servicio”. Ello así, pues de acuerdo con la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema y el articulado del Código de Justicia Militar, la comisión de delitos por parte de un militar mediando la prestación de un acto de servicio, era motivo más que suficiente para que su juzgamiento correspondiese a los tribunales castrenses ²⁰⁴. En este orden de cosas, cabe señalar que este asunto fue sesudamente tratado en “Alfredo Reynaldo Motta”, oportunidad en la que el tribunal rechazó el criterio del procurador general de la Nación ²⁰⁵ y manifestó que debido a la excepcionalidad de la jurisdicción castrense, no era posible considerar como ac-

²⁰³ Sentencia de la Corte Suprema de 19 de julio de 1954; en *Fallos*, t. 229, págs. 421 y 422. En el caso se trataba del homicidio de un gendarme, cometido por otro gendarme en un local bailable.

²⁰⁴ Sentencia de la Corte Suprema dictada el 20 de agosto de 1951 en autos “Marcelino Méndez González y otro”; en *Fallos*, t. 220, pág. 1175. Sentencia de la Corte Suprema dictada el 3 de julio de 1952 en autos “Carlos Alberto Godoy y otros”; en *Fallos*, t. 223, pág. 119.

²⁰⁵ En esta oportunidad, el procurador Delfino presentó un típico argumento propio de las tendencias exorbitantes del derecho militar de la época. Así las cosas, dicho funcionario expuso que todas las actividades de los militares referidas o vinculadas con las funciones correspondientes al hecho de pertenecer al Ejército o a la Armada debían considerarse “actos de servicio”. Además, complementando la premisa anterior, y con la manifiesta intención de invertir la carga de la prueba, Delfino sostuvo que toda disposición de autoridad militar que imponía ejecutar una orden determinada convertía la actividad dispuesta en “acto de servicio”, salvo, únicamente, que del análisis de la situación concreta surgiese la ilegitimidad de la orden por exceso de las autoridades respecto de las potestades que se les hubieren conferido. *Fallos*, t. 210, págs. 776 y 777.

tos de servicio aquellos ejecutados por los militares en cumplimiento de funciones accidentales, pues ello “*implicaría generalizar un fuero de naturaleza restringida*”²⁰⁶. Sin embargo, esta doctrina aparentemente terminante no tardó en mostrar sus vacilaciones y falencias, como cuando se dijo que a pesar de la ausencia de una orden expresa, la ejecución de una práctica preparatoria complementaria con el objeto de superar satisfactoriamente una inspección no podía considerarse sino acto de servicio²⁰⁷.

También en lo que se refiere al tema cuyo estudio abordamos en este apartado, cabe señalar que, durante el primer gobierno peronista, una de las más claras muestras de la expansión del modelo jurisdiccional castrense estuvo dada por la creación de un sistema de justicia policial nacional inspirado en el ejemplo militar²⁰⁸. Sobre el tópico señalado, cabe decir que si bien no existía una absoluta identidad entre ambos regímenes penales y disciplinarios²⁰⁹, la constante referencia modélica al Código de Justicia Militar²¹⁰ condujo a que, en ciertas ocasiones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicase al ámbito policial los principios de la jurisprudencia castrense²¹¹.

2. La culminación del proceso de autonomía de lo jurídico-castrense. Con simultaneidad a la actuación de la

²⁰⁶ Idem ant., pág. 778. Véase, además, *Fallos*, t. 227, pág. 96.

²⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema dictada el 27 de noviembre de 1951 en autos “Héctor F. García contra Nación Argentina”; en *Fallos*, t. 221, pág. 270.

²⁰⁸ Hay referencias al Código de Justicia Militar como modelo del nuevo Código de Justicia policial en *Fallos*, t. 228, pág. 352.

²⁰⁹ Véase la sentencia dictada el 19 de abril de 1954 en autos “Juan Faruelo”; en *Fallos*, t. 228, pág. 349 y ss..

²¹⁰ V.gr., para la comprensión del orden normativo policial se consideraba adecuado recurrir al análisis analógico del Código de Justicia Militar, tal como surge de *Fallos*, t. 231, pág. 109 y t. 232, pág. 361.

²¹¹ Para un ejemplo de lo dicho, véase *Fallos*, t. 229, pág. 421.

Corte Suprema durante estos años -que, como surge de los pronunciamientos recaídos en las causas “Merck” y “Bayer”, avaló plenamente el régimen jurídico militar exorbitante diseñado entonces desde el Poder Ejecutivo ²¹²-, la autonomía de lo jurídico-castrense -fundada en la existencia de un aparato legal creador de un régimen propio y especial ²¹³- alcanzó en el país uno de sus momentos culminantes. De ahí que no sorprenda la vigencia, durante este período, de la vieja doctrina según la cual cualquier interpretación de los preceptos del Código Militar hecha por los tribunales castrenses, resultaba insusceptible de recurso extraordinario, en tanto que no se cuestionase “la competencia de los mencionados organismos por ser el juicio de jurisdicción nacional” o que la causa encuadrarse “en otro supuesto que autorice la apelación con arreglo al régimen del artículo 14 de la ley 48” ²¹⁴. Asimismo, el criterio de la autonomía de lo jurídico-castrense también se manifestó en fallos como el pronunciado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal -luego confirmado por la Corte Suprema-, en autos “Juan Carlos Sosa contra Nación Argentina” ²¹⁵, oportunidad en la cual se sostuvo que la legislación militar respondía a un régimen jurídico particular, en virtud del cual no era posible interpretarla recurriendo a la aplicación analógica de leyes civiles. Por otra parte, la autonomía del mundo militar ²¹⁶.

Desde luego, atendiendo a este contexto no llama la atención que durante estos años los magistrados federales hayan

²¹² En parte, creemos que la adopción de esta política surgió de la implementación de un curioso mecanismo jurídico: la recepción, por parte del tribunal, de los dictámenes emitidos por auditor general de Guerra y Marina. Cfr. *Fallos*, t. 212, pág. 470.

²¹³ *Fallos*, t. 225, págs. 585 y 589. Véase también la sentencia de la cámara federal de Córdoba incluida en *Fallos*, t. 220, pág. 147.

²¹⁴ *Fallos*, t. 224, pág. 664. También en el mismo sentido, consúltense *Fallos*, t. 211, pág. 1634, y t. 228, pág. 184.

²¹⁵ *Fallos*, t. 225, págs. 589 a 591.

²¹⁶ Al respecto, véase, por ejemplo, *Fallos*, t. 210, pág. 1075.

decidido autolimitar su competencia al entrar en contacto con un universo militar ²¹⁷ que no ocultaba sus tendencias expansivas ²¹⁸. Curiosamente, contrastando con esta postura, lo que sí sorprende es la actitud de algunos operadores jurídico-castrenses, quienes estuvieron lejos de compartir en todo el criterio de los jueces federales ²¹⁹. Al respecto, resultan ilustrativas las palabras de un juez de instrucción de la Armada, quien se inhibió de actuar tras recordar que la excepcionalidad de la jurisdicción militar implicaba que ésta debía restringirse “a aquellos casos expresamente previstos por la ley especial de la materia” ²²⁰.

²¹⁷ Por ejemplo, al respecto pueden verse los pronunciamientos incluidos en *Fallos*, t. 222, pág. 78; t. 222, pág. 180; t. 222, pág. 407; t. 223, pág. 117; t. 224, pág. 83; t. 225, pág. 575; t. 227, pág. 95; y t. 231, pág. 105.

²¹⁸ “Si bien la jurisdicción castrense es especial y extenderla más allá so color de que todo acto ejecutado por un militar en funciones *accidentales* se convierte en el cumplimiento de un servicio militar, implicaría generalizar un fuero de naturaleza constitucionalmente restringida, ello no significa que este derecho sea de carácter excepcional... Su evolución demuestra que su contenido, lejos de reducirla la va transformando no en más especial sino en menos especial; no en el sentido de que pierda autonomía, sino que se interpreta en forma más amplia tanto en lo atañedor a sus destinatarios, cuanto a los casos considerados de la jurisdicción militar por razón de las circunstancias en que fueron realizados”. Sentencia del juez nacional en lo penal especial, Miguel J. Rivas Argüello, de 7 de septiembre de 1953. En *Fallos*, t. 227, pág. 95.

²¹⁹ Véase un ejemplo de lo dicho en la resolución dictada por el ministro de defensa en autos “Procurador Fiscal c/ Celeste Tarquino y otro”, *Fallos*, t. 222, pág. 407, y en “Atilio José Demichelis”, *Fallos*, 225:575. Además, también resultan de interés lo que se dice en *Fallos*, t. 224, pág. 84.

²²⁰ Sentencia de 27 de julio de 1953, transcripta en *Fallos*, t. 227, pág. 92.

CAPITULO X

EL DERECHO PENAL MILITAR CONTEMPORÁNEO. REFORMAS Y PRINCIPALES DEBATES (1956-1999)

I. Acontecimientos

a. Panorama internacional

1. La situación en Europa y en el mundo. Desde mediados del siglo XX se advierten en todos los países del orbe sensibles transformaciones en la concepción del derecho militar. En este sentido, cabe señalar que las experiencias adquiridas con la segunda guerra mundial condujeron no pocas veces a la reformulación de lo jurídico-castrense, y, por ejemplo, estimularon un nuevo concepto de disciplina, que resultó restrictivo del deber de obediencia militar ¹. Asimismo, se hizo patente una paulatina “juridización” e “internacionalización” del derecho penal militar ², proceso que resultó

¹ Prudencio GARCÍA, *El drama de la autonomía militar*, Madrid, Alianza, 1995, págs. 412 y 413.

² Cfr., por ejemplo, José María RODRÍGUEZ DEVESA, “La obediencia debida en el derecho penal militar”; en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 3 (enero-junio de 1957), pág. 30 y ss..

simultáneamente estimulado por los encuentros científicos de la especialidad que comenzaron a llevarse a cabo desde la década de 1950 ³, por la aceptación de los protocolos adicionales de 1977 -que complementaron la regulación del derecho de los conflictos armados, denominado por la doctrina “derecho de Ginebra” ⁴-, y por el mayor protagonismo alcanzado por las organizaciones supranacionales. De este modo, respecto de lo dicho en último término cabe recordar que el 22 de febrero de 1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió crear un tribunal penal internacional para juzgar a los responsables de la comisión de violaciones graves al derecho internacional humanitario -vale decir, las violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y a las leyes y los usos de la guerra comúnmente aceptados- cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia ⁵. Sin embargo, a despecho de esta definida orientación, durante los últimos años el inusitado crecimiento de la delincuencia organizada y el flagelo del terrorismo fundamentalista también motivaron que las autoridades de no pocos países recurriesen a la jurisdicción militar en tanto que instrumento de control del orden público ⁶, y que concibiesen la idea de proyectar a las fuerzas armadas hacia el “interior” de los respectivos Estados ⁷.

³ Mario Tiburcio GOMES CARNEIRO, “Los elementos fundamentales del derecho militar. Concepto, contenido, codificación, enseñanza”; en *Revista Española de Derecho Militar* n° 12 (julio-diciembre de 1961), págs. 200 y 209.

⁴ Virgilio Rafael BELTRÁN, “Combatientes privilegiados”; en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 33-34 (enero-diciembre de 1977). Denise PLATTNER, “La represión penal de las violaciones del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales”; en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 101 (septiembre-octubre de 1990).

⁵ Juan José QUINTANA, “La violación del derecho internacional humanitario y su sanción: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”; en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 123 (mayo-junio de 1994).

⁶ Cfr. “Centre pour l’indépendance des magistrats et des avocats”, *Attaques contre la justice*, Ginebra, enero-diciembre de 1995.

⁷ Cfr. Jean-Louis DUFOUR, “Un retour de “l’adversaire intérieur”?”, *Défense nationale*, N° 12/1994, pág. 20 y ss..

En cuanto a los principales cambios advertidos en la regulación penal militar europea de estos años, cabe señalar, además, que una enmienda constitucional alemana de 19 de marzo de 1956 decidió restringir el funcionamiento de los tribunales militares germanos a los tiempos de guerra, y a la hipótesis de que las fuerzas armadas del país cubriesen servicios en el extranjero o en los buques de guerra. Asimismo, que al año siguiente se dictó, en el mismo país, una ley penal militar de 48 artículos, que separó el derecho de fondo del procesal y que rechazó la substantividad de la penalidad militar⁸, cuerpo normativo que fue reemplazado por otro análogo en 1974⁹. Por otra parte, cabe recordar que en mayo de 1957 Dinamarca sancionó un nuevo Código Penal Militar¹⁰; que en 1965 hizo lo propio Francia¹¹, país que en julio de 1982 decidió suprimir la jurisdicción militar para tiempo de paz¹²; que en 1971 y 1976 se reformó el derecho militar inglés¹³; que en 1981 Italia decidió integrar la jurisdicción militar al Poder Judicial, substituyendo al tribunal supremo militar por un tribunal castrense de apelación subordinado a la Corte Suprema de casación¹⁴, y que cuatro años después se reformó el Código Militar italiano para tiempo de paz¹⁵;

⁸ José María RODRÍGUEZ DEVESA, “La ley penal alemana de 30 de marzo de 1957”; en Revista Española de Derecho Militar, n° 4 (julio-diciembre de 1957), págs. 70 y 71.

⁹ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “La justicia militar en el derecho comparado”; en Poder Judicial (Madrid), segunda época, n° 23 (septiembre de 1991), pág. 72.

¹⁰ GILDO RODI, “La justicia militar en tiempo de paz en los países pertenecientes a la N.A.T.O. y en España y Suiza”; en Revista Española de Derecho Militar, N° 11 (enero-junio de 1961), pág. 106.

¹¹ Manuel M. GÓMEZ DEL CASTILLO GÓMEZ, “La extensión de la jurisdicción militar en el derecho comparado”; en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana (Madrid), n° 2-3 (1975), pág. 363.

¹² FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, art. cit., pág. 71.

¹³ Idem ant., pág. 52.

¹⁴ Susana SAN CRISTÓBAL REALES, *La jurisdicción militar: de jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Granada, Editorial Comares, 1996, pág. 303.

¹⁵ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, art. cit., pág. 61.

que en julio de 1982 los Países Bajos adjudicaron las funciones de la jurisdicción castrense a salas especiales de los tribunales ordinarios, integradas con un jurista militar y dos civiles ¹⁶; y que en 1985 España sancionó un nuevo Código Penal Militar, inspirado, en buena medida, en el derecho alemán ¹⁷.

2. La situación en América. En lo atinente a América, también aquí se produjeron cambios. De este modo, a mediados de los años '50 se planteó la necesidad de reformar el Código Penal Militar ecuatoriano ¹⁸; en 1967 Chile modificó el procedimiento militar de tiempo de paz, y en 1970 limitó la aplicación de la pena de muerte ¹⁹; en 1969 Brasil dictó una ley de organización judicial militar, un Código de Procedimiento Penal Militar y un Código Penal Militar ²⁰; a finales de los años setenta Perú sancionó una nueva Constitución que reconoció la constitucionalidad de la justicia castrense ²¹; y en los '80, tras una larga experiencia de gobiernos militares, en Uruguay se debatió la legitimidad de la jurisdicción castrense ²². Asimismo, cabe recordar que durante estos años

¹⁶ Idem ant., pág. 60.

¹⁷ Antonio MILLÁN GARRIDO, comentario a José ROJAS CARO, "Derecho disciplinario militar"; en Revista Española de Derecho Militar, N° 56/57 (julio de 1990-junio de 1991), t. II, pág. 872.

¹⁸ Hugo GAVILANES SALTOS, "Organización y competencia de los tribunales militares en el Ecuador"; en Revista Española de Derecho Militar, N° 4 (julio-diciembre de 1957), pág. 114 y ss..

¹⁹ Renato ASTROSA HERRERA, *Derecho penal militar*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, págs. 17 y 18.

²⁰ Francisco JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, "Nuevas normas vigentes en la justicia militar brasileña"; en Revista Española de Derecho Militar, N° 33-34 (enero-diciembre de 1977), pág. 93.

²¹ Marcial RUBIO CORREA, "El Estado y las fuerzas armadas a través de la Constitución"; en Enrique Groisman (comp.), *El derecho en la transición de la dictadura a la democracia. La experiencia en América Latina/2*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1990, pág. 207.

²² *Justicia común y justicia militar (mesa redonda)*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Facultad de Derecho, 1986, pág. 7.

se realizaron numerosos encuentros científicos internacionales sobre la especialidad, entre los que corresponde mencionar el primer Congreso de Derecho Penal Militar que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1958 ²³; el Simposio de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, que se celebró en Buenos Aires en octubre de 1977 ²⁴; y las periódicas conferencias de la Federación Interamericana de Abogados.

b. El derecho penal castrense argentino a partir de la caída del régimen peronista

1. El derecho represivo militar durante el gobierno de la Revolución Libertadora. A partir del último tercio de 1955, con el gobierno de la denominada *Revolución Libertadora*, se puso en discusión en la Argentina la legitimidad del aparato jurídico militar sancionado durante el régimen peronista y se introdujeron algunas modificaciones en la normativa vigente.

En cuanto a lo dicho en primer lugar, cabe señalar que entonces comenzó a cobrar cuerpo la idea de que derogada en abril de 1956 la Constitución de 1949, no podía considerarse vigente el Código de Justicia Militar sancionado en 1951 ²⁵, criterio que fue parcialmente seguido por algunos magistrados federales que declararon la inconstitucionalidad de la extensión del fuero castrense a los militares retirados ²⁶. Sin embargo, haciendo gala de una actitud de celosa protección

²³ Mario Tiburcio GOMES CARNEIRO, art. cit., pág. 200.

²⁴ Revista Española de Derecho Militar, N° 33-34 (enero-diciembre de 1977), pág. 127 y ss..

²⁵ Salvador TEJÓN, "Las bases constitucionales de la justicia militar", tesis doctoral inédita presentada en la Universidad de Buenos Aires, 1969, pág. 25.

²⁶ Oscar RÍSPOLI ROMÁN, "El fuero militar"; en Jurisprudencia Argentina, t. 1958-II, sección doctrina, pág. 9.

de la integridad del régimen jurídico castrense, en autos “Raviolo Audisio” la Corte Suprema de Justicia de la Nación restó importancia a los cuestionamientos fundados en la recordada derogación, y se pronunció por la intrascendencia de la desaparición del artículo 29 de la Constitución de 1949 -que, como se recordará, consagraba la constitucionalidad del fuero militar-, bajo el argumento de que dicho artículo, lejos de haber innovado en materia jurídico castrense, sólo había reconocido “la jurisdicción de excepción que ya existía en los códigos militares anteriores” que se fundaba en atribuciones implícitamente recogidas por la ley fundamental de 1853 ²⁷.

Por otra parte y respecto de la transformación de la normativa vigente, cabe señalar que el Código de Justicia Militar fue objeto de algunos cambios. De este modo, considerando que el delito de rebelión contra el orden estatal era esencialmente una figura de carácter político, y que el contenido de la ley 14.117 de reformas al Código de Justicia Militar violaba “nuestras tradiciones constitucionales”, contrarias a la aplicación de “la pena de muerte por causas políticas”, el 30 de diciembre de 1955 el decreto ley 8.813 restauró el texto original del Código de Justicia Militar de 1951 ²⁸. En cuanto a otras modificaciones al orden jurídico militar argentino, cabe señalar, además, que mediante decreto 14.442, de 9 de agosto de 1956, se ratificaron los Convenios de Ginebra de 1949 ²⁹, y que en virtud del decreto ley 15.890, de 3 de diciembre de 1957, se reformó el artículo 60 del Código de Justicia Militar, de modo tal que se dispuso que en el caso de que se produjese un impedimento accidental del auditor general de las fuerzas armadas, dicho funcionario sería reemplazado, en primer lugar, por el fiscal general, en su defecto por un auditor de

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 26 de diciembre de 1956; en *Fallos*, t. 236, pág. 599.

²⁸ *Anales de Legislación Argentina*, t. XVI-A, pág. 88.

²⁹ *Idem ant.*, t. XVI-A, pág. 798 y ss..

grado de coronel o equivalente que revistase en actividad, y recién si esto no fuera posible, por alguno de los auditores de los consejos permanentes ³⁰.

Finalmente, en lo atinente a propuestas transformadoras no concretadas, cabe recordar que durante la Convención Constituyente de 1957 se presentaron varios proyectos sobre el particular. De este modo, mientras que algunos convencionales recomendaron incorporar un agregado al artículo 18 de la carta magna, que estableciese que “la justicia militar y el procedimiento ante ella” debían contemplar “todas las garantías de esta Constitución” ³¹, otros miembros de la constituyente pensaron en asimilar los consejos de guerra a los “tribunales federales de la Constitución, con todos los derechos y garantías de los mismos” ³². Asimismo, los convencionales Felipe Abdala, José Antonio Allende, Ricardo Fuertes, Pablo González Bergez, Ricardo Lavalle, Alfredo L. Palacios y Adolfo R. Rouzaut recomendaron insertar en la Constitución un nuevo artículo, con el objeto de lograr que al menos la mitad de los integrantes de los tribunales castrenses fuesen letrados ³³.

2. *El régimen de las penalidades castrenses durante las presidencias de Frondizi, de Guido y de Illia.* Si bien durante los inicios de la presidencia de Arturo Frondizi no se introdujeron cambios en el derecho substantivo, durante este período lo jurídico-militar alcanzó una gran importancia, como que los decretos 2628 y 2639, dictados en marzo de 1960, pusieron en marcha el Plan de Connoción Interior del Estado, también conocido como plan “Conintes”. De este modo, muchos civiles quedaron sometidos a la jurisdicción

³⁰ Idem ant., t. XVII-A, pág. 961.

³¹ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957*, sesión de 16 de octubre, págs. 1019 y 1022.

³² Idem ant., sesión de 17 de octubre, pág. 1111.

³³ Idem ant., sesión de 24 de octubre, pág. 1517.

militar ³⁴, decisión que aunque convalidada por los tribunales como un remedio apto para poner coto definitivo a excesos criminales de índole “subversiva” ³⁵, también reavivó la discusión doctrinaria en torno a la vigencia de las garantías constitucionales en sede militar ³⁶.

Pero esto no fue todo, ya que, tiempo después, en diciembre de 1961, el Poder Ejecutivo Nacional presentó al Congreso un proyecto de ley dirigido a modificar el Código de Justicia Militar en materia de procedimientos. En particular, dicha propuesta pretendía descentralizar la administración de justicia castrense, con el objeto de superar la lentitud observada en la resolución de las causas suscitadas por la comisión de desertiones y de delitos castigados con pena de prisión inferior a dos años. Se aspiró, así, a la creación de consejos de guerra de comando que, integrados por tres vocales, resultasen competentes para juzgar al personal subalterno en las causas aludidas, al establecimiento de un procedimiento más rápido, y a la implantación de un régimen recursivo análogo al del juicio sumario de tiempo de paz, con la diferencia de que una vez concedido el pertinente recurso debía darse vista al fiscal y al defensor por 48 horas ³⁷. Así las cosas, el 30 de enero de 1962 la Cámara de Senadores otorgó su aprobación a la propuesta ³⁸. Sin embargo, faltando la sanción correspondiente de la Cámara de Diputados, el 11 de enero de 1963 el Ejecutivo Nacional con-

³⁴ El texto de los decretos citados se encuentra en *Anales de la Legislación Argentina*, 1960-A, pág. 366.

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 4 de septiembre de 1961; en *Fallos*, t. 250, pág. 638 y ss.. Respecto de la preocupación por las manifestaciones “subversivas”, véase la sentencia de la Cámara Federal de Córdoba de 25 de julio de 1960; en *La Ley*, t. 102, pág. 765.

³⁶ Véase un ejemplo en Oscar RÍSPOLI ROMÁN, art. cit., pág. 10.

³⁷ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, sesión de 13 de diciembre de 1961, año 1961, t. VI, págs. 3031 a 3033.

³⁸ *Idem ant.*, pág. 3110.

virtió el proyecto en derecho positivo en virtud del decreto ley 204³⁹. De un modo semejante, el 12 de agosto de 1963 el decreto ley 6746 modificó la regulación de los artículos 169 y 332 del Código de Justicia Militar, con lo que se reguló lo relativo a los gastos que insumiese la citación o emplazamiento del imputado de paradero desconocido, y se modificaron algunos aspectos relativos a la conclusión del sumario⁴⁰. Asimismo, pocas semanas después el decreto ley 7098, de 27 de agosto, incorporó al mismo Código el artículo 504 bis, en virtud del cual se dispuso que cuando se radicasen juicios sumarios ante los tribunales militares permanentes el mandato de sus vocales se prorrogaría automáticamente hasta la terminación de la causa respectiva⁴¹.

En cuanto a proyectos no concretados, cabe decir aquí que en el seno de los cuerpos jurídicos de las fuerzas armadas se produjeron algunos estudios en torno a la posible modificación del Código de Justicia Militar⁴²; que en agosto de 1959 el diputado radical Agustín Rodríguez Araya propuso restringir constitucionalmente la competencia de los consejos de guerra a los delitos cometidos por los militares “*en actos de servicio o dentro de los establecimientos militares*”⁴³; que en diciembre de 1963 su par demócrata progresista Ricardo F. Molinas pretendió sustituir la jurisdicción castrense de tiempo de paz por un fuero militar integrado a la justicia federal, que debería aplicar la legislación procesal ordinaria⁴⁴; que en octubre de 1965 el Poder Ejecutivo Na-

³⁹ *Anales de Legislación Argentina*, t. 1964-A, págs. 118 y 119.

⁴⁰ *Idem ant.*, pág. 124.

⁴¹ *Idem ant.*, pág. 125.

⁴² Cfr. “La deserción. Sus causas y su régimen jurídico”; en *Revista Jurídica Militar de la Armada Argentina*, año I, N° 1 (noviembre - diciembre de 1964), pág. 29.

⁴³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión de 5 de agosto de 1959, año 1959, t. II, pág. 1691.

⁴⁴ *Idem ant.*, sesión de 11 de diciembre de 1963, año 1963, t. I, pág. 286 y ss..

cional propuso modificar el inciso 2° del artículo 607 del Código de Justicia Militar, con el objeto de elevar a dos años el término de prescripción de las acciones disciplinarias ⁴⁵; y que en abril de 1966 el diputado Adolfo Rouzaut recomendó incorporar al Código de Justicia Militar, como nuevas causales para interponer el recurso de revisión, las hipótesis de que las sentencias condenatorias en sede castrense no se fundasen en los “*elementos probatorios exigidos por la ley para acreditar su existencia*”, o que durante el curso del proceso se hubiesen producido vicios substanciales que afectasen la garantía de la defensa en juicio ⁴⁶.

3. La ley marcial y el control del orden público. El derrocamiento del general Perón lejos estuvo de significar el abandono de la política aplicada hasta entonces en materia de ley marcial. Incluso más, en junio de 1956 y con motivo de la intentona revolucionaria liderada por el general Juan José Valle, las autoridades nacionales impusieron un breve régimen de legalidad marcial. Por su parte, la doctrina más representativa no dudó entonces en acompañar el criterio del Gobierno, y si hubo autores como Carlos Sánchez Viamonte que manifestaron su rechazo al sometimiento de los civiles a la competencia de los tribunales castrenses, otros juristas, como Rafael Bielsa, admitieron públicamente la legitimidad de la ley marcial en cuanto ésta fuese aplicada en épocas de guerra efectiva o en el caso de producirse “*grandes calamidades materiales*” que impidiesen el accionar eficiente de la policía o que condujesen a la impunidad de los delincuentes ⁴⁷.

⁴⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, sesión de 28 de octubre de 1965, año 1965, t. III, pág. 2474.

⁴⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión de 29 de abril de 1966, año 1965, t. X, pág. 7979.

⁴⁷ Sin embargo, cabe aclarar que el administrativista rosarino sólo aceptaba la vigencia momentánea y restringida de la ley marcial. Cfr. Rafael BIELSA, *Derecho constitucional*, 3ª ed. aumentada, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, págs. 341 y 438.

Atento a este estado de cosas, durante octubre de 1957 no pocos de los convencionales constituyentes reunidos en Santa Fe se interesaron por regular la ley marcial, con el objeto de evitar el arraigo del militarismo en el país ⁴⁸. Aún más, cabe referir que incluso se llegó a pensar seriamente en implantar una restricción constitucional al referido instituto. En este orden de cosas, y si bien a lo largo de las sesiones no faltó alguna voz reclamando la inclusión, en el texto de la carta magna, de una cláusula que prohibiese el dictado de la ley marcial ⁴⁹, cabe indicar que, al parecer, la mayor parte de los constituyentes admitió su legitimidad, aunque consideró necesario establecer algunas restricciones. En esencia, la idea no era otra que la de someter a la exclusiva consideración del Congreso la decisión de poner en práctica regímenes represivos de carácter marcial, limitando, además, a casos muy excepcionales, la posibilidad de recurrir a ellos. De este modo, podemos recordar que el convencional Francisco Urbano Sánchez propuso encarar la reforma del artículo 23 y la del artículo 86, inciso 19, de la Constitución, a los efectos de conceder al legislativo la exclusiva facultad de imponer la ley marcial, y de circunscribir su aplicación a los casos en los que una conmoción interior o un ataque exterior “*impidieran que actuara la justicia*”. Asimismo, con este proyecto se pretendía asegurar a los civiles procesados la efectiva vigencia de “la garantía constitucional amplia de la defensa en juicio a que se refiere el artículo 18” ⁵⁰. Por otra parte, los radicales y también convencionales Aldo Tessio y Adolfo R. Rouzaut recomendaron agregar al artículo 23 una cláusula por la cual “*el estado de ley marcial*” sólo se admitiese “*en los casos de guerra internacional o civil*”, siempre que los hechos produ-

⁴⁸ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957*, sesión de 17 de octubre, pág. 1111.

⁴⁹ *Idem ant.*, sesión de 16 de octubre, pág. 1020.

⁵⁰ *Idem ant.*, sesión de 15 de octubre de 1957, págs. 901, 902 y 947.

cidos tornasen “*imposible la actuación de los tribunales de justicia*” previstos en la Constitución Nacional o en las constituciones provinciales ⁵¹.

Desaprovechada la oportunidad de restringir por vía constitucional el ejercicio de la ley marcial, lo que durante el peronismo no había sido concebido sino como una forma más de controlar la oposición al régimen, bajo la presidencia de Arturo Frondizi comenzó a considerarse como una eficaz herramienta contra el incipiente accionar terrorista. En este sentido, cabe recordar que mientras que el 14 de noviembre de 1958 el ejecutivo nacional dictó el decreto 9880, de carácter secreto, en virtud de cuyo articulado -que integraba el conjunto de medidas previstas en el Plan de Conmoción Interior del Estado- se previó la posibilidad de someter a los civiles a la jurisdicción de los tribunales castrenses ⁵², en abril de 1959 y con motivo de la resolución de la causa “Vicente Pucci”, la Corte Suprema estableció la inadmisibilidad de la interposición del *habeas corpus* en favor de los civiles procesados en sede castrense ⁵³. Empero, mientras acaecía esto, la oposición al Gobierno no cesó en reclamar una mejora en el tratamiento de los civiles condenados en consejos de guerra por motivos gremiales ⁵⁴. Empero, los reclamos no fueron escuchados, y si en agosto de 1959 llegó a denunciarse en el Congreso que un grupo de periodistas había sido puesto a disposición de la jurisdicción militar ⁵⁵, medio año después,

⁵¹ Idem ant., sesión de 15 de octubre, pág. 943. Con el apoyo adicional de Rubén V. M. Blanco -convencional de Buenos Aires-, y Carlos Becerra -de Córdoba-, este proyecto se reiteró en la pág. 972.

⁵² Adolfo R. GABRIELLI, *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública. 1976-1983*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 153.

⁵³ *Fallos*, t. 243, pág. 312. Cabe señalar que este pronunciamiento fue motivo de que el diputado Jorge Walter PERKINS interpusiera un pedido de juicio político contra los ministros que lo habían dictado. Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1959, t. I, pág. 881.

⁵⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1959, t. I, pág. 116.

⁵⁵ Idem ant., sesión del 11 de noviembre de 1959, t. V, pág. 5070.

en marzo de 1960, el gobierno profundizó la tendencia exorbitante de la jurisdicción castrense al disponer una vez más, merced a los ya recordados decretos 2628 y 2639, la entrada en vigencia del Plan Conintes⁵⁶. Así las cosas, y en tanto que el radicalismo del pueblo impugnó la aplicación de la ley marcial por parte del gobierno, el superior tribunal cordobés manifestó, al resolver los autos “Adhemar Robustiano Moreno”, que en Córdoba la ley 13.234 había sido mal interpretada por las autoridades nacionales, permitiendo que los mandos militares se inmiscuyesen “so pretexto de seguridad, en asuntos y situaciones [locales,] totalmente desvinculados de los objetivos que, según sus fundamentos, persigue el decreto N° 2639/60”⁵⁷. De este modo, y a tenor también de algunas objeciones elevadas por asociaciones profesionales⁵⁸, la ley marcial fue objeto de discusión en el Congreso, llegando a sancionarse en consecuencia la ley 15.293, cuyo artículo 28 instituyó, “a los efectos del contralor de la calificación legal de los hechos declarados probados y de la revisión de las penalidades aplicadas” por los consejos de guerra a los civiles, un recurso por ante la Corte Suprema para solicitar, tanto en las causas pendientes como en las ya fenecidas, la revisión de lo actuado con arreglo a lo dispuesto por el decreto 2639⁵⁹. El triunfo del Congreso, sin embargo, fue efímero, ya que en virtud del decreto 9313 -que se fundaba, entre otras consideraciones, en la “plena confianza” depositada por el gobierno en la corrección de los fallos pronunciados en sede militar- el Ejecutivo Nacional vetó los párrafos centrales del referido artículo 28⁶⁰.

⁵⁶ *Anales de Legislación Argentina*, t. 1960-A, págs. 367 y 368.

⁵⁷ *Jurisprudencia Argentina*, t. 1960-III, pág. 351. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión del 11 de mayo de 1960, año 1960, t. I, pág. 217.

⁵⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesiones de 23 y 30 de junio de 1960, año 1960, t. I, págs. 806, 974 y 989.

⁵⁹ *Anales de Legislación Argentina*, t. XX-A, pág. 44 y ss..

⁶⁰ *Idem ant.*, t. XX-A, pág. 50.

Pese a este fracaso del Congreso, en mayo de 1961 la cuestión de la ley marcial siguió preocupando a los legisladores. Fue así como, a partir de un proyecto del socialista Alfredo Palacios, la Cámara de Senadores decidió convocar al recinto al ministro del Interior, Alfredo Vítolo, para que éste informase respecto de la aplicación del Plan Conintes en el país ⁶¹. Así las cosas, frente a las clásicas impugnaciones a la ley marcial sostenidas por un Palacios que compartía los criterios defendidos por Mitre en 1869, la curialesca réplica de Vítolo se basó en las siguientes ideas-fuerza: que pese a la asunción presidencial del Dr. Frondizi, se conservaba en el país un fermento revolucionario que debía ser controlado; que si bien el Gobierno estaba lejos de compartir la filosofía de la ley 13.234, ésta era la única norma que brindaba a las autoridades nacionales la posibilidad de defender a la sociedad inerme; y por último, haciendo gala de una sutileza digna de mejor causa e intentando hacer frente a la suspicacia de los senadores, que el Plan Conintes no era asimilable a la ley marcial ⁶². Pese a la debilidad del último argumento recordado, integrado el senado por una mayoría de partidarios del gobierno, la interpelación no fructificó en la adopción de medida alguna. Sin embargo, en virtud del decreto 6495, de 1° de agosto de 1961, el Gobierno nacional dejó sin efecto la ejecución del Plan Conintes ⁶³.

4. *La actividad desplegada por la justicia federal desde la caída del régimen peronista hasta mediados de la década del '60.* Desaparecido el régimen peronista, la jurisprudencia federal sobre cuestiones de índole penal militar no se modificó en lo substancial. En consecuencia, si-

⁶¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1961, t. I, págs. 166 a 169 y 263 a 265.

⁶² *Idem ant.*, págs. 308 a 314.

⁶³ *Anales de Legislación Argentina*, t. XXI-A, pág. 734.

guieron gozando de lozanía las doctrinas relativas a la extensión de la jurisdicción castrense ⁶⁴. Así, por ejemplo, en autos “Lapuente” la Corte Suprema rechazó un planteo tendiente a sostener que la ley 14.129 había modificado tácitamente el Código de Justicia Militar, al adjudicar a la justicia nacional el conocimiento de toda conducta vinculada con la comisión del delito de contrabando, y, por el contrario, defendió el régimen jurisdiccional castrense previsto en el artículo 108 del referido Código, en virtud del cual los procesos por delitos comunes cometidos por militares en actos de servicio o en lugar sometido a la autoridad militar debían ser ventilados siempre en sede castrense ⁶⁵. Asimismo, la Corte Suprema manifestó, en reiteradas ocasiones, que, salvo el caso de arbitrariedad ⁶⁶, la verificación de las cuestiones de hecho, la apreciación de las pruebas y la interpretación de la legislación castrense constituían tareas propias y exclusivas de los tribunales militares, reservadas a sus jueces e insusceptibles de revisión por parte de la justicia ordinaria ⁶⁷.

Empero, tampoco faltaron en esta época auténticas creaciones jurídicas. Entre ellas podemos mencionar la doctrina de autos “Ramón Enrique”, que determinó que la excepcionalidad de una movilización de empleados y obreros ferroviarios exigía que una vez superada la situación de emergencia motivante cesase la intervención de la justicia militar en el juzgamiento de hechos que sólo importaban la comisión de delitos comunes ⁶⁸; y la de “Todesco” ⁶⁹, en virtud de la

⁶⁴ Cfr. sentencia de la Corte Suprema dictada el 4 de junio de 1956 en autos “Oscar Alberto Ribeiro”; *Fallos*, t. 235, págs. 42 y 43.

⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 12 de diciembre de 1956; en *Fallos*, t. 236, pág. 437.

⁶⁶ Véanse *Fallos*, t. 238, pág. 335; t. 240, pág. 405; t. 241, pág. 354.

⁶⁷ Véanse *Fallos*, t. 236, pág. 599; t. 237, pág. 21; t. 237, pág. 419; t. 262, pág. 506.

⁶⁸ Sentencia de la Corte Suprema de 23 de septiembre de 1959; en *Fallos*, t. 244, pág. 518.

⁶⁹ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 1957; en *Fallos*, t. 237, pág. 452.

cual se estableció que el empleo de las fuerzas armadas en tareas de mantenimiento del orden público interno constituía una función militar, y que, por ende, los integrantes de aquéllas permanecían sometidos a la competencia de los consejos de guerra. Asimismo, en cuanto a la naturaleza y extensión del concepto “acto de servicio”, otros pronunciamientos de esta época también tuvieron importancia. De este modo, en autos “Parentti” se dijo que para que pudiese considerarse configurado un acto de servicio -lo que implicaba que su juzgamiento correspondía a la jurisdicción castrense-, se requería que el acto en cuestión hubiese sido consecuencia de la orden dictada por un superior en ejercicio de las funciones propias que le correspondían a éste ⁷⁰. Por otra parte, se definió el acto de servicio como toda actividad de un militar, que observando las formas disciplinarias y sus propias atribuciones, se encaminase a satisfacer una finalidad relativa al armamento, preparación u operación de las fuerzas armadas, sin importar la licitud o ilicitud de los hechos llevados a cabo ⁷¹.

En otro orden de cosas, cabe señalar que en lo atinente a la actitud de la judicatura frente al Plan Conintes y más allá de la excepcional postura de los tribunales cordobeses ⁷², cabe señalar aquí que la justicia federal terminó convalidando la aplicación de la ley marcial. En efecto, al resolver los autos “Juan Carlos Rodríguez”, la Corte Suprema de Justicia, invocando la “doctrina de la autopreservación del Estado” -fundada en escasos antecedentes argentinos, y en mucho más

⁷⁰ Sentencia de la Corte Suprema de 19 de julio de 1957; en *Fallos*, t. 238, pág. 292.

⁷¹ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de octubre de 1958 en autos “Humberto César Castellini”; en *Fallos*, t. 242, pág. 137.

⁷² Dicho sea de paso, la Corte Suprema modificó lo resuelto por los tribunales cordobeses el 29 de abril de 1960, en autos “Cuestión de competencia suscitada entre el Presidente del Consejo de Guerra Especial de Córdoba y el Juez de Instrucción de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba”; sentencia publicada en *Fallos*, t. 246, pág. 237 y ss..

nutridos argumentos norteamericanos- aceptó expresamente la aplicación de la ley marcial y se autolimitó para conocer en asuntos de esta naturaleza. Al respecto, el tribunal sostuvo, entre otros tópicos -con la única disidencia parcial del ministro Luis M. Boffi Boggero-, que frente al ataque a las instituciones de la Nación, era lícito todo tipo de defensa, incluida la militar; que así las cosas, el “requerimiento del apoyo militar” revestía el carácter de auxilio a las autoridades civiles, sin sustitución de las que la insurrección no perturba[se]”; que en esas oportunidades la puesta en vigencia de la ley marcial era legítima, sobre todo teniendo en cuenta que dicho instituto se hallaba incluido “en los reglamentos y ordenanzas que el Congreso tiene facultad de dictar para el gobierno del ejército en tiempo de paz y guerra”; y que el acierto con el que los poderes políticos apreciaban las circunstancias requeridas para la validez del empleo auxiliar de las fuerzas armadas, incluida la aplicación de la ley marcial, no podía “ser revisado por los tribunales de justicia”, de forma que constituyese “una libre reconsideración de las facultades privativas de aquéllos” ⁷³.

c. El derecho penal militar argentino de los inicios de la Revolución Argentina hasta mediados de la década del '70

1. Lo jurídico-castrense bajo el gobierno de la Revolución Argentina. Aun cuando durante los años 1966 a 1973 no faltaron algunas modificaciones al derecho penal vigente, como que el decreto 3969 de fecha 6 de junio de 1967 estableció consejos de guerra de comando en el ámbito de la Armada ⁷⁴;

⁷³ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de octubre de 1962; en *Fallos*, t. 254, págs. 120 a 150.

⁷⁴ Véase la nota de José M. KLIX al Poder Ejecutivo Nacional, acompañando el proyecto de ley 21.651; Buenos Aires, 8 de septiembre de 1977; en *Anales de Legisla-*

que la ley 17.445, de 19 de octubre de 1967, decidió delegar la potestad de otorgar el “cúmplase” de las sentencias a los comandantes en jefe de cada una de las fuerzas armadas, salvo que se tratase de sentencias de muerte o de que se juzgase a personal superior, en cuyo caso dicha atribución seguiría siguió siendo ejercida por el presidente ⁷⁵; o que el decreto 4180, de 6 de agosto de 1970, modificó la estructura orgánica de los consejos de guerra permanentes para jefes y oficiales de las fuerzas armadas ⁷⁶; lo cierto es que durante estos años las máximas preocupaciones en materia jurídico-castrense se orientaron al ámbito jurisdiccional. De este modo, en octubre de 1966 la ley 16.970 adjudicó al gobierno, entre otras atribuciones, la facultad de establecer “zonas de emergencia” a cargo de autoridad militar, e impuso a todos los habitantes del país la obligación de cumplir con las prescripciones del servicio civil de defensa. Además, dicha norma previó que, en el caso de advertirse el incumplimiento de disposiciones de esta índole, los civiles imputados podrían ser sometidos al juzgamiento de tribunales castrenses, solución respecto de la cual la doctrina no dejó de mostrar sus reparos ⁷⁷. Asimismo, la ley 17.192 -relativa al servicio civil de defensa- también otorgó a la jurisdicción militar autoridad para juzgar a los civiles que no respondiesen a una convocatoria de movilización. Empero, no terminaron aquí las modificaciones vinculadas con el ordenamiento represivo castrense. En efecto, la necesidad de combatir el incipiente flagelo

ción Argentina, t. XXXVII-D, pág. 3749. Cabe señalar, además, que el decreto 3969 fue convalidado por ley 18.276, de 10 de julio de 1969, y que la ley 20.360, de 8 de mayo de 1973, modificó esta regulación; en *Anales de Legislación Argentina*, t. XXIX-B, pág. 1451 y t. XXXIII-B, pág. 2904 y ss..

⁷⁵ *Anales de Legislación Argentina*, t. XXVII-B, pág. 1737.

⁷⁶ *Idem ant.*, t. XXX-A, pág. 297.

⁷⁷ Véase, v.gr., Norberto Eduardo SPOLANSKY y Jorge Reinaldo VANOSI, “Sanciones militares y garantías constitucionales”; en *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, N° 14 (febrero de 1971), pág. 16.

subversivo motivó la sanción de la ley 19.053, que no sólo instituyó una Cámara Federal en lo Penal, sino que también adjudicó a las fuerzas armadas atribuciones para investigar y prevenir delitos de naturaleza terrorista ⁷⁸. Por otra parte, la ley 19.081 extendió el ámbito de actuación de la jurisdicción castrense, al disponer que los integrantes de las fuerzas de seguridad que actuasen en determinadas condiciones bajo el control operacional de las fuerzas armadas podrían ser juzgados por los tribunales y las leyes castrenses cuando se les imputase la comisión de ciertos delitos ⁷⁹.

Correlativamente, el creciente malestar social hizo que el gobierno recurriese a la ley marcial como un instrumento para mantener el orden público argentino. De este modo, en 1969 se dictó la ley 18.232, norma que dispuso que los civiles fuesen juzgados por la jurisdicción militar en algunos casos ⁸⁰. Como resultado de esta medida, en mayo de 1969 Rosario fue declarada zona de emergencia, aplicándose allí y en otras ciudades argentinas un dispositivo jurisdiccional marcial dirigido a terminar con las medidas sindicales de fuerza ⁸¹. En cuanto a la actitud asumida entonces por los magistrados civiles, cabe aclarar aquí que ésta no fue uniforme: así, mientras algunos, como el doctor Dalmaroni, juez penal de La Plata, o el doctor Frías, juez en lo civil y comercial de Salta, trabaron cuestiones de competencia contra los tribunales militares actuantes y hasta llegaron a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley 18.232, otros, como el magis-

⁷⁸ Robert POTASH, *El ejército y la política en la Argentina (1962-1973). De la caída de Frondizi a la restauración peronista. Segunda parte, 1966-1973*, Buenos Aires, Sudamericana, 1994, pág. 281. Sobre el particular, cabe señalar que los jefes de la Armada no ocultaban su deseo de que en los asuntos de índole subversiva la represión se adjudicase, sin más, a la jurisdicción militar. Cfr. Robert POTASH, ob. cit., pág. 316, nota 105.

⁷⁹ Véanse casos en los que se aplicó la ley referida en *Fallos*, t. 281, pág. 164 y sigs., t. 285, pág. 74.

⁸⁰ *Anales de Legislación Argentina*, t. XXIX-B, págs. 1409 a 1410, y 1653 y ss..

⁸¹ Cfr. *Política, Cultura y Sociedad* en los '70, año 1, N° 4, pág. 13.

trado tucumano Osvaldo Sawaya, se declararon incompetentes y dieron traslado de los antecedentes actuados a los correspondientes consejos de guerra especiales ⁸². En cuanto a la postura de otros juristas, podemos recordar que el 5 de junio los Colegios de Abogados de Córdoba y de Corrientes solicitaron la derogación de la ley 18.232. De este modo, en tanto que los juristas cordobeses condenaron la aplicación de la jurisdicción castrense para juzgar a los civiles como “*un hecho que repugna[ba] a nuestro ordenamiento institucional y a las antiguas e invariables tradiciones de la República*”, los letrados correntinos sostuvieron que la actuación de los consejos de guerra importaba “*privar a los ciudadanos de los jueces de la Constitución con violación de las garantías consagradas en el artículo 18 que prohíbe juzgarlos por comisiones especiales o sacarlos de los jueces naturales*” ⁸³. Por su parte, el día 8 el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas platense dio a conocer una declaración en la que manifestó que la ley 18.232, y la consiguiente extensión excepcional de la jurisdicción castrense, eran inconstitucionales, y en la que se recomendaba a los jueces civiles que trabasen las correspondientes cuestiones de competencia por vía de inhibitoria. Asimismo, los miembros de dicho organismo consideraron que las condenas militares oportunamente impugnadas eran insubsistentes, y que los civiles que se encontraban en esas condiciones debían ser juzgados nuevamente por la justicia ordinaria ⁸⁴. Así las cosas, atendiendo a este tipo de críticas, el gobierno revolucionario se decidió a dictar el decreto 2984, en virtud del cual se suspendió el funcionamiento de los consejos de guerra especiales -retrotrayendo los efectos de esta medida hasta las 21.00 horas del día 4 de junio-, y se dispuso que las personas procesa-

⁸² La Prensa, 3 y 4 de junio de 1969.

⁸³ Idem ant., 6 de junio de 1969, pág. 6.

⁸⁴ Idem ant., 9 de junio de 1969, pág. 6.

das fuesen puestas a disposición de los magistrados civiles ⁸⁵, medidas todas que dieron lugar a una momentánea suspensión en la aplicación del aparato represivo marcial. Asimismo, más adelante, a partir del accionar de la Corte Suprema -que había observado irregularidades en el procedimiento militar aplicado a los civiles-, el Gobierno también dictó una amnistía en beneficio de los civiles condenados en sede castrense ⁸⁶.

Sin embargo, poco después y ante un amotinamiento policial producido en la ciudad de Catamarca en noviembre de 1970, el Gobierno instituyó una zona de emergencia que abarcó el territorio de la población referida, y otorgó al comandante designado la potestad de dictar bandos ⁸⁷. Así las cosas, se crearon consejos de guerra especiales, se dispuso que los civiles sometidos a ellos fuesen juzgados de acuerdo con las disposiciones relativas al proceso sumario de tiempo de paz -previsto en los artículos 502 a 504 del Código de Justicia Militar-, y se excluyó al gobernador de la Provincia y a sus ministros de todo lo que estuviese relacionado con la aplicación de la ley marcial, con el objeto de que los funcionarios mencionados no interfiriesen, alterasen o enervasen las órdenes y tareas impartidas o asignadas por el comandante de la zona de emergencia ⁸⁸. Posteriormente, una vez producido el denominado “viborazo”, el gobierno amenazó -el 15 de marzo de 1971- con volver a aplicar ley marcial ⁸⁹.

Paradójicamente, en el marco de este creciente empleo de los tribunales militares, las autoridades revolucionarias mostraron cierta preocupación por aumentar las garantías

⁸⁵ Idem ant., 11 de junio de 1969, pág. 10. *Anales de Legislación Argentina*, t. XXIX-B, pág. 1661.

⁸⁶ Robert A. POTASH, ob. cit., pág. 114.

⁸⁷ *Anales de Legislación Argentina*, t. XXX-C, pág. 3503.

⁸⁸ Cfr. Norberto Eduardo SPOLANSKY y Jorge Reinaldo VANOSI, art. cit., pág. 15 y ss..

⁸⁹ Robert A. POTASH, ob. cit., pág. 231.

ofrecidas a los civiles procesados en sede castrense por cometer actos terroristas. Fue así que, como ya se ha señalado, se estableció una nueva Cámara Federal, a la que se adjudicó competencia nacional en determinadas materias penales ⁹⁰, y que se modificaron los términos de la ley 18.232 ⁹¹. Sin embargo, en 1972, en tanto que numerosos miembros de la marina se manifestaron a favor de someter a los terroristas civiles a la jurisdicción militar ⁹², la ley marcial volvió a aplicarse en Mendoza durante los días 4 al 11 de abril de 1972, y en Chubut durante el mes de agosto ⁹³. Además, tras el asesinato del general Juan Carlos Sánchez, comandante del Segundo Cuerpo de Ejército con sede en Rosario, una vez consultada la opinión del Consejo Nacional de Seguridad, el jefe de Estado, teniente general Lanusse, consideró seriamente la posibilidad de combatir los brotes terroristas implantando la ley marcial en todo el país ⁹⁴. Asimismo, concluyendo con lo expresado en este punto, cabe recordar aquí que una de las últimas manifestaciones de las técnicas de control marcial aplicadas por las autoridades de la Revolución Argentina tuvo lugar el 1° de mayo de 1973 -luego de producido el asesinato del contraalmirante Hermes Quijada, y pocos días antes de la entrega del poder a las nuevas autoridades constitucionales-. De este modo, el comandante de la zona de emergencia Buenos Aires, general de división Tomás Sánchez de Bustamante dictó un bando en virtud del cual se castigó con pena de muerte o de reclusión por tiempo indeterminado, a los autores y cómplices de los delitos de privación ilegítima

⁹⁰ Este tribunal se instaló en virtud de la ley 19.053. Véase al respecto El Derecho, t. 40 (1972), pág. 841 y ss..

⁹¹ La reforma se produjo mediante la ley 19.128. Cfr. El Derecho, t. 40 (1972), pág. 951.

⁹² Robert A. POTASH, ob. cit., pág. 316, nota 105.

⁹³ María Laura SANMARTINO DE DROMI, *Historia política argentina*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1988, págs. 382 y 383.

⁹⁴ La Prensa, 11 de abril de 1972.

de la libertad y de los de fabricación, suministro, adquisición y posesión de armas de guerra. Además, en el bando en cuestión se estableció un plazo de cinco horas para liberar a las personas que permaneciesen privadas de su libertad y para hacer entrega de los objetos considerados como armas de guerra, y se dispuso someter los civiles complicados a la jurisdicción de consejos de guerra especiales ⁹⁵.

2. La actividad de los tribunales federales durante el gobierno de la Revolución Argentina. Junto a la resolución de problemas jurídico-militares propios de la vida castrense, como algunos relativos a la inteligencia del delito de defraudación militar ⁹⁶, a la naturaleza de los tribunales de honor ⁹⁷, o a la urticante cuestión de las características del instituto de la defensa en sede militar ⁹⁸, durante estos años la principal actividad de la justicia federal en materia castrense se vinculó al tema del sometimiento de los civiles a la jurisdicción militar. De este modo, a partir de lo actuado en “Roberto Candelario Rodríguez” la Corte Suprema criticó el accionar de las autoridades militares al procesar a los civiles ⁹⁹.

Empero y más allá de lo resuelto en el caso mencionado, el máximo tribunal siguió aplicando muchas de sus antiguas y, ya para entonces, pacíficamente aceptadas doctrinas. Por ejemplo, en “Adalberto Jorge Pedretta” declaró la improcedencia del recurso extraordinario con el que se pretendía impugnar, con fundamento en el mérito de la prueba incor-

⁹⁵ Idem ant., 2 de mayo de 1973.

⁹⁶ Sentencia dictada por la Corte Suprema el 17 de julio de 1970 en autos “Luis Osvaldo Suárez”; en *Fallos*, t. 277, pág. 240.

⁹⁷ Sentencia dictada por la Corte Suprema el 17 de junio de 1970 en autos “Juan Francisco Guevara”; en *Fallos*, t. 277, pág. 62.

⁹⁸ Sentencia dictada por la Corte Suprema el 2 de julio de 1971 *in re* “César Héctor Orozco”; en *Fallos*, t. 280, pág. 135.

⁹⁹ Sentencia de 18 de febrero de 1971. Para todo esto, véase *Fallos*, t. 279, pág. 40 y ss..

porada al proceso, la sentencia de un consejo de guerra ¹⁰⁰; en “Pablo Hugo Fulguera” reafirmó la irrevisabilidad de las sentencias militares ¹⁰¹; y en “Oscar Molina” se refirió a la excepcionalidad del fuero castrense ¹⁰². Asimismo, la Corte Suprema declaró que el recurso extraordinario era inidóneo para instar al tribunal a analizar la forma en que los preceptos específicos del Código de Justicia Militar y las normas de derecho común resultaban aplicados por los tribunales castrenses, y dijo que éstos, “como órganos autónomos”, contaban con “libertad de criterio al respecto” ¹⁰³. Finalmente, en “Villagra Delgado” la Corte Suprema otorgó, inadvertidamente, validez de ley a la reglamentación de justicia militar, y como una derivación de esto, consideró legítima la orden de un juez militar disponiendo la reincorporación de un exconscripto imputado de cometer delitos militares mientras cumplía con su servicio ¹⁰⁴.

Sin embargo, junto con las doctrinas citadas, la magistratura federal no rehuyó el concreto ejercicio del contralor sobre la actividad jurídico-castrense. A este respecto, fue muy importante la doctrina de “Eduardo Hilario Silva”, en virtud de la cual se manifestó que si bien era cierto que, en principio, los fallos de los consejos de guerra resultaban irrevisables por parte del Poder Judicial, no era menos exacto que esas decisiones estaban “sujetas -como las de cualquier otro tribunal de la República- al control de constitucionalidad” que ejercía la Corte ¹⁰⁵. Asimismo, y en lo que se refiere a los excesos en la aplicación de la competencia militar, la Corte

¹⁰⁰ *Fallos*, t. 270, pág. 84.

¹⁰¹ *Fallos*, t. 270, pág. 344.

¹⁰² *Fallos*, t. 271, pág. 225.

¹⁰³ Sentencia dictada por la Corte Suprema el 8 de mayo de 1970 *in re* “Héctor Hugo Bello”; en *Fallos*, t. 276, pág. 364.

¹⁰⁴ Sentencia de 10 de marzo de 1969; en *Fallos*, t. 273, pág. 166.

¹⁰⁵ Sentencia de 13 de agosto de 1969; en *Fallos*, t. 274, pág. 284.

Suprema también actuó, en la medida de sus posibilidades, como un eficaz elemento de contención, siendo así que en no pocos casos en los que se plantearon cuestiones de esta índole, se terminó derivando el conocimiento de los litigios a la jurisdicción federal ¹⁰⁶. En particular, esto puede observarse claramente en autos “Bachatay con Marizza”, oportunidad en la cual la Corte Suprema decidió revocar el fallo de un juez federal inferior, quien, tras inhibirse de actuar, adjudicó el conocimiento de un proceso a un consejo de guerra ¹⁰⁷. Del mismo modo, también resultaron interesantes doctrinas como las de “Ricardo Alberto Vázquez”, de acuerdo con la cual se conceptuó imposible aplicar la jurisdicción castrense cuando los militares eran víctimas y los civiles imputados ¹⁰⁸; o la de “Ventura Reynoso”, en virtud de la cual se negó que la conexidad de la comisión de una falta de disciplina con un delito común pudiese impulsar la actuación de la jurisdicción militar, alterando así su carácter excepcional ¹⁰⁹.

3. El gobierno constitucional de 1973-1976 y la materia jurídico-militar. Si bien los inicios del gobierno constitucional parecieron indicar un rotundo distanciamiento de la política penal militar implementada por la *Revolución Argentina*, esta tendencia, empero, resultó efímera. Así las cosas, en la perspectiva del presidente Cámpora y en la de sus inmediatos colaboradores, los ministros Righi y Benítez -volcada en el mensaje con el que se acompañó el proyecto de ley amnistiando, entre otros, a los civiles condenados por cometer actos terroristas-, los procedimientos jurisdiccionales castrenses impulsados por el gobierno militar contra los civiles eran “írritos a mérito de su inconstitucionalidad ma-

¹⁰⁶ Véanse, entre otros, *Fallos*, t. 267, pág. 349; t. 273, pág. 414; t. 271, pág. 225; t. 280, pág. 151; t. 280, pág. 279.

¹⁰⁷ Sentencia de 11 de junio de 1969; en *Fallos*, t. 274, pág. 22.

¹⁰⁸ Sentencia de 26 de marzo de 1971; en *Fallos*, t. 279, pág. 178.

¹⁰⁹ Sentencia de 14 de julio de 1971; en *Fallos*, t. 280, pág. 151.

nifiesta, ocasionada por el desconocimiento de la garantía de los jueces naturales que consagran los artículos 18 y 102 de la Constitución Nacional”¹¹⁰. Cabe señalar, al respecto que, lejos de constituir una expresión de deseos individual, el criterio del Ejecutivo fue compartido por muchos legisladores, entre los cuales no faltaron aquellos que insistieron en la necesidad de restringir, en lo sucesivo, la participación de las fuerzas armadas en el desarrollo de tareas relativas al mantenimiento del orden público argentino¹¹¹. Sin embargo, este tipo de pretensiones no cuajó en concretas reformas normativas.

De este modo y pese al circunstancial arrebato de las pasiones exaltadas a fines de mayo de 1973 -al calor de las cuales el bloque de senadores radicales llegó a proponer que se terminase con el sometimiento de los civiles ante los tribunales militares-, durante buena parte del *trienio democrático* no se produjeron mayores esfuerzos intelectuales tendientes a regular o a restringir, en su caso, el régimen de la legalidad marcial¹¹². Así, cuando a mediados de noviembre de 1975 la mayoría de los miembros de la comisión de defensa de la Cámara de Diputados -receptando un proyecto remitido por el Ejecutivo Nacional- propuso al resto de sus pares el dictado de una nueva ley de defensa en reemplazo de la 16.970, no sólo no se recomendó revertir las tendencias exorbitadas de la jurisdicción castrense, sino que se sugirió su ampliación. En efecto, reflejando -indudablemente- la creciente preocupación de los dirigentes argentinos frente a la virulencia del fenómeno terrorista, la propuesta de ley establecía que, en caso de guerra, el presidente de la Nación po-

¹¹⁰ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de 25 de mayo de 1973. En *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1973, t. I, págs. 85 a 90.

¹¹¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1973, t. I, pág. 244.

¹¹² En este sentido, cabe mencionar, como una excepción, el trabajo de Walter B. GENTILE, “Coexistencia del estado de sitio y ley marcial”; en *Revista del Colegio de Abogados* (2ª circunscripción - Rosario), segunda época, año VII, N° 10 (marzo de 1975).

dría declarar la existencia de teatros de operaciones en los que el comandante militar actuante tendría la totalidad del gobierno civil y castrense. Asimismo, señalando la plena aceptación de la ley marcial como recurso para restablecer el orden público alterado, también se propuso que en el caso de producirse una conmoción interior “si la gravedad de la situación lo aconseja[se] el Poder Ejecutivo podr[í]a asignar al comandante de la zona de emergencia la atribución de dictar bandos y crear los tribunales militares correspondientes” ¹¹³. Así las cosas, mientras que en el curso de la discusión parlamentaria el miembro informante de la comisión, José Luis Lazzarini, apoyó el imperio de la ley marcial en tanto que expresión de la “doctrina fundamental nacida en 1948 [con la ley 13.234] y aplicada ininterrumpidamente por todos los gobiernos hasta la actualidad”, la actitud de la oposición no fue, en sí, contraria a la puesta en ejercicio de este instituto de emergencia. En efecto, lo único que los legisladores opositores reprobaron fue que se soslayase la participación del Congreso en la adopción de medidas de este tipo ¹¹⁴. Planteada de este modo la situación, el 21 de noviembre de 1975 el proyecto resultó aprobado por la Cámara de Diputados ¹¹⁵. Empero, éste nunca llegó a ser tratado por el Senado.

4. El derecho penal militar y el fenómeno de la guerra revolucionaria. Establecido el gobierno constitucional en 1973, el incremento de las actividades terroristas suscitó entre los expertos una creciente preocupación en torno al fenómeno de la guerra revolucionaria, cuyos protagonistas, dicho sea de paso, pugnaron por instaurar un nuevo orden jurídico militar en el país ¹¹⁶. Sin embargo, mientras los auto-

¹¹³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1975, t. VIII, págs. 5035 a 5039.

¹¹⁴ *Idem ant.*, año 1975, t. VIII, págs. 5054 a 5057.

¹¹⁵ *Idem ant.*, año 1975, t. VIII, pág. 5329.

¹¹⁶ Cfr. el código de justicia penal revolucionario, dictado por el consejo nacional de la organización Montoneros el 4 de octubre de 1975 en Poder Ejecutivo Nacional, *Evolución de la delincuencia terrorista en la Argentina*, Buenos Aires, 1979, pág. 347 y ss..

res llamaban la atención sobre la necesidad de confeccionar un nuevo derecho, o al menos de redactar unas “*bases jurídicas mínimas*”, con aptitud para enfrentar al terrorismo ¹¹⁷, y en tanto que en todo el mundo la tendencia dominante pasaba por enfrentar este flagelo sustrayendo de los tribunales ordinarios el conocimiento de los delitos cometidos contra la seguridad interna y externa del Estado ¹¹⁸, las autoridades nacionales no se mostraron a la altura de las circunstancias. Ello dio lugar a que, excediendo los límites de sus atribuciones propias, los máximos jefes castrenses decidieran ampliar los alcances del concepto “acto de servicio” previsto en el Código de Justicia Militar. De esta manera, con fecha 5 de noviembre de 1974 el comandante en jefe del Ejército decidió -sin por ello merecer sanción alguna-, que la respuesta a la “agresión de elementos subversivos, aun fuera de lugar militar y/o comisión u orden concreta del servicio” constituía un acto de servicio para el personal militar en actividad, debiendo, en consecuencia, someterse al conocimiento de los tribunales castrenses el juzgamiento de aquellos delitos que pudiesen imputarse al personal militar a raíz de tales acciones. Así las cosas, y pese a la ausencia de facultades en las autoridades castrenses para proceder como lo hicieron -lo que fue acertadamente señalado por un juez penal de La Plata, quien desconoció legitimidad a la recordada directiva castrense para modificar los alcances del Código de Justicia Militar, “por más justificadas y comprensibles” que fuesen sus motivaciones-, la Corte Suprema no condenó expresamente la posición adoptada, limitándose a calificarla de “discutible”. De este modo, con un pronunciamiento marcadamente elíptico -propio del deseo de no condenar una doctrina jurídicamente in-

¹¹⁷ Carlos Horacio DOMÍNGUEZ, *La nueva guerra y el nuevo derecho. Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1980, págs. 460 y 929.

¹¹⁸ Román Rodolfo RIVERA, “La defensa en los juicios militares”; en *La Ley*, t. 126, pág. 868.

sostenible pero políticamente necesaria-, el tribunal sostuvo en autos “Vizzoni” que en el caso *sub examine* no existían las circunstancias de hecho que podrían haber justificado la invocación de la directiva militar mencionada arriba, y que por ello, el conocimiento del caso correspondía a la jurisdicción ordinaria ¹¹⁹. Asimismo, años después consideraciones análogas condujeron al Poder Ejecutivo Nacional a proponer el dictado de una ley mediante la cual ante la intervención de “las Fuerzas Armadas en la lucha antisubversiva”, se las facultaba para practicar prevenciones sumariales y para proceder a la detención de personas ¹²⁰.

5. La actividad de los tribunales federales a partir de 1973. En cuanto a las características generales de la jurisprudencia federal de interés militar dictada a partir de 1973, cabe señalar aquí que del conjunto de los fallos producidos surgen interesantes lineamientos doctrinarios. Entre ellos, el de que a la hora de juzgar ciertas infracciones contra la disciplina resultaban jurídicamente relevantes el móvil de la acción, la causa de ésta y las circunstancias del lugar ¹²¹, y aquel en virtud del cual, como derivación del tradicional principio de que los tribunales militares no integraban el Poder Judicial de la Nación, se sostuvo que las sentencias dictadas por los consejos de guerra no se encontraban entre los títulos ejecutables por vía de ejecución de sentencia ¹²². Asimismo, apoyándose la mayor parte de las veces en el espíritu de los textos legales dictados por el nuevo Congreso, el máximo tri-

¹¹⁹ Para todo esto, véase la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 25 de septiembre de 1975 en autos “Mario Sila López Osornio”; en *Fallos*, t. 292, pág. 611 y ss..

¹²⁰ Proyecto de ley elevado por el Poder Ejecutivo Nacional el 11 de marzo de 1976. En *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1975, t. VI, pág. 3926.

¹²¹ Sentencia de la Corte Suprema dictada el 18 de octubre de 1973 en autos “Julio César Vizzoni”; en *Fallos*, t. 287, pág. 95.

¹²² Sentencia dictada el 25 de octubre de 1973 por la Corte Suprema *in re* “Nación Argentina contra Oscar Luis Cabrera”; *Fallos*, t. 287, pág. 132.

bunal aplicó una definida política jurídica tendiente a reducir, sensiblemente, el ámbito de actuación de la jurisdicción militar ¹²³. De este modo, recurriendo al viejo principio según el cual las leyes modificatorias de la competencia resultaban de aplicación inmediata, en “Joaquín Guil” la Corte Suprema sostuvo que el dispositivo de la ley 20.510 había dejado sin efecto lo normado por la ley 19.081 ¹²⁴ y que, por ende, no correspondía que la jurisdicción castrense juzgase a policías imputados de haber cometido delitos durante el desempeño de tareas en apoyo de las fuerzas militares ¹²⁵. Asimismo, contando con la colaboración del procurador general, el máximo tribunal tendió a limitar el concepto de “acto de servicio”, circunscribiéndolo a aquellas situaciones en las que estuviese en juego la disciplina militar ¹²⁶. Si bien, en lo que a esto se refiere, lo que se invocó fue una vieja doctrina orientada a no perjudicar innecesariamente a los militares que cometiesen delitos fuera del servicio, lo que se percibe es la irrupción de una nueva política jurídica tendiente a reducir la esfera de acción de los tribunales castrenses. Al respecto, no escasean los ejemplos. De este modo, podemos recordar la crítica a ciertas sentencias del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, en consideración a su carencia de fundamentación suficiente y razonada ¹²⁷; o el cuestionamiento de los procedimientos aplicados en un proceso militar, respecto del cual se dijo que “la carga de la prueba fue puesta sobre el procesado, en contra de elementales principios de derecho

¹²³ Véanse, v.gr., *Fallos*, t. 286, pág. 166; t. 287, pág. 96; t. 287, pág. 331.

¹²⁴ Esta última había dispuesto que el juzgamiento de delitos imputados al personal de las fuerzas de seguridad actuante bajo control operativo de las Fuerzas Armadas correspondía a los tribunales castrenses.

¹²⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 20 de agosto de 1973; en *Fallos*, t. 286, págs. 164 a 166.

¹²⁶ Cfr. *Fallos*, t. 287, pág. 470 y sigs.; t. 289, pág. 273.

¹²⁷ *Fallos*, t. 287, pág. 313. Véanse también t. 288, pág. 149; t. 288, pág. 228; t. 289, pág. 355.

penal”¹²⁸. Además, coherente con su criterio restrictivo de la jurisdicción castrense¹²⁹, y rechazando la opinión del procurador general de la Nación del gobierno anterior -quien defendió una teoría evidentemente *expansiva* de la jurisdicción castrense, al sostener que si los tribunales militares podían imponer indemnizaciones, también contaban con atribuciones suficientes para ejecutar por sí aquellas condenas de naturaleza pecuniaria-, la Corte estableció que las pretensiones indemnizatorias emanadas de litigios jurídico-militares sólo podían ser satisfechas previo trámite por procedimiento sumario incoado ante el juez nacional de primera instancia en lo civil y comercial¹³⁰. En este mismo orden de cosas, cabe recordar que al discutirse en autos “Franklin Lucero” la aplicación de la ley de amnistía 20.508, la Corte Suprema sostuvo que en las ocasiones en las que se observara una manifiesta parcialidad en contra del imputado en sede castrense, la incriminación y condena de delitos militares podría considerarse como expresión de actos de persecución política, y por ende, por aplicación de lo dispuesto en la ley citada, resultaría lícito dejar sin efecto lo decidido por los consejos de guerra¹³¹. Pero esto no fue todo, ya que, posteriormente, la lógica de esta doctrina fue perfeccionada en “Platas Robles”, oportunidad en la que los miembros del tribunal sostuvieron que, para tornar aplicable a los procesos castrenses los beneficios de la amnistía regulada por la ley 20.508, no se necesitaba la fehaciente comprobación de móviles de naturaleza

¹²⁸ Sentencia de la Corte Suprema de 20 de diciembre de 1974, dictada en autos “Ricardo Fragaliti”; en *Fallos*, t. 290, pág. 367.

¹²⁹ Véanse ejemplos de este criterio en *Fallos*, t. 287, pág. 472 y t. 289, pág. 274, entre otros.

¹³⁰ *Fallos*, t. 287, págs. 136 y 137.

¹³¹ Sentencia de la Corte Suprema de 21 de noviembre de 1973; en *Fallos*, t. 287, pág. 315.

política ¹³², siendo suficiente con que hubiese una “duda razonable” con respecto a la existencia de aquéllos ¹³³. Asimismo, en otra oportunidad la Corte Suprema sostuvo que la ley de amnistía 20.508 tenía por objeto no sólo “desincriminar hechos que pudieron ser violatorios del ordenamiento legal, sino también liberar de cargos a aquellos que fueron victimados bajo la acusación de delitos comunes, como forma de persecución política” ¹³⁴. Cabe decir, además, que esta doctrina fue confirmada en varios autos posteriores, e, incluso, que fue tácitamente reconocida por el Poder Ejecutivo, tal como surge de la lectura de la sentencia de la Corte pronunciada en “Américo Pedro Cinieri” ¹³⁵.

Sin embargo, de las críticas a la actuación exorbitada de la jurisdicción castrense no puede colegirse que la judicatura federal llevase adelante un ataque constante y general respecto de todo lo referido a la justicia militar. De este modo, en el pronunciamiento “Alzola” la Corte Suprema aceptó tácitamente la constitucionalidad del régimen jurídico castrense de la defensa lega y rechazó la interposición de un recurso extraordinario planteado en sede militar, argumentando para ello que no se había satisfecho el cumplimiento de los requisitos formales necesarios para interponer válidamente dicho recurso, vale decir que faltaba la relación concreta de los hechos de la causa, de la cuestión federal debatida y de la vinculación entre ésta y aquéllos ¹³⁶. En definitiva, lo que pre-

¹³² De acuerdo con la ley 20.508, la Corte consideró que existía un “móvil político” toda vez que hubiese mediado la voluntad de atentar contra el Estado. Cfr. *Fallos*, t. 289, pág. 350.

¹³³ Sentencia de la Corte Suprema recaída el 17 de abril de 1974 *in re* “Oscar del Priore y otro”; en *Fallos*, t. 288, pág. 147.

¹³⁴ Sentencia de la Corte Suprema dictada el 20 de diciembre de 1974 en autos “Ricardo Fragaliti”; en *Fallos*, t. 290, pág. 367.

¹³⁵ Sentencia de 6 de agosto de 1975; en *Fallos*, t. 292, págs. 366 y 367.

¹³⁶ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 11 de diciembre de 1975 *in re* “Esteban Rodolfo Alzola”; *Fallos*, t. 293, pág. 591.

tendió la justicia federal fue sujetar la actuación de los tribunales castrenses a límites más o menos precisos, determinados por la necesidad de mantener, como supremo bien de las instituciones armadas, el régimen disciplinario militar ¹³⁷. Así y tal como se enunció en autos “Cirilo Verón”, se acordó que en el caso de que un hecho pudiese afectar la disciplina de las instituciones armadas éste debía ser juzgado por los consejos de guerra, resultando indiferente que el hecho en cuestión hubiese sido cometido por militares fuera de servicio o en lugares ajenos a la jurisdicción castrense ¹³⁸. Precisamente, atendiendo a este principio, la Corte no dudó en adjudicar competencia a la justicia militar en los siguientes casos: cuando una infracción militar resultase inseparable de una presunta estafa, oportunidad en la que ambos delitos debían ser juzgados por los tribunales castrenses ¹³⁹; cuando se tratase de juzgar a un suboficial que hubiese cometido un homicidio culposo, si el hecho fuese derivación de un acto del servicio ¹⁴⁰; o cuando se instruyese un sumario con motivo del choque de un militar contra un vehículo particular, si al momento de producirse el impacto el citado militar se hallase cumpliendo con un acto del servicio ¹⁴¹. Asimismo, la Corte Suprema no dejó de reconocer la especialidad del universo jurídico castrense, al sostener que éste poseía “principios propios en la órbita del derecho público, constitucional y administrativo” ¹⁴².

¹³⁷ Sobre la constante preocupación de la Corte Suprema por el mantenimiento de la disciplina militar, véase *Fallos*, t. 287, pág. 95.

¹³⁸ *Fallos*, t. 292, pág. 312.

¹³⁹ Sentencia dictada por la Corte Suprema en mayo de 1974 en autos “Juan Carlos Quiroz y otros”; en *Fallos*, t. 288, pág. 388.

¹⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de 19 de junio de 1974, *in re* “Agustín José Augusto y otro”; en *Fallos*, t. 289, pág. 50.

¹⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema dictada el 16 de diciembre de 1975 en autos “Victoriano Marcelino Cardozo”; en *Fallos*, t. 293, pág. 600.

¹⁴² Sentencia pronunciada el 11 de abril de 1975 por la Corte Suprema *in re* “Anacleta Corvalán de Salina contra Nación Argentina”; en *Fallos*, t. 291, pág. 280.

d. El régimen de las penalidades castrenses bajo el gobierno del Proceso de Reorganización Nacional

1. El derecho penal militar argentino durante el Proceso de Reorganización Nacional. Generalidades.

Pese a que durante estos años se produjeron algunas mínimas reformas en el articulado del Código de Justicia Militar -como la que el 17 de febrero de 1977 dispuso la ley 21.527, en virtud de la cual se incorporó el artículo 668 bis, que sancionó el delito de insubordinación con inhabilitación absoluta perpetua en el caso de que sus autores revelasen “una posición genérica de rebeldía al cumplimiento de deberes inherentes a la nacionalidad”¹⁴³ -, las mayores transformaciones normativas de esta época estuvieron ligadas a cuestiones de índole jurisdiccional. Así, a partir de la experiencia adquirida durante el decenio anterior, la ley 21.651, dictada el 8 de septiembre de 1977, determinó, entre otras cuestiones, que los consejos de guerra de comando de la armada se integrasen con cuatro vocales y un presidente; y se facultó al comandante en jefe de la Armada para que éste pudiese disponer la ampliación de la investigación de los hechos incriminados y para modificar la calificación del sobreseimiento¹⁴⁴.

Por otra parte, en tanto que la lucha contra la subversión obligó a las autoridades a “improvisar sobre la marcha de los acontecimientos la legislación que las circunstancias exigían”¹⁴⁵, el gobierno sancionó las leyes 21.264, 21.268 y 21.272, a raíz de las cuales se crearon unos consejos de guerra especiales estables, dotados con atribuciones como para juzgar a los civiles vinculados con actividades subversivas. Al respecto, cabe recordar que este aparato normativo subsistió hasta 1983, en

¹⁴³ *Anales de Legislación Argentina*, t. XXVII-A, págs. 137 y 138.

¹⁴⁴ *Idem ant.*, t. XXXVII-D, págs. 3749 y 3750.

¹⁴⁵ Jorge Arturo GONZÁLEZ RAMÍREZ, *Auditor de guerra*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pág. 25.

que se sancionó la ley 22.928¹⁴⁶. Empero, la ley 21.461, destinada a reprimir “los delitos subversivos, aportando la rapidez y ejecutividad que son propias del juicio militar”¹⁴⁷, incorporó algunas modificaciones al dispositivo recordado. De este modo, dispuso la aplicación del procedimiento sumario castrense en el caso de que se imputase a los civiles la comisión de los siguientes delitos: conspiración y proposición para la rebelión; vías de hecho y ofensas contra el personal militar frente a tropa formada; resistencia a patrulla que cumple consigna; complicidad en la desertión; adquisición, empeño u ocultación de equipo militar; incitación al incumplimiento de obligaciones militares; uso indebido de uniformes y de distintivos militares; ciertos atentados contra la seguridad pública; y todos los delitos que se cometiesen en lugar militar, contra la persona, libertad e integridad física del personal militar, o que se llevasen a cabo con fines subversivos.

Al margen de lo dicho hasta el momento, cabe consignar, además, que durante el último tramo de la experiencia gubernativa castrense se concibió la idea de efectuar una profunda modificación en el Código de Justicia Militar vigente, pretensión que se intensificó luego de que, una vez concluida la guerra de las Malvinas, la comisión de análisis y evaluación de las responsabilidades políticas y estratégico-militares en el conflicto del Atlántico Sur considerase que las penalidades militares argentinas debían modificarse a tenor de las exigencias de “la guerra moderna”¹⁴⁸. De este modo, y

¹⁴⁶ María Laura SANMARTINO DE DROMI, ob. cit., t. II, pág. 234.

¹⁴⁷ Nota del ministro de Justicia, Julio A. GÓMEZ, al Poder Ejecutivo Nacional, acompañando el proyecto de ley 21.461; Buenos Aires, 11 de mayo de 1976. En *Anales de Legislación Argentina*, t. XXXVI-D, pág. 2895.

¹⁴⁸ Benjamín RATTENBACH, “Crítica del así llamado ‘Informe Rattenbach’ ”; en Enrique Juan OTTINO, “Guerra de Malvinas. El informe final de la CAERCAS: la firma en disidencia del teniente general Rattenbach y su crítica póstuma”, *Anales del Instituto de Historia Militar Argentina*, 1997, pág. 43. Siete Días, año XV, N° 859, del 30 de noviembre al 6 de diciembre de 1983, págs. 112 y 113.

antes incluso de que se desatase el enfrentamiento bélico con el Reino Unido, el Ministerio de Justicia dispuso, en virtud de resolución 473 de 12 de octubre de 1981, el establecimiento de una comisión reformadora que, presidida primero por el general de justicia Dionisio Andrés Ferreira, y más tarde por el general de justicia Carlos Horacio Cerdá, se abocase a la reforma del código. Así las cosas, siguiendo los lineamientos fundamentales del dispositivo diseñado por Sacheri y las experiencias adquiridas en el curso de su aplicación, dicha comisión terminó sus tareas en noviembre de 1983 ¹⁴⁹, tras lo cual el proyecto se convirtió en la ley 22.971, que entró en vigencia el 15 de diciembre del mismo año.

2. Las reformas introducidas al Código de Justicia Militar por la ley 22.971. En líneas generales, cabe señalar que la ley 22.971 introdujo al Código de Justicia Militar mayores garantías procesales en favor del imputado, que perfeccionó lo atinente a la investigación sumarial, y que adecuó las disposiciones del Código a la legislación penal y procesal ordinarias ¹⁵⁰.

En cuanto a la etapa del sumario, la ley 22.971 incorporó al Código la declaración sin juramento del imputado y admitió el interrogatorio sin procesamiento ¹⁵¹; suprimió la obligación del procesado a contestar las preguntas formuladas durante la declaración indagatoria ¹⁵²; impuso, bajo pena de nulidad de todo lo actuado, la obligación de comunicar en la indagatoria las causas del procesamiento ¹⁵³; concedió al juez

¹⁴⁹ Nota del ministro Juan C. CAMBLOR al Poder Ejecutivo, elevando el proyecto de ley de reformas al Código de Justicia Militar; Buenos Aires, 8 de noviembre de 1983. En *Anales de Legislación Argentina*, t. XLIII-D, pág. 3934.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Artículo 235, segundo párrafo, del Código de Justicia Militar, ley 22.971

¹⁵² Artículo 242 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁵³ Artículo 251 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

de instrucción la facultad de dejar sin efecto el procesamiento y de modificar la situación procesal de los imputados ¹⁵⁴; flexibilizó el régimen de la prisión preventiva, de acuerdo con la personalidad del presunto autor y la naturaleza del hecho cometido ¹⁵⁵, y estableció la posibilidad de imponerla cuando se contase con semiplena prueba de la existencia de la infracción investigada ¹⁵⁶.

Respecto del régimen penal en sentido estricto, se reguló de un modo más completo la reincidencia y el concurso de delitos ¹⁵⁷; se reformuló el concepto de deserción ¹⁵⁸; se regularon nuevas situaciones agravantes ¹⁵⁹; se penó la incitación a la deserción cometida por civiles ¹⁶⁰; y se incorporó la figura de la sustracción al cumplimiento de las penas privativas de libertad ¹⁶¹. Asimismo, el monto máximo de la prisión adjudicable al suboficial que no empleare todos los medios a su alcance para contener un motín se aumentó de tres a cuatro años ¹⁶²; en el caso de actos deshonestos cometidos por el personal de tropa, se impusieron meras sanciones disciplinarias ¹⁶³; y se eliminaron los siguientes castigos: suspensión de mando, confinamiento, remoción de clase, recargo de servicio y fajina.

En cuanto a otras disposiciones, la ley 22.971 eliminó el cúmplase presidencial ¹⁶⁴ y suprimió las facultades del pre-

¹⁵⁴ Artículos 252 bis y 316 bis del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁵⁵ Artículo 314 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁵⁶ Artículo 312 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁵⁷ Artículo 520 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁵⁸ Artículo 716 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁵⁹ Artículo 721 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁶⁰ Artículo 726 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁶¹ Artículo 860 del Código de Justicia Militar, ley 22.971

¹⁶² Artículo 692 del Código de Justicia Militar, ley 22.971

¹⁶³ Artículo 766 del Código de Justicia Militar, ley 22.971

¹⁶⁴ Modificación del artículo 468 del Código de Justicia Militar, incorporada por la ley 22.971.

sidente para imponer sanción disciplinaria cuando de la sentencia recaída surgiese que el hecho imputado no fuese delito ¹⁶⁵; dispuso expresamente que el fiscal general debía provenir del cuerpo de auditores ¹⁶⁶; estableció, entre las misiones del auditor general, la obligación de emitir opinión en el caso de interponerse recurso de revisión, y la de asesorar al presidente y a los comandantes en jefe de las fuerzas respectivas, atribución que se le quitó al Consejo Supremo ¹⁶⁷; cambió lo relativo al orden de las competencias en el caso del concurso de infracciones penales, y dispuso que los procesos se sustanciasen y sentenciasen “contemporáneamente”, sin atender a ningún orden de prelación” ¹⁶⁸; y amplió algunos plazos procesales, como los relativos a la confección del sumario -que pasó de cinco a treinta días ¹⁶⁹- y a la presentación de los escritos de acusación y defensa -que se aumentó de dos días a cinco ¹⁷⁰-.

3. *El desempeño de la justicia federal en materia de derecho militar.* La actuación de los tribunales federales en materia jurídico castrense durante estos años fue el resultado de la confluencia de algunas premisas como que las garantías individuales podían ser objeto de limitaciones razonables, en atención a la necesidad de defender el orden público y el bien común de toda la sociedad ¹⁷¹, principio que llevó a admitir la ampliación de la jurisdicción castrense sobre el ámbito civil en el caso de que aquéllos actuaran en “la

¹⁶⁵ Modificación del artículo 469 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁶⁶ Artículo 48 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁶⁷ Artículos 63 y 122 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁶⁸ Artículo 113 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁶⁹ Artículo 185 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁷⁰ Artículos 360 y 363 del Código de Justicia Militar, ley 22.971.

¹⁷¹ Sentencia de la Corte Suprema dictada el 26 de octubre de 1982 en autos “Fernando Gabriel Lopardo”; en *Fallos*, t. 304, pág. 1533.

represión de los delitos subversivos”¹⁷². Asimismo, también ejercieron su influencia factores tales como una concepción exorbitada de la disciplina militar, que incidió en la frecuente resolución de cuestiones de competencia en favor de la jurisdicción castrense¹⁷³. Sin embargo, si la Corte Suprema “perfeccionó” la doctrina de la “autopreservación del Estado”¹⁷⁴ -que, a la postre, convalidó la aplicación de ley marcial-, también elaboró otras interesantes doctrinas, como la de la prescindencia de reparos en la admisión del recurso extraordinario toda vez que estuviese en juego la garantía constitucional de la defensa en juicio y se tratase de procesados civiles que, sin contar con asistencia letrada, se hubiesen visto sometidos a la jurisdicción castrense¹⁷⁵; la del caso “Quiroga Rampoldi”, relativa a la necesidad de demostrar la existencia de vínculos entre los civiles y la subversión, antes de aceptar el sometimiento de aquéllos a la competencia de los tribunales militares¹⁷⁶; y la de autos “Arancibia Clavel”, en virtud de la cual se admitió el recurso de la instancia excepcional previsto en el artículo 14 de la ley 48, con el objeto de que la Corte Suprema conociese en los casos en que el fuero federal hubiera declinado su competencia en favor de la jurisdicción militar¹⁷⁷. En cuanto a la doctrina de la “autopreservación”, que tuvo una de sus mejores exposiciones en el trascendente pronunciamiento “Papetti”¹⁷⁸, cabe señalar que si bien ésta contribuyó a fundamentar la legitimidad de la ley marcial, la restringió a la hipótesis de que se

¹⁷² Véanse la exposición de motivos de la ley 21.461 y *Fallos*, t. 302, pág. 974.

¹⁷³ *Fallos*, t. 302, págs. 143 y 144. Otra manifestación de la relevancia del factor “disciplina” a la hora de atribuir competencia a la jurisdicción militar se ve en autos “Crisanto Gómez”; en *Fallos*, t. 302, pág. 799.

¹⁷⁴ *Fallos*, t. 302, pág. 1630.

¹⁷⁵ *Fallos*, t. 302, pág. 985; t. 302, pág. 1630; t. 303, pág. 575.

¹⁷⁶ *Fallos*, t. 302, pág. 977; t. 302, pág. 985; t. 303, pág. 576.

¹⁷⁷ *Fallos*, t. 301, pág. 1110.

¹⁷⁸ *Fallos*, t. 301, pág. 420 y ss..

imputase la comisión de delitos vinculados con la existencia de una situación excepcional de emergencia ¹⁷⁹.

Por otra parte, por estos años los tribunales federales siguieron reconociendo la autonomía de lo jurídico-castrense. De este modo, la Corte Suprema sostuvo que, lejos de ser arbitrarias, las particularidades del régimen jurídico militar surgían de la apreciación de una realidad objetiva, a la que el Congreso había reconocido libremente merced al dictado de normas relativas a la organización y funcionamiento de los consejos de guerra ¹⁸⁰. Así las cosas, los magistrados consideraron que el examen y la calificación de los hechos discutidos en un proceso castrense resultaban privativos de los tribunales militares ¹⁸¹, pues, como se sostuvo en autos “Recoaro”, lo contrario significaba menoscabar la independencia de la jurisdicción militar ¹⁸². Sin embargo, como contrapartida al reconocimiento de la autonomía jurídico-castrense, la Corte Suprema también puso en acción una serie frenos y de límites tendientes a restringir la actuación de la jurisdicción militar. En este sentido, resulta por demás elocuente el elevado número de cuestiones de competencia resueltas en favor de los tribunales civiles ¹⁸³. Esto, sin embargo, no fue todo. En efecto, a pesar de las amplias atribuciones reconocidas a la jurisdicción militar durante los años en los que el poder político fue ejercido por las autoridades del proceso de reorganización nacional, los miembros de la Corte Suprema esta-

¹⁷⁹ *Fallos*, t. 301, pág. 421; t. 303, pág. 315; t. 304, pág. 137.

¹⁸⁰ *Fallos*, t. 298, pág. 296.

¹⁸¹ *Fallos*, t. 298, págs. 280 y 282.

¹⁸² *Fallos*, t. 298, pág. 286.

¹⁸³ Integran esta larga lista los pronunciamientos reproducidos en *Fallos*, t. 294, pág. 287; t. 294, pág. 404; t. 295, pág. 33; t. 295, pág. 381; t. 295, pág. 748; t. 298, pág. 251; t. 300, pág. 1028; t. 300, pág. 1046; t. 301, pág. 317; t. 301, pág. 379; t. 301, pág. 601; t. 302, pág. 799; t. 302, pág. 194; t. 302, pág. 977; t. 302, pág. 1111; t. 302, pág. 1533; t. 303, pág. 976; t. 303, pág. 1080; t. 303, pág. 1937; t. 304, pág. 1172; t. 304, pág. 1408; t. 304, pág. 1519; t. 305, pág. 588; t. 305, pág. 686; y t. 305, pág. 731.

blecieron, por vía pretoriana, una serie de eficaces mecanismos tendientes a salvaguardar la vigencia de las garantías individuales básicas afectadas por los consejos de guerra ¹⁸⁴. Respecto de lo dicho, uno de ellos fue el establecido merced a la doctrina del ya mencionado caso “Papetti”. Así, con motivo de ese pronunciamiento se dijo que si en un proceso militar seguido a civiles, carentes de asistencia letrada, se hubiese puesto en cuestión el respeto a la garantía constitucional de la defensa en juicio, los recursos de hecho interpuestos resultarían válidos aunque no se hubiesen cubierto los requisitos formales mínimos ¹⁸⁵. Cabe destacar, asimismo, que esta doctrina de la morigeración del formalismo en aras de la efectiva impartición de justicia -también receptada, entre otros casos, en autos “Saragovi” y “De la Torre”- fue reiteradamente mantenida por el superior tribunal ¹⁸⁶. Empero, en “Carlos Díaz” la Corte Suprema aclaró, expresamente, que esa doctrina sólo beneficiaba a las personas excepcionalmente sometidas a la jurisdicción castrense, y que no correspondía aplicarla a los poseedores de estado militar, en tanto que éstos se hubiesen sometido voluntariamente al régimen jurídico castrense ¹⁸⁷. En definitiva, la idea del tribunal fue la de potenciar las garantías de los procesados, proveyendo a la superación de su estado de indefensión. Así pues, pese a lo que podría parecer a simple vista, la Corte Suprema de la época se mostró bastante preocupada por limitar la aplicación de la jurisdicción militar sobre los civiles ¹⁸⁸. De este

¹⁸⁴ Véase un ejemplo en *Fallos*, t. 304, pág. 1792.

¹⁸⁵ Véase el dictamen del procurador general reproducido en *Fallos*, t. 302, pág. 1630.

¹⁸⁶ Entre otros ejemplos, pueden verse los de *Fallos*, t. 303, pág. 315; t. 305, pág. 431; t. 305, pág. 1071.

¹⁸⁷ *Fallos*, t. 303, pág. 205.

¹⁸⁸ El tema preocupó enormemente a la doctrina de la época, como se trasluce del siguiente listado de títulos: Germán J. BIDART CAMPOS, nota al caso “De la Torre”; en *El Derecho*, t. 93 (1981), pág. 266. Alejandro BORDA, “El avance de la jurisdicción militar

modo, llegó a afirmar que el sometimiento de éstos a los tribunales castrenses no sólo requería del imperio de una situación excepcional, sino también de una explícita decisión del poder político alterando, por ese grave motivo, el orden normal de las competencias ¹⁸⁹. En ausencia de tales condiciones -concluía el tribunal-, la actuación de la jurisdicción castrense resultaba inadmisibles ¹⁹⁰. Ello así en tanto que se concebía que el sometimiento de los civiles a la competencia y a los procedimientos de los tribunales militares revestía un carácter excepcional ¹⁹¹, sólo aplicable en el caso de que peligrasen “la seguridad de la Nación o de las fuerzas que ella emplea en la defensa de los bienes jurídicos afectados por la subversión” ¹⁹². En consecuencia, en “Quiroga Rampoldi” se reputó arbitraria la aplicación de la jurisdicción castrense a un civil de quien no se habían alegado ni probado vínculos con la subversión ¹⁹³.

e. El derecho penal militar argentino a partir de la restauración del orden constitucional

1. La ley 23.049 y una nueva reforma al Código de Justicia Militar. Recién instalado el nuevo gobierno constitucional, el 13 de diciembre de 1983 el presidente Raúl Alfonsín decidió elevar al Congreso un proyecto de ley diri-

sobre la jurisdicción civil”; en *La Ley*, t. 1984-B, pág. 792. Carlos E. COLAUTTI, “La aplicación de la jurisdicción militar a los civiles”; en *La Ley*, 1981-D, pág. 1042. Hernán J. MARTÍNEZ, “Tribunales militares y recurso extraordinario”, en *Zeus*, t. 27 (1982), pág. D-35. Jorge Reinaldo VANOSSE, “El sometimiento de los civiles a los tribunales militares”; en *El Derecho*, t. 93 (1981), pág. 937.

¹⁸⁹ *Fallos*, t. 302, pág. 977.

¹⁹⁰ *Fallos*, t. 303, pág. 1979.

¹⁹¹ *Fallos*, t. 295, pág. 1000; t. 305, pág. 565; t. 305, pág. 911.

¹⁹² *Fallos*, t. 295, pág. 1000. En el mismo sentido, *Fallos*, t. 304, pág. 1883.

¹⁹³ *Fallos*, t. 299, págs. 438 y 439.

gido a modificar el Código de Justicia Militar ¹⁹⁴. Al respecto, cabe señalar que la filosofía que animaba al proyecto en cuestión pasaba por sostener que la jurisdicción castrense debía limitarse al conocimiento de los delitos esencialmente militares -entendiendo por tales aquellos no previstos en el Código penal- y de las faltas disciplinarias ¹⁹⁵. Además, el proyecto propiciaba la derogación de la reforma introducida al código por la ley 22.971; el establecimiento de un mecanismo de revisión de lo actuado ante los consejos de guerra por las cámaras federales de apelación, imponiendo al fiscal general de las Fuerzas Armadas la obligación de promover el correspondiente recurso “cuando considerase injusta la sentencia recaída”, y de no ser así, la de consultar al fiscal de cámara, para que éste decidiera o no interponer la apelación; la eliminación de la competencia de los tribunales castrenses sobre los civiles en los casos de los artículos 786 y 814 del Código de Justicia Militar; la supresión del cúmplase presidencial; y la incorporación de la figura del particular damnificado en sede castrense ¹⁹⁶.

Presentado así el proyecto en Diputados, varios integrantes del bloque peronista propusieron, por su parte, una reforma alternativa que preveía el establecimiento de una nueva estructura jurisdiccional militar -integrada por jueces letrados civiles con jerarquía de camaristas-; la presencia de defensores letrados civiles en los procesos castrenses; y la formación de una comisión destinada a preparar un anteproyecto de reforma integral al Código ¹⁹⁷. A pesar de ello, el 5 de enero de 1984 la Cámara en pleno decidió aprobar el proyecto del Ejecutivo, aunque con algunas modificaciones ¹⁹⁸.

¹⁹⁴ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión de 16 de diciembre de 1983, año 1983, t. I, pág. 127.

¹⁹⁵ *Idem ant.*, pág. 127 y ss..

¹⁹⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión de 5 de enero de 1984, año 1983, t. II, pág. 419 y ss..

¹⁹⁷ *Idem ant.*, págs. 421 y 422.

¹⁹⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1983, t. I, pág. 466.

Empero, el Senado no se conformó con el proyecto original, y sus miembros propusieron varios cambios. Así, mientras que el bloque peronista decidió proponer la incorporación de la defensa letrada en tiempo de paz, un despacho suscripto por los senadores Berhongaray, Brasesco, Leconte, León, Trilla, Velázquez, Gass, Mauhum, De la Rúa y Solana -que a la postre sería el proyecto aprobado por el cuerpo- recomendó, entre otras cosas, modificar la estructura recursiva del Código, estableciendo la revisión de los procesos castrenses por la justicia federal; mantener la vigencia de algunos artículos del Código de Justicia Militar modificados por la ley 22.971; y derogar el artículo 133 del referido Código y el 43 de la ley 16.970, en tanto que éstos adjudicaban a los jefes castrenses la potestad de dictar bandos en el caso de producirse conmociones interiores ¹⁹⁹. Aprobado dicho despacho por el Senado ²⁰⁰, las modificaciones al proyecto del Ejecutivo fueron aceptadas por la Cámara de Diputados el 9 de febrero de 1984, con lo que éste se convirtió en ley de la Nación bajo el número 23.049 ²⁰¹.

Amén de lo dicho y respecto de lo que nosotros nos interesa señalar en el curso de este trabajo, cabe señalar que la ley 23.049 redujo la competencia de la jurisdicción militar de tiempo de paz al conocimiento de los delitos esencialmente militares ²⁰²; que estableció, contra las sentencias definitivas de los tribunales castrenses recaídas en materia de delitos, un recurso amplio ante las cámaras federales ²⁰³; que impuso a los representantes del Ministerio Fiscal en sede castrense la obligación de promover dicho recurso ²⁰⁴; y que incorporó

¹⁹⁹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, sesión de 31 de enero y 1° de febrero de 1984, año 1983, t. I, pág. 313 y ss..

²⁰⁰ *Idem ant.*, pág. 365.

²⁰¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión de 9 de febrero de 1984, año 1983, t. III, pág. 1285.

²⁰² Artículo 108 del Código de Justicia Militar, reformado por la ley 23.049.

²⁰³ Artículo 445 bis, incorporado al Código de Justicia Militar por la ley 23.049.

²⁰⁴ Artículo 56 bis, incorporado al Código de Justicia Militar por la ley 23.049.

la figura del particular damnificado castrense ²⁰⁵. Asimismo, si bien la ley 23.049 decidió derogar la reforma introducida al código por la ley 22.971, mantuvo, entre otras cláusulas establecidas por ésta las relativas a la declaración sin procesamiento prevista en el artículo 235 bis; a la potestad del juez de instrucción para declarar la falta de mérito para continuar el procesamiento y para modificar la situación procesal a tenor de diligencias del sumario; y a la nueva regulación del abono de la prisión preventiva ²⁰⁶.

2. Opiniones sobre la ley 23.049 y formulación de propuestas reformistas durante los años '80. Si un sector de la doctrina nacional consideró que la reforma de la ley 23.049 constituyó “*un paso acertado*” ²⁰⁷ y “*constitucionalmente ortodoxo*” ²⁰⁸, en la medida en que estableció la “*participación y control del órgano judicial en la jurisdicción penal militar*” ²⁰⁹, no por ello dejó de advertirse que la complejidad de las disposiciones establecidas en este verdadero “*remiendo legislativo*” ²¹⁰ suscitarían no pocas dificultades en su aplicación ²¹¹. Empero, tampoco faltaron los opositores, algunos de los cuales sostuvieron que la ley 23.049 había sido una reforma “*irrazonable*” ²¹² que se había reducido a perseguir “*una*

²⁰⁵ Artículo 100 bis, incorporado al código de justicia militar por la ley 23.049.

²⁰⁶ Artículo 12 de la ley 23.049.

²⁰⁷ Dante GIADONE, “La reforma de la justicia militar”; en Gustavo CÁCERES y Thomas SCHEETZ (comps.), *Defensa no provocativa. Una propuesta de reforma militar para la Argentina*, Buenos Aires, Editora Buenos Aires, 1995, pág. 430.

²⁰⁸ Néstor Luis MONTEZANTI, “El fuero militar”; en La Nueva Provincia (Bahía Blanca), 11 de agosto de 1984.

²⁰⁹ Ismael FARRANDO, “Función jurisdiccional y justicia militar”; en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 373.

²¹⁰ Guillermo PALOMBO, “Breves observaciones...”, cit., pág. 734.

²¹¹ Guillermo J. FIERRO, ob. cit., pág. 144.

²¹² Florencia VILLEGAS, art. cit., pág. 54.

finalidad de indudable corte político”, adecuando el mecanismo procesal castrense al caso del juzgamiento de los militares involucrados en la lucha contra la subversión ²¹³. Además, sus detractores dijeron que el dispositivo de la ley 23.049 obstruía “*el ejercicio del mando militar atribuido por la Constitución Nacional al presidente de la Nación*” ²¹⁴, desjerarquizaba la jurisdicción militar y afectaba la “*eficiencia y la idoneidad del sistema, en desmedro de la disciplina*” ²¹⁵, al quebrantar “*la independencia, los presupuestos y el fundamento mismo de la jurisdicción militar*” ²¹⁶. Asimismo, vaticinaron que de su aplicación surgirían una serie de importantes “*desajustes legales y administrativos en las instituciones armadas*” ²¹⁷.

Más allá de los reproches mencionados, es indudable que en sus orígenes la reforma de 1984 se concibió como una solución provisoria, a la espera de encarar una modificación integral del Código. De este modo, cabe recordar que mientras algún autor sugirió substituir los consejos de guerra por juzgados militares unipersonales de primera instancia a cargo de letrados y el establecimiento de un tribunal militar de apelaciones también integrado por abogados ²¹⁸, en el curso de los debates parlamentarios que condujeron a la sanción de la ley 23.049 el senador Berhongaray manifestó su aspira-

²¹³ Osiris G. VILLEGAS, *Testimonio de un alegato*, Buenos Aires, Círculo Militar, 1990, págs. 10 y 27. Jorge A. GONZÁLEZ RAMÍREZ y Luis M. FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 256.

²¹⁴ Acusación del fiscal general de las fuerzas armadas, general Carlos Horacio DOMÍNGUEZ, en la causa por el motín del 3 de diciembre de 1990; en *Ámbito Financiero*, 24 de diciembre de 1990.

²¹⁵ Resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas n°74/87, de 8 de abril de 1987.

²¹⁶ Florencia VILLEGAS, “Consecuencias de la reforma al código de justicia militar”; en *Revista Militar*, n° 723 (1990), pág. 52.

²¹⁷ Proyecto de declaración del diputado Exequiel ÁVILA GALLO; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión de 21 de septiembre de 1988, año 1988, t. IV, pág. 4990.

²¹⁸ Guillermo PALOMBO, “Breves observaciones...”, cit., pág. 739.

ción a que en el futuro el conocimiento de los delitos militares pasase a la órbita de la jurisdicción federal ²¹⁹, mientras que el también senador Vicente Leonides Saadi creyó que el dictado de esta ley anticipaba la próxima conversión de la justicia castrense en una jurisdicción de naturaleza exclusivamente disciplinaria ²²⁰. Sin embargo, este tipo de pretensiones no llegaron a concretarse, y las innovaciones introducidas al régimen de las penalidades militares argentinas durante estos años se limitaron a la ratificación, en 1986 y en virtud de la ley 23.379, de los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra, y a la sanción, en agosto de 1988, de la ley 23.599, norma que patrocinada por la diputada Florentina Gómez Miranda en 1985 modificó los artículos 259, 264 y 265 del Código de Justicia Militar en cuanto se consideraban discriminatorios de las mujeres ²²¹.

Por otra parte, y en cuanto a pretensiones finalmente no concretadas, cabe consignar que hacia agosto de 1987, e integrando la política de modernización de las fuerzas armadas, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso en virtud del decreto 1334 la formación de una comisión presidida por el secretario de defensa, doctor Raúl Alconada Sempé, para que en el plazo de 180 días redactase una reforma al Código de Justicia Militar que terminase con lo que se consideraba una tradición jurídica superada. Así, y en particular, se fijó como objetivo de dicha comisión adecuar el código de marras “a las exigencias y necesidades del Estado democrático”, actualizando su dispositivo a las innovaciones científicas y tecnológicas militares y a los avances advertidos en el derecho de guerra; introducir mayor celeridad procesal en la jurisdicción castrense; y modificar la preceptiva relativa al instituto

²¹⁹ Dante GIADONE, art. cit., pág. 430.

²²⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1983, pág. 324.

²²¹ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión de 26 y 27 de septiembre de 1985, año 1985, t. IX, pág. 6443.

de la obediencia debida ²²². Empero, lejos de alcanzarse las expectativas iniciales, la comisión designada -que fue puesta en funcionamiento en julio de 1988- no arribó a los resultados previstos por el gobierno ²²³.

3. La situación del derecho penal militar argentino durante la década de '90. Mantenido la idea de modificar el articulado del Código de Justicia Militar, a comienzos de la década del '90 el entonces ministro de Defensa, doctor Antonio Erman González, decidió establecer una comisión integrada por el general de justicia Carlos Horacio Cerdá y por los doctores Horacio Cáceres y Beningo Ildarraz, con el objeto de redactar un anteproyecto de reformas. Limitada ésta a proponer sólo la modificación de aquellos aspectos del referido cuerpo legal que se consideraban más necesarios, sus trabajos estuvieron dominados por la pretensión de aprovechar lo positivo y lo negativo de la experiencia adquirida desde la puesta en funcionamiento de la ley 23.049 ²²⁴, y por la idea de hacer de la administración de justicia militar una jurisdicción judicial plena, aumentando su competencia y reemplazando el control judicial civil obligatorio por un control suficiente. Así las cosas, el anteproyecto elaborado previó el aumento del componente letrado en la organización y funcionamiento de la justicia militar, aspiración que se manifestó, entre otras medidas, en la inclusión de vocales letrados preopinantes en los consejos de guerra y en el establecimiento del carácter letrado de los fiscales de los mismos consejos; la admisión de la defensa letrada, con posibilidad de recurrir al patrocinio de abogados civiles inscriptos en un registro especial a cargo del Consejo Supremo; la incorporación de los

²²² Boletín Oficial, 9 de febrero de 1988, pág. 3.

²²³ La Prensa, 5 de julio de 1988. Raúl Alberto RAMAYO, "El código de justicia militar y su proyectada reforma"; en La Ley actualidad, 13 de septiembre de 1998.

²²⁴ Eduardo BARCELONA, "Está terminado un proyecto de reforma de la justicia militar"; en La Nación, 4 de abril de 1993.

consejos de guerra de comando; la derogación del carácter obligatorio del recurso ante la justicia federal previsto en el artículo 445 bis del Código, y la consiguiente modificación del artículo 56 bis; la creación de un recurso ordinario de apelación ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, con el objeto de permitir la impugnación de las sentencias y de los autos interlocutorios por nulidad, inobservancia o errónea aplicación de la ley, por inobservancia de las formas esenciales del juicio -vale decir, cuando se menoscabase el derecho de defensa o se hubiese prescindido de la prueba producida- o por la existencia de prueba que no hubiese podido ofrecerse o producirse en primera instancia; la incorporación de un recurso de casación contra las sentencias definitivas dictadas por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas; la supresión de la pérdida del haber de retiro -considerado de carácter previsional- en el caso de imponerse pena de destitución; la ampliación de la jurisdicción militar a todos los ilícitos previstos en el Código de Justicia Militar, y a los delitos comunes de carácter culposo que afectasen intereses específicos de las Fuerzas Armadas, siempre que éstos hubiesen sido cometidos en lugar militar o en ocasión del cumplimiento de actos del servicio; la limitación del deber de obediencia militar cuando la orden impartida por el superior configurase flagrante delito; y la incorporación de figuras penales referidas a las violaciones graves al derecho internacional de los conflictos armados ²²⁵.

Pese a que el referido proyecto no llegó a ser presentado al Congreso, durante estos años varios miembros del Poder Legislativo también se preocuparon por lo jurídico castrense. De este modo, para mediados de la década del '90 contaban con estado parlamentario varios proyectos de resolución o de ley relativos al Código de Justicia Militar. Éstos iban des-

²²⁵ Benigno ILDARRAZ, "Anteproyecto de reforma al Código de Justicia Militar"; en Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, vol. I, n° 2 (1993), nueva serie, pág. 443 y ss..

de propuestas globales, como las de los senadores Leopoldo Bravo y Eduardo Posleman, y la del senador Félix Bravo Herrera, que pretendían restablecer el régimen jurídico militar anterior a la ley 23.049, o la de los diputados Héctor Gatti y Pablo Gargiulo, tendiente a integrar la jurisdicción militar en el Poder Judicial. En cuanto a proyectos de alcance más restringido, cabe señalar que en lo relativo al procedimiento el diputado Víctor Soderó Nievas defendió la idea de modificar el recurso previsto en el artículo 445 bis del código; que en materia de penas el senador radical Hipólito Solari Irigoyen propuso sustituir la de muerte por la de reclusión por tiempo indeterminado, y que el diputado Rodolfo Parente recomendó limitar la aplicación de la pena referida al tiempo de guerra; y que en lo que resulta atinente a la incorporación de nuevas figuras delictivas, los diputados Claudio Mendoza y Elsa Kelly sugirieron incluir en el código un capítulo sobre la comisión de delitos contra las personas y los bienes protegidos por el denominado “derecho de Ginebra”²²⁶. Por otra parte, cabe referir que posteriormente, y a tono con algunas propuestas orientadas a sustituir el Código de Justicia Militar por una ley de disciplina castrense análoga a la alemana²²⁷, en abril de 1996 el diputado Juan Pablo Cafiero presentó un proyecto de ley proponiendo, entre otras cosas, la derogación del Código; la sanción de un reglamento disciplinario militar; la subrogación de la jurisdicción penal militar por la justicia federal; y la creación de un tribunal disciplinario militar con atribuciones como para decidir la imposición de castigos originados en la comisión de faltas²²⁸. Asimismo, que en febrero de 1998 los diputados Federico Storani y Carlos Álvarez pretendieron reformar el artículo 514 del Cód-

²²⁶ Horacio VERBITSKY, “¿Desobediencia debida? Conferencia de ejércitos americanos”; en *Página/12*, 11 de diciembre de 1995.

²²⁷ Dante GIADONE, art. cit., págs. 436 y 437.

²²⁸ Proyecto presentado al Congreso bajo la denominación 1463-D-96.

go de Justicia Militar -que regula el instituto de la obediencia debida-, con el objeto de consagrar la responsabilidad criminal de los subalternos que diesen cumplimiento a una orden “manifiestamente contraria a la Constitución Nacional”²²⁹.

Mientras tanto y dentro de la órbita del Ministerio de Defensa, se constituyó una nueva comisión destinada a actualizar y modernizar las estructuras del Código de Justicia Militar. Así las cosas, una vez elaborado el correspondiente trabajo se lo sometió al análisis de las diferentes jefaturas del Estado mayor conjunto y al de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, organismo al que se encargó la redacción de un texto definitivo, que fue elevado al titular del Poder Ejecutivo Nacional en marzo de 1998. Al respecto, cabe indicar que entre las principales características de este proyecto se recomendaba introducir al Código Sacheri actualizaciones terminológicas, armonizar los artículos y coordinar los conceptos; que se modificaba la competencia de la jurisdicción castrense; que la administración de justicia se integraba con funcionarios letrados; que se mejoraba el sistema recursivo; y que se preveía incorporar un régimen de penalidades inspirado en el derecho internacional de los conflictos armados. En particular, el proyecto de 1998 disponía la condición de abogados de los fiscales; la incorporación de vocales letrados a los consejos de guerra; el requisito de que los jueces de instrucción fuesen integrantes del cuerpo de auditores; la posibilidad de que los imputados recurriesen al auxilio de un defensor letrado antes de que prestasen la declaración indagatoria; la competencia de la tribunales castrenses para juzgar a los militares en el caso de que éstos cometiesen alguna de las conductas tipificadas en el Código de Justicia Militar; la ampliación de la jurisdicción militar en el caso de los delitos cometidos durante el transcurso de operaciones

²²⁹ Cámara de Diputados de la Nación, *Trámite parlamentario*, período 1997, N° 218, miércoles 4 de febrero de 1998, pág. 7189.

militares de paz; la incorporación de mejoras al instituto de la rebeldía; la desaparición de la figura del particular damnificado; la eliminación de la prohibición de debates y defensas en el sumario; la supresión de la figura del imputado no procesado; la división de la indagatoria en dos actos; la eliminación de la retención de haberes de retiro, privilegiando el carácter previsional y la calidad de derecho adquirido; la ampliación del ámbito de aplicación de sobreseimiento definitivo, incluyendo como nueva causal, la extinción de la acción penal o disciplinaria respectiva; la exigencia de una decisión unánime por parte del tribunal para imponer pena de muerte; la supresión del cúmplase presidencial; la posibilidad de interponer apelación ordinaria respecto de los autos interlocutorios; la incorporación del recurso de casación; la aceptación de la libertad condicional; la determinación de los actos que interrumpen la prescripción; imponen efecto interruptivo; la eliminación del quince como forma de imposición de castigos; la recepción de figuras penales inspiradas en el derecho internacional de los conflictos armados, con la expresa condición de su imprescriptibilidad y de la imposibilidad de beneficiar a los autores de estas conductas con el indulto o la amnistía; la determinación de los alcances de la obediencia debida; y la adjudicación de responsabilidad al superior debido a la comisión de delitos por parte de sus subordinados contra las personas o las cosas en caso de conflicto armado.

4. La actuación de los tribunales federales. A partir de 1984, y en tanto que la Corte Suprema se impuso la tarea de ejercer un férreo control sobre la jurisdicción castrense ²³⁰, con el juzgamiento de los integrantes de las juntas militares que dirigieron los destinos del país entre 1976 y 1983 ²³¹, la

²³⁰ *Fallos*, t. 306, pág. 686.

²³¹ Esta decisión fue tomada por medio del decreto 158/83. Alberto F. GARAY, "La vuelta al régimen constitucional"; en Alejandro CARRIÓ, *La Corte Suprema y su independencia*, ob. cit., pág. 121.

vieja jurisprudencia dictada por los tribunales federales en materia castrense comenzó a ser objeto de una profunda revisión. Así las cosas, al tiempo que se proclamó la definitiva integración del derecho militar en el orden jurídico general de la República, se rechazaron las antiguas tesis favorables a su autonomía ²³² y se llevó hasta sus últimas consecuencias la doctrina de la excepcionalidad de la jurisdicción militar ²³³ pese a reconocerse la existencia de ciertas peculiaridades de lo jurídico-castrense ²³⁴.

Así las cosas, y si bien la doctrina jurídico militar de la Corte Suprema de entonces estuvo orientada a revertir antiguos precedentes ²³⁵ y a reducir a su mínima expresión la competencia castrense -como lo demuestra la noción de acto de servicio adoptada en reemplazo de la sustentada en años atrás en autos “Aduana de Mar del Plata” ²³⁶- el camino seguido entonces por el tribunal no estuvo exento de ambigüedades ni de confusiones. Empero, cabe aclarar que el panorama jurídico distaba de ser diáfano, y así como se elevaron reclamos de particulares contra la actuación de la jurisdicción castrense ²³⁷, tampoco faltaron las solicitudes de los mismos hombres de armas impugnando la constitucionalidad del Código de Justicia militar y del régimen de la defensa instituido en sede castrense ²³⁸. Asimismo, los integrantes de la justicia federal no dudaron en mantener, en ciertas ocasiones, algunos viejos lineamientos sentados por la jurisprudencia militar tradicional, como el de la presunción de ausencia de arbitrariedad en

²³² *Fallos*, t. 306, págs. 698 a 702.

²³³ *Fallos*, t. 306, pág. 278.

²³⁴ *Fallos*, t. 306, pág. 706.

²³⁵ En este orden de cosas, el ministro Enrique PETRACCHI sostuvo la necesidad de superar la antigua doctrina militar de la Corte Suprema, con el objeto de tornarla “compatible con la conciencia jurídica actual de la sociedad argentina”. *Fallos*, t. 306, pág. 700.

²³⁶ *Fallos*, t. 306, pág. 278.

²³⁷ *Fallos*, t. 306, págs. 690 y 691.

²³⁸ *Fallos*, t. 306, pág. 228.

el juzgamiento de la prueba efectuada por los consejos de guerra; o el de la constitucionalidad de la jurisdicción militar para conocer en aquellos delitos que afectasen la disciplina de las instituciones armadas ²³⁹. Incluso, más, en algunas oportunidades llegó a reconocerse tímidamente una cierta autonomía jurídico castrense, como cuando se aceptó la legitimidad de un régimen de “flexibilización procesal” establecido por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas ²⁴⁰, o cuando se reconoció en los jueces militares atribuciones bastantes para establecer por sí mismos, con independencia de los tribunales federales, “la necesidad de una urgente represión para mantener la moral, la disciplina y el espíritu militar de las fuerzas armadas y la gravedad de los hechos imputados” ²⁴¹.

Por otra parte, cabe señalar que durante estos años los tribunales federales orientaron buena parte de sus esfuerzos en pos de interpretar y defender la constitucionalidad de la nueva ley 23.049 ²⁴², norma que, al decir de los miembros de la Corte Suprema había conciliado hábilmente, “los derechos de los afectados con las características peculiares del fuero militar” ²⁴³, conciliándose, así, el texto del Código de Justicia Militar con el espíritu de la Constitución Nacional ²⁴⁴. Así las cosas, luego de convalidar el procedimiento establecido por el nuevo artículo 445 bis del código citado ²⁴⁵, la Corte Suprema llegó, en “Dante Ortiz”, a “mutar” su alcance ²⁴⁶, con-

²³⁹ *Fallos*, t. 306, págs. 684 y 708. Véase también el voto particular del doctor BELLUSCIO registrado en *Fallos*, t. 306, pág. 2147.

²⁴⁰ *Fallos*, t. 306, pág. 241.

²⁴¹ *Fallos*, t. 306, pág. 232.

²⁴² *Fallos*, t. 306, pág. 312; t. 306, pág. 671 y ss..

²⁴³ *Fallos*, t. 306, pág. 706; t. 306, pág. 2139.

²⁴⁴ Entre otros, véase el voto particular del doctor PETRACCHI en *Fallos*, t. 306, pág. 696.

²⁴⁵ *Fallos*, t. 306, págs. 320 y 321; t. 306, pág. 678; t. 306, pág. 701.

²⁴⁶ Santiago M. SINÓPOLI, “Justicia militar: la amplitud del recurso ante el fuero federal”; en *El Derecho*, t. 140, pág. 785.

firiéndole el carácter de recurso judicial amplio no sólo en el caso de sentencias sino también en el de toda otra decisión que resultare equiparable, como el sobreseimiento definitivo ²⁴⁷.

Finalmente, cabe destacar que durante los años '90 los tribunales federales receptaron nuevas e importantes orientaciones, como que a partir de autos "Flores", la Corte Suprema entendió que la competencia de la jurisdicción militar de tiempos de guerra, prevista en el artículo 108 del Código de Justicia Militar, era también aplicable a los contingentes militares argentinos desplegados en tareas de mantenimiento de la paz, aun cuando dichas fuerzas careciesen del carácter de beligerantes ²⁴⁸. Asimismo, cabe señalar que los magistrados de la justicia nacional consagraron la subordinación del derecho militar argentino a los tratados internacionales, llegando a reconocer, por ejemplo, que el texto de la Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas -al cual la ley 24.820, de 1997, le otorgó jerarquía constitucional- había alterado parcialmente el régimen de las competencias previsto en el Código de Justicia Militar ²⁴⁹.

II. Instituciones

a. Aspectos generales

1. Principales lineamientos del derecho militar contemporáneo. Aunque durante estos años no se introdujeron en materia de regulación del régimen penal mayores modifi-

²⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 2 de octubre de 1990; en *El Derecho*, t. 140, pág. 785 y ss..

²⁴⁸ Sentencia de la Corte Suprema de 16 de noviembre de 1993. En *Jurisprudencia Argentina*, t. 1994-III, págs. 107 y 108.

²⁴⁹ Sentencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, de 9 de septiembre de 1999; en *El Derecho*, t. 185, pág. 693.

caciones hasta la sanción de la ley 23.049, norma que además, como se recordará, se centró en cuestiones relativas al procedimiento y al control de los consejos de guerra por parte de los tribunales que integraban el Poder Judicial, cabe advertir entre los distintos operadores contemporáneos una creciente preocupación por “juridizar” las instituciones del derecho represivo castrense. De este modo, por ejemplo, ya en la década del ’60 Raúl Alberto Ramayo entendió que la normativa del código debía interpretarse en el sentido de permitirle al imputado designar defensor con anterioridad a prestar su declaración indagatoria ²⁵⁰. Por otra parte, cabe señalar que como consecuencia de la sanción de la ley 23.049 se impuso en la vida forense un criterio sumamente restrictivo de lo que debía entenderse por “delito esencialmente militar”. En este sentido, en autos “Dante Caridi” se afirmó que si bien “los delitos esencialmente militares siempre afecta[ba]n la disciplina”, no podía sostenerse “que cualquier delito” que la afectase fuese un delito militar ²⁵¹. Asimismo, como resultado de evaluar infracciones tales como la defraudación militar se impuso la idea de que para considerar como castrense un delito éste no sólo debía haber sido expresamente previsto en el Código de Justicia Militar, sino que tampoco debían existir figuras similares en la regulación penal ordinaria, ya que en ese caso el hecho ilícito en cuestión debía ser sometido al conocimiento de los tribunales federales ²⁵².

2. Penas. Si en materia de penas los operadores jurídico-castrenses de la época, tanto militares como civiles, se orien-

²⁵⁰ Raúl Alberto RAMAYO, “Sistematización de las normas del código de justicia militar...”, art. cit., pág. 116.

²⁵¹ Voto de los doctores BELLUSCIO, PETRACCHI y NAZARENO correspondiente a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 13 de agosto de 1991; en *Fallos*, t. 314, vol. I, pág. 826.

²⁵² Cfr. Manuel Omar LOZANO, “Acerca de la jurisdicción militar”; en *Soldados*, 7 de enero de 1996.

taron decididamente en pos de la sustitución de antiguos castigos -tendencia que, por ejemplo, se plasmó en el articulado de la lamentablemente efímera reforma introducida al Código de Justicia Militar por la ley 22.971-, la cotidiana vida de los cuarteles no siempre fue acorde con este criterio. En este sentido, cabe recordar, incluso, que durante el conflicto del Atlántico Sur se impusieron castigos prohibidos, tales como estaqueamientos ²⁵³.

b. Figuras penales

1. Algunas consideraciones sobre el particular. Tal como se ha dado a entender más arriba, durante el período estudiado en este capítulo no se produjeron mayores novedades en materia de figuras penales. De este modo, resultó excepcional la incorporación del artículo 668 bis del Código, destinado a reprimir un tipo especial de insubordinación. Sin embargo y a pesar de la relativa inmovilidad del catálogo de los delitos, se produjeron algunos debates en torno a determinadas figuras penales. De este modo, respecto de la desertión -infracción que durante los años '60 llegó a originar el 60 % de todos los sumarios confeccionados en sede castrense ²⁵⁴-, los expertos criticaron la regulación contenida en el articulado del Código, con el objeto de contemplar la posible situación del agente, y las circunstancias del hecho, y admitieron “en la práctica, al margen del sistema previsto por la ley”, la existencia de causales de justificación no previstas ²⁵⁵.

²⁵³ “Un chico estaqueado”, editorial de La Nación, 19 de febrero de 1983. “Los ex combatientes en Malvinas hablan del informe”; en *Siete Días*, año XV, N° 859, del 30 de noviembre al 6 de diciembre de 1983.

²⁵⁴ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de 11 de diciembre de 1961; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión de 13 de diciembre de 1961, año 1961, t. VI, pág. 3032.

²⁵⁵ “La desertión. Sus causas y su régimen jurídico”; en *Revista Jurídica Militar de la Armada Argentina*, Año I, N° 1 (noviembre diciembre de 1964), pág. 28.

c. Jurisdicción

1. Cambios en las estructuras jurisdiccionales. Reducida sensiblemente la competencia de la jurisdicción castrense a raíz del dictado de la ley 23.049, a partir de 1984 y por aplicación del nuevo artículo 445 bis del Código de Justicia Militar se otorgaron importantes atribuciones en materia jurídico castrense a los tribunales federales. Sin embargo, en virtud del dictado de un nuevo código procesal penal de la Nación, en agosto de 1991, esta competencia, originariamente adjudicada a todas las cámaras federales, se concedió a la recientemente creada cámara nacional de casación penal ²⁵⁶. Al respecto, cabe indicar que en virtud de la acordada 40 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 2 de septiembre de 1992, se atribuyó a la Sala IV de la referida cámara el exclusivo conocimiento de los recursos suscitados por aplicación del artículo 445 bis ²⁵⁷.

III. Mentalidades

a. Cultura jurídica

1. Grado de conocimiento del derecho vigente. Aunque para mediados del siglo XX el grado de conocimiento relativo a lo jurídico militar alcanzó una notable profundidad entre los especialistas, el derecho castrense continuó siendo una disciplina casi completamente ignorada para el común de los juristas argentinos. De este modo, ante las discusiones suscitadas en la opinión pública como derivación del homicidio del soldado Carrasco, en 1996 un experto lla-

²⁵⁶ *Anales de Legislación Argentina*, t. LI-C, págs. 2905 y 2906.

²⁵⁷ *Fallos*, t. 315, pág. 1144.

mó la atención respecto del desconocimiento imperante en cuanto a los fines y alcances de la jurisdicción militar, su estructura y su relación con los tribunales del Poder Judicial ²⁵⁸.

2. Enseñanza del derecho penal militar. Suprimida a comienzos de los años '50 la enseñanza del derecho militar en la Universidad de Buenos Aires, a mediados de la década del '60 el general de justicia Román Rodolfo Rivera propuso al decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, doctor Germán J. Bidart Campos, la organización de un curso universitario anual y especial relativo a la disciplina. Acogida la idea con entusiasmo, mientras que el 7 de diciembre de 1965 se aprobó formalmente el proyecto, el 15 del mismo mes el doctor Rivera -quien había sido nombrado director del curso- presentó el correspondiente programa, que otorgaba "fundamental importancia a lo relativo a la legislación militar" ²⁵⁹. Atentos al éxito obtenido -cabe señalar que el curso contó con la concurrencia de unas cuarenta personas, entre abogados, militares y estudiantes avanzados de derecho ²⁶⁰-, la experiencia volvió a repetirse en 1967, elevándose la carga horaria semanal de una a dos horas de cátedra. En cuanto a la integración del cuerpo docente, cabe señalar que Román Rodolfo Rivera

²⁵⁸ Manuel Omar LOZANO, "Acerca de la jurisdicción militar"; en Soldados, 7 de enero de 1996. Al respecto, cabe consignar que Raúl Alberto RAMAYO también se refirió a la generalizada confusión existente en torno a la jurisdicción militar en "El Código de Justicia Militar y su proyectada reforma", art. cit..

²⁵⁹ Nota de Román Rodolfo RIVERA al doctor Germán J. BIDART CAMPOS, Buenos Aires, 15 de diciembre de 1965. En Archivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (en adelante, AFDCP-UCA), expediente 97/65.

²⁶⁰ Nota del decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Germán J. BIDART CAMPOS, al rector de la misma casa, monseñor Octavio DERISI; Buenos Aires, 31 de marzo de 1967. En AFDCP-UCA, expediente 97/65.

y Eduardo Coppola dictaron derecho penal y procesal militar; que Héctor J. Escola y el citado Coppola se refirieron al derecho administrativo militar; y que Carlos H. Cerdá y José A. Reilly impartieron clases de derecho internacional de la guerra ²⁶¹. Por otra parte, cabe señalar que como derivación de los cursos recordados el 31 de marzo de 1967 se decidió la creación de un centro de estudios de derecho militar, dependiente del Departamento de Derecho Público Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica, cuya dirección también se adjudicó al doctor Rivera ²⁶². Lamentablemente, tras el éxito inicial las actividades del instituto comenzaron a languidecer, hasta que en 1971 se produjo su desaparición ²⁶³.

Finalmente, cabe señalar que la última iniciativa en materia de enseñanza sistemática de lo jurídico castrense derivó en 1996 en la creación de una especialización en derecho militar en el ámbito de la Escuela Superior de Guerra. Al respecto, cabe señalar se trató de una carrera de postgrado, dirigida a los auditores y a los abogados civiles y orientada a la impartición de conocimientos profundos sobre derecho penal y disciplinario militar, derecho constitucional militar, derecho procesal militar, derecho administrativo militar, y derecho internacional de los conflictos armados. Corresponde indicar, además, que, conducida la especialización por el doctor Carlos H. Cerdá, junto al plantel académico estable han participado de sus actividades académicas varios miembros del Poder Judicial, vocales del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y personal del cuerpo jurídico del Ejército ²⁶⁴.

²⁶¹ AFDCP-UCA, expediente 97/65.

²⁶² AFDCP-UCA, expediente 13/67.

²⁶³ Cfr. Julio J. MARTÍNEZ VIVOT, *La defensa en el proceso militar*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.

²⁶⁴ Ezequiel ABÁSULO, "La Escuela Superior de Guerra y su proyección sobre el mundo del derecho"; en *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, N° 537 (abril de 2000).

3. *Literatura jurídico-militar argentina de la época.* Si bien en la perspectiva de los expertos en el ámbito jurídico-militar de estos años siguió imperando una cierta “*aridez doctrinaria*”²⁶⁵, resulta evidente que durante este período la doctrina nacional referida a derecho penal militar no sólo no perdió su vigor intelectual anterior, sino que, por el contrario, dio lugar a la aparición de varios emprendimientos periódicos y a la producción de un abundante catálogo de títulos.

Así las cosas, y en cuanto a revistas, cabe señalar que hasta 1972, en que apareció su último número, siguió publicándose, aunque irregularmente, el Boletín Jurídico Militar. Además, que hacia fines de 1964 y debido a la iniciativa del entonces auditor mayor de justicia naval, capitán de navío auditor Enrique R. Burzio, comenzó a editarse en la base naval de Puerto Belgrano y luego en Buenos Aires una Revista Jurídica Militar de la Armada Argentina, emprendimiento que se mantuvo hasta el primer cuatrimestre de 1967. Asimismo, que en diciembre de 1988, a instancias del entonces asesor jurídico del ejército, general de justicia Alberto Luis María Borla, se publicó el primer -y, en definitiva, único- número de un Boletín Jurídico Informativo, dedicado al estudio del derecho de interés militar. Por otra parte, y en cuanto a emprendimientos privados, corresponde indicar ahora que en 1979 apareció, bajo la dirección de Carlos H. Cerdá, el N° 0 de la primera serie de la Revista Argentina de Derecho Militar, cuyo último número se publicó a comienzos de la década del '90.

En lo atinente a obras individuales, cabe señalar aquí que durante estos años se produjeron varias tesis doctorales -algunas de las cuales llegaron a ser publicadas-, entre las cuales merecen mencionarse la que Raúl Alberto Ramayo presentó en 1960 en la Universidad de Buenos Aires sobre la

²⁶⁵ Jorge Alejandro SÁRSFIELD y Santiago Mario SINÓPOLI, “Justicia militar. La íntima convicción como medio de apreciar la prueba en un juicio sumario en tiempo de paz”; en Revista Argentina de Derecho Militar, N° 4 (julio de 1986), pág. 47.

plenitud de la jurisdicción militar; la que redactara en 1969 Salvador Tejón, respecto de las bases constitucionales de la justicia castrense; la que contemporáneamente escribiera Ildefonso Martínez Muñoz sobre derecho penal y disciplinario militar; y la que Julio Martínez Vivot (h.) defendió en 1980 en la Universidad Católica Argentina, y que se refirió al instituto de la defensa en juicio en sede militar. Además, corresponde destacar que la doctrina argentina se enriqueció en 1957 con un comentario al Código de Justicia Militar compuesto por Juan Emilio Coquibús, y con un emprendimiento análogo efectuado en 1985 por Oscar Igounet (h.) y Oscar Igounet; que a comienzos de la década del '80 apareció un pseudo estudio sobre la teoría del derecho penal militar, redactado por Eugenio Zaffaroni y Ricardo Cavallero; y que años después se publicó un *Manual de Legislación Militar* compuesto por los auditores Jorge A. González Ramírez y Luis M. Fernández. Asimismo, también abundó la publicación de artículos relativos a la especialidad. De este modo, en 1955 José E. Dellepiane se refirió a la defensa en el juicio militar ²⁶⁶; en 1956 Eolo Piovano dio a conocer en la Revista Militar unas "Consideraciones generales sobre algunos aspectos de la justicia castrense"; en 1958 Oscar Ríspoli Román publicó en Jurisprudencia Argentina un artículo sobre el fuero militar ²⁶⁷; en 1966 se incluyó en la Revista Española de Derecho Militar un trabajo de Román Rivera relativo a los tribunales de honor en la Argentina; a mediados de la década del '60 Raúl Alberto Ramayo inició una ininterrumpida actividad como prolífico articulista; y en 1975 Ricardo Juan Cavallero publicó en La Ley unas "Notas sobre el delito militar". Pero esto no es todo, ya que, posteriormente y como consecuencia de la sanción de la ley 23.049, al anterior listado se agregaron nue-

²⁶⁶ Revista Militar, N° 634 (noviembre-diciembre de 1955), pág. 21 y ss..

²⁶⁷ Oscar RÍSPOLI ROMÁN, "El fuero militar"; en Jurisprudencia Argentina, t. 1958-II, sección Doctrina, pág. 7.

vos títulos y contribuciones, debidas a la pluma de autores como Santiago Sinópoli y, más recientemente, Manuel Omar Lozano. Así, las cosas, cabe mencionar, a mero título ilustrativo, los siguientes trabajos: el que Oscar Igounet (h.) dedicó a la obediencia debida militar como causal de justificación²⁶⁸; el que Mario Magariños y Ricardo Sanz escribieron respecto de la obediencia debida y la autoría mediata en la estructura militar²⁶⁹; el que Guillermo Palombo tituló “Breves observaciones críticas sobre la arquitectura de los principios fundamentales de la reciente ley 23.049 de reformas al código de justicia militar”²⁷⁰; el que Jorge Alejandro Sársfield y Santiago Mario Sinópoli dedicaron al estudio del nuevo artículo 100 bis del Código de Justicia Militar²⁷¹; y el que Florencia Villegas publicó en 1990 en la Revista Militar, criticando el contenido de la ley 23.049.

b. Tendencias

1. Nuevos planteos en materia jurídico militar. Aceptado que el principal objetivo del derecho militar gira en torno al mantenimiento de la disciplina²⁷², durante los últimos años del período estudiado en este capítulo se impuso, sin embargo, la convicción de que dicha disciplina debía ser fruto de *“la realización del valor justicia”*²⁷³. Así las cosas, aban-

²⁶⁸ La Ley, t. 1986-D, pág. 817 y ss..

²⁶⁹ La Ley, t. 1986-E, pág. 1164 y ss..

²⁷⁰ El Derecho, t. 108.

²⁷¹ Revista Argentina de Derecho Militar, N° 3 (noviembre de 1984), pág. 69 y ss..

²⁷² Disidencia de los doctores Cavagna Martínez, Barra y Moliné O’Connor en autos “Dante Caridi”; 13 de agosto de 1991. En *Fallos*, t. 314, vol. I, pág. 828.

²⁷³ Raúl Alberto RAMAYO, “El Código de Justicia Militar y su proyectada reforma”, art. cit.. Carlos H. RAIMONDI, “La moderna disciplina militar”; en *La Nación*, 11 de mayo de 1990.

donado el concepto de que la justicia militar era un mero atributo del mando ²⁷⁴, comenzó a preconizarse la necesidad de “juridizar” el derecho penal militar argentino. En este sentido, se impuso la idea de que el “*derecho de defensa en juicio*” debía asegurarse cabalmente ²⁷⁵, merced a la participación de la defensa letrada desde la iniciación del proceso castrense y del perfeccionamiento de la estructura del Ministerio Público en la justicia militar ²⁷⁶. Además, como resultado de la exorbitancia de lo jurídico-militar durante las décadas del ‘60 y del ‘70, comenzaron a oírse voces tendientes a proponer una profunda reforma del Código de Justicia Militar, de manera que, basado en “*un nuevo concepto de la disciplina militar que garantice la vigencia del Estado de derecho*” ²⁷⁷, se adecuase su articulado “*a las necesidades de un ejército republicano*” ²⁷⁸. Asimismo, comenzó a hablarse de la necesidad de integrar el aparato jurídico-militar de tiempo de paz a las estructuras del Poder Judicial de la Nación ²⁷⁹.

IV. Consideraciones generales

1. Una época transicional. La superación de viejos conceptos en materia de derecho militar y la creciente aspi-

²⁷⁴ Palabras del diputado Ricardo F. MOLINAS; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1963, t. I, pág. 288.

²⁷⁵ Néstor Luis MONTEZANTI, “El fuero militar”; en *La Nueva Provincia* (Bahía Blanca), 11 de agosto de 1984.

²⁷⁶ Aníbal ORMELLA, “Hacia la reforma del Código de Justicia Militar”; en *Revista Militar*, N° 719 (enero-marzo de 1988), pág. 115 y ss..

²⁷⁷ Dante GIADONE, art. cit., pág. 432.

²⁷⁸ Guillermo J. FIERRO, *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. XI. Honorable Senado de la Nación, *Seminario “La justicia militar en el marco de la modernización de las fuerzas armadas y de seguridad (agosto-septiembre de 1991)”*, Buenos Aires, Secretaría Parlamentaria del Senado, 1992.

²⁷⁹ Honorable Senado de la Nación, *Seminario “La justicia militar en el marco de la modernización ...”*, cit., pág. 8.

ración a “juridizar” el procedimiento en sede castrense -sobre todo en lo atinente a la plena vigencia de las garantías del debido proceso, y a la participación de personal letrado en todos los aspectos posibles²⁸⁰-, conducen a pensar que a partir de mediados del siglo XX el derecho penal militar argentino ingresó en un período transicional que conducirá, en tiempos más o menos próximos, a su completa renovación normativa. Al respecto, cabe concebir que en esta transformación tendrá particular relevancia el proceso de internacionalización de lo jurídico castrense que hoy cuenta con alcance planetario. En este sentido, cabe señalar que ya se han producido sensibles avances en el país. En efecto, mientras que prestigiosos operadores jurídico castrenses argentinos insisten sobre la necesidad de “*trabajar intensamente para que las normas del derecho militar y del derecho internacional humanitario*” alcancen en un adecuado marco de receptividad y de acatamiento²⁸¹, normas de alcance nacional, como la ley 23.554, ya imponen a las fuerzas armadas la obligación de ajustar “*su proceder al derecho nacional e internacional aplicable a los conflictos armados*”²⁸².

²⁸⁰ Juan Abel Díaz, “La garantía del debido proceso en el procedimiento penal militar”; en Revista Argentina de Derecho Militar, N° 9 (julio de 1989), pág. 63.

²⁸¹ Editorial de la Revista Argentina de Derecho Militar, N° 6 (diciembre de 1987), pág. 8.

²⁸² Artículo 20 de la ley 23.554, 1988. En *Anales de Legislación Argentina*, t. 1988-B, pág. 1483.

CONCLUSIONES

A partir de todo lo expuesto surge con claridad que la actual estructura del derecho penal militar argentino se apoya en una larga tradición de autonomía jurídica, cuyos más lejanos antecedentes se remontan al período hispánico. Sin embargo, es evidente que la persistencia del pasado fue alterada por importantes rupturas. Así, si bien el proceso que condujo a la codificación decimonónica del derecho penal militar argentino -parcialmente anticipado en el espíritu y en el articulado de las ordenanzas de Carlos III- significó la adopción de una técnica novedosa de ordenación normativa y la aceptación del ideal jurídico sistemático preconizado por el racionalismo, también representó el parcial abandono de los precedentes hispano indianos. Empero, éste y otros cambios -como los que se incorporaron en el siglo XX merced a la adopción de las enseñanzas de la escuela italiana del derecho militar- fueron menos drásticos de lo que una primera aproximación al tema podría sugerir, y condujo a que las exigencias de la modernidad terminaran combinándose con los elementos jurídicos tradicionales.

Dotado, pues, de una gran autonomía, durante muchos años el aparato jurídico militar argentino supo adecuarse, con éxito variable, a los cambios incorporados al resto del derecho nacional. Ello incluso, a pesar de que nunca existió una plena sincronía entre ambos mundos jurídicos y de que el ritmo de los cambios penales castrenses fue distinto al observado en el resto del sistema jurídico nacional. En este sentido, cabe señalar que producida la Revolución de Mayo

la transformación de las mentalidades jurídico castrenses se adelantó, en buena medida, a lo acontecido en el campo del derecho penal común, lo que permitió, posteriormente -primero en el ámbito jurisdiccional y mucho después en el del derecho de fondo-, diseñar una solución normativa que sin dejar de satisfacer las especiales necesidades militares reconociese la supremacía de los preceptos fundamentales de la modernidad política.

Posteriormente y ya en el siglo XX, tanto el éxito obtenido con la adopción de las medidas circunstanciales que dieron lugar al dictado del Código de 1898, como el creciente protagonismo político de las instituciones armadas, condujeron al triunfo de las más exageradas tendencias autonómicas de lo jurídico castrense, tendencia que sería consagrada por la Constitución de 1949. Desde ese entonces, mientras que la estructura penal militar permaneció más o menos estancada y que las instituciones políticas y jurídicas del país asumieron nuevas formas, los desajustes entre lo jurídico militar y el resto del mundo del derecho se agudizaron casi hasta el punto de su total contradicción.

Así las cosas, frente a un Código de Justicia Militar como el vigente, que responde a paradigmas políticos y castrenses ya superados, la Argentina de hoy debe encarar una profunda reforma en la materia, que sin obviar las exigencias particulares del sistema represivo castrense, permita sincronizarlo con el resto del aparato jurídico del Estado, y desterrando definitivamente la concepción de la justicia militar como función de mando, consagre en sede castrense y para tiempos de paz, un mecanismo de administración de justicia castrense auténticamente judicial, fundado en la plenitud de las garantías del debido proceso y en la necesaria preponderancia de los componentes letrados. Empero, la relevancia de una previa trayectoria jurídica nos lleva a recomendar que la sustitución del viejo modelo no sea fruto de la adopción indiscriminada de instituciones foráneas -v.gr., como las inspiradas en el derecho alemán, que algunos tomaron como referente durante las décadas de 1980 y 1990-, sino de la conciliación de las nuevas exigencias jurídicas con

la mejor tradición patria. En otras palabras, frente a la habitual marginalidad de derecho militar, al que las autoridades y la mayor parte de los autores sólo le han dedicado una preocupación espasmódica -fruto, no pocas veces, de urgencias revolucionarias y de distintos cuestionamientos políticos-, el desafío del siglo XXI pasa por dedicarle al derecho penal militar una meditada atención, de resultas de la cual las exigencias de la nueva sensibilidad jurídica se concilien con los ricos precedentes nacionales, surgidos de la experiencia vernácula y de la idiosincrasia de las instituciones militares argentinas.

ÍNDICE ANALÍTICO

Introducción	13
Objeto de estudio.....	13
Metodología e hipótesis de trabajo.....	15
Esquema general de la obra	16
Estado de la cuestión y aportes de este trabajo.....	18
Fuentes empleadas	21
Agradecimientos.....	21

Capítulo I

Orígenes del ordenamiento represivo militar de los argentinos (I): las penalidades castrenses en el derecho español, hasta comienzos del siglo XIX

I. Acontecimientos.....	23
a. Antecedentes de la cultura penal militar española de la edad moderna	23
1. La regulación de la disciplina militar durante la antigüedad romana	23
2. Expresiones jurídico penales de tipo militar en los ejércitos visigodos y en las huestes de la reconquista española.....	27
3. El fortalecimiento de la monarquía bajomedieval castellana y las penalidades de índole militar.....	31
b. La penalidad militar española durante los dos primeros siglos de la edad moderna	33

1. Transformación y perfeccionamiento de lo penal militar durante el gobierno de los Reyes Católicos y los inicios de la edad moderna	33
2. El régimen penal de la actividad castrense bajo la égida de los Austrias mayores y la consagración de la autonomía de la jurisdicción militar	37
3. La penalidad militar durante el reinado de los últimos Austrias	43
c. El régimen jurídico de la penalidad castrense en la España borbónica	48
1. Los inicios de la monarquía borbónica y la paulatina consolidación del derecho penal militar español	48
2. Cambios y transformaciones acaecidos a mediados del siglo XVIII: la génesis del derecho penal militar carolino	55
3. Características de las ordenanzas de Carlos III	62
4. La evolución del derecho penal militar carolino, con posterioridad a la sanción de las ordenanzas de Carlos III	65
5. El derecho penal militar español en las postrimerías del antiguo régimen	68
II. Instituciones	70
a. Aspectos Generales	70
1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo	70
2. Las penas	76
b. Figuras penales	82
1. La desertión y otras figuras penales	82
c. Jurisdicción	85
1. Paulatina consolidación de la jurisdicción militar	85
2. El ejercicio de la administración de justicia militar	88
3. El fuero militar	89

III. Mentalidades	94
a. Cultura jurídica	94
1. Grado de conocimiento del derecho vigente	94
2. Caracterización de los expertos en la materia	96
3. Literatura jurídica especializada	97
b. Tendencias	100
1. Un mundo de creencias arraigadas	100
2. Cambios de mentalidad acaecidos durante el siglo XVIII	102
IV. Consideraciones generales	104
1. El derecho penal militar frente a la realidad política y social	105
2. Algunas notas peculiares de lo penal castrense	106

Capítulo II

Orígenes del ordenamiento represivo militar de los argentinos (II): el régimen jurídico castrense indiano y sus manifestaciones rioplatenses

I. Acontecimientos	111
a. Caracterización del derecho represivo militar indiano inicial	111
1. La situación en la materia durante los primeros tramos de la dominación hispánica.	111
2. La consolidación de la presencia castellana en América y la transformación jurídico militar	113
b. El régimen penal militar indiano durante el siglo XVII y la primera parte del siglo XVIII	115
1. Lo jurídico militar en todo el ámbito indiano	115
2. Las particularidades del área rioplatense	117
c. El derecho penal militar aplicado en Indias durante las últimas etapas del período hispánico	118
1. El reformismo borbónico y la transformación de lo jurídico militar indiano	118

2. El caso rioplatense	122
II. Instituciones	126
a. Aspectos generales	126
1. Características del derecho penal militar aplicado en Indias	126
2. Las penas	132
b. Figuras penales	134
1. Algunos tópicos relevantes	134
c. Jurisdicción	136
1. Las estructuras jurisdiccionales	136
2. El problema del fuero	140
III. Mentalidades	147
a. Cultura jurídica	147
1. Grado de conocimiento del derecho vigente	147
2. Caracterización de los expertos en la materia	150
3. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses	154
b. Tendencias	156
1. La relación entre el derecho militar y el ordinario, y la conciencia de la especificidad de lo jurídico castrense	156
2. La irrupción de las ideas jurídicas ilustradas	157
c. Consideraciones generales	159
1. El mundo indiano y la construcción de un modo jurídico militar particular	159
2. Las fuentes formativas del régimen penal militar aplicado en las Indias	164

Capítulo III

Revolución política y transformaciones jurídicas: el primer derecho penal militar patrio (1810-1819)

I. Acontecimientos	167
a. El panorama internacional	167

1. La situación en Europa	167
2. La situación en América	171
b. El derecho militar rioplatense durante los primeros años de la revolución	173
1. El derecho militar rioplatense durante los tramos iniciales de la experiencia revolucionaria.....	173
2. La Asamblea del año XIII y las modificaciones introducidas en el derecho penal militar rioplatense	176
3. Lo jurídico-militar durante los inicios del Directorio	180
c. Lo jurídico-militar rioplatense entre los prolegómenos de la declaración de la independencia y la disolución de las autoridades nacionales.....	183
1. La realidad jurídico-castrense argentina, a partir de la sublevación de Fontezuelas	183
2. El derecho militar en el Ejército de los Andes	185
3. Lo jurídico-militar rioplatense durante los últimos años del Directorio	189
II. Instituciones	193
a. Aspectos generales	193
1. Las instituciones del derecho penal militar rioplatense frente al fenómeno revolucionario.....	193
2. Caracterización de los ejércitos rioplatenses	195
3. Las penas	197
b. Figuras penales	200
1. El caso de la desertión	200
2. Otras novedades en la materia	203
c. Jurisdicción	204
1. Cambios operados en la estructura de la jurisdicción militar	205
2. La masiva militarización revolucionaria y la cuestión del fuero	206
III. Mentalidades	210
a. Cultura jurídica	210

1. Grado de conocimiento del derecho vigente	210
2. Caracterización de los expertos en la materia.....	212
3. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses	214
b. Tendencias	215
1. La paulatina recepción de los principios filosófico jurídicos de la modernidad.....	215
IV. Consideraciones generales	218
1. El surgimiento de un derecho penal militar revolucionario	218

Capítulo IV

La penalidad castrense argentina en el tránsito hacia la organización definitiva de la República (1820-1851)

I. Acontecimientos	223
a. El panorama internacional	223
1. La situación en Europa	223
2. La situación en América	225
b. El régimen jurídico militar argentino durante la década de 1820	228
1. Los cambios introducidos en la ponderación de lo penal castrense en los inicios de la autonomía bonaerense	228
2. La incidencia de las nuevas ideas en el régimen jurídico militar porteño. La abolición del carácter personal del fuero y las aspiraciones en materia de codificación	231
3. La situación en el resto del país	236
4. Los debates en la materia en el Congreso Constituyente de 1824	240
c. Caracterización de la penalidad castrense patria en el contexto de las guerras civiles	242

1. Los principales acontecimientos de la década de 1830	242
2. La regulación de lo jurídico militar argentino entre el apogeo y la desaparición del sistema confederal	243
II. Instituciones	245
a. Aspectos Generales	245
1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo	245
2. Las penas	251
b. Figuras penales	253
1. Algunos tópicos relevantes sobre el particular	253
c. Jurisdicción	254
1. Las estructuras jurisdiccionales	254
2. El empleo de la jurisdicción castrense para fines ajenos al mantenimiento de la disciplina militar	256
3. La superación del carácter personal del fuero	259
III. Mentalidades	261
a. Cultura jurídica	261
1. Grado de conocimiento del derecho vigente	261
2. Caracterización de los expertos en la materia	262
3. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses	264
4. Literatura jurídico militar argentina de la época	266
b. Tendencias	266
1. La crítica al derecho hispánico y la gravitación de las nuevas ideas jurídicas	266
2. Auge y decadencia del reformismo en materia jurídico militar. Las tendencias codificadoras	268
IV. Consideraciones generales	271
1. La renovada gravitación de la modernidad política en el ámbito del derecho penal militar argentino	271
2. La formación de un derecho penal militar autóctono	272

Capítulo V

Años decisivos para la futura configuración del derecho penal militar de los argentinos: organización constitucional y cambios de mentalidad (1852-1861)

I. Acontecimientos	275
a. El panorama internacional	275
1. La situación en Europa	275
2. La situación en América	278
b. El mundo jurídico militar argentino, entre la batalla de Caseros y la secesión del Estado de Buenos Aires ..	279
1. La realidad jurídico castrense durante los momentos inmediatamente posteriores a la batalla de Caseros	279
2. El mundo jurídico castrense, entre marzo y septiembre de 1852.....	281
c. La sanción de la Constitución de 1853 y la situación penal castrense en la Confederación Argentina	283
1. La sanción de la Constitución de 1853 y la materia jurídico militar.....	283
2. La realidad del derecho penal castrense en la Confederación Argentina, luego de la sanción de la Constitución	286
d. Lo jurídico militar en el Estado de Buenos Aires	287
1. Periodización del régimen penal militar aplicado en el Estado de Buenos Aires	287
2. El derecho penal castrense en una época de abierta beligerancia.....	288
3. Las tendencias transformadoras iniciadas a mediados de la década del '50.....	291
4. La suerte del anteproyecto de 1856 y la idea de codificar el derecho penal militar porteño.....	294
5. Primeros esfuerzos en materia de codificación	296

e. El derecho penal militar argentino después de la batalla de Cepeda	301
1. Cepeda y sus consecuencias sobre el derecho penal militar	301
2. El derecho penal militar en la Confederación	302
3. El derecho penal militar en el Estado de Buenos Aires	305
II. Instituciones	306
a. Aspectos generales	306
1. El derecho penal militar realmente aplicado en la Argentina de la época	306
2. Las penas	309
b. Figuras penales	311
1. La desertión y otras figuras vinculadas con ella ...	311
2. Otras figuras penales	313
c. Jurisdicción	314
1. La restricción del fuero militar al ámbito real	314
2. Extensión de la jurisdicción militar	315
III. Mentalidades	317
a. Cultura jurídica	317
1. Grado de conocimiento del derecho vigente	317
2. Enseñanza del derecho penal militar	318
3. Caracterización de los expertos en la materia	320
4. Literatura jurídico militar argentina de la época	323
5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico-castrenses	325
b. Tendencias	328
1. Subordinación del orden represivo castrense a lo dispuesto en normas de carácter constitucional ...	329
2. Nuevo impulso a la codificación, concebida como forma de encarar una renovación del derecho castrense	332

3. El derecho militar y la recepción de nuevos principios filosóficos y jurídicos	336
4. Insistencia en la especialidad del régimen penal castrense	338
IV. Consideraciones generales	341
1. Ponderación de las transformaciones acaecidas	341
2. Algunas reflexiones en torno a los aspectos jurídico-castrenses incluidos en la Constitución de 1853	342
3. La naturaleza del cambio y sus protagonistas	345

Capítulo VI

Modificaciones en la regulación vigente y alternativas en torno a la codificación (1862-1882)

I. Acontecimientos	347
a. El panorama internacional	347
1. La situación en Europa	347
2. La situación en América	349
b. El régimen jurídico militar argentino durante las presidencias de Bartolomé Mitre y de Domingo Faustino Sarmiento	350
1. El panorama jurídico militar argentino durante la presidencia de Mitre	350
2. Los inicios de la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento y el debate en torno a la ley marcial en el ambiente jurídico militar argentino ...	352
3. El impulso brindado a la codificación militar durante la presidencia de Sarmiento. El encargo al doctor Francisco Pico	359
4. La actuación jurídico castrense de los tribunales federales	361
c. Obstáculos y avances en el camino de la codificación (1875-1882)	363

1. Renovados esfuerzos en materia de codificación militar. La comisión redactora de 1875	363
2. El proyecto del coronel Mansilla	366
3. Nuevos debates en torno a la ley marcial	368
4. Profundización del impulso codificador. Los trabajos de las comisiones de 1881	371
5. Los proyectos elaborados por la comisión de 1881	373
II. Instituciones	376
a. Aspectos generales	376
1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo	376
2. Las penas	380
b. Figuras penales	383
1. Novedades incorporadas	383
c. Jurisdicción.....	385
1. Algunos aspectos de las estructuras jurisdiccionales	385
III. Mentalidades	387
a. Cultura jurídica	387
1. Grado de conocimiento del derecho vigente	387
2. Enseñanza del derecho penal militar	388
3. Caracterización de los expertos en la materia.....	389
4. Literatura jurídico militar argentina de la época	390
5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses	392
b. Tendencias	392
1. La profundización en los estudios relativos al derecho militar	393
2. La crítica a las ordenanzas y el correlativo apoyo a la codificación	395
IV. Consideraciones generales.....	398
1. Los preceptos constitucionales y los desajustes del derecho penal militar frente al resto del mundo jurídico	398

2. El derecho castrense en el vértice de un conflicto silencioso: el derecho penal militar entre el “civilismo” y el “militarismo”	401
--	-----

Capítulo VII

La consagración del ideal codificador en el derecho positivo (1883-1898)

I. Acontecimientos	405
a. El panorama internacional	405
1. La situación en Europa	405
2. La situación en América	406
b. El derecho penal militar argentino durante el tramo final del proceso codificador	408
1. El panorama jurídico militar argentino, desde la elevación al Congreso de los proyectos de 1881 y 1882 hasta los inicios de la década de 1890	408
2. El proceso que condujo a la formación y sanción de los códigos militares de 1895	410
3. El debate Barroetaveña-Álvarez	414
4. Características de los códigos de 1895	416
5. La aplicación de los códigos de 1895	420
6. La sustitución de los Códigos de 1895 por el Código de Justicia Militar de 1898 El papel Desempeñado por Jose Maria Bustillo	423
7. Principales características del Código de Justicia Militar de 1898	425
8. El papel jurídico militar desempeñado por los tribunales federales	428
II. Instituciones	430
a. Aspectos generales	430
1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo	430
2. Las penas	433

b. Figuras penales	435
1. Novedades incorporadas	435
c. Jurisdicción	437
1. Consideraciones en torno a las estructuras jurisdiccionales existentes	437
2. El problema de las cuestiones de competencia	438
III. Mentalidades	439
a. Cultura jurídica	439
1. Grado de conocimiento del derecho	439
2. Caracterización de los expertos en la materia	441
3. Enseñanza	442
4. Literatura jurídico militar argentina de la época	443
5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses	444
b. Tendencias	445
1. Consideraciones en torno al derecho militar	445
2. La profundización en la crítica a las ordenanzas y los sostenidos reclamos en materia de codificación	447
IV. Consideraciones generales	450
1. El régimen penal militar y las aspiraciones “civilistas”	451
2. La cuestión de la especialidad del derecho castrense	452

Capítulo VIII

Ajustes en el derecho positivo, pretensiones reformistas y contrastes de mentalidad (1899-1942)

I. Acontecimientos	455
a. El panorama internacional	455
1. La situación previa a la Primera Guerra Mundial	455
2. El derecho penal militar desde la conflagración	457
3. La cuestión de la ley marcial	459

b. El código Bustillo. Aplicación y reformas (1899-1905).....	461
1. La aplicación del código Bustillo y los operadores jurídico militares argentinos	461
2. La actividad de los tribunales federales	463
3. La revolución de 1905 y sus consecuencias en el ámbito penal militar	465
c. Realidades y propuestas: de las reformas al código a los debates suscitados durante la segunda década del siglo XX (1906-1919)	471
1. La aplicación de las reformas	471
2. Nuevas pretensiones reformistas	473
3. La crítica al derecho vigente y una propuesta superadora	475
4. El proyecto de 1913	
5. El derecho penal militar argentino, con posterioridad a la presentación del proyecto de 1913	477
6. El proyecto de 1914 y otros cambios acaecidos en el ámbito jurídico militar	480
7. La penalidad castrense a finales de la década de 1910. El proyecto de 1917	483
8. Los pronunciamientos de la justicia federal	485
d. El derecho penal militar durante los años '20 (1920-1929)	490
1. La gravitación de las reformas introducidas al Código Penal ordinario	490
2. Opiniones en materia jurídico-militar y propuestas reformistas durante el primer lustro de la década del '20	493
3. Modelos contrastantes: el proyecto de ley de disciplina militar patrocinado por el Ejecutivo Nacional y las propuestas socialistas	496
4. La ley marcial y la postura de la doctrina argentina	501

5. El derecho penal militar argentino y la actividad de los tribunales federales	504
e. Camino a la plenitud de lo jurídico-militar (1930-1942)	506
1. La revolución del 6 de septiembre de 1930 y lo jurídico militar. La ley marcial	506
2. La posición de la doctrina y de la jurisprudencia en torno a la ley marcial	512
3. Cambios de mentalidad y persistencia de las pretensiones reformistas	517
4. El papel desempeñado por la justicia federal	519
II. Instituciones	525
a. Aspectos generales	525
1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo	525
b. Figuras penales	527
1. Innovaciones en la materia	527
c. Jurisdicción	529
1. Cambios en la concepción del ámbito de competencia	529
III. Mentalidades	530
a. Cultura jurídica	530
1. Grado de conocimiento del derecho vigente	530
2. Enseñanza del derecho penal militar	531
3. Caracterización de los expertos en la materia	534
4. Literatura jurídico-militar argentina de la época	536
5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses	538
b. Tendencias	541
1. La preocupación “disciplinaria”	541
2. La autonomía de lo jurídico militar	543
3. La reacción nacionalista	546
IV. Consideraciones generales	548

1. Vinculaciones entre la mentalidad jurídico
castrense y la situación militar argentina 548
2. Apariencias y realidades 549

Capítulo IX

Transformación y recodificación del derecho penal militar (1943-1955)

- I. Acontecimientos 553
 - a. El panorama internacional 553
 1. La Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias
jurídico-militares 553
 2. La situación en Europa 554
 3. La situación en América 556
 - b. El régimen penal militar argentino durante el
gobierno de la revolución de 1943 557
 1. La ley marcial durante la década del '40 557
 2. La revolución del 4 de junio de 1943 y la
incorporación de modificaciones en el orden
jurídico militar argentino 560
 - c. La penalidad castrense argentina durante las dos
primeras presidencias de Juan Domingo Perón.
Constitucionalización del fuero militar y recodificación 562
 1. La reforma constitucional de 1949 y su
repercusión en el ámbito jurídico militar 562
 2. La recodificación del derecho militar argentino 564
 3. Principales características del Código de Justicia
Militar de 1951 568
 4. La ley 14. 117 y la reforma del Código de
Justicia Militar 570
 5. La ley marcial durante el régimen peronista.
Aplicación y debates doctrinarios 572
 6. La actuación de la justicia federal 578

II. Instituciones	579
a. Aspectos generales	579
1. Principales lineamientos del derecho penal militar contemporáneo	579
2. Las penas	582
b. Figuras penales	582
1. Novedades incorporadas	582
c. Jurisdicción	584
1. Cambios introducidos en las estructuras jurisdiccionales	584
2. Sociedad civil y jurisdicción militar	584
III. Mentalidades	589
a. Cultura jurídica	589
1. Grado de conocimiento del derecho vigente	589
2. Enseñanza del derecho penal militar	590
3. Caracterización de los expertos en la materia	591
4. Literatura jurídico-militar argentina de la época	592
5. Autores y textos empleados por los operadores jurídico castrenses	594
b. Tendencias	595
1. Consideraciones en torno a la derecho militar	595
IV. Consideraciones generales.....	596
1. La expansión del universo militar	596
2. La culminación del proceso de autonomía de lo jurídico militar.....	599

Capítulo X

El derecho penal militar contemporáneo. Reformas y principales debates (1956-1999)

I. Acontecimientos	603
a. El panorama internacional	603

1. La situación en Europa y en el mundo.....	603
2. La situación en América	606
b. El derecho penal castrense argentino a partir de la caída del régimen peronista	607
1. El derecho penal militar argentino durante el gobierno de la Revolución Libertadora.....	607
2. El régimen de las penalidades castrenses durante las presidencias de Frondizi, de Guido y de Illia	609
3. La ley marcial y el control del orden público.....	612
4. La actividad desplegada por la justicia federal desde la caída del régimen peronista hasta mediados de la década del '60.....	616
c. El derecho penal militar argentino de los inicios de la Revolución Argentina hasta mediados de la década del '70	619
1. Lo jurídico-castrense bajo el gobierno de la Revolución Argentina	619
2. La actividad de los tribunales federales durante el gobierno de la Revolución Argentina.....	625
3. El gobierno constitucional de 1973-1976 y la materia jurídico militar	627
4. El derecho penal militar y el fenómeno de la guerra revolucionaria	629
5. La actividad de los tribunales federales a partir de 1973.....	631
d. El régimen de las penalidades castrenses bajo el gobierno del Proceso de Reorganización Nacional	636
1. El derecho penal militar argentino durante el Proceso de Reorganización Nacional. Generalidades	636
2. Las reformas introducidas al Código de Justicia Militar por la ley 22.971.....	638
3. El desempeño de la justicia federal en materia de derecho militar	640

e. El derecho penal militar argentino a partir de la restauración del orden constitucional.....	644
1. La ley 23.049 y una nueva reforma al Código de Justicia Militar	644
2. Opiniones sobre la ley 23.049 y formulación de propuestas reformistas durante los años ´80	647
3. La situación del derecho penal militar argentino durante la década del ´90	650
4. La actuación de los tribunales federales	654
II. Instituciones	657
a. Aspectos generales	657
1. Principales lineamientos del derecho militar contemporáneo	657
2. Penas	658
b. Figuras penales	658
1. Algunas consideraciones sobre el particular	659
c. Jurisdicción	660
1. Cambios en las estructuras jurisdiccionales	660
III. Mentalidades	660
a. Cultura jurídica	660
1. Grado de conocimiento del derecho vigente	660
2. Enseñanza del derecho penal militar	661
3. Literatura jurídico militar-argentina de la época	663
b. Tendencias	665
1. Nuevos planteos en materia jurídico militar	665
IV. Consideraciones generales.....	665
1. Una época transicional.....	666
Conclusiones	669

**EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

Volumen I:

Sociológica. De Teoría y de Historia

por Alfredo Poviña

Año 1982, 431 págs. (Agotado)

Volumen II:

Introducción al estudio de la realidad estatal

por Alfredo C. Rossetti

Año 1983, 311 págs. (Agotado)

Volumen III:

**Los sistemas jurídicos en la enseñanza del Derecho en la
Universidad de Córdoba (1614-1807)**

por Roberto I. Peña

Año 1986, 241 págs. (Agotado)

Volumen IV:

Manual de Derecho Político (reedición)

por Enrique Martínez Paz

Año 1988, 435 págs. (Agotado)

Volumen V (Libro del Cincuentenario)

El derecho y los problemas contemporáneos

Autores varios

Año 1991, 479 págs. (Agotado)

Volumen VI:

**Reseña histórica de la Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Córdoba**

por Carlos A. Luque Colombres

1ª Edición: Año 1991, 139 págs. (Agotado)

2ª Edición: Año 1998, 147 págs.

Volumen VII:

Persona y Derecho

Autores varios

Volumen VIII:

El derecho argentino entre 1941 y 1991

Autores varios

Año 1992, 465 págs.

Volumen IX:

La filosofía en Alberdi

por Olsen A. Ghirardi

1ª Edición: Año 1993, 169 págs. (Agotado)

2ª Edición Aumentada: Año 2000, 249 págs.

Volumen X:

El Ethos y el Estado de derecho en Occidente

Autores varios

Año 1996, 155 págs. (Agotado)

Volumen XI:

Unificación civil y comercial: lo posible y lo conveniente

Autores varios

Año 1996, 167 págs. (Agotado)

Volumen XII:

Estudios en honor de Pedro J. Frías

Autores varios

3 Volúmenes, Año 1994, 1553 págs. (Agotado)

Volumen XIII (coedición con Editorial Zavalía):

Obligaciones naturales y deberes morales

por Luis Moisset de Espanés

Año 1998, 377 págs.

Volumen XIV:

Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho

Autores varios

Año 1999, 1127 págs.

Volumen XV:

Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil Argentino

por Enrique Martínez Paz

Reedición facsimilar, Año 2000, 437 págs.

Volumen XVI (5 Tomos):

Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield

Autores varios

Año 2000, 3085 págs.

Volumen XVII:

Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas argentinas

Autores varios

Año 2000, 379 págs.

Volumen XVIII:

Deontología del Derecho. Abogacía y Abogados

por Armando S. Andruet (h)

Año 2000, 289 págs.

Volumen XIX:

Cesión de posición contractual

por Mario Carrer

Año 2000, 185 págs.

Volumen XX:

Mariano Moreno y las ideas político-constitucionales de su época

por Carlos Egües

Año 2000, 211 págs.

Volumen XXI:

El proceso subversivo en Argentina a través de la bibliografía nacional

por Emilio Vázquez Viera

Año 2000, 391 págs.

Volumen XXII:

El Siglo XXI y el Razonamiento Forense

Autores varios

Año 2000, 363 págs. (Agotado)

Volumen XXIII: (Coedición con la Academia Nacional de Educación y la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba)

La educación, política de Estado

Autores varios

Año 2000, 149 págs. (Agotado)

Volumen XXIV:

Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado

por Efraín Hugo Richard

Año 2000, 611 págs.

Volumen XXV:

Vélez Sársfield: vida y obra codificadora

por Izquierdo, Sánchez Torres y Córdoba

Año 2000, 195 págs.

Volumen XXVI:

Humanismo Ambiental

Autores varios

Año 2001, 167 págs. (Agotado)

Volumen XXVII:

Prevención especial y Patronato de Presos y Liberados

Autores varios

Año 2001, 175 págs.

Volumen XXVIII:

El caso "Fayt" y sus implicancias constitucionales

por Antonio María Hernández (h)

Año 2001, 136 págs.

Volumen XXIX:

El derecho como objeto tridimensional

por Héctor A. Zucchi

Año 2001, 214 págs.

Volumen XXX:

Aspectos jurídicos y económicos del warrant

por Miguel A. Acosta

Año 2001, 472 págs.

Volumen XXXI:

Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina

por Juan Bautista Alberdi

Año 2002, 234 págs.

Volumen XXXII:

Homenaje a Juan Bautista Alberdi

Autores varios

Tomo I: Año 2002, 522 págs.

Tomo II: Año 2002, 534 págs.

Volumen XXXIII:

Krausismo y representación política. El pensamiento constitucional argentino

por José Luis Martínez Peroni

Año 2002, 205 págs.

Volumen XXXIV:

Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal

por Fabián I. Balcarce

Año 2002, 409 págs.

