

EL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR, SEGÚN LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Construcción de un marco teórico acorde a los
Derechos Humanos.

(Segunda Parte: propuesta de modelo de Sistema
Disciplinario Militar)

ARIEL PANZINI¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 259-295 Recibido 22/02/2022 - Aceptado 17/03/2022

Resumen: El Derecho Disciplinario Militar, surgido a partir de la vigencia de la Ley N° 26.394, constituyó un completo cambio de paradigma, respecto al servicio de administración de justicia militar que imperó durante más de cincuenta años al amparo del Código de Justicia Militar (Ley N° 14.029). Así, adecuar el sistema de disciplina militar, según los lineamientos y estándares de los derechos humanos, no sólo es una realidad incontestable, sino una obligación de las agencias especializadas dependientes de la jurisdicción Defensa. El presente artículo constituye la segunda entrega de lo oportunamente propuesto, es decir, la verificación del reconocimiento pleno de las

1 Ministerio de Defensa; Universidad de Buenos Aires - Argentina, Abogado. Especialista en Derecho Penal (UBA). Especialista en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Conflictos Armados (INDAE). Analista en Defensa Nacional -Curso Superior- (UNDEF). Asesor Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa. Auditor integrante del Servicio Jurídico Conjunto de las Fuerzas Armadas. Estudiante de la carrera de Historia (UBA).



garantías procesales en el marco del Anexo IV “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la Ley N° 26.394. En esta oportunidad, complementando aquel marco teórico, se propone brindar otra serie de herramientas teóricas que nos permitan terminar de definir una dogmática jurídica acabada que se oriente a un indiscutido modelo de Sistema Disciplinario Militar, sustentado en los Derechos Humanos y como aporte en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas.

Palabras clave: Derecho disciplinario militar – Garantías Procesales – Ley N° 26.394 – Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas –

Abstract: The Military Disciplinary Law, arose from the validity of Law No. 26,394, constituted a complete paradigm shift, regarding the military justice administration service that prevailed for more than fifty years under the Code of Military Justice (Law No. 14,029). Thus, adapting the military discipline system, according to the guidelines and standards of human rights, is not only an undeniable reality, but also an obligation of the specialized agencies dependent on the Defense jurisdiction. This article constitutes the second installment of the timely proposal, that is, the verification of the full recognition of procedural guarantees within the framework of Annex IV “Code of Discipline of the Armed Forces” of Law No. 26,394. On this occasion, complementing that theoretical framework, it is proposed to provide another series of theoretical tools that allow us to finish defining a finished legal doctrine that is oriented to an undisputed model of a Military Disciplinary System, based on Human Rights and as a contribution in the process. democratization of the Armed Forces.

Key words: Military Disciplinary Law – Procedural Guarantees – Law N° 26394 – Code of Discipline of the Armed Forces

I. INTRODUCCIÓN

El artículo que a continuación se ofrece, corresponde a la segunda parte de lo oportunamente publicado en la presente revista (Año 5 - N° 5 - otoño 2020), vinculado a mi proyecto de investigación que, en un principio, fuera realizado en el marco de la Disposición DI-2019-1-APNDNECAE#PTN de fecha 28 de febrero de 2019 de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y, actualmente, se encuentra en pleno proceso de profundización en el ámbito del Área de

Investigación del mencionado organismo de formación profesional (DI - Seminario Permanente de Investigación *Pensamiento Nacional y Capacidad Regulatoria del Estado*.

En aquella primera entrega se determinaron una serie de lineamientos que permitieron observar la dinámica general del Sistema Disciplinario Militar, surgido a partir del Anexo IV – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la Ley N° 26.394, de acuerdo a los estándares del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. El catalizador para ello fueron las garantías procesales, toda vez que representan los límites que se le imponen al ejercicio de la potestad disciplinaria, esto último, atributo característico de cualquier Derecho Disciplinario. En esta ocasión, se proponen una serie de herramientas jurídicas que nos permitan terminar de definir una dogmática jurídica acabada que se oriente a un indiscutido modelo de Sistema Disciplinario Militar, por supuesto, sustentado en los Derechos Humanos y como aporte en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas. Asimismo, dicho modelo no sólo intenta responder a la referida dinámica en el sentido técnico y formal, sino, sobre todo, que se articule con la necesidad de fijar nuevas bases para la construcción de un *Derecho Militar* sustentado en la doctrina de los Derechos Humanos, en nuestro caso concreto, relacionado a la vertiente disciplinaria del amplio espectro que representa la disciplina jurídica que nos ocupa. En efecto, transcurridos más de diez años de la referida reforma, con un proceso de experiencia y aprendizaje suficiente que nos posibilita reflexionar sobre el actual Sistema de Disciplina Militar, no sólo desde el plano formal normativo, sino desde las prácticas de su puesta en ejecución. Con una evidente evolución jurisprudencial, en particular, aquella surgida del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con acogida vigencia en el Derecho Interno, que precisó los cimientos de la materia jurídica en cuestión, la propuesta en cuestión se sustenta en las siguientes dimensiones de análisis a saber: a) desentrañar la naturaleza punitiva del sistema disciplinario militar que, por sus características específicas, no puede ser pensado en la ortodoxia del actual Derecho Administrativo, sino más bien, en concordancia y convencionalidad con el resto normas jurídicas del Sistema Jurídico Argentino, es decir, en una visión de heterodoxia jurídica que permita trascender cualquier tipo de escollo basado en rigorismos ineficaces, por ejemplo, límites innecesarios en la aplicación de garantías procesales, situación que afecta el efectivo cumplimiento del bien

jurídico particular, o sea, la eficiencia en el servicio militar; b) discutir la llamada *Teoría de la Sujeción Especial*, o sea, una herramienta doctrinaria, a través de la cual, históricamente, el Derecho Administrativo permitió a diferentes agencias de la Administración Pública, en particular, las Fuerzas Armadas, justificar “excepcionalidades” al momento de aplicarse normas jurídicas, entre ellas, de máxima observancia como lo son las garantías procesales; y c) la vital importancia en el reconocimiento del principio *Pro Homine*, como criterio hermenéutico de interpretación al momento de darle operatividad al Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

A través del esquema propuesto se podrá asegurar un Sistema Disciplinario Militar concreto que otorgue real operatividad a sus objetivos, de acuerdo a los estándares en materia de garantías procesales, conforme lo establecido por la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, con ello, evitar excesos en el ejercicio de la potestad disciplinaria, factor determinante en la armonía de la vida militar.

II. MODELO DE SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR

La construcción de una disciplina jurídica en ruinas

Lo primero que tenemos que decir es que nuestro Modelo de Sistema Disciplinario Militar parte del siguiente diagnóstico: el devenir de su puesta en ejecución trajo un variado cúmulo de situaciones conflictivas que hoy necesitan ser clarificadas, o por lo menos abordadas y debatidas, para un mejor funcionamiento de la administración de disciplina militar, cuestión que atribuimos esencialmente a dos factores: 1) prácticas en la implementación del Código de Disciplina, de parte de los operadores de dicho sistema jurídico, que de manera presumible imputamos a viejos resabios del inquisitivo y derogado Código de Justicia Militar, las cuales se enquistan de forma ágil y radicalizada, producto de tratarse de un régimen sustentando en un verticalismo irreflexivo por antonomasia; y 2) como cualquier otro sistema disciplinario, por encontrarse sujeto al ámbito doctrinario y jurisprudencial del Derecho Administrativo Argentino, también está caracterizado por su rigidez y poca apertura al debate respecto a sus instrumentos jurídicos específicos, panorama que puede entenderse en razón de ser una valiosa herramienta en el ejercicio del poder, en este caso, en manos del Estado Nacional y las instituciones a cargo

del monopolio de la fuerza.

En su tiempo, el célebre filósofo del derecho, Carlos Nino (2003, p. 101), nos enseñaba que no es posible determinar si una regla es una norma jurídica y si existe como tal, si no se establece que ella pertenece a un sistema jurídico existente. Esta consideración nos genera la inquietud de estudiar el conjunto de normas jurídicas que existen en torno a la denominada “vida militar”, es decir, aquellas que resultan de la organización y gobierno de las Fuerzas Armadas.

No debería escandalizarnos si reconocemos que lo que en otrora se conocía como *Derecho Militar*, en la actualidad, se encuentra en ruinas o sólo responde a una visión romántica de una época determinada de la historia argentina. En el presente no existe una dogmática jurídica vinculada al ámbito militar que se construya a partir de sus propios miembros, es decir, en lo específico de la materia, a cargo de los integrantes de los diferentes Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas, pero no como algo estanco y apartado del resto del universo jurídico argentino. Muy por el contrario, se vuelve a insistir que el *Derecho Militar* debe ser parte del *Derecho Argentino*, como una disciplina particular dentro del *Derecho Administrativo*, aunque, debido a sus características propias, también nos exige aceptar la heterodoxia jurídica referida en el punto anterior, a fin de evitar los innecesarios privilegios del pasado que no sólo favorecían a un puñado de sujetos, sino más bien contribuyeron al divorcio de los militares de la sociedad en su conjunto.

Sin más preámbulo, resulta necesario dejar en claro que los sistemas jurídicos de la Administración Pública Nacional, entre sus diferentes funciones, también tienen como misión regular, cuando así les corresponde, el ejercicio del monopolio de la fuerza, oficio en el cual se encuentra inserto el *Derecho Disciplinario Militar*, en el caso concreto, destinado a reglar el orden social interno de las Fuerzas Armadas. Sobre dicha situación, nos encontramos en la obligación de reconocer otros dos rasgos distintivos esenciales del Sistema Disciplinario Militar: a) su carácter coactivo, distinguido en normas jurídicas que prescriben sanciones que afectan el cuerpo del personal militar; y b) estar institucionalizados, o sea, que las normas establecen autoridades, órganos centralizados de ejecución y sujetos obligados que permiten reconocer un sistema jurídico existente, tal como lo requería Carlos Nino (2003), aspecto que determina la vigencia y operatividad concreta de aquel. Así lo define el citado jurista argentino: “Un sistema jurídico (o de Derecho en sentido objetivo), es un

sistema normativo reconocido (Generalmente como obligatorio), por ciertos órganos que el mismo sistema estatuye, y que regula las condiciones en que esos órganos pueden disponer la ejecución de medidas coactivas en situaciones particulares, recurriendo al monopolio de la fuerza estatal” (p. 113).

Es decir, lo que se presenta como *Sistema Jurídico Argentino*, en verdad, debe pensarse como una cadena de validez integrada por eslabones intermedios, cuya pieza de engarce hacia el conjunto, por supuesto, está constituida por el binomio *Constitución Nación/Tratados Internacionales de Derechos Humanos de raigambre constitucional*, espacio en el cual deben encuadrarse, sin excepción alguna, el resto de normas jurídicas (Leyes, Decretos, ordenanzas, resoluciones, etc.), o sea, también el Código de Disciplina Militar. Así, existe una norma inicial, en nuestro caso la Constitución Nacional, que autoriza a un órgano primario (Congreso de la Nación) a dictar normas jurídicas subalternas revestidas de validez que facultan al Poder Ejecutivo Nacional a ejercer un cúmulo de notables facultades, entre ellas, otorgar un poder disciplinario al instrumento militar de la Defensa Nación, que no es otra cosa que el ejercicio del monopolio de la fuerza, en el caso específico, destinado al orden social interno de las Fuerzas Armadas.²

En este punto es sumamente relevante entender que la amplitud del ejercicio del poder punitivo del Estado excede los atributos exclusivos del derecho penal, como habitualmente se cree o se intenta justificar la no aplicación de garantías procesales en el ámbito del derecho disciplinario. Como observamos, el órgano primario por excelencia es el Congreso de la Nación, instancia que determina quién/es puede/n ejercer el monopolio efectivo de la fuerza estatal, como así también otro/s sobre quién/es recae la responsabilidad de materializar el mismo, en nuestro caso, las Fuerzas Armadas. Siguiendo

2 Aquí debemos dejar en claro que el debate filosófico sobre la validez de la primera norma, es decir, la Constitución Nacional, en nuestro caso, excede el presente trabajo, motivo por el cual partimos de la base de la validez de la misma surge de la articulación de la voluntad de los Constituyentes de 1853, en orden al poder soberano de los pueblos para dictar su propia organización jurídica, cuestión que se resignificó con la reforma constitucional de 1994, insertando un catálogo determinado de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, espacio conocido como Bloque de Constitucionalidad. En ese sentido, dejamos por el momento de lado el debate técnico del sistema de validez de normas jurídicas derivadas y no derivadas, en el esquema de análisis de Carlos Nino.

el esquema de Carlos Nino (2003, p. 128), también debemos categorizar a las Fuerzas Armadas, producto de dichas facultades, como órganos primarios del *Sistema Jurídico Argentino*. Ahora bien, en lo que hace al tema en desarrollo, la cuestión sería verificar los criterios que debemos utilizar para identificar la pertenencia de las normas a un sistema jurídico en particular, y de esta manera, adentrarnos en la función jurisdiccional propia del Estado, en nuestro caso, la capacidad de aplicar sanciones disciplinarias legítimas a sus agentes, por ejemplo, las que se regulan en el Código de Disciplina Militar. Retomamos las definiciones de Carlos Nino (2003)

Alguien podría decir que, si lo relevante es el acceso al aparato coactivo del Estado, no deberíamos identificar a los órganos primarios principalmente con los jueces, sino con los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, que son quienes tienen un contacto más inmediato con el aparato coactivo. Sin duda en algunos casos tales funcionarios pueden constituir órganos primarios, pero, como cuestión general, debe tenerse en cuenta que el propósito de concentrarnos en los órganos primarios es el de determinar qué normas ellos reconocen (p. 113).

Lo antedicho es de suma importancia, toda vez que, como se verá más adelante a través de las tres dimensiones de análisis propuestas, el personal militar embestido con potestades disciplinarias tiene atributos legales para privar de la libertad de manera legal al resto del personal militar sujeto al ámbito de aplicación del Código de Disciplina, aspecto que deja en claro el profundo respeto que debe observarse de las garantías procesales establecidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, concordante con el artículo 8° de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), y demás normas jurídicas regulatorias en la materia, de plena aplicación en los procedimientos disciplinarios establecidos a tales fines, tal como se describió en el artículo correspondiente a la primera entrega.

En efecto, nos permitimos la siguiente pregunta: ¿Existe un Derecho Militar? En base a lo visto, estamos en condiciones de indicar que las diferentes normas jurídicas que gobiernan el ámbito de las Fuerzas Armadas, ya sean, las estrictamente administrativas de organización, por ejemplo, la Ley N° 19.101 (Ley para el Personal Militar) o las destinadas al ámbito de la disciplina militar, es decir, el Anexo IV -“Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la

Ley N° 26.394, entre otras que forman el *corpus* destinado a regular el funcionamiento operacional de las Fuerzas Armadas, de acuerdo al mandato constitucional establecido en el artículo 75, inciso 27° de la Constitución Nacional, conforman un genuino sistema jurídico que podemos denominar *Derecho Militar*, situación que nos permite aseverar la siguiente definición: *El Derecho Militar es un sistema jurídico compuesto por normas jurídicas destinadas a regular el orden interior de las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, debe ajustarse a las previsiones del Sistema Jurídico Argentino, por lo cual es una necesidad brindarle a sus diferentes instrumentos jurídicos un enfoque en los Derechos Humanos, política de Estado asumida desde el regreso a la democracia de manera inexcusable.*

Asimismo, ya adelantamos que el *Derecho Militar* debería ser considerado como una vertiente dentro del *Derecho Administrativo*. Sin embargo, el *Sistema Disciplinario Militar*, a su vez, tiene normas jurídicas particulares que lo convierten, como se viene señalando, en un sistema represivo destinado a imponer castigos a todo aquel personal militar sujeto a su ámbito de aplicación cuando cometa actos de inconducta que pongan en crisis la eficiencia en el servicio de las Fuerzas Armadas, es decir, el bien jurídico regulado en el Código de Disciplina Militar. Estas características lo convierten en un sistema especial por la aplicación de normas particularmente destinadas a su ejecución, no de excepción, como tradicionalmente lo sustentó la teoría de sujeción especial. Dicho de otro modo, las mencionadas particularidades exhiben la heterodoxia jurídica con la cual debe analizarse el actual concierto de pautas que rigen la operatividad de los sistemas disciplinarios de la Administración Pública y, por lo tanto, asumir que muchos de los institutos jurídicos que por antonomasia parecerían sólo patrimonio del Derecho Penal, también son aplicables en el *Derecho Disciplinario*, en particular, todos aquellos relacionados a poner límites al poder punitivo del Estado, por ejemplo, las garantías procesales frente al ejercicio de las potestades disciplinarias reconocidas en el Código de Disciplina Militar.

Esta base normativa y ontológica nos coloca en la obligación de pensar al Sistema Disciplinario Militar por fuera de las categorías jurídicas típicas del derecho administrativo, y tenerse a la acción disciplinaria como un verdadero ejercicio del poder punitivo del Estado –*ius puniendi*–, en sus fines específicos y en el marco de la función jurisdiccional reconocida a la Administración Pública Nacional y, en consecuencia, valernos de todos aquellos institutos y principios

generales del derecho que nos brinda el Sistema Jurídico Argentino para darle operatividad real y efectiva a este mecanismo de juzgamiento y posible aplicación de sanciones coercitivas.

Ahora bien, el análisis también nos permite decir que existe un *Derecho Disciplinario Militar*, una especie dentro del ordenamiento normativo general que hemos definido como *Derecho Militar*. En base a ello, nos animamos a presentar una posible definición: *El Derecho Disciplinario Militar es una disciplina jurídica del Derecho Militar que regula la potestad pública de castigar y aplicar sanciones al personal militar sujeto al empleo militar, producto de conductas que constituyan infracciones de índole disciplinario.* En ese sentido, el *Derecho Disciplinario Militar* es un sistema jurídico de especie que a través de sus normas jurídicas específicas tutela la eficiencia del servicio en la actividad operacional militar, conforme se desglosa de los mandatos constitucionales que se le asignan al instrumento militar de la Defensa Nacional.

En resumen, la internacionalización del Derecho Interno, a partir de la reforma constitucional del año 1994, y la consecuente conformación de un Bloque de Constitucionalidad, encabezado por nuestra Ley Fundamental y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 CN), colocan también al Derecho Disciplinario Militar en un momento crítico para su resignificación, en función a otorgarle al mismo sustentabilidad convencional frente a las exigencias en materia de garantías procesales, que no es otra cosa que asegurar el bien jurídico previsto en el Código de Disciplina Militar, ya que, de no observarse las mismas de manera estricta y completa, la eficiencia en el servicio militar se vería precarizada, convirtiendo al sistema jurídico en cuestión en una mera fachada formal. Modernizar las normas jurídicas no agotó la discusión, por el contrario, la experiencia demuestra que la puesta en marcha del Código de Disciplina, trajo un cúmulo de problemáticas que nos exige pensar una dogmática jurídica propia que brinde real operatividad al mismo, situación que comenzó a afrontarse a partir del surgimiento de una corriente jurisprudencia a cargo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con recepción en el Derecho Interno, quedando en deuda el posicionamiento sustancial en el ámbito particular, es decir, el que imparten los diferentes Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas. Si bien la reforma establecida con la vigencia de la Ley N° 26.394 representó un paso significativo en la democratización del Sistema

Disciplinario Militar, la consagración definitiva sólo será posible si a la letra fría de la ley se le asigna efectividad real, por lo cual las viejas concepciones del Derecho Administrativo o los resabios del derogado Código de Justicia Militar, representan todavía hoy escollos que deben ser superado en favor de una interpretación amplia del actual Derecho Disciplinario Militar, principal ordenador de la llamada vida militar.

La doctrina de sujeción especial: desmontaje de una ficción jurídica

Históricamente el andamiaje jurídico de las Fuerzas Armadas estuvo gobernado por la denominada *Teoría de la Sujeción Especial*. En ese sentido, dicha doctrina ha entendido que las relaciones de especial sujeción se limitan a describir las relaciones ciudadano-administración, que estén sujetas a un régimen jurídico especial, ya sea voluntario aceptado (militares, funcionarios) o no (internos en prisión, en su momento los soldados conscriptos). De este hecho, especialidad del régimen jurídico, no pueden válidamente deducirse mayores restricciones a los derechos reconocidos en el estatuto especial ni concluirse un imperativo de interpretación restrictiva (criterio riguroso) de los derechos allí reconocidos a los sujetos de estas relaciones “especiales” (Lasagabaster Herrarte, 1994, p. 140). Es decir, la doctrina comentada se limita a describir la especialidad (o, en términos meyerianos “acentuada dependencia”) de un conjunto heterogéneo de sujetos que se encuentran comprendidos en diferentes regímenes jurídicos especiales cuya única característica común es su particularidad frente al régimen jurídico general; no creemos que solamente de esta descripción pueda concluirse prescripción alguna.³ La especial dependencia de los sujetos estará determinada en cada régimen

3 En este sentido, en la doctrina argentina, Salomoni afirma que “esta teoría de la relación de sujeción especial no se constituyó como una teoría. En realidad, termina siendo una cuestión de aplicación práctica a colectivos, que inclusive no están predeterminados, pudiendo, estos últimos, aumentar o disminuir respecto de la situación fáctica en la cual se está aplicando la relación. Por lo tanto, el fundamento de la institución, en mi modesto entender, no tiene existencia. Es más, en realidad, creo que nunca se intentó fundamentar, sino que fue una doctrina de facto. Es decir, la relación de sujeción especial no fue otra cosa que el intento de legitimar el poder por sobre el principio de legalidad. La legitimación del poder como en la totalidad de las instituciones del derecho administrativo, pero aquí más descaradamente. (Salomoni, J.L., 1997, p. 166).

jurídico especial, más allá del cual no puede derivarse obligación alguna ni restricción de derecho válida, por imperio del artículo 19 y 28 de la Constitución Nacional y 30 de la CADH.⁴

Es decir, la relación de sujeción especial a la cual los militares adhieren voluntaria o forzadamente, según el caso, denota contemplaciones particulares diferentes al resto de integrantes de las Administración Pública Nacional, propias de los fines y objetivos asignados a las Fuerzas Armadas, pero no por ello de excepcionalidad o privilegio frente a las exigencias del amplio espectro que forma el Sistema Jurídico Argentino. Ni las penurias de la guerra ni las exigencias de la formación militar son excusas para limitar garantías procesales en favor del ejercicio de la potestad disciplinaria, en todo caso, la eficiencia del servicio es el complemento entre ambos conceptos. Lo dicho nos permite introducir la noción de *ciudadano uniformado o soldado*, en palabras de Ramiro Riera (2014)

una concepción de la profesión militar como una actividad que mantiene continuidad con el mundo civil a través de la ciudadanía. Esto significa lisa y llanamente que la carrera y la vida militar dejan de ser pensadas y, en consecuencia, reguladas, como una actividad singular, única y excepcional que merecía un tratamiento separado y diferenciado del resto del conjunto de la sociedad. Por el contrario, el concepto de ciudadano soldado establece un piso común entre la vida civil y la vida militar, en donde uno y otro mantienen una diferencia de grado, pero no de naturaleza (pp. 36-37).⁵

Precisamente esta concepción fue la base sobre la cual se impulsó el proceso reformista que derivó en la Ley N° 26.394, cuyo disparador tuvo lugar en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Na-

4 El artículo 30 CADH entendido en los términos de la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.

5 Asimismo, cabe señalar que el autor considera a la profesión como una manifestación más del derecho humano al trabajo, sin perjuicio de sus particularidades y características propias. Sin embargo, también reconoce ciertas restricciones a derechos a diferencia de otras profesiones del Estado, por ejemplo, a la huelga o sindicalización, consideraciones que exceden los objetivos de la presente investigación.

ción en caso “López”⁶, el cual determinó que los Tribunales de Justicia Militar eran incompatibles con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de independencia judicial. Así lo afirmó: “... aceptando que toda persona sometida a la jurisdicción castrense goza de los derechos fundamentales reconocidos a todos los habitantes de la Nación, de los cuales no puede ser privados (fallos: 54:777; 310:1797), cabe entonces dotar de contenido a este principio para que tenga efectiva vigencia y no sea una mera fórmula verbal” (Considerando 5). Así, es oportuno señalar que desde siempre la doctrina constitucionalista más calificada y progresista sostuvo que el denominado “fuero militar” constituía un “fuero real”, o de causa, o sea, una jurisdicción que juzga a determinadas personas en razón de la cuestión o materia sobre la que versa el juicio, y no en razón de la persona.⁷ La originaria jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación también avaló —oportunamente— esta tesitura, en tanto sostuvo que: “... el artículo 16 de la Constitución Nacional sólo ha suprimido los fueros personales, dejando subsistentes los reales, o sea, los que se dan en la naturaleza de los actos que sirven de fundamento a los respectivos juicios”⁸, y además, que “...por el art. 16 de la Constitución Federal, han quedado abolidos los fueros personales, y sujetos a la jurisdicción de los tribunales de los Estados, los delitos comunes de los militares, que no sean cometidos dentro de los cuarteles, en marcha o en acto de servicio”⁹. En definitiva, desde las más altas esferas de la Nación Argentina se construyó la legitimación de un “sistema de casta” que se encontraba al margen del resto del universo jurídico argentino. Esta situación, si bien empezó a resignificarse a partir de la reforma Constitucional de 1994 y obtuvo el derrotero legal oportunamente desarrollado en artículo anterior, la experiencia demuestra que su vigencia se mantiene resistente en las prácticas operativas de los distintos sistemas jurídicos, entre ellos, el militar. Rafael Bielsa (1957) señalaba a su tiempo que “...en una

6 CSJN, López, Ramón Ángel s/Recurso del Art. 445 bis del Código de Justicia Militar -Causa N° 2845- (6/3/07)

7 También la por entonces jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de la Nación, ha sido monolítica desde sus tiempos iniciáticos (Conf. CSJN, Fallos, 44:584, Autos Mariano Spina).

8 Conf. CSJN, Fallos: 101:405, “in re” P. Zeballos y otros.

9 Conf. CSJN, Fallos: 9:533, in re G.B. Gandía; Fallos: 14.453 in re Rodríguez y otros, Fallos; 16:61 “in re” J. Sarmiento.

organización política esencialmente no democrática puede existir, como han existido en ciertos países y épocas, privilegios, clases, castas, que determinan jurisdicciones especiales. Pero en un sistema democrático, fundado en los supuestos irreductibles de la igualdad ante la ley, ni la herencia, ni la religión, ni la profesión pueden fundar diferencias de ese orden” (p. 252).

Así las cosas, la doctrina anterior al fallo “Losicer” se aplicó a la situación de los funcionarios públicos, los militares, los estudiantes y los internos en las prisiones, y las determinaba como aquellas situaciones jurídicas en las que algunas personas sufría un debilitamiento de sus derechos o garantías como consecuencia de encontrarse sujetas a una específica relación con el poder público. Ahora bien, a partir del nuevo paradigma que se viene describiendo, según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la doctrina de la especial sujeción no puede encontrar asidero en nuestro ordenamiento legal, por lo menos concebida como un articulador de privilegios de casta. A partir de los precedentes jurisprudenciales citados en la entrega anterior, resulta claro que la tutela judicial o administrativa efectiva no puede restringirse mediante la exigencia de una renuncia expresa para quienes voluntariamente se sujetan al régimen específico que se trate, incluido el militar, como parte integrante de las instituciones del Estado Argentino. Tampoco debería restringirse a través de una renuncia “implícita” que se infiere de la aceptación voluntaria del administrado (Personal Militar) a la relación de especial sujeción (Estado Militar). No se puede legítimamente limitar derechos y menos aún garantías con la mera invocación de esta doctrina, sin importar cuán especial ni voluntaria sea la relación que une al individuo con la institución o autoridad, en primer término, y como resultado obvio, porque las limitaciones a los derechos y garantías deben estar establecidas por la ley formal a tenor de lo dispuesto por el artículo 19 y 28 de la Constitución Nacional y 30 de la CADH, circunstancias que no son aplicables al caso en concreto; y en segundo lugar, porque las garantías procesales no están sujetas a ningún régimen de sujeción especial que las limite.

Así, las condiciones que acreditan la relación de especial sujeción en el ámbito militar se encuentran prevista estrictamente en sus normas jurídicas específicas, y en cuanto a su faz disciplinaria, en el Código de Disciplina, por lo cual no resulta necesario que la interpretación de aquellas deba acudir a la doctrina analizada. La disminución de las libertades que el personal militar tendrá a raíz de esta sujeción

especial no justifica el renunciamiento a garantías constitucionales elementales, consagradas para todos los ciudadanos por imperio de las aludidas normas supranacionales. En todo caso, dicha relación de sujeción especial, establece que cuanto mayor sea el deber de obrar, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de sus hechos, pero no de vulnerar derechos y garantías, en este caso, las que regulan el juzgamiento disciplinario de militares.

En conclusión, la doctrina llama relaciones de especial sujeción a determinadas situaciones jurídicas en las que algunas personas sufren el debilitamiento de sus derechos o garantías, como consecuencia de encontrarse sujetas a una determinada relación con el poder pública. Las Fuerzas Armadas, en ese concierto, representan sólo una misión específica en sus propias finalidades, circunstancia que no habilita la desatención de garantías procesales en base a la relación de sujeción especial, tan necesarias y elementales que también deben ser reconocidas al personal militar, sea cual sea la naturaleza de la falta disciplinaria que se enrostre, sin perjuicio de las misiones extremas de las Fuerzas Armadas en el contexto de una guerra o cualquier otra situación de excepcionalidad que amerite la operatividad del instrumento militar de la Defensa Nacional.

El poder punitivo del Sistema Disciplinario Militar

Históricamente, el asunto del poder punitivo del Estado -*Ius Puniendi*- ha sido sobredimensionado y reducido al ámbito del derecho penal. Nada más inapropiado. El poder punitivo tiene diferentes formas de manifestarse en el contexto de un Estado moderno que se organiza a través de la división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), motivo por el cual la distribución de ese poder que se vincula a la función jurisdiccional del Estado, ha querido que cada institución del mismo, en sus funciones específicas y cuando así corresponda, ejerza pequeñas cuotas materiales del *ius puniendi*, aunque muchas veces ello sólo se lo relacione con los atributos del Poder Judicial. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo (como el Legislativo), también ejerce el poder punitivo del Estado, sin perjuicio de las finalidades que cada ordenamiento jurídico debidamente especifica en sus objetivos.

No es el lugar y momento para definir la función jurisdiccional del Estado, pero si dejamos en claro que la misma tiene su razón de ser en el objeto de sustanciar un proceso y/o procedimiento que resuelva un conflicto de carácter jurídico, es decir, donde tenga que intervenir

el Estado como regulador del orden social. Por otro lado, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, aplicable a nuestro Sistema Jurídico de corte continental, define al *ius puniendi* como la potestad del Estado para castigar mediante los diferentes sistemas represivos existentes en el Derecho: el derecho penal, que es aplicado por los Jueces y Tribunales, y en el derecho administrativo sancionador, que es aplicado por la administración pública.¹⁰ De esta manera, dentro del ámbito represivo del Estado, cuando se afecta el eficiente funcionamiento del servicio en las Fuerzas Armadas, nace la pretensión jurídica del Estado para reprimir al presunto infractor, o sea, como exigencia concreta de aplicar ese *ius puniendi* que se hace valer mediante la acción disciplinaria.

Por otro lado, se reconoce que todo órgano que ejerce poder tiende naturalmente a abusar de él, motivo por el cual es necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos y asignar porciones del poder estatal (que siempre es único) a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En suma, instaurar mecanismos legales donde el poder detenga al poder (Barraza, 2007). Ahora bien, sin entrar en detalles históricos sobre el asunto, la realidad nos muestra que la evolución de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, terminó reconociendo en forma pacífica las funciones jurisdiccionales de la Administración Pública Nacional, a partir del fallo “Fernández Arias”, donde se fija detalladamente en qué casos se admiten tribunales administrativos, o sea, el ejercicio de la función jurisdiccional y, con el ello, la atribución del *ius puniendi*. De dicho precedente, destacamos el considerado 4º: “Es preciso advertir que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio atinente a la división de poderes. Esta típica modalidad del derecho público actual, desde luego, no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del Estado. Muy por el contrario, constituye uno de los modos universales de responder pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja de la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado; y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz

¹⁰ Diccionario Panhispánico Español Jurídico. Ver <https://dpej.rae.es/lema/ius-puniendi>

y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos...”.¹¹ En base a ello, la Corte Federal en numerosos fallos resolvió que es compatible con la Ley Fundamental la creación de órganos, procedimientos y/o jurisdicciones especiales de índole administrativa, destinados a hacer efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la Administración Pública (fallos: 193:408; 240:235; 244:548; 245:351; entre otros). Sin embargo, la discusión no sólo se centró en los alcances del control judicial de dicha actividad jurisdiccional, sino también hacen frecuente mención al debido ejercicio del derecho de defensa en el ámbito administrativo, particularmente, el derecho a ser oído y a producir prueba. Así, el fallo “Coria” (1962)¹², el principal argumento que utiliza la Corte para dejar sin efecto una sanción aplicada por el Jefe de Policía es que no se había respetado el derecho de defensa. En sintonía con éste, el fallo “Rosales” (1962)¹³, expresó que la defensa en juicio, garantía de raigambre constitucional, requiere que la decisión de controversias sobre puntos del derecho común, el procedimiento administrativo otorgue adecuado recurso ante un tribunal de justicia. Idéntico en el caso “Complejo Agroindustrial San Juan” (1996), basándose en el dictamen del Procurador General de la Nación, donde se señala: “... la citada legislación también ha establecido el procedimiento destinado a que la decisión jurisdiccional administrativa encuentre suficiente control judicial, que asegure el ejercicio de derecho de defensa del interesado (arts. 62, apart. 2 y 70).¹⁴ Finalmente, el fallo “Litoral Gas” (1998)¹⁵ expresó: “El ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos, a efectos de una mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento de la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte, está condicionado a limitaciones constitucionales que surgen del art. 109 de la Constitución Nacional y de la garantía del art. 18 de la Ley Fundamental, tales como la exi-

11 Fernández Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión, Corte Suprema de Justicia. 19 de septiembre de 1960 (CSJN 247:646).

12 CSJN 252:356.

13 CSJN 253:485.

14 CSJN 319:498.

15 CSJN 321:776.

gencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente y la limitación que se deriva de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo”.

De la lectura de dichos fallos, observamos que la función jurisdiccional, entre los límites y contornos establecidos a lo largo de su recorrido jurisprudencial, también hace insistente hincapié a que uno de ellos es el respeto a las garantías procesales, motivo por el cual podemos inferir que a través del fallo “losicer”, estaríamos en una cuarta etapa determinada por los límites a esa potestad jurisdiccional en ejercicio de su poder punitivo (aplicación de sanciones de corte disciplinario) al determinar el pleno reconocimiento de todas las garantías procesales previstas en el artículo 18 CN y 8° CADH. Vale mencionar la vigencia de los argumentos del considerando 4° del fallo “Fernández Arias”, donde una vez más la necesidad de trascender los tiempos también es una condición de la vigencia del Estado de Derecho, sobre todo, con el devenir de la doctrina de los Derechos Humanos.

Es oportuno mencionar la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación al respecto: “En lo atinente a la actuación del Ministerio Público Fiscal en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, son aplicables ciertos aspectos del tratamiento especial que se le reconoce en el derecho penal y procesal penal. En efecto, la extensión de ciertos principios del Derecho Penal y Procesal Penal al Derecho Administrativo sancionador se debe, por un lado, a que ambas disciplinas constituyen una expresión del poder punitivo del Estado con fundamento en los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional -más allá de que Derecho Administrativo Sancionador es aplicado por el Ejecutivo y no por el juez, y sin perjuicio de su revisión judicial ulterior y, por otro lado, a que el desarrollo dogmático del Derecho Penal es mucho mayor que el del Derecho Administrativo sancionador; y en particular, el Derecho Penal creó técnicas y herramientas de garantía de los derechos individuales de mayor entidad. (v. dictamen 303:454 bis).

Es evidente que dicho organismo reconoce la heterodoxia jurídica que esta tesis viene sosteniendo a lo largo del presente proyecto de investigación, particularmente, en despejar dudas respecto a la aplicación de garantías procesales en el Derecho Disciplinario, en el sentido que su reconocimiento no corresponde al patrimonio exclusivo del Derecho Penal y sus fines, sino más bien a todos los sistemas

jurídicos que exhiban el ejercicio del poder punitivo del Estado, entre ellos, las sanciones disciplinarias. Por supuesto que la determinación de cada garantía procesal puesta en juego, conforme el catálogo establecido en el artículo 8° CADH, dependerá de cada caso en concreto. En el número anterior se puso a disposición, a modo de caso testigo y con el fin de poner en práctica el modelo teórico propuesto, ciertos hechos constitutivos de violencia de género con repercusión tanto en el ámbito disciplinario como penal, donde la condición de procedibilidad, establecida en el artículo 72 del Código Penal, suele utilizarse como escollo legal para anular la acción disciplinaria y, con ello, la evidente afectación de la garantía de acceso a la justicia (tutela administrativa efectiva).

En este sentido, tanto la Procuración del Tesoro de la Nación, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, definieron a la potestad disciplinaria de la Administración Pública como aquella que: "... tiene por finalidad asegurar y mantener el normal funcionamiento de los servicios a su cargo, por lo cual la imposición de las sanciones disciplinarias resulta ser el ejercicio de una facultad inherente al poder de administrar" (conf. Dict. 121:166; 199:175 y Fallos 254:43). Es decir, el Sistema Jurídico Argentino ha querido que el Código de Disciplina, además de ser un ordenador social al interior de las Fuerzas Armadas, en miras a sus funciones específicas, establezca la adecuada y única herramienta mediante la cual se pueda aplicar también una sanción disciplinaria, entre ellas, arrestos que conllevan la privación de la libertad en forma legal. Es decir, al igual que ocurre con los Jueces destinados por ley soberana a aplicar penas privativas de la libertad, para desarrollar las funciones militares, el legislador entendió que se debía embestir a ciertas autoridades dependientes del ámbito de la Defensa Nacional con la facultad de poder privar de la libertad en forma legal al personal militar sujeto al ámbito de aplicación del Código de Disciplina.¹⁶ Sin embargo, dicha máxima expresión de la violencia del poder del Estado, también exige a dichas autoridades administrativas la observancia de todos los límites que el mismo Sistema Jurídico Argentino impone a los Jueces, motivo por el cual las garantías procesales asumen un lugar central al momento de activarse el Sistema Disciplinario Militar.

16 Es necesario aclarar que las Fuerzas de Seguridad y Penitenciarias también se encuentran dotadas de potestad disciplinaria de la misma naturaleza a las Fuerzas Armadas.

Todo lo dicho anteriormente tiene recepción en el Código de Disciplina al momento de legislar, como garantía de limitación del ejercicio del poder punitivo, los principios generales establecidos en el artículo 2 (Principios), en particular, los incisos 3° (La sanción debe ser considerada como un instrumento de respaldo en el mantenimiento de la disciplina y no su herramienta principal); 6° (Toda sanción será proporcionada, con la falta cometida y con los efectos directos que esa falta produce en el cumplimiento de las tareas); y 9° (El ejercicio de las acciones disciplinarias no deberá ser arbitrario. En todo caso se explicará al infractor el fundamento de las sanciones). Otra evidencia del reconocimiento expreso de las citadas limitaciones lo encontramos en el artículo 4 (Prohibiciones), en esta oportunidad en el inciso 9° que establece: "La aplicación de sanciones con rigor excesivo, formalismo o sin ninguna utilidad para el cumplimiento de las tareas o del estado de disciplina", es decir, límites al poder punitivo disciplinario en su ejercicio en cuanto a la materialidad de la lesividad de la conducta reprochada, que no es otra cosa que el reconocimiento del Principio de lesividad, en el modelo garantista de Ferrajoli.

Lo antedicho se complementa al preverse limitaciones en cuanto a las competencias de aquellas autoridades embestidas con potestad disciplinaria en las siguientes figuras legales: "Las sanciones deberán ser impuestas por quien tiene el Comando, pero podrán ser también impuestas, modificadas, agravadas, anuladas o perdonadas por el Superior Jerárquico, conforme el artículo 6° (Conf. Art. 2, inc. 7) y "Las sanciones privativas de libertad superiores a cinco (5) días sólo podrán ser impuestas por un Consejo de Disciplina, salvo que el infractor acepte expresamente la imposición directa, y no se trate de la sanción de destitución o un arresto superior a treinta (30) días" (Conf. Art. 2, inc. 8).

En definitiva, el fundamento de las sanciones disciplinarias en el ámbito militar representa esa reafirmación del poder punitivo del Estado, otorgada a ciertas autoridades con potestad disciplinaria y a los efectos de llevar adelante los objetivos del Código de Disciplina, que no es otro que las misiones asignadas a las Fuerzas Armadas. Empero, el ejercicio del poder punitivo, mediante el sistema disciplinario, no es ilimitado, así como no lo será para el sistema penal con sus características y finalidades propias o cualquier otro sistema jurídico del que se valga el Estado para imponer su voluntad. El catalizador que exige el Derecho Argentino para cualquier sistema jurídico que

ejerza el poder punitivo son las garantías procesales, sin perjuicio del fin que busque la norma específica, en nuestro caso, la eficiencia del servicio militar, en el caso del Derecho Penal, la función de control social de toda la ciudadanía en general, clara diferenciación muchas veces mal interpretada.¹⁷

En efecto, el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas Armadas es la expresión clara y concreta del poder punitivo del Estado Argentino. La norma legal dotó al instrumento militar de la Defensa Nacional de su herramienta más violenta: la imposición de sanciones de carácter restrictivo que afectan derechos individuales del personal militar, entre ellos, la libertad corporal. Es así que la observancia de las garantías procesales es una obligación inexcusable, sin perjuicio de la naturaleza de la falta que se trate y/o procedimiento establecido a tales fines, toda vez que la posibilidad de aplicar sanciones bajo la modalidad de arresto riguroso es potestad de la autoridad militar en cualquiera de sus casos, conforme lo previsto en el capítulo II del Código de Disciplina. Dicho de otro modo, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, el Presidente de la Nación, en este caso delegando en ciertas autoridades vinculadas al ámbito de la Defensa Nacional (Ministerio de Defensa y Fuerzas Armadas), también cuenta con la facultad de privar de la libertad a ciudadanos al igual que los Jueces del Poder Judicial, cuya única diferencia se sustancia en la finalidad de los diferentes sistemas jurídicos, en particular y en cuanto nos ocupa, el militar, tendiente a lograr los objetivos del citado instrumento militar, donde la eficiencia del servicio (bien jurídico recogido por el Código de Disciplina), es de central importancia por representar el orden social interno de las Fuerzas Armadas.

Principio *Pro Homine*: Fuente axiológica de interpretación en el Derecho Disciplinario Militar

17 La discusión del denominado *Principio de la Autonomía Disciplinaria*, es decir cuando conviven la acción penal y la acción disciplinaria, simultáneamente, en ocasión de un mismo hecho, excede los objetivos de la presente investigación. Sin embargo, es importante remarcar que el poder punitivo del Estado es uno solo, sin perjuicio de las finalidades propias del ámbito del derecho se trate, cuya materialidad justamente se encuentra en el artículo 8 del Código de Disciplina por la naturaleza misma que los liga en cierto punto de su ejercicio.

Lo primero que debemos aclarar es que las apreciaciones que a continuación se realizarán tienen como fin desnaturalizar ciertas prácticas jurídicas observadas en el marco de la dinámica diaria de los expedientes disciplinarios, mediante las cuales se afectan todo tipo de garantías procesales, en favor de ritualismos innecesarios, muy posiblemente surgidos de los mencionados resabios heredados de la inteligencia del derogado Código de Justicia Militar. Es decir, si bien resulta una obviedad hablar de la obligación de respetar el principio *Pro Homine* dentro del Derecho Argentino, la experiencia nos dicta que su acabado reconocimiento en el Sistema Disciplinario Militar todavía tiene márgenes difusos que necesitan aclararse para el público del ámbito específico.

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos proveen una regla general acerca de cómo armonizar las Constituciones locales a los múltiples preceptos jurídicos surgidos de la doctrina de los Derechos Humanos. Nos referimos al *Principio Pro Homine*, criterio de interpretación jurídica que asume el carácter de principio general del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo establecido en el Artículo 29 CADH (Manili, 1999, p. 199). No está de más señalar que el principio que nos ocupa es uno de los pilares esenciales del Régimen de Protección Internacional de Derechos Humanos. Conforme lo señala Mónica Pinto, el principio *Pro Homine* ha sido utilizado por los órganos internacionales de Derechos Humanos de distintos modos, a saber: a) Como pauta hermenéutica, según la cual las normas de protección de derechos humanos más específicas deben preferirse a las más genéricas y las que brindan una protección mayor a aquellas que brindan una menor. En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: “los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes”¹⁸. Mientras que la Corte IDH ha remarcado: “la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la convención utilizando principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales o en los propios ordenamientos internos (...) todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención en virtud del art. 29...”;¹⁹ b) Como límite a las restricciones legítimas a los derechos humanos, en sentido que

18 Fallos 320:2153.

19 OC-4/84, opinión separada del Juez Piza Escalante.

sólo son admitidas aquellas restricciones que se ordenen por ley (en sentido formal) clara y precisa y que sean estrictamente necesarias para mantener el orden público; y c) Como límite a la suspensión del ejercicio de determinados derechos humanos: en virtud de este principio se acumulan, en cabeza del estado, todas las limitaciones que surgen de normas internacionales e internas en esta materia, es decir, las normas constitucionales que regulan el estado de sitio y las normas internacionales que regulan los estados de emergencia o excepción (Pinto, 1997, p. 165).

Asimismo, el principio *Pro Homine* también es reconocido por la Procuración del Tesoro de la Nación, en materia derecho disciplinario, al decir que: “Los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los instrumentos internacionales imponen la obligación de avanzar progresivamente hacia mecanismos de control más efectivos. Ello supone, entre otras cosas, reconocer sin cortapisas las atribuciones legalmente conferidas a los organismos especializados en la investigación de irregularidades administrativas” (Conf. Dictamen 300:077). Dicho de otro modo, los regímenes disciplinarios están obligados a avanzar progresivamente en materia de garantías procesales, según los estándares derivados de la doctrina de los derechos humanos, establecida en nuestro país desde el retorno a la democracia, como política pública de Estado irrenunciable.

Rápidamente, podemos razonar que, en el marco de un expediente disciplinario, bajo el amparo de la ley N° 26.394, no existe motivo alguno que viabilice la suspensión de ningún tipo de garantía procesal. Ni el régimen de sujeción especial, ni la interpretación literal e irreflexiva de la norma específica, habilitan a dejar de lado normas operativas como las garantías procesales, las cuales deben ser aplicadas al Sistema Disciplinario Militar en su completa interpretación en función al principio *Pro Homine*, no sólo como protección a los derechos humanos más esenciales del personal militar, sino a fin de garantizar el bien jurídico resguardado en el Código de Disciplina.

En resumen, el Principio *Pro Homine*, se define como aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir aquella norma que brinde una protección más favorable para la persona humana, en sentido de darle la mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones (Manili, 2003, pp. 220-221). En esta línea, la CorteIDH, ha señalado: “si en una misma situación son aplicables la

Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.²⁰ A su vez, es prudente recordar los argumentos del célebre jurista Bidart Campos, al referirse al origen de la norma más favorable: “... toda vez que el principio pro homine es de rango constitucional (porque el art- 75, inciso 22 incorporó tratados internacionales que lo contienen) es la propia fuente constitucional la que desde su vértice nos remitirá a cualquier otra fuente y su norma derivada, que sean capaces de suministrar la mejor solución (...). Así como el derecho internacional penetra en el derecho interno que le brinda recepción a su vez asume al derecho interno cuando éste es más generoso y holgado en su sistema de derechos y puede rendir resultado más benéfico que el internacional”.²¹ De este modo, el principio *Pro Homine* se relaciona indisolublemente con el carácter mínimo que debe reconocerse a las normas internacionales de derechos humanos, en el sentido que a través de ello se está marcando un piso de protección que el Estado está obligado a garantizar a las personas sometidas a su jurisdicción, motivo por el cual nada impide que los mismos dicten normas internas o tengan prácticas jurídicas que superen dicho colchón mínimo, o sea, que vayan más allá y brinden una protección mejor de las garantías de las personas, por ejemplo, en materia de Derecho Disciplinario Militar. En tal caso, por aplicación del principio *Pro Homine*, el intérprete debe aplicar esa norma interna cuando beneficia más a la persona.²² Por consiguiente, el principio *Pro Homine* también resulta ser una fuente axiomática dentro del Derecho Disciplinario Militar y, por lo tanto, es el criterio de interpretación de las normas jurídicas al cual deberán recurrir los operadores del Sistema Disciplinario Militar, al momento de adoptarse medidas que resuelvan los conflictos jurídicos traídos a discusión, a través del Código de Disciplina, sin perjuicio de la naturaleza de la falta y/o procedimiento específico trate. Es decir, el criterio hermenéutico de interpretación que se encuentra vigente es el instituido por el principio *Pro Homine*, motivo por el cual ninguna práctica y mucho menos resolución en el marco de una actuación disciplinaria puede llevarse adelante desconociéndose el

20 OC-5/85, párrafo 52.

21 Bidart Campos, G. (1997). *La responsabilidad del Estado en tratados con Jerarquía Constitucional*, en Revista Entre Abogados, Año V, N° 1, San Juan, p. 4.

22 Manili, P. L., ob. cit. p. 222.

mismo. Inferir ello, representa un grave menoscabo al bien jurídico resguardado en la norma, toda vez que la limitación de garantías procesales, plenamente ejercitables en función a este principio, producirá injustificablemente afectaciones frente a las obligaciones del artículo 29 CADH, y, por ende, un desconocimiento de lo previsto en el artículo 1° del Código de Disciplina. Ningún formalismo es justificante para limitar el reconocimiento del principio *Pro Homine*, y es deber de quien ejerce la potestad disciplinaria aplicar la norma que consagre el mejor derecho al presunto infractor, es decir, el menor efecto lesivo sobre el mismo.

A efectos de hacer más gráfico lo antedicho, a continuación, planteamos un breve caso testigo que pueda explicar en forma más visible la aplicación práctica del principio *Pro Homine* el ámbito jurídico específico.

El amplio derecho de defensa técnica en el debido proceso disciplinario militar, en el marco de los procedimientos para la aplicación de sanciones leves y graves.

Lo primero que describiremos es el escenario donde se pretende introducir la importancia del reconocimiento del principio *Pro Homine* en el marco del modelo de Sistema Disciplinario Militar propuesto. Así, es habitual encontrarse con prácticas que posteriormente se traducen en la instrumentación de actos jurídicos dispositivos (sanciones, resoluciones, disposiciones legales de orden interno, etc.), donde se ven gravemente afectadas garantías procesales, en particular, el debido proceso disciplinario y el derecho de defensa. Uno de los casos más típicos es la negación deliberada del ejercicio del derecho de defensa técnica en ocasión de procedimientos por faltas disciplinarias de naturaleza grave y leve. Es decir, cuando el presunto infractor por las razones particulares del asunto justiciable, en el contexto de dichas faltas disciplinarias, manifiesta su voluntad de hacer uso de dicha garantía al momento de ser interpelado por la autoridad militar con potestad disciplinaria, se le impide el mismo en razón de no estar previsto taxativamente en el Código de Disciplina. Esta práctica se repite frecuentemente de parte de los operadores del Sistema Disciplinario Militar (autoridad con potestad disciplinaria, oficiales Instructores o, oficiales Auditores Instructor, oficiales instructores, como así también aceptación de defensores).

En tal sentido, lo primero que debemos advertir es que oportunamente la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, acertadamente, mediante la emisión de la Circular N° 54/2012, reconocía el amplio

ejercicio del derecho de defensa, sin discriminar la naturaleza de los procedimientos y/o faltas, en los siguientes términos: “No se obstaculizará al presunto infractor la designación del defensor de su confianza, o en su caso del abogado que desee designar. Ello salvo el caso que exista una imposibilidad material de que estos puedan desempeñar debidamente el cargo de que se trate dentro de los términos de la ley”. Es decir, no sólo permite al presunto infractor valerse de un defensor militar (Oficial Auditor Defensor), sino también de un profesional del derecho, debidamente matriculado, sujetos que asumirán la defensa técnica, según la mejor conveniencia del interesado. Sin embargo, esta doctrina tan atinada y en sintonía con la perspectiva en derechos humanos puesta en valor luego de la reforma integral, se muestra contradictoria producto de la dictada de la Circular N° 68/18, mediante la cual la misma máxima instancia de asesoramiento jurídico militar, prohíbe la intervención de defensores técnicos en los procedimientos por faltas graves, postura que, por correlato, también es trasladable a aquellos por faltas leves. Entre los fundamentos esgrimidos para tal radical cambio de criterio, podemos encontrar el presunto equilibrio que se rompería entre las necesidades de celeridad y eficacia que el tipo de procedimientos necesitan concretar para alcanzar sus objetivos, es decir, la eficiencia del servicio, y las garantías del presunto infractor (dicha autoridad las encuadra como derechos), situación la cual deja inferir estaría relacionada con la presencia material del defensor técnico. Los argumentos legales son la supuesta falta de “previsión legal” en la norma específica -sólo se reconoce la garantía de defensa técnica en las investigaciones por presuntas faltas disciplinarias de naturaleza gravísima-, como así también la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la cual la fuente principal de derecho es la letra de la ley. La conclusión de la Circular en cuestión es la siguiente: “No estando prevista la designación de un defensor en la norma que regula la investigación e imposición de sanciones graves y, habiéndose accedido a tal cometido, no debe el intérprete suplir la voluntad del legislador, asignando un sentido más amplio y transformar este procedimiento en aquel que fuera establecido para la instrucción de faltas disciplinarias, desnaturalizando el fin perseguido por la ley”. Desde ya, adelantamos que no compartimos este último criterio por considerarlo atentatorio a una de las más elementales garantías irrenunciables que tiene el Derecho, como es el derecho de defensa en su más completo entendimiento, interpretación que no desconoce ni

la letra de la ley, y muchos menos, la voluntad del legislador, por el contrario, los siguientes planteos versarán en hacer estricto cumplimiento a dicha letra de ley y voluntad del legislador, sobre todo, con el devenir de la doctrina de los Derechos Humanos.

Dicho ello, debemos afirmar que el derecho de defensa de la persona humana, sea cual sea el procedimiento al cual esté sometido, se asegura mediante el debido proceso, cuestión que no es objeto de discusión. Si bien excede a nuestro objeto esgrimir una definición analítica de *debido proceso legal*, debemos recordar que es una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas, que, al establecer límites y condiciones al ejercicio del poder de los distintos órganos estatales frente a los individuos, representa la protección más fundamental para el respeto de sus derechos. Para poder afirmar que un *proceso*, regulado por la *ley*, satisface plenamente la garantía del debido proceso legal, tiene que cumplir el requisito indispensable de otorgarle al individuo la oportunidad suficiente de participar con utilidad en dicho proceso (Bidart Campos, 1997). Esto significa que el debido proceso legal no queda satisfecho por el cumplimiento de meros formalismos, por ejemplo, la invocación abstracta del derecho de defensa, sino que su utilidad radica en la concreta operatividad del mismo, es decir, la satisfacción de la finalidad para la cual ha sido contemplada cada una de las garantías puestas en juego.

Obviamente, esta utilidad requerida al proceso no implica que las pretensiones de las personas, cuyos derechos u obligaciones están sujetos a la determinación de una autoridad pública, deban conducir necesariamente a una decisión favorable. Se exige, básicamente, que dichas decisiones estén debidamente fundadas²³, y ajustadas a ciertos parámetros mínimos de razonabilidad.²⁴ Así, podría delimitarse

23 Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23-6-05, párr. 149; Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, del 22-11-05, párr. 216; Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, del 19-9-06, párrs. 120 y 122.

24 Como enseña Gordillo, el debido proceso *sustantivo*, como garantía de razonabilidad, se aplica de igual forma a las decisiones —tanto generales como particulares— provenientes de cualquier órgano del Estado. Para que una decisión esté ajustada a un criterio básico de razonabilidad, debe tener como mínimo: a) sustento fáctico suficiente; b) proporcionalidad del fin perseguido a los hechos que lo sustentan; y, c) congruencia y proporcionalidad de los medios empleados tanto con el fin razonablemente perseguido como con el sustento fáctico suficiente que los fundamentan. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho*

tarse el concepto de debido proceso legal a partir de sus dos aspectos esenciales, definiéndolo como aquella garantía que asegura el ejercicio del derecho de defensa en un proceso que debe culminar en una decisión fundada, justa y razonable (Alonso Regeira, 2013, p. 131).

Una lectura desprevenida del artículo 8° de la CADH podría conducir a dos conclusiones respecto de su ámbito material y personal de aplicación que, bueno es aclararlo desde el principio, son incorrectas. El primer error consistiría en hacer una distinción rígida entre los procedimientos penales y el resto.²⁵ El segundo, en considerar que la garantía del debido proceso legal sólo debe ser respetada por un *juez o tribunal*, con exclusión de los otros órganos del Estado. Respecto del primer asunto mencionado —el ámbito material—, es cierto que de una lectura literal del artículo 8° podemos distinguir que, mientras en una primera parte *medular*, encontramos ciertas garantías procesales establecidas de modo general, destinadas a un ámbito de aplicación amplio (inciso 1), en el resto encontramos garantías consagradas de forma más específica que las anteriores, y dirigidas expresa y principalmente a los procesos penales (incisos 2 a 5). Esta interpretación es incorrecta ya que, como lo ha confirmado en forma constante y reiterada la jurisprudencia de la Corte IDH, aspectos detallados en la primer entrega de nuestro trabajo, todo el elenco de garantías procesales establecido en el artículo 8° de la Convención es aplicable, en cuanto sea compatible, a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.²⁶ Del derecho de defensa en el marco del debido proceso

administrativo, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. VI, § 11, págs. 34-35. Para un examen de las pautas de razonabilidad elaboradas por la CS, cabe remitirse a Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed., págs. 328-336.

25 Esta interpretación es la que parece proponer Medina Quiroga, al opinar que obligar a los Estados a establecer todas las garantías mínimas para todo tipo de procedimiento, en ocasiones aparecerá como excesivo. La autora agrega que a su juicio “*la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha sido clara en hacer esta distinción...y ha ampliado innecesariamente el ámbito de aplicación del artículo 8.2.*” (Medina Quiroga, 2005, p. 285).

26 Corte IDH, *OC-11/90, ya cit.*, párr. 28; Corte IDH, Caso de la “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales y otros*) vs. Guatemala, del 8-3-98, párr. 149; Corte IDH, Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, del 31-1-01, párr. 70; Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, del 2-2-01, párr. 125;

disciplinario, no hay duda de su compatibilidad, cuestión que incluye la defensa técnica. El fundamento quedó clarificado al momento de describir la naturaleza del *ius puniendi* que caracteriza a los procedimientos disciplinarios, bajo el amparo del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

En relación con la segunda cuestión, la Corte IDH ha establecido con claridad, en el *Caso del Tribunal Constitucional*, que “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.”²⁷ Sin embargo, tanto en éste, como en otros casos en que la Corte IDH tuvo que referirse al deber de los distintos órganos del Estado de respetar la garantía del debido proceso, se hallaba frente a supuestos de ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales -o asimiladas como tales-.²⁸ Cabe entonces preguntarse si los tres órganos del Estado tienen que respetar esta garantía en el ejercicio de funciones materialmente no jurisdiccionales, o sea, en el ejercicio de la función administrativa (no sancionatoria),²⁹ y de la función legislativa,³⁰ y, en

Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-01, párr. 103; Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua, ya cit.*, párr. 149.

27 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, ya cit.*, párr. 71.

28 Así, en el *Caso del Tribunal Constitucional, ya cit.*, se examinaba la aplicación de una sanción de destitución de las tres víctimas por parte del Poder Legislativo a través del procedimiento de juicio político (ver párr. 71); en el *Caso Baena, ya cit.*, se analizó la sanción administrativa del despido de 270 trabajadores estatales a través de un proceso no debido (ver párr. 124); en el *Caso Ivcher Bronstein, ya cit.*, se planteó el problema del procedimiento seguido por la dirección general de migraciones y naturalizaciones para dejar sin efecto el título de nacionalidad peruana adquirido por la víctima (ver párr. 104); en el *Caso Yatama, ya cit.*, la Corte IDH concluyó que las decisiones adoptadas por el Consejo Supremo Electoral que afectaron la participación política de ciertos candidatos no se encontraban debidamente fundamentadas ni se ajustaron a los parámetros consagrados en el artículo 8.1 de la CADH (ver párrs. 149 y 164).

29 En el *Caso Baena, ya cit.*, la Corte IDH hizo expresa extensión del debido proceso legal al proceso administrativo sancionatorio (ver párr. 124).

30 Como enseña Linares (1986) “cada uno de los órganos entre los que se distribuye el poder estatal tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas sin que ello obste a la acumulación (en forma

caso afirmativo, con qué alcance rige el debido proceso legal para el ejercicio de tales funciones. Como lo ha señalado recientemente la Corte IDH en el *Caso Claude Reyes*, la respuesta es afirmativa, es decir, todos los órganos del Estado, tanto en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, administrativas o legislativas, deben cumplir con el debido proceso legal.³¹

En tal sentido, y especialmente en la observancia del derecho de defensa, la Corte IDH se ha expresado en los siguientes términos: “El Tribunal ha establecido anteriormente que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada”.³²

Establecido que el debido proceso legal debe ser respetado por todos los órganos del Estado en el ejercicio de las diversas funciones estatales, cabe interrogar si existe alguna diferencia en su aplicación a los distintos procesos y, en caso afirmativo, cuáles. Ya se ha señalado que, mientras el *debido proceso sustantivo* como garantía de razonabilidad, se aplica de igual forma a las decisiones provenientes de cualquier órgano del Estado, por el contrario, la determinación de qué garantías procesales del *debido proceso adjetivo* —y con qué

entremezclada) de funciones materialmente distintas” (p. 84).

31 Si bien este caso versaba específicamente sobre un procedimiento administrativo, la Corte IDH dejó claramente sentada su postura a favor de una interpretación amplia del ámbito de aplicación de esta garantía. En dicho precedente, la Corte IDH decidió que la autoridad estatal administrativa encargada de resolver una solicitud de información, al no adoptar una decisión escrita debidamente fundamentada, no cumplió con la garantía protegida en el artículo 8.1 de la CADH, expresando que: “El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas [...]”. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros, ya cit.*, párrs. 118-119. El voto en disidencia firmado por los jueces Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga, deja expuesta la posición contraria, al expresar que “el artículo 8 se aplica cuando un órgano del Estado está ejerciendo facultades jurisdiccionales, lo que no parece posible argüir respecto de la negativa de un funcionario de proveer información a un particular”.

32 Fallo CorteIDH “López Vs Venezuela”, Sentencia 1/09/11; (Fondo, Reparaciones y Costa), Ap.1.2.a; párrafo 117.

alcance— son aplicables en el ejercicio de las distintas funciones estatales, dependerá de las particularidades que se presenten en cada caso y proceso concreto. En consecuencia, debido a que las garantías procesales contempladas en el artículo 8° CADH, se aplican directamente y sin necesidad de mayores adaptaciones a los procesos judiciales, resulta necesario, en forma previa, hacer algunas referencias generales sobre las características más salientes de la garantía del *debido proceso adjetivo* en el procedimiento administrativo (disciplinarios), ya que serán de utilidad para la aplicación y adaptación de cada garantía procesal en dichos ámbitos.

Respecto del procedimiento administrativo,³³ cabe señalar, en primer lugar, que aun cuando siempre debe exigirse un control judicial sustantivo posterior de las decisiones administrativas,³⁴ esta circunstancia no releva a los órganos de la administración del cumplimiento de las reglas adjetivas del debido proceso, cuya violación no es susceptible de saneamiento posterior.³⁵ Asimismo, es necesario aclarar que aun cuando el decreto-ley N° 19.549/72, reconoce expresamente el debido proceso adjetivo como comprensivo de la posibilidad de ser oído, ofrecer y producir pruebas, y obtener una decisión fundada,³⁶ sus particularidades requieren adicionalmente que, por un lado, se dé

33 No está de más aclarar que cuando se habla de *procedimiento administrativo* se hace referencia a aquél radicado en sede administrativa, distinto del *proceso administrativo*, que es un verdadero proceso judicial en el que se juzga o controla la actividad administrativa. También parece conveniente distinguirlo de los procedimientos seguidos por los tribunales administrativos, ya que aun cuando dichos *procedimientos* siguen siendo *administrativos*, en ellos se aplicarán, incluso con mayor rigor, todas y cada una de las exigencias del debido proceso legal (Gordillo, 2006, p. 3).

34 Aun de las dictadas por tribunales administrativos y/o entes reguladores. CSJN, *Fernández Arias*, 1960, Fallos, 247: 646; CSJN, *Angel Estrada*, 2005, Fallos, 328: 651.

35 Es preciso aclarar sobre este punto que la CS, verificado el cumplimiento de la revisión judicial posterior, no ha prestado demasiada atención al debido proceso administrativo (Miller, 1991, p. 505). La Cámara Federal, por su parte, tiene criterios dispares. En sentido concordante a la interpretación aquí expuesta, se ha pronunciado la Sala I de la CN CAF, en *Nazzeta, Diego Andrés c/ CNRT - Resol. 2233/04 s/ medida cautelar autónoma* (18/11/05). El criterio opuesto ha sido sostenido por la Sala III de la CN CAF, en *La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A.C.C.F. c/ Comisión Nacional de Regulación del Transporte* (28/02/06).

36 Decreto Ley 19.549/72, artículo 1° inc. f).

estricto y riguroso cumplimiento a los requisitos esenciales del acto administrativo —previstos en los artículos 7° y 8° de la norma citada—, en tanto constituyen verdaderas garantías del debido proceso adjetivo; y, además, que esta garantía sea complementada por otros grandes principios formadores, como lo son el principio de oficialidad, verdad material, informalismo en favor del administrado, y el principio de contradicción.³⁷

Debemos recordar que a través de diversos pronunciamientos la CSJN ha ido perfilando el contenido de la garantía de la defensa en juicio en sentido genérico. Así, se ha entendido que a toda persona sometida a proceso debe acorársele la oportunidad de ser oída, de conocer los cargos en su contra y de presentar y producir prueba a su favor, características de obligatoria recepción en el marco de los procedimientos disciplinarios.³⁸

Por supuesto que no podemos dejar de lado nuevamente la doctrina surgida del pronunciamiento de la Corte IDH en el caso *Baena*, cuya recepción a nivel local fue acogida por la CSJN en el fallo *Losicer*, instancias en las cuales se reconoce que las garantías procesales previstas en el artículo 8° de la CADH deben aplicarse en los procedimientos administrativos/disciplinarios. En tal sentido, esta cuestión se complementa con la previsto en el inciso e) de dicha norma, el cual prevé, más allá de las particularidades de los casos en concreto, que el derecho a ser asistido por un defensor es una garantía irrenunciable.

En la Opinión Consultiva OC 11/90 la Corte determino que “los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculcado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. En estos términos, un inculcado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho

37 Si bien el administrado no es una *contraparte*, sino más bien un *colaborador* de la administración en el procedimiento administrativo, a veces hay intereses contrapuestos entre distintos administrados en un mismo procedimiento. En esos casos, la administración debe asegurar la participación igualitaria de los interesados, ajustando el procedimiento para asegurar el principio de contradicción (Gordillo, 2006).

38 Fallos-CSJN, 121:285; 128:417; 183:296; 193:408; 198:467.

de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales.³⁹

Es decir, lo que debemos rescatar de la doctrina emanada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la categoría de irrenunciable del derecho de defensa técnica, más allá del procedimiento específico y los alcances del mismo, conforme la naturaleza del ámbito del derecho que se trate, como bien lo señala la Opinión Consultiva antes referida, la cual deja en claro aspectos de mínima y de máxima en su ejercicio para el caso específico. O sea, el adjetivo irrenunciable es el de mínima, mientras los aspectos de máxima dependerán del ámbito específico donde pueda ser aplicado, por supuesto, el derecho disciplinario militar es uno de ellos.

Entonces, queda sentado que el ejercicio del derecho de defensa en los procedimientos de aplicación de sanciones leves y graves es amplio e irrestricto, lo que implica que la defensa puede suscitarse en la defensa material, como así también técnica. Esto quiere decir que los operadores del Sistema Disciplinario Militar, que intervengan en sus competencias en los procedimientos previstos en los artículos 29 y 30 del Código de Disciplina, están obligados al reconocimiento efectivo y concreto de dicha garantía irrenunciable. Ahora bien, de ello surge el interrogante de cuáles son los alcances del ejercicio de la garantía de defensa técnica, conforme la naturaleza de los procedimientos puestos a consideración, toda vez que no se desconoce el acotado tiempo y oportunidad, mediante los cuales transitan los mismos, conforme las pautas procedimentales establecidas en la norma concreta. Dicho de otro modo, las necesidades de celeridad y eficiencia a la cual hace mención la Circular AGFFAA N° 68/18.

En esta idea, dijimos que no podemos hablar de límites al ejercicio del derecho de defensa, pero sí de adecuación al procedimiento específico. Con ello queremos despejar las dudas que puedan surgir en la praxis diaria de cualquier Unidad Militar. En suma, dicho ejercicio

39 Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11. párr. 25.

es irrestricto, como se ha señalado, es decir, si el presunto infractor desea contar con una asistencia técnica, sea cual sea el procedimiento de aplicación y/o naturaleza del defensor técnico, la autoridad militar debe garantizarlo. La falta de previsión normativa que suele esgrimirse para justificar la negativa a su reconocimiento representa un desatino frente a una garantía de orden público, cuya consagración surge de las máximas normas jurídicas que conforman el Bloque de Constitucionalidad.

Ahora bien, su adecuado ejercicio siempre debe ser desarrollado en las previsiones legales que la norma establece, es decir, en el marco procedimental por el cual se lo está interpelado al presunto infractor. Con ello queremos afirmar que un correcto ejercicio del derecho de defensa no implica excederse en aquellos actos procesales mediante los cuales se estructuró el debido proceso disciplinario que se trate (artículos 29 y 30, incluso el 31 del Código de Disciplina). Entenderlo de otra manera, implicaría desvirtuar las prescripciones normativas que el legislador ha querido para estos tipos de procedimientos de aplicación de sanciones disciplinarias en el ámbito militar. Es decir, no existe colisión de normas u principios jurídicos, en cuanto al reconocimiento de la garantía de defensa técnica, vale aclarar, parte integrante también del debido proceso disciplinario, sino más bien, una armoniosa articulación de los instrumentos jurídicos.

No está de más mencionar que la equiparación de posiciones entre el acusador (autoridad con potestad disciplinaria/Oficial Auditor Instructor, según el caso como se verá más adelante) y el acusado (presunto infractor) es, sin dudas, uno de los objetivos principales de la Reforma Integral al Sistema Disciplinario Militar, bajo el amparo de la Ley N° 26.394. Es importante destacar que, quien ejerce la potestad disciplinaria, cuenta con herramientas abundantes para limitar en forma legal los derechos fundamentales del presunto infractor lo que genera una marcada relación asimétrica entre ambos. Por tal motivo, la defensa técnica representa un instrumento idóneo para la equiparación buscada y, de esta manera, arribar a una decisión ajustada a derecho que represente la preservación del bien jurídico tutelado por la ley N° 26.394.

Párrafo aparte merece el análisis del artículo 38 del Anexo II al Decreto N° 2666/12, reglamentario al Código de Disciplina. Esta norma, si bien prevé el derecho de defensa técnica exclusivamente para casos de comisión de una falta gravísima, es decir, en el marco de una Instrucción Disciplinaria, no impide su reconocimiento en los procedimientos por faltas graves o leves. Es decir, el artículo 38 de mención lo que

deja en claro es la obligación que tiene la autoridad militar competente, según el caso, de garantizar que el presunto infractor cuente con defensa técnica, cuestión que no representa un límite para el resto de procedimientos por faltas de otra naturaleza. En todo caso, lo mismo podríamos señalar con respecto a la actividad probatoria, ya que sólo se especifica en el procedimiento por faltas gravísimas, interpretación que resulta evidentemente atentatoria de los más elementales principios del debido proceso disciplinario.

En efecto, el adecuado ejercicio del derecho de defensa, en el marco de los procedimientos previstos en los artículos 29 y 30 del Código de Disciplina, también implica el acceso, si así es el deseo del presunto infractor, a contar con defensa técnica pertinente que lo asista. Ello no implica que dicha asistencia sea obligatoria en su asignación por parte de la autoridad militar, justamente porque las normas afines no lo han previsto, pero ello tampoco es condición *sine qua non* para su negación. Entonces, la garantía queda satisfecha con reconocer la misma, si se diera el caso, en la mera voluntad del presunto infractor y siempre en los márgenes de las previsiones legales establecidas para cada procedimiento en concreto. Lo que se quiere decir es que la garantía del derecho de defensa técnica no puede verse coaccionada por prácticas o temperamentos negativos a su acceso, pero no por ello, un ejercicio abusivo que transgreda las previsiones legales para cada uno de los procedimientos. Vale aclarar que cuando hablamos de eficaz ejercicio nos referimos a que las particularidades del caso ameritan razonablemente que el presunto infractor desee apoyarse en una defensa técnica que lo acompañe, sobre todo en los procedimientos por faltas graves que se instrumentan a través de una Información Disciplinaria que, por su intensidad, suelen constituir cierta complejidad que excede a la defensa material aislada del presunto infractor, situación que exige la introducción de la defensa técnica, cuyo único límite son los extremos de las pautas procedimentales, por ejemplo, momento en la cual se debe ofrecer prueba u oportunidad de ser oído por la autoridad militar, cuestión que incluye los tiempos procesales debidamente establecidos en el Código de Disciplina.

Nuestras recomendaciones son: en primera instancia, se tenga reconocido el derecho de defensa técnica en cualquier procedimiento disciplinario, sin importar la naturaleza la falta disciplinaria imputada, siempre ajustándose a las pautas procedimentales previstas para cada uno de los casos en el Código de Disciplina, ello en función a la vigencia del principio *Pro Homine*, toda vez que traería el mejor derecho posible

para el presunto infractor y, en consecuencia, un reaseguro frente al bien jurídico tutelado por el Código de Disciplina. Si bien en los procedimientos por faltas leves o graves, la autoridad militar con potestad disciplinaria no está obligada en forma oficiosa a introducir la defensa técnica, nada impide que el presunto infractor haciendo uso de dicha garantía irrenunciable, se valga de la debida asistencia técnica que considere más pertinente para su mejor defensa. Asimismo, también en favor del principio *Pro Homine*, la segunda recomendación tiene que ver con la necesidad de restablecer la doctrina de la Circular N° 54/2012 de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, por ser aquella una fuente de derecho obligatoria para los operadores del Sistema Disciplinario Militar, ya que la misma que se encuentra acorde a los estándares en materia de garantías procesales, surgidos del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

Algunas reflexiones finales

De manera muy resumida, en las dos entregas ofrecidas, se han expuesto una serie de elementos técnicos para pensar un Modelo de Derecho Disciplinario Militar que se encuentre en armonía con los lineamientos en la materia, surgidos de la doctrina que impulsa el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El catalizador que hemos utilizado para edificar nuestro modelo son las garantías procesales por el lugar central que ocupan en cualquier sistema jurídico donde se ejerce el poder punitivo del Estado. En ese sentido, haber descifrado la naturaleza del Sistema Disciplinario Militar, posibilitó abrir el camino para comprender la disciplina jurídica específica, es decir, el Derecho Disciplinario Militar, por fuera de la ortodoxia del Derecho Administrativo actual, que, además de impedir comprender en forma acabada el régimen jurídico que nos ocupó, siguen permitiendo a los operadores del mismo filtrar viejas prácticas que sólo se conciben como parte de los resabios heredados de la lógica del derogado Código de Justicia Militar.

El modelo propuesto no sólo tiene el objetivo de comenzar a construir una dogmática jurídica en perspectiva en los Derechos Humanos aplicable al Derecho Disciplinario Militar, sino, sobre todo, contribuir al proceso de democratización de las Fuerzas Armadas que, si bien avanzó considerablemente en cuanto a actualización normativa, todavía está en deuda en la producción teórica y práctica que trabaje sobre el discurso jurídico surgido del cuerpo normativo, es decir, la formación de una doctrina jurídica militar que garantice aquellas conquistas formales.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- Barraza, Javier I, “Las funciones jurisdiccionales de la Administración. Estudio cualicuantitativo”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia “El Derecho”*, UCA, fecha 6 de julio de 2007
- Bidart Campos, Germán (1997) “La responsabilidad del Estado en tratados con Jerarquía Constitucional”, en *Revista Entre Abogados*, Año V, Nº 1, San Juan.
- Bielsa, Rafael (1957) *Derecho Constitucional*, 1º ed, Depalma, Buenos Aires.
- Consulta en página web de la CSJN: <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-Resoluciones/sentencias-de-la-corte-suprema>.
- Consulta en página web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.oas.org/es/cidh/>
- Consulta página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/>
- Gordillo, A. (2006). *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA.
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Ed. Civitas S.A.
- Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea.
- Manili, Pablo Luís (1999) “La difícil tarea de elaborar un concepto de derechos humanos”, en *Revista jurídica de la UCES*, Año I, Nº 1, Buenos Aires.
- Manili, P. L. (2003). *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ed. La Ley, pp. 220-221.
- Medina Quiroga, C. (2005). *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Costa Rica, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Miller, J. M, Gelli, M. A, y Cayuso, S. (1991). *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea.
- Pinto, Mónica (1997) *Temas de Derechos Humanos*, Bs As, Ed. Del Puerto.
- Pinto, Mónica (1997) *El Principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.
- Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, nº 19, pág. 297: el fundamento de la sanción disciplinaria reside en lo expuesto, conf. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, nº 356 y 359, Tea, Buenos Aires, 1951, nº 18 (1995)
- Riera, R. (2014). “El sistema de administración de justicia militar de la Ley Nº

26.394 y su reglamentación por Decreto Nº 2666/12”, en *Derecho Militar Contemporáneo: El sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional Nº 26.394*, publicaciones del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina, pp. 36-37.

Salomoni, Jorge Luís (1997) “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino”, en *Problemática de la administración contemporánea*, Muños, Guillermo A. y salomoni, Jorge L, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina.