
EL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR Y LAS GARANTÍAS PROCESALES, SEGÚN LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO TEÓRICO ACORDE A LOS DERECHOS HUMANOS

(Primera Parte: dinámica del Sistema Disciplinario
Militar)

Caso Testigo. La garantía de Acceso a la Justicia
(Tutela Administrativa Efectiva), en casos de
violencia de género

ARIEL PANZINI¹

Ministerio de Defensa; Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 281-321

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

¹ 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).



(Ley N° 14.029). Así, adecuar la administración de justicia militar, según los lineamientos y estándares de los derechos humanos, en particular en materia de garantías procesales, no sólo es una realidad incontrovertible, sino una obligación de las agencias especializadas dependientes de la jurisdicción Defensa. El presente artículo que pretende ser el primero de dos entregas, se propone la construcción de un modelo teórico de Sistema Disciplinario Militar, acorde a los Derechos Humanos, que reconozca en forma plena y sin ningún tipo de limitantes la vigencia de las garantías procesales, en el sentido amplio de su apreciación.

Palabras clave: Derecho Disciplinario Militar; Garantías Procesales; Ley N° 26.394; Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas

Abstract: The Military Disciplinary Law, which emerged from the entry into force of Law No. 26.394, constituted a complete paradigm shift with respect to the service of administration of military justice, which prevailed for more than fifty years under the Code of Military Justice (Law No. 14.029). Thus, adapting the administration of military justice, according to the guidelines and standards of human rights, in particular in terms of procedural guarantees, is not only an incontestable reality, but an obligation of the specialized agencies dependent on the Defense jurisdiction. This article, which is intended to be the first of two deliveries, proposes the construction of a theoretical model of the Military Disciplinary System, in accordance with Human Rights, that fully recognizes and without any type of limitations the validity of procedural guarantees, in the broad sense of your appreciation.

Keywords: Military Disciplinary Law; Procedural Guarantees; Law No. 26.394; Code of Discipline of the Armed Forces

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende ser el primero de dos entregas que resuman mi proyecto de investigación que 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. Tal como se advierte en el título, el objetivo central de la investigación estuvo en analizar en forma integral el Régimen Disciplinario Militar, surgido a partir de la Ley N° 26.394 (Reforma Integral al Sistema de

Justicia Militar), a diez años de su entrada en vigencia y en el marco del proceso de modernización de las normas jurídicas que regulan el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, encarado desde el regreso a la democracia. La observación estará puesta en verificar la amplia aplicación de las garantías procesales en el ámbito del Código de Disciplina, según los estándares del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. La derogación del entonces Código de Justicia Militar (Ley N° 14.029) y, consecuentemente, la eliminación de la llamada jurisdicción penal militar, hasta ese momento bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, confluyó en la construcción de un modelo de corte disciplinario-administrativo, en materia de justicia militar, que merece revisar sus preceptos jurídicos, de acuerdo a una lógica ajena a la norma jurídica predecesora.

Ahora bien, dicha modernización del sector militar de la Defensa Nacional, además, tiene entre sus premisas centrales la democratización de las Fuerzas Armadas. El concepto democratización del sector castrense y, en particular, de su instrumento militar, implica, fundamentalmente, el fortalecimiento institucional del Estado de Derecho y la Constitución Nacional, a través de la definición de unas Fuerzas Armadas al servicio de la democracia y la protección de los derechos humanos. Las Fuerzas Armadas devienen, entonces, en una agencia más de todas con las que cuenta el Estado Nacional para llevar adelante sus políticas públicas y dar respuestas a necesidades particulares. Una de ellas está dada por su misión principal, que recae en la defensa exterior del país y en la protección de la soberanía territorial, al límite extremo de la intervención armada.²

En ese sentido, adecuar la administración de justicia militar, según los lineamientos y estándares de los derechos humanos, en particular en materia de garantías procesales, no sólo es una realidad incontrastable, sino una obligación de las agencias especializadas dependientes de la jurisdicción Defensa. La reforma consagró una estructura jurídica de

² Riera Ramiro (2014) "El sistema de administración de justicia militar de la Ley N° 26.394 y su reglamentación por Decreto N° 2666/12", en *Derecho Militar Contemporáneo: El sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional N° 26.394*, publicaciones del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina, pp. 35-36.

corte disciplinario compatible con los principios constitucionales esenciales; con la evolución de la vida democrática que, a su vez, dio lugar al reconocimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, jerarquizados en el marco de la reforma constitucional de 1994. Ahora, somos los especialistas los encargados de construir desde la dogmática el marco teórico adecuado para que los operadores, entre ellos, quienes no provienen del mundo del Derecho y detentan la potestad disciplinaria, cuenten con herramientas idóneas suficientes para aplicar el Código de Disciplina en forma correcta a los lineamientos señalados.

En esta idea, la entonces Ministra de Defensa, Dra. Nilda Garré, al presentar los objetivos de la reforma manifestó: “En materia disciplinaria, el nuevo Código de Disciplina se propuso abandonar un sistema antiguo y desfasado en el tiempo no sólo por su incompatibilidad con los principios constitucionales más básicos sino también por razones de eficiencia y modernización institucional (...) El esquema se completa con el reconocimiento de garantías tales como el control judicial suficiente y una más óptima regulación del derecho de defensa. En ambos casos, estamos ante requisitos indispensables para acortar la tensión que siempre plantea el mantenimiento del orden y la disciplina en las estructuras altamente jerarquizadas y los derechos y libertades de quienes las integran.”³

Esta expresión de deseos se materializó efectivamente en el artículo 1° del Código de Disciplina (Deber): “La disciplina militar es un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su Comandante en Jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las Fuerzas Armadas”. El paso siguiente que tenemos que dar es brindar operatividad real a esa norma jurídica, o dicho de otro modo, siguiendo a Ricardo Entelman, intervenir en el segundo nivel de abstracción sobre el discurso jurídico, es decir, trabajar en producciones teóricas y prácticas en relación a las manifestaciones del derecho creadas por parte de quienes poseen el poder para ello, en nuestro caso, la sanción de la Ley N° 26.394.⁴

³ Garré, N. (2008), *El nuevo sistema de justicia militar, ley 26.394. Aporte al proceso de modernización institucional de las Fuerzas Armadas*. Introducción de la Señora Ministra de Defensa de la Nación, p. 9.

⁴ Entelman, Ricardo (1991) “Discurso normativo y organización del poder”. en E. Marí, A. Ruiz., y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, p. 300.

Dicho ello, podemos decir que el cuerpo normativo vigente a partir del Anexo IV – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas”, de la ley N° 26.394, y su reglamentación, Anexo II del Decreto N° 2666/12, en líneas generales, se encuentra en armonía con los principios y garantías constitucionales, en materia de garantías procesales, según los estándares de derechos humanos, sin perjuicio que la particularidad de algún asunto podría traer ponderaciones puntuales que por ahora no resultan irresolubles. La discusión desde el plano normativo parece satisfactoriamente superada.⁵

Sin embargo, el devenir de la puesta en ejecución de las normas jurídicas destinadas a regular el Sistema de Disciplina Militar trajo un variado cúmulo de situaciones conflictivas que hoy necesitan ser clarificadas o por lo menos abordadas para un mejor funcionamiento de la administración del mismo. En este punto hay que tener en cuenta que el valor disciplina en las Fuerzas Armadas revista gravitante importancia, toda vez que su preservación resulta central al momento de evaluar la eficaz tarea del componente militar. Dicho de otro modo, la disciplina en este tipo de estructuras altamente jerarquizadas, no sólo refleja la relación del buen desempeño del funcionario militar, sino que también son el ordenador al interior de la Unidad Militar. Por lo tanto, como se verá oportunamente, se cuestionará la aplicación de ponderaciones exorbitantes, muchas de ellas como resultado de viejos resabios del código derogado, que atentan contra principios generales de derecho de corte constitucional aplicables a la norma específica que nos ocupa, y se exhiben solo a los efectos de garantizar en forma arbitraria el ejercicio del poder, en el caso puntual, a través de la acción disciplinaria.

Por último, resulta oportuno indicar que también se presentará un Caso Testigo que demuestre la aplicación efectiva del modelo propuesto. Es verdad que sería prudente remitirnos a ello una vez que

⁵ Para una buena descripción del camino transitado por la legislación argentina hasta llegar al nuevo sistema de administración de justicia militar ver Riera Ramiro; El sistema de administración de justicia militar de la Ley N° 26.394 y su reglamentación por Decreto N° 2666/12, en Derecho Militar Contemporáneo: El sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional N° 26.394, publicaciones del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina (2014).

se complemente la segunda entrega destinadas a la construcción del citado modelo teórico. El resto de elementos que se presentarán son esenciales para la acabada comprensión de la estructura del mismo. Sin embargo, considero que la temática abordada es de relevante importancia para condenarla a su postergación, por lo cual se pone a consideración del lector interesado, en este caso, el aporte desde las ciencias jurídicas a la problemática de la violencia de género en el seno de las Fuerzas Armadas, no ajena al debate actual desarrollado en la sociedad en general.

II. GARANTIAS PROCESALES, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA MILITAR. LA DINÁMICA DEL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR, BAJO EL AMPARO DE LA LEY 26.394

Hace algunos años, los miembros del Servicio Jurídico Conjunto de las Fuerzas Armadas, participamos de un programa -on line- impulsado por el Ministerio de Defensa y la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, destinado a la capacitación en materia de derecho disciplinario militar. Esta propuesta tuvo como objetivo principal reflexionar respecto a las experiencias obtenidas en la práctica concreta del nuevo sistema disciplinario luego de algunos años de su ejercicio. En dicha oportunidad, los organizadores del evento manifestaron un diagnóstico inquietante para presentar el debate al decir que la relación entre las Fuerzas Armadas y los Derechos Humanos, en el contexto de América Latina y producto de la historia social y política de nuestro país específicamente, se coloca en un espacio de referencia casi antagónico. Sin embargo, con el devenir de esta nueva normativa, dicha relación comenzó a tomar una renovada forma al proliferarse paralelamente iniciativas orientadas a regular el funcionamiento interno de las instituciones militares, adecuando su estructura orgánica a los valores del orden constitucional, y a la difusión al interior de las mismas del respecto a los Derechos Humanos. Es decir, se incorporó la perspectiva de los Derechos Humanos en el área de Defensa, circunstancia que tomará relevante gravitación frente al por entonces noble Anexo IV – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la Ley N° 26.394.

Sin embargo, la adecuación normativa efectuada con la reforma integral no es autosuficiente. La observancia de su implementación habiendo transcurrido un tiempo considerable de vigencia nos permite reflexionar para saber si genuinamente el componente militar se encuentra comprometido con el orden democrático y el respeto a los derechos humanos. Así, uno de los cambios implementados implicó entender a las Fuerzas Armadas, como una agencia especializada del Estado Nacional al servicio de la democracia y, por consiguiente, concebir a sus integrantes los mismos derechos que cualquier otro ciudadano civil, porque para ser Soldado se debe ser primero ciudadano, y no viceversa. En estos términos, en su momento, Raúl Zaffaroni se refería sobre el asunto: “El derecho militar en todos sus aspectos padecía en nuestro país de un notorio descuido doctrinario, en parte porque la legislación hoy derogada representaba una suerte de cuadratura del círculo para los juristas, dado que era incompatible con los más elementales principios constitucionales. Las disposiciones de fondo, pese a ser anticuadas y a veces grotescas, podían con considerable esfuerzo compatibilizarse con los principios del derecho penal, pero era imposible encuadrar sus normas procesales en la Constitución Nacional, en particular por la ausencia de jueces independientes y por la lesión enorme al derecho de defensa. Los militares no gozaban de los derechos y garantías de los ciudadanos, jurídicamente estaban excluidos de la ciudadanía, no sólo en cuanto a sus garantías penales sino en su estabilidad y carrera. Para colmo de males se les imputaba un privilegio, cuando en realidad cargaban una cadena”⁶.

De estas palabras advertimos no sólo varios de los ejes de la reforma integral, sino también los asuntos sobre los cuales nos interesa investigar, a fin de construir una nueva teoría jurídica destinada al funcionamiento de la disciplina militar compatibilizada con las normas Constitucionales, ya sea la Convencionalidad de las leyes militares, como la observancia de las garantías procesales del personal militar en el marco de los procesos disciplinarios, o su reconocimiento como sujeto de derecho integro al igual que el resto de ciudadanos.

⁶ Jimenez, E y Tazza, A. (2010) Sistema Jurídico Militar, p. 35.

Dicho de otro modo, el antiguo régimen bajo el fetiche de la “férrea disciplina”, sólo garantizaba la discrecionalidad en el ejercicio del poder disciplinario, dejando huérfana la real administración de justicia militar, debido a la aniquilación de las más elementales garantías procesales del personal sujeto a su órbita de injerencia.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestro interés, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), al igual que un cúmulo amplio de Tratados Internacionales de similar tenor, establecen una importante enunciación de garantías procesales, donde muchas de ellas, inclusive, constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación. Ejemplo de ello es la garantía del plazo razonable, la cual recién se incorporó al régimen jurídico argentino, a partir de la vigencia de dicha Convención Regional (v. art. 7, inc. 5; y 8, inc. 1). Con ello queremos decir que con la reforma Constitucional del año 1994 y la vigencia de los referidos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se incorpora al debate el alcance de estas nuevas herramientas que exigen repensar viejas premisas, que en el caso de las Fuerzas Armadas, si bien la legislación ha sido ampliamente satisfactoria, a partir de la Ley N° 26.394, en verdad, la práctica demuestra severos resabios de la ontología sobre la que se sustentaba el derogado Código de Justicia Militar (Ley N° 14.029).

El análisis del régimen disciplinario militar, dentro del sistema jurídico argentino, exigirá una interpretación formal algo más compleja que la mera concentración en el instrumento interamericano. Dado que la CADH goza actualmente de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), y teniendo en cuenta que el modo de juicio de las normas de tal carácter debe ser armónico y complementario con el “bloque de constitucionalidad”, el reconocimiento de garantías procesales resulta necesario. Como se desarrollará a lo largo de todo este trabajo, este precepto resulta fundamental para cualquier interpretación que pueda efectuarse. Así, la República Argentina incorporó en su Constitución Nacional, una serie de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre ellos, y en lo que nos importa la CADH. De acuerdo a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las normas constitucionales deben ser analizadas como un conjunto, de modo de compatibilizar el contenido de las mismas. Por lo tanto, el artículo 8° de la CADH deberá estar en sintonía no sólo

con el resto de normas constitucionales sino también con los otros tratados de derechos humanos jerarquizados⁷.

En lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), su artículo 64 dice: “los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” y la Corte (...) podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. Por otro lado, en la Opinión Consultiva 1/82, la CorteIDH aclaró el artículo al decir: “la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos., de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea objeto al sistema interamericano”. En definitiva, la CorteIDH no sólo puede cotejar la compatibilidad de las disposiciones del Estado Miembro respecto de otros tratados interamericanos, sino que también puede interpretarlas de acuerdo a tratados del Sistema Universal del que fuere parte ese Estado.

Este es un buen punto de partida para nuestro estudio donde aseveramos que el Régimen Disciplinario Militar, como parte integrante del Sistema Jurídico Argentino, se ve obligado a respetar las garantías procesales surgidas de nuestra Norma Superior, como así también de aquellos Tratados Internacionales de Derechos Humanos con raigambre Constitucional, en forma incuestionable y plenamente operable, evitándose cualquier tipo de obstáculo al pretexto de la teoría del régimen de sujeción especial. La observancia de las garantías procesales no es patrimonio de ninguna rama del derecho en particular, sino que representa a la totalidad de ámbitos con legislación propia que por su naturaleza tengan que responder frente a las mismas. Tampoco alcanza la mera consignación de sus normas si en la práctica procedimental quedan vaciadas de contenido funcional producto de justificaciones

⁷ El instrumento de ratificación de la CADH, firmado el 14 de agosto de 1984, expresó: “El presente Pacto se interpreta en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ellas”.

adversas a la ontología jurídica en perspectiva en los derechos humanos. En esta etapa progresiva de los Derechos Humanos se debe exigir que sus prácticas concretas y reales den cuenta de su reconocimiento. Si no fuera así, estaríamos en un potencial caso de ilícito internacional que amerita la correspondiente denuncia por ante los Organismos Regionales de Derechos Humanos (entiéndase Comisión Interamericana de los Derechos Humanos), con la diferencia que ahora ya no es una cuestión de corte normativo, como bien ocurría con el derogado Código de Justicia Militar, ahora se trasladaría a los funcionarios encargados de la administración de justicia en el ámbito de las Fuerzas Armadas por desconocer con sus prácticas lo debidamente legislado.

A decir de ello, es importante el rol de los Servicios Jurídicos al asesorar a sus respectivos mandos, dado que la responsabilidad primaria recae sobre ellos por ser quienes ejercen la potestad disciplinaria, la cual se encontraría afectada por el desconocimiento del Control de Convencionalidad al momento de aplicar normas en materia de garantías procesales al circuito disciplinario.

Es prudente recordar que nuestra Nación asumió la obligación de adoptar en el derecho interno toda legislación que fuera necesaria para hacer efectivo los derechos reconocidos por la CADH, y demás Tratados Internacionales de DDHH. La fuente directa de esto es el artículo 2 de dicha Convención, pero el mandato jurídico surge del 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si no existe en el Estado una Norma que proteja algunos de los derechos humanos enumerados en la CADH, es deber del Estado (en cualquiera de sus funciones), proveer lo necesario para la efectiva garantía de los derechos.⁸ Es decir, la obligación debe ser cumplida por cualquiera de los órganos (Legislativo, Ejecutivo o Judicial), de manera indistinta o conjuntamente, y puede aún versar en la derogación de disposiciones incompatibles con la Convención e imponer también la obligación de no dictar medidas cuando ello conduzca, directa o indirectamente, a violar los derechos y libertades enumeradas en ella, especialmente cuando sean de aplicación inmediata.⁹

⁸ Mónica Pinto (1997) *Temas de Derechos Humanos*, pp. 49-50.

⁹ Corte IDH, Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana sobre

Esto implica que el Estado Argentino está obligado no solo a revisar las normas que se dictaran y puedan colisionar con la CADH, sino también aquellas vigentes en ese momento para adecuarlas al compromiso internacional asumido. En el caso de nuestra legislación en materia de disciplina militar, a decir verdad, el Código de Disciplina actual se encuentra en perfecta sintonía con los estándares de Derechos Humanos, pero, sin embargo, se suelen advertir prácticas en su ejercicio que los afectan directamente. Entonces, el Ejecutivo, al igual que el Legislativo y Judicial, en su función jurisdiccional, se ve obligado a restablecer el orden jurídico quebrado por proceder, incluso hasta reglamentados en normas inferiores (Resoluciones o Circulares, según el caso), que los afecten y tornen virtualmente inexistentes. No proceder de esta manera, incluso, llegaría a su máxima expresión de ser reprochado ante los Organismos Internacionales con competencia para su observación.

En dicho sentido, la Corte IDH sostuvo: "... el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observación de dichas garantías."¹⁰

Esta postura, que fue materia de análisis por la Corte Suprema de Justicia de La Nación (fallos "Girolidi", "Bramajo", "Acosta" y "Felicetti"), tiene un doble efecto: como norma internacional y como norma de derecho interno de carácter constitucional al integrarla al texto supremo en virtud de la cláusula según la cual los Tratados se han de aplicar "en las condiciones de su vigencia".¹¹

Derechos Humanos), opinión Consultiva OC-14/94, del 9-12-94, párr. 36, 42 y 43; ver además Corte IDH, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC-6/86, del 9-05-86, párr. 37; ver en el mismo sentido Juan Carlos Wlasic. (dir), María Estela Fernández Puentes y Daniel Alejandro Lanza (2000) *Convención Americana sobre Derechos Humanos, anotada y concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario, pp. 23-25.

¹⁰ Corte IDH, OC-18/03 de 18/09/03.

¹¹ Agustín Gordillo, "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales" *Revista de la Administración Pública*, volumen 215, p. 151.

Así, tenemos un variado cúmulo de precedentes a nivel internacional como local que dan cuenta que las normas específicas se deben encontrar en sintonía con la convencionalidad del universo jurídico vigente como fuente de derecho, y como se verá a continuación, los regímenes disciplinarios no escapan a la regla.

A partir de esto, ya orientándonos al régimen específico, la tendencia actual al paradigma propuesto surge a partir del precedente de la CorteIDH en el caso “Baena”, cuyo correlato inmediato ha traído su aplicación a nivel local, especialmente mediante diferentes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y actualmente Tribunales inferiores. Antes de avanzar sobre ello, es bueno recordar que uno de los fundamentos que motivo el caso “Correa Belisle vs Argentina” (Nº 11.758)¹², se encontró en que “los ciudadanos de profesión militar, estaban sometidos al juzgamiento de los delitos que cometiesen por parte de órganos ajenos al Poder Judicial, sin las más elementales condiciones de contrariedad y publicidad, elementos que configuran el debido proceso que la Constitución Nacional -Art. 18-, y los instrumentos internacionales de Protección de los Derechos Humanos se han encargado de precisar –Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8”. Es importante recordarlo, porque en aquella oportunidad se debatía la vulneración al sistema de garantías procesales a partir de la incidencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, donde se daba cuenta de una serie de cuestiones que las afectaban (por ejemplo al principio de jurisdiccionalidad), pero basado en el sustrato normativo (Código de Justicia Militar), situación completamente diferente en la actualidad a raíz justamente de la reforma integral operada bajo la Ley Nº 26.394. Es decir, ahora la afectación es por las prácticas indebidas de los operadores de las cuales se advierten innumerables resabios de aquellas formalidades que colisionan con las garantías procesales de cumplimiento obligatorio. Parecería que nuevamente volvemos a discutir las mismas situaciones, pero ahora con un aire “maquillado” de dogmatismo selectivo fundado en la especificidad de la rama del derecho que se invoca. Nada más

¹² “Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina”, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Nº 2/04 de la CIDH. Informe Nº 15/10 (Solución Amistosa).

alejado de la verdad dogmática positivista del Derecho Argentino Integral, ya que el Control de Convencionalidad de las normas coloca a las garantías procesales por encima de cualquier disciplina en particular, sobre todo, aquellas de corte punitivo como el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (sobre esta cuestión se volverá en una nueva entrega).

Entonces, retomando aquel debate legislativo a la reforma del Sistema Militar de Justicia, incluso con la defensa decisiva del personal militar destacado en esa Comisión, el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, no impide el juzgamiento de militares por tribunales y miembros militares, y por ello, *per se*, no es incompatible con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Lo que se obliga desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es a respetar los estándares en materia de derechos humanos, especialmente las garantías procesales cuando se trate de administración de justicia, no sólo en la adecuación de las normas jurídicas, sino, sobre todo, en el ejercicio real que coloque a aquellas en auténtica operatividad. Este punto, lo consideramos trasladable en cuanto a su concepción ontológica al aspecto disciplinario militar.

En resumen, en materia de derechos y garantías procesales del debido proceso disciplinario y protección judicial, las normas contempladas en el artículo 8 y 25 de la CADH, vinculados a su vez, con las obligaciones generales de respeto y garantías de los Derechos Humanos que surgen para los Estados parte, artículo 1º y 2º del mencionado instrumento internacional, resultan ser fuente de derecho en materia de Justicia militar en el sentido amplio de su concepción e interpretación. Y, así lo ha querido contemplar el Código de Disciplina, cuando en su artículo 1º, define a la disciplina militar como "... un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su Comandante en Jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las Fuerzas Armadas. Todo militar debe ajustar su conducta al cumplimiento estricto de la Constitución Nacional y demás leyes de la República, así como la observancia cabal de las leyes y reglamentos militares, el respeto a las órdenes de mando, la subordinación al régimen jerárquico y el cumplimiento de todas las obligaciones que surgen del estado militar".

Concretamente, esta norma deja sentado que el Código de Disciplina se encuentra subordinado al bloque constitucional argentino, por lo tanto, las previsiones legales que sean operables con el mismo, conforme a su carácter punitivo, y en perspectiva en los Derechos Humanos, sobre todo, serán de aplicación inexcusable al momento de efectuarse las prácticas correspondientes al ejercicio de la acción disciplinaria, sea cual sea la naturaleza de la falta que se esté discerniendo.

Sería importante contextualizar lo normativo con lo operativo de la cuestión que aquí es traída a discusión, es decir, depurar prácticas indebidas de parte de los ejecutores del Sistema Disciplinario Militar que colocan a la norma, en muchos casos, en estado de vulnerabilidad frente a las garantías procesales. En esta idea, el General de Justicia Manuel Lozano, en el marco de aquellos debates iniciales previos a la reforma integral al régimen disciplinario, se refería en los siguientes términos al abordar el hoy derogado Código de Justicia Militar: “Los Estados partes han asumido el compromiso de hacer los esfuerzos legislativos consecuentes para asegurar la vigencia de los derechos en ellos contemplados (aludiendo a los Tratados Internacionales en DDHH). De allí los cuestionamientos en diferentes ámbitos supranacionales. Me refiero, por ejemplo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.¹³ Claramente, el esfuerzo al cual se hace alusión obedeció en aquella oportunidad a resolver la fragilidad legislativa de la norma, pero resuelto ello, no se agota su observancia, toda vez que las prácticas ejecutorias de la misma deben ser acordes a su finalidad y no tornarla virtualmente inerte por formalismos fetichizados que, incluso, rondan las más severas ilegalidades.

Volviendo sobre el precedente que nos interesa, es decir, el caso “Baena vs. Paraná”, vinculado también al caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, se postuló que el artículo 8° de la CADH, si bien se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en el sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante

¹³ Lozano, Manuel (2006) “Régimen disciplinario militar. El caso Argentino”, en Curso de Especialización en Derechos Humanos, publicaciones del Ministerio de Defensa, 2da edición, p. 252.

cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Ello así, porque es un Derecho Humano el obtener garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber.¹⁴ Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.¹⁵ A decir verdad, la jurisprudencia internacional dejó asentado en forma irreversible esta postura, no siendo la idea de esta investigación sobreabundar en precedentes, sino dejar consolidado este principio general que tiene alcance en nuestro Código de Disciplina.

En la Opinión Consultiva N° 8/87, la CorteIDH brinda lineamientos generales para calificar el término “garantías judiciales indispensables”, de modo que no queden dudas sobre su sentido, el que es reiterado en la Opinión Consultiva 9/87; se definen a las garantías como los “medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”. Es decir que alude no a los derechos garantizados sino a las herramientas que permiten darle operatividad para hacerlos efectivos. Está claro que un derecho que no puede ser ejercitado, al fin y al cabo, sería letra muerta. A ello agrega que los procedimientos regulados en las normas específicas, entre ellos, el Código de Disciplina, son los medios idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y garantías procesales.¹⁶

Sobre ello, y en cuanto a verse equiparado el proceso judicial al administrativo en lo que respeta a garantías procesales, especialmente el disciplinario militar por los estamentos puestos en juego, las prácticas procesales deben dar cuenta positivamente de aquello que se proyecta desde el Sistema Interamericano, cuyos rasgos funcionan como

¹⁴ CIDH, sentencia del 02/02/01, publicado en la Serie C, N° 72, párrs. 124/125.

¹⁵ Íbidem, párr. 127. Ver también: CIDH, Informe N° 57/05, Petición N° 12.143: Admisibilidad, “Eduardo Perales Martínez, Chile”, del 12/10/05.

¹⁶ Citado en OC 8/87, pto. 41, y extraído del Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19 del 11 de abril de 1980, p. 252.

un estándar internacional. Así, los Estados Partes, además de adoptar medidas legislativas conducentes para la realización de ese estándar en el orden interno, deben construir sus sistemas internos tomando como guía el modelo de proceso judicial interamericano, inclusive los administrativos, pero sobre todo aquellos de naturaleza punitiva como el régimen disciplinario militar. Desde esa perspectiva, se observa que nuestro país -Estado Parte de la CADH y de los demás instrumentos sobre Derechos Humanos del Sistema Interamericano- se encuentra obligado a ir ajustando su modelo de proceso judicial al modelo que surge del Sistema Interamericano (...),¹⁷ circunstancia que por antonomasia nos coloca en la obligación de replantearnos todas aquellas prácticas que no den cuenta de esta renovación normativa.

En este punto es menester dejar en claro que la postura de la CorteIDH, en lo que respecta a las garantías procesales, ha fijado un paradigma relevante en esta materia en miras a verse realizados efectivamente los fines indiscutibles de los derechos humanos. Así, dicho órgano ratificó la perspectiva sobre el asunto que hoy estamos discutiendo: “Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas”¹⁸. No hay dudas que el carácter punitivo de la acción disciplinaria se encuentra en los márgenes de las reglas -por cierto, desfazadas- del derecho administrativo convencional, situación que nos coloca hoy en la refundación de la disciplina jurídica. Las razones de su proceder actual se pueden encontrar en explicaciones de tipo sociohistóricas que exceden el objetivo del presente trabajo, pero concluimos que toda la plataforma sobre la cual en la actualidad

¹⁷ Toledo, Pablo R (2007) *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 270.

¹⁸ Fallo CorteIDH “López Mendoza Vs Venezuela, Sentencia 1/09/11, (Fondo, Reparaciones y Costas), Ap, 1.2, párrafo 111.

descansa el Derecho Disciplinario, por lo menos en el ámbito de las Fuerzas Armadas, Seguridad y/o Policiales, tiene matices de heterodoxia jurídica que exigen su discusión por fuera de los exclusivos rigores del vetusto derecho administrativo.

El consenso internacional al cual adhirió nuestra Nación a partir de la incorporación con jerarquía constitucional de la CADH estableció puntos en común que se constituyen en los ya referenciados estándares internacionales mínimos de respeto a los Derechos Humanos. Estos denominados “pisos mínimos” deben ser respetados por los Estados, y de ninguna manera por ser estándares deben ser entendidos como “techos” de los derechos y garantías a favor de las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados. En esa línea, su regulación implica que las Naciones puedan transitar en la realización de los mismos siempre dentro de los estándares, donde la implementación interna de cada país los muestre en diferentes grados que alcancen puntos más elevados que otros o, incluso, algunos casos resulten esenciales garantías o derechos adicionales. Este mandato no es discriminante a ningún ámbito del derecho en particular, y ello implica no solo la adecuación de las normas, sino también una práctica consciente de parte de la ciudadanía, especialmente aquellos operadores que deban materializarlos (por ejemplo, Poder Judicial o en nuestro caso, aplicado al Régimen Disciplinario Militar).

Es por ello que la existencia de límites o pisos invulnerables se transforman en una valiosa herramienta en esa dinámica tensión del poder. Se debe crear entonces una relación simbiótica, donde el Sistema Interamericano y el orden interno de los Estados se fortalezcan mutuamente en un vínculo de retroalimentación.¹⁹ El alcance de la aplicación de los estándares del Sistema Interamericano en nuestro país, en materia de garantías procesales en cuanto nos importa, es irrestricto y de carácter progresivo, constituyendo las bases axiológicas del Sistema de Disciplina Militar, sea cual sea la naturaleza de la falta disciplinaria a reprochar y su correspondiente procedimiento aplicativo. Como destaca Martín Abregú: “En algún sentido, nos enfrentamos, entonces, a una paradoja histórica que nos muestra que, si el desafío de la postguerra era la internacionalización de los Derechos Humanos como única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidas,

¹⁹ Íbidem, p. 271.

el desafío de este fin de siglo es la nacionalización de los Derechos Humanos universales, como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno”.²⁰

Ahora bien, dicho paradigma necesariamente tuvo efectos en nuestro país, y frente a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recogió los mismos mediante el fallo “Losicer”, dejando firme la postura en el derecho interno que todos los órganos o autoridades públicas a las que se hubiera asignado funciones jurisdiccionales en materia disciplinaria se encuentran obligados a respetar las garantías procesales enunciadas. En tal entendimiento, la Corte sostuvo: “Cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial no puede erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8° de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial –en ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales”. Y Agregó “... que tampoco es óbice a la aplicación de las mencionadas garantías la circunstancia de que las sanciones (...) hayan sido calificadas por la jurisprudencia de esta Corte de carácter disciplinario y no penal (...) pues en el mencionado caso ‘Baena’ la Corte Interamericana –con apoyo en precedentes de la Corte Europea- aseveró que la justicia realizada a través del debido proceso legal se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales, pues admitir esa interpretación ‘equivaldría dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso...’.”²¹

Asimismo, es importante afirmar que a través de este fallo se constituye un cambio de paradigma respecto de la doctrina sentada

²⁰ Abregú, Martín (2005) “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los Tribunales locales: una introducción”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p. 5.

²¹ CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA-Resol. 169/05 (Expte. 105666/86 – SUM FIN 708)”, fallo, consid (s), N° 4, 8 y 9.

en “Fernández Arias”. El procedimiento deja de ser una instancia de desamparo para el particular, a la espera de la ansiada instancia judicial en la cual finalmente será oído con todas sus garantías procesales para pasar a ser una verdadera oportunidad para defender adecuadamente sus derechos y pretensiones, quejas que constantemente se observan al interior de los Servicio Jurídicos de las Fuerzas Armadas. El personal militar sujeto a la jurisdicción disciplinaria militar tiene el pleno ejercicio de todas las garantías procesales que el sistema jurídico argentino reconoce, sin excepción a ninguna regla fundada en la mal interpretada teoría de la sujeción especial.

En esta línea, la doctrina entendió que en nuestro sistema de derechos la aplicación de las garantías a todo tipo de procedimiento sancionador de la Administración no se da ya por expoliación matizada de los principios del derecho penal al derecho administrativo, sino por aplicación directa -so pena de responsabilidad internacional- de las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales.²² Ello, está en sintonía, en cuanto importa al objeto de la presente investigación, al postulado consolidado por la Corte, al decir en su considerando final que la protección de las garantías procesales -en aquella conquista jurídica- es constitucional y convencional, es decir, este último, no como parámetro de comparación entre las estipulaciones constitucionales y la normativa infra constitucional, sino que el parámetro de comparación en este específico control está conformado ahora por el régimen contenido en el ya reiteradamente mencionado cuerpo supranacional denominado bloque de constitucionalidad.

Sin exceder el objeto de estudio específico, hay que afirmar que, si bien el control de convencionalidad es potestad de los Magistrados, en verdad, toda aquella autoridad legal con facultad jurisdiccional tiene la obligación de efectuarlo al momento de tomar conocimiento de los asuntos en su competencia, entre ellas, las militares responsables del proceso disciplinario. Agregamos una cuestión, al sólo efecto de despejar dudas. Si bien el control de convencionalidad es sobre las normas, y sobre todo aquellas incompatibles con la CADH, la cuestión no se

²² Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel; Justo Bautista (colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 169.

limitaría a ello, sino también a aquellas prácticas que derivan en actos de gobierno emanados por cualquier poder del Estado, sobre todo los vinculados a afectaciones de garantías o incluso, restricciones de derechos legalmente previstos, tal el caso del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que legitima a la autoridad militar con potestad en la materia a imponer penas privativas de la libertad. Dicho de otro modo, la imposición de una medida en el marco de un procedimiento disciplinario, cualquiera sea su naturaleza, es un acto de gobierno que debe cumplir convencionalmente con los estamentos surgidos del mencionado bloque de constitucionalidad.

El denominado *Control de Convencionalidad* tiene una importancia relevante en nuestro estudio, ya que al ratificar nuestra Nación la CADH, asumen su cumplimiento obligatorio no sólo los Jueces que la aplican, sino también todos aquellos poderes públicos que constituyen el Estado Argentino, ya que la recepción del desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el derecho interno se consume, además del acatamiento de los pronunciamientos derivados de los Órganos del mismo, con la realización de dicho control. Es decir, el Poder Judicial debe ejercer el *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, pero así también los diferentes órganos del Estado están obligados a su observación a los efectos que las disposiciones de la Convención no sean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En esta tarea, los diferentes poderes del Estado deben tener en cuenta no solamente la letra de la Convención, sino también la interpretación que de ella han hecho tanto la CorteIDH intérprete último de la CADH, como así también las recomendaciones de la CIDH.²³ Este punto es relevante para entender que el sistema jurídico argentino está compuesto por múltiples normas de diferente naturaleza, por lo cual al momento de activarse la acción disciplinaria en sus pautas específicas, la aplicación de las categorías jurídicas propias (por ejemplo, el derecho de defensa en el marco de los tres posibles procedimientos

²³ La postura brevemente explicada surge del precedente “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 26/9/2006, Serie C, n° 154. La recepción de la misma en nuestro país es a partir de “Mazzeo, Julio L. y otros”, 13/7/2007, Fallos, 330:3248 (Corte Suprema de la Nación).

en materia de faltas –Título IV del Código de Disciplina-), también deberá contar con el debido el control de convencionalidad entre estas normas jurídicas y la CADH.

En efecto, “cualquier norma interna debe ser sometida a dicho control, es decir, leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones -ello incluye sanciones disciplinarias- y hasta la propia Constitución Nacional; y que dicho control debe realizarse no solo por los órganos judiciales, sino también por toda autoridad pública al momento de sancionar una disposición. Así formulado, podemos animarnos a señalar que el control de convencionalidad superaría al tradicional control de constitucionalidad, pues puede resultar entonces que una norma interna resulte “constitucional”, pero “inconvenional”, si deviene contraria a la CADH o a la exégesis que de ella realice la CorteIDH, produciendo dicha inconvenionalidad el deber para los jueces nacionales de declarar inaplicable el precepto objetado.”²⁴ Queda claro que si bien la manda adscribe a una potestad del Poder Judicial, en forma intermedia a ello también obliga a toda autoridad pública a efectuarla al efecto de controlar sus propios actos de gobierno previamente a ser emitidos. Recordemos que el proceso disciplinario se encuentra sustanciado por diferentes actos de gobierno que emite la autoridad con potestad disciplinaria competente, por lo cual el mencionado control de convencionalidad de los mismos en los términos apuntados, también deviene de cumplimiento obligatorio, sobre todo aquellos que conformamos el Servicio Jurídico de las distintas Fuerzas Armadas.

No es menor indicar que la doctrina desprendida de estos pronunciamientos jurisdiccionales ya se empezó a replicar en las diferentes esferas inferiores de la justicia competente en entender en cuestiones disciplinarias surgidas de actos de gobierno de los Ejecutivos. Así, la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala V, en autos: “R.,M.N. y otros c. En-M. Seguridad-PSA resol. 513/09 (expte. SO2 441/07), s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, resolvió declarar nula una resolución mediante la cual se había cesanteado a dos agentes de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, considerando el acto sancionatorio afectado por haberse vulnerado el derecho de

²⁴ Trucco, Marcelo F, *Efectos de las recomendaciones de la CIDH*, LL, 2014-B, p. 73.

defensa. Ahora bien, el argumento más fuerte de ello fue la declaración de inconstitucionalidad del artículo 48 del Anexo IV al Decreto N° 1088/2003, toda vez que a los causantes se les cercenó el derecho de defensa técnica al no permitirles designar un defensor de su confianza. La cuestión radicaba en que la norma preveía que solo podía contar con abogados vinculados al organismo al que pertenecían los inculpados, cuestión a la que no accedieron por razones de sospechar parcialidad. En definitiva, efectuado el control de convencionalidad correspondiente, los Magistrados intervinientes (1° y 2° instancia), entendieron que dicha norma era inconstitucional por afectar el amplio derecho de defensa. La argumentación jurídica cae en evidencia, la norma específica no es la “verdad revelada”, menos aun cuando presenta caracteres de los viejos sistemas procesales inquisitivos, pero en lo que importa a nuestro objeto, una práctica de esta naturaleza, en el marco del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas de técnica jurídica actual acorde a la convencionalidad exigida, menos aún.

Por otro lado, dentro de nuestra organización jurídica suele atribuírsele a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la misión de velar por la observancia de los derechos constitucionales de los ciudadanos, entre los cuales no podemos descartar al personal militar por su especial relación jurídica, tema que será abordado oportunamente. Inclusive el propio Alto Tribunal se ha autotitulado, en algunas oportunidades, “el supremo custodio de las garantías individuales”.²⁵ Sin embargo, es cierto que al hacerlo sobre la cuestión del derecho disciplinario ha ido forjando una doctrina que, al menos en el campo de las garantías procesales, resulta de fácil sistematización, ya sea ajustando los procedimientos a la materialidad de las mismas, y a su vez, limitando el ejercicio del poder disciplinario al someter las actuaciones de los operadores con competencia en la materia al más estricto cumplimiento de la dogmática jurídica surgida a partir de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por sobre otra aspiración de naturaleza metafísica que no encuentra recepción más allá que la propia ideologización discriminante de quien pretende desvirtuar la ontología del derecho vigente. Así, quedan completamente descartados aquellos argumentos propios del derecho natural

²⁵ Fallos CSJN-279:40 (v. especialmente considerando N° 9).

que no se obedecen con el sistema de valores normativizados mediante la legislación correspondiente que podríamos resumir a grandes rasgos en la ética de los derechos humanos.

Con respecto al aporte surgido a partir del precedente “Losicer” dejamos al lector el trabajo de determinar el cúmulo de garantías reconocidas en la CADH que son viables en el ámbito disciplinario como se viene diciendo. Lo último que se indicará en relación al mismo es que su aporte es sumamente importante a la operatividad del bloque constitucional, ya que contribuye a determinar las delimitaciones de los principios y garantías aplicables a los procedimientos disciplinarios, siguiendo los pronunciamientos del Tribunal Regional de Protección de los Derechos Humanos, fijando la doctrina que enuncia como la “expansión horizontal del debido proceso”. En este sentido, las Dras. Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, refieren que “el debido proceso ha sufrido un doble proceso de expansión. Por un lado, aunque anclado inicialmente en el marco del Derecho Penal, el debido proceso es hoy una verdadera línea transversal en la función evaluadora de cualquier instancia de poder público, o incluso privado, que pueda de alguna manera afectar derechos. Así, ha experimentado una expansión que llamaremos horizontal. Pero, adicionalmente, el derecho al debido proceso ha sabido incluir cada vez mayores garantías y contenidos en su definición misma comprendiendo facetas distintas e innovadoras de garantías bien establecidas como el tribunal competente, independiente e imparcial, la noción de plazo razonable, el derecho de defensa, o la protección judicial, entre otros. A ello, nos referimos con expansión vertical. La labor de la jurisprudencia interamericana en la materia ha influido decididamente en esta progresividad y define hoy en día un debido proceso renovado que marca todo el sistema de protección de Derechos Humanos para nuestro país. En esta medida, los operadores jurídicos, en general, deberían apropiarse de este acervo jurisprudencial y dotar a su sistema nacional de todas las posibilidades y consecuencias prácticas del enfoque interamericano”²⁶. La conclusión es demasiado contundente como para agregar algo más, hago propia

²⁶ Salmón, Elizabeth; Blanco, Cristina (2012) *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Perú, 1° ed. Instituto de Democracia y Derechos Humanos en la Pontificia Universidad

esta definición por representar el objeto de este estudio el cual acaba de quedar sustentado epistemológicamente y acorde a las reglas de la dogmática jurídica vigente.

Para finalizar, es importante ser enfáticos en señalar que el fallo “Losicer”, en cuanto a nuestro interés importa, demuestra, una vez más, el constante diálogo que hoy se plantea entre el derecho interno y el derecho regional de los Derechos Humanos. En el caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplica en forma directa el artículo 8 de la CADH, siguiendo la interpretación que del mismo hiciera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como su intérprete última. Fijado ello, es indudable que los alcances en materia de garantías procesales son inobjetables en cuanto aplican al régimen disciplinario militar, sea cual sea la naturaleza del procedimiento que se impulse. En este punto no existe excepcionalidad para restringir garantías procesales fundadas en la especificidad del género jurídico. Entenderlo de otra manera, ya sea con el dictado de normas internas o las ya mencionadas prácticas consuetudinarias de tinte inquisitivas, colocaría al Estado Argentino al borde de una posible denuncia ante los Organismos Regionales de Protección de Derechos Humanos.

III. CASO TESTIGO. APLICACIÓN DEL MODELO PROPUESTO

La garantía de Acceso a la Justicia (Tutela Administrativa Efectiva), en casos de violencia de género, circunscriptos a la jurisdicción disciplinaria militar. El curso de la acción disciplinaria a partir de la denuncia/noticia de sucesos que conmueven, a su vez, el ámbito del derecho penal por tratarse también de delitos que requieren una condición de procedibilidad previa denominada “habilitación de instancia”. La participación en el proceso de la denunciante.

Antes de iniciar, resultará pertinente describir el cuadro de situación de lo pretendido en este punto. Así, la cuestión está dada en aquellos hechos que materialmente, en principio, son subsumibles de

Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú, 2012, p. 84.

ser encuadrados jurídicamente como violencia de género, conforme los estándares surgidos a partir de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), y su replique a nivel local, mediante la sanción de la ley N° 26.485 (Ley de Protección Integral de la Mujer). A título ilustrativo, y muy resumidamente debido al gran número de hechos que se pueden dar en la materia, las previsiones normativas y consideraciones jurídicas que se desarrollaran no se referirán a ningún caso en particular, y si a todo aquello que pueda comprender violencia de género, en los términos de las normas antes señaladas, y que a su vez, como correlato, corresponda el inicio de la acción disciplinaria, en función del Anexo IV – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la Ley N° 26.394, pero que por la naturaleza del suceso, la conducta disvaliosa amerite ser subsumida en alguna figura del Código Penal que genere el impulso de la pertinente acción, en los términos del artículo 72.

Aclarado ello, la situación en particular surge al momento de presentarse los hechos ante la autoridad militar con potestad disciplinaria, ya sea por la propia denuncia de la víctima o por el estado público que tomó la noticia que derivó en su conocimiento. Sería prudente dejar en claro que los eventos que se consignarán a continuación responden exclusivamente a aquellos circunscriptos a la jurisdicción disciplinaria militar, sin perjuicio de los acontecimientos que de ello derive en materia de juzgamiento en el ámbito de la justicia penal o civil dependiente del Poder Judicial de la Nación.

En resumen, la problemática responde a dar respuesta cuando se susciten este tipo de hechos en una Unidad militar, teniéndose en cuenta dos particularidades: a) en principio, la naturaleza de los hechos pasibles de violencia de género, representan, además, un encuadre penal que en el gran cúmulo de casos devienen en delitos dependientes de instancia privada, en orden a lo previsto en el artículo 72 del Código Penal; y b) dicha naturaleza, en el caso de la justicia penal ordinaria, requiere como condición de procedibilidad que la víctima inste la acción penal, en forma previa, para poder activarse la persecución penal correspondiente. A este tipo de casos de violencia de género nos referiremos, ya que muchos de los lineamientos aquí planteados pueden servir de soporte para otro cúmulo de casos de

similar naturaleza (ejemplo, lesiones en los términos del artículo 94 del Código Penal, sobre hechos no calificados como violencia de género), y así, se verificará como se articulan todas las normas antes referidas con el Código de Disciplina, de lo cual podemos adelantar una posible conclusión: no hay impedimento alguno para que prosperen este tipo de denuncias en el ámbito de la jurisdicción militar, siendo una obligación de parte de la autoridad con potestad disciplinaria impulsar la correspondientes actuación, sin la necesidad de ningún requisito de procedibilidad previo o diligencia preliminar que entorpezca la acción disciplinaria, cuando esta corresponda. La garantía que se pondrá en juego en caso de su negativa es el acceso a la justicia (Tutela Administrativa Efectiva-Derecho a ser oído), y la norma que obliga a denunciar un suceso acaecido en jurisdicción militar, es el artículo 177, inciso 1 del Código Procesal Penal de la Nación, sin perjuicio de que posteriormente la víctima decida no proseguir con la acción correspondiente, ponderaciones que serán materia de examen de parte del Poder Judicial competente.

Antes de avanzar sería prudente efectuar otra aclaración de vital importancia. Los fundamentos que se utilizarán a continuación presentan un variado cúmulo de citas que hacen alusión a la Tutela Judicial Efectiva. Sin embargo, debemos ser enfáticos en afirmar que esta garantía (recurso para el acceso) tiene idéntico alcance a la denominada Tutela Administrativa Efectiva, es decir, etimológicamente en el mundo jurídico son lo mismo, y vienen a representar un solo conglomerado de principios generales de derecho atendibles en la materia específica. Esta postura, fue sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de autos “Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comfer”. Sin ser este el objetivo de plasmar los contenidos de este pronunciamiento, es importante enfatizar algunos aspectos. La Corte funda la protección de los derechos de los particulares en sede administrativa en la vigencia del principio de la tutela administrativa efectiva, y para ello consigna: a) su vinculación directa con el principio de tutela judicial efectiva, que tiene su ámbito de aplicación dentro del proceso; y b) en cuanto a su alcance, que se extiende tanto en la etapa de formación de la decisión administrativa como de su posterior impugnación ante la misma Administración. Destaca, asimismo, que este principio importa el derecho del particular de “ocurrir” y “recurrir” ante las autoridades

administrativas competentes y “obtener” una decisión; con la correlativa obligación de la Administración de “resolver”, previo observar el debido procedimiento, mediante una decisión “motivada”. Así, lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir que el artículo 18 de la Constitución Nacional y las normas convencionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, resguardan el derecho a la tutela administrativa efectiva.²⁷

Señalado ello, debemos decir que entre los derecho protegidos en el sistema interamericano se encuentra consagrado el derecho a la tutela efectiva de todos los derechos (también denominado como “derecho al acceso a la justicia”, “derecho a la jurisdicción”, “derecho a la protección judicial/administrativa”, etc), pero ello merece una aclaración, la tutela efectiva de los derechos como principio consagrado en la CADH, no refiere solo a los derechos que se encuentran protegidos en el ámbito internacional, sino que involucra también a todos los derechos que se encuentren reconocidos por el derecho interno, ya sea a través de la Constitución Nacional, una ley nacional, una constitución provincial, una ley provincial, un reglamento, un decreto de un órgano ejecutivo, una resolución ministerial o cualquier fuente de derecho. Desde esta perspectiva, una correcta hermenéutica del sistema nos conduce a interpretar que el derecho a la “tutela efectiva de los derechos”, constituye un concepto o derecho autónomo que trasciende la protección internacional de los derechos y forma parte de las obligaciones que los Estados se comprometieron a respetar y garantizar en el ámbito interamericano con relación a todos los derechos reconocidos en sus respectivas jurisdicciones, debe existir un mecanismo para garantizar su tutela efectiva frente a una amenaza o su afectación, ese es el alcance del compromiso internacional asumido por los Estados

²⁷ La Corte establece que esta garantía supone “la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos una sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937;311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada (Fallos 310:1819). Consid. 7º, caso “Astorga Bracht”.

cuando suscribieron la CADH y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos con dispositivos similares.

En consecuencia, podemos decir que la obligación de garantizar la tutela efectiva de los derechos se infringe cuando el Estado, frente a la vulneración de un derecho, no provee un mecanismo de neutralización y/o reparación, aun cuando ese derecho encuentre cobertura solo en una norma nacional. La idea propuesta en estos párrafos, se refleja y desprende del art. 25 de la CADH, cuando expresa: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”. Como se observa, la norma no limita la protección a los derechos que emerge de la CADH, sino que se extiende a los derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución y en la ley. Es decir, se trata de una cláusula autónoma de protección de los derechos que trasciende los derechos protegidos en la CADH. A su vez, consideramos que el término ley que emplea la CADH en su art. 25, debe ser interpretado como ley en sentido material, es decir, como norma jurídica general emanada de cualquiera de los poderes del Estado, toda vez que dicho art. 25 se vincula con el reconocimiento de derechos y no con su restricción, por lo que se impone una interpretación amplia del término, de conformidad al principio Pro Persona o *Pro Homine* (sobre este último concepto se volverá en la próxima entrega).²⁸

Por su parte, y en forma compatible con la lógica propia del derecho internacional de los derechos humanos, el Sistema Interamericano no impone que el mecanismo de protección de los derechos sea (exclusivamente) en todos los casos dentro del marco de la estructura judicial (sin perjuicio de aspirar a ello), lo que procura es que el Estado, en el marco de su soberanía, diseñe un sistema interno que permita proteger efectivamente los derechos reconocidos en su jurisdicción, dando cumplimiento a dicha obligación aun cuando los carriles para su protección no sean siempre previstos en el marco de la estructura de un Poder Judicial (puede ser administrativa, mixta, etc). Esto no

²⁸ Toledo, pablo R, ob. cit, pp. 60-62.

implica que el Estado no deba contar con un sistema judicial interno propio –pilar fundamental de un sistema republicano y democrático–, sino que solo significa que pueden existir derechos que contemplen una vía procesal administrativa, que mientras sea efectiva para proteger al derecho y se respete el debido proceso, cumplirá con el estándar interamericano sobre tutela efectiva.²⁹

Con relación al alcance del acceso a la justicia, es conveniente destacar que el núcleo esencial de esta garantía resulta canalizador de diversos aspectos, e integrador de múltiples potestades. En ese sentido se explica que el acceso a la justicia es un concepto más amplio que el de la jurisdicción, porque aquella noción condensa un conjunto de instituciones, principios jurídicos y garantías procesales, así como directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica, sino práctica.³⁰

Resulta a esta altura del desarrollo más que evidente que la garantía (recurso para el acceso) tiene plena aplicación también en el sistema disciplinario militar, en forma total e integral. Ahora bien, para alcanzar los estándares antes mencionados es menester que los operadores del sistema brinden los recursos necesarios para la concreción material de la garantía al acceso a la justicia, en el marco de un proceso disciplinario militar, y esto, en verdad no es excluyente para ningún tipo de falta en particular. La particularidad de los casos de violencia de género, y en la casuística indicada anteriormente, radica en la ilusoria idea de que la misma deba ser activada recién a partir de la denuncia de la víctima, es decir, al instar la acción penal en sede judicial, como requisito de procedibilidad, conforme lo establecido en el artículo 72 del Código Penal. Ya habíamos adelantado que esta postura no es plausible, no solo por ser vejatoria de la garantía puesta en análisis,

²⁹ Ibid; p. 63.

³⁰ Sagues, María Sofía; *El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, p. 594 (consulta en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/27.pdf>).

sino también porque frente a su incumplimiento se estaría evadiendo la responsabilidad que tiene la autoridad militar con potestad disciplinaria de impulsar la acción correspondiente, conforme lo previsto en los artículos 2, inciso 1; y 6 del Código de Disciplina.

La imprecisión tiene su origen a raíz de la presunta “falta de habilitación de instancia” para ordenar la correspondiente actuación disciplinaria, según el caso, donde la interpretación facciosa en materia de género crearía la idea en la autoridad militar competente de verse imposibilitada de ejercer su potestad disciplinaria. Esto surge de la excusa habitualmente observada en el ámbito propio de “no contar con la denuncia de la víctima y por tratarse de un derecho personalísimo”, que serviría como obstáculo legal para imponer sanciones producto de una investigación escrita. Es decir, la garantía de acceso a la justicia afectada a la víctima de violencia de género radica en haberse negado el inicio del procedimiento bajo pretexto de existir un obstáculo jurídico -contar con la denuncia formal (escrita)- para encaminar el adecuado juzgamiento.

Entonces, la afectación tiene un doble significado: por un lado, la autoridad militar obligada al mantenimiento de la disciplina en la Unidad militar evade su responsabilidad; y por el otro, la víctima del hecho, encuentra bloqueada la real y efectiva posibilidad de acceder a la justicia eficaz en el ámbito propio. A título ilustrativo de lo señalado, cabe mencionar que el sistema disciplinario castrense prevé como sujetos del proceso únicamente al Instructor, la defensa y los órganos de juzgamiento, no siendo parte el/la denunciante/víctima (v. Cap II Dec. 2666/12), sin perjuicio que su participación es sumamente relevante en el desenvolvimiento del proceso. A su vez, y para el caso que así corresponda, el desenlace de los sucesos ventilados en las actuaciones disciplinarias puede traer aparejado el nacimiento de derechos subjetivos para la víctima que posteriormente ameriten otras acciones a ejercitar. Sin perjuicio de ello, en orden a la naturaleza de los hechos (vulneración de derechos humanos en materia de violencia de género), se estima pertinente habilitar una fluida participación de la denunciante en todo el proceso por ser subsidiariamente la afectada de la conducta pesquiada. Ello, también tiene asidero en la garantía en cuestión, toda vez que el Estado Argentino, y particularmente el Ministerio de Defensa y las respectivas Fuerzas Armadas, vienen impulsando políticas públicas

tendientes a establecer estructuras eficientes en la materia abordada, a través de Organismos especializados en la materia.

Esto tiene relación con el único bien jurídico que se afecta bajo el amparo del Anexo IV de la Ley N° 26.394 – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas”, es decir, el contemplado en los artículos 1; y 2, inciso 2: el cumplimiento eficiente de las funciones del servicio como objetivo inexcusable para preservar la disciplina militar. Cabe advertir que la acción disciplinaria y sus efectos son independiente de cualquier otra responsabilidad militar, civil, penal o administrativa que corresponda por los mismos hechos (v. art. 2, inc. 4 Código de Disciplina), motivo por el cual la misma conducta disvaliosa puede generar variadas pretensiones que se ejercerán mediante el impulso de la acción que corresponda en su ámbito, autoridades jurisdiccionales y normas específicas. Es decir que el Código de Disciplina no ha previsto condiciones de procedibilidad similares al Código Penal, toda vez que la autoridad militar competente, cual sea la naturaleza del procedimiento, no puede verse imposibilitada de impulsar la acción que la misma norma lo obliga a actuar en función al bien jurídico específico. La negativa a ello incurriría en el incumplimiento de los deberes asignados a su función.

En definitiva, la autoridad con potestad disciplinaria asume para sí la obligación de investigar los hechos bajo su competencia, sin que ello traiga aparejado vulnerar la intimidad de la denunciante, en razón que lo que se pretende con el accionar disciplinario es restablecer la eficiencia del servicio dentro de la jurisdicción militar, lo cual no puede estar librado al ámbito de decisión privada del personal sujeto a dicha jurisdicción. Asumir que la potestad disciplinaria se ve impedida por decisiones privadas del personal sujeto a la jurisdicción militar representa un grave peligro al principio previsto en el artículo 2, inciso 1 del Código de Disciplina: “Quien ejerza el comando es responsable del cumplimiento de las tareas y objetivos encomendados, sin perjuicio de las acciones disciplinarias que deba ejercer para asegurar el logro de los objetivos. Las sanciones a sus subordinados no eximen de la obligación de procurar el éxito de sus tareas”.

Por tal motivo, los requisitos de habilitación de instancia en el ámbito disciplinario no responden en idénticos términos a lo previsto en el artículo 72 del Código Penal, sin perjuicio que las circunstancias

ventiladas en el caso en particular refieran a hechos sensibles, por ejemplo, afectaciones a la integridad sexual en materia de violencia de género que ameritan la confidencialidad necesaria que resguarde a la denunciante de una posible revictimización. En tal sentido, se concibe que con la Ley N° 26.485, el Estado ha demostrado su alto nivel de compromiso en la lucha contra este flagelo, circunstancia que permite presumir que ocupa no solo un papel predominante en la agenda de las agencias gubernamentales, sino más bien que se transformó en una cuestión de interés público (v. art. 1).

Ahora bien, no escapa al presente análisis que la habilitación de instancia mencionada en el artículo 72 del C.P. (que no corre para el sistema disciplinario militar en el mismo sentido), sin perjuicio de la confidencialidad que se le dará al asunto, se fundamenta en el daño adicional que podría ocasionar el *stepitus fori*, aumentando la deshonra experimentada por el delito padecido. Sin embargo, más allá que dicha cláusula operativa no representaría un escollo para encaminar el procedimiento en el ámbito disciplinario, es menester recordar que los esfuerzos asumidos para prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género, colocan a las agencias estatales en una obligación imperante para que la víctima obtenga un acceso efectivo a obtener justicia en forma adecuada. Se recuerda que el acceso a una tutela efectiva de la justicia también es una garantía que debe respetarse acabadamente (v. art. 18 C.N; art. 8 CADH, entre otros). A su vez, el artículo 7 de la Convención De Belém Do Pará, establece que los Estados parte: “condenan toda forma de violencia contra la mujer y se obligan a sancionar la violencia (...); f) establecer procedimientos legales justos y eficaces (...), un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (...)”. Por su parte, la mencionada Ley N° 26.485, ha fijado que sus disposiciones son de orden público (v. art 1). A su vez, el Capítulo II de la citada norma, establece detalladamente los mecanismos legales para agilizar las denuncias por violencia de género, previendo la forma oral o escrita para presentarlas ante las autoridades judiciales o administrativas. Asimismo, el Capítulo I establece las garantías mínimas judiciales y/o administrativas que debe garantizarse.

En ese conducto, la jurisprudencia más reciente ha entendido que la denuncia verbal ante autoridad pública, respecto a los delitos contra la integridad sexual, satisface el requisito de “denuncia del agraviado”

previsto en el artículo 72 del Código Penal de la Nación, ya que la conducta asumida por la denunciante indica, inequívocamente, que su voluntad es radicar la denuncia pertinente sin perjuicio de la formalidad del acto (Conf. R, M. "Procesamiento. Juzg. Nac. Crim n° 36. P. ". Cámara Nacional De Apelaciones en lo Criminal y Correccional -Sala 7-; 6/06/2017). Asimismo, resulta gráfico invocar la postura en la materia de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia de San Juan en relación a la habilitación de instancia del artículo 72 del C.P. Expresándose en los siguientes términos: "Téngase en cuenta además el estado de conmoción psicológica por el que atravesaba la víctima lo cual explica la simplicidad de su primera declaración y su posterior complementación dando mayores detalles de lo sufrido. Debe tenerse en cuenta que la denuncia en los delitos de acción dependientes de instancia privada no requiere la observancia de solemnidades formales o ritualismos específicos; lo único que se exige es una manifestación de voluntad, cualquiera sea su forma, enderezada a poner en movimiento la acción penal, que evidencie el propósito de remover el obstáculo que impedirá la investigación del delito. En esencia, basta el anteciamiento del hecho ante la autoridad encargada de la investigación del delito. (N. N. s/ Privación ilegítima de la libertad, abuso sexual y coacción s/ Casación, 7/4/2017).

Como se aprecia, el hecho de que existan actos inequívocos mediante los cuales la víctima expresa su voluntad de que la acción punitiva prospere, supera cualquier obstáculo que interrumpa la adecuada investigación de los sucesos, más aún si el hecho demuestra notorios indicios de violencia de género. Además, presumir que la falta de formalidad (escrita) en la comunicación del hecho claramente constitutivo de violencia de género es un impedimento, representa el gravísimo riesgo de tener a la víctima en una posición de "consentimiento implícito" de este tipo de agresiones, y con ello, no alcanzaríamos el objetivo asumido de evitar su revictimización (v. art. 3, inc. K) Ley N° 26.485).

En esa idea, la problemática también fue abordada por la Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación, al decir: "En una reciente investigación cualitativa de un conjunto de causas que involucraban hechos de violencia de género en trámite ante la justicia nacional en lo criminal y correccional de

la ciudad de Buenos Aires, se sostuvo que, del análisis de los casos seleccionados, surgía “la existencia de patrones comunes, vinculados a la falsa dicotomía entre lo público y lo privado; la imposición a la víctima de la carga de impulsar la investigación; y la falta de exhaustividad en la investigación.”³¹ Y, continúa el citado Organismo dependiente del Ministerio Público, respecto a la falta de anoticamiento: “Teniendo en claro entonces, la importancia del enfoque de género en casos como el presente, mirada bajo la cual debe hacerse la interpretación del art. 72 del CP, no debemos olvidar que la circunstancia de someter la acción penal al requisito de la instancia estaría fundada en la preocupación por evitar a la víctima que se duplique su lesión al tornar conocidos los hechos que pudieron quedar dentro de su ámbito de reserva. Por ello, puesto en conocimiento los hechos por la víctima esa reserva inicial, que se previó en principio para los delitos contra la integridad sexual, a los cuales se sumaron más tarde, las lesiones leves y el impedimento de contacto con los/as hijos/as, deja de ser tal, y el Estado asume, a través de sus agentes, la responsabilidad de perseguir los hechos.”³²

Es de destacar que los patrones culturales sexistas se filtran en las instituciones en forma transversal, obstaculizando a las mujeres a la garantía del acceso a la justicia, a través de artilugios plagados de formalismos. En el caso que nos atañe, la vida militar no ha sido la excepción pese al gran esfuerzo que los diferentes organismos de las Fuerzas Armadas vienen realizando en la materia. A su vez, diferentes estudios muestran como la visión sexista de los funcionarios vinculados al mundo de la justicia (incluimos el ámbito propio), filtran en sus decisiones, todo tipo de prejuicios derivados del comportamiento previo y la historia de vida de las mujeres.³³

³¹ Raquel Asensio et. Al; (2010) *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia Penal y violencia de género*, 1ª ed. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, capítulo 3, p. 39.

³² Dictamen presentado por el Programa sobre Políticas de Género en una causa de violencia en el ámbito intrafamiliar; Ministerio Público Fiscal, 4/04/2013, p. 8.

³³ Pujó, Soledad; *Del dicho al hecho, la cuestión del acceso a la justicia*, en “Ciudadanía; Democracia y Derechos Humanos para las Fuerzas Armadas; la experiencia de talleres desarrollados entre 2006-2008”, publicaciones Ministerio de Defensa, p. 147.

Asimismo, es necesario indicar que la garantía de acceso a la justicia guarda estrecha relación con el derecho a *ser oído*, el cual implica, en términos generales, permitir la posibilidad cierta de recurrir ante los órganos de Estado que resulten competentes para adoptar una decisión que pueda afectar derechos o intereses, a los fines de hacer valer una o más pretensiones, y explicar sus razones. En el procedimiento administrativo el derecho a ser oído implica que, antes de la emisión de un acto de alcance particular, se otorgue al individuo la posibilidad de tener acceso y ser tenido por parte en el expediente. En este sentido, el *derecho a ser oído* es sinónimo de *tutela judicial efectiva (Administrativa)*, y significa que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal (Órgano administrativo) para que éste pueda pronunciarse. Por ello, toda forma de obstaculizar el acceso a la justicia,³⁴ así como aquellas limitaciones -políticas, jurídicas, etc.³⁵ o de cualquier otro tipo³⁶—, que impidan la posibilidad real de las autoridades de ejercer sus funciones, entre ellas, dictar resoluciones útiles, resulta contraria al derecho a ser oído.

Claramente, la figura de la víctima en los sucesos de violencia de género acaecidos en el ámbito militar reviste una relevante importancia

³⁴ En el Caso *Cantos*, la Corte IDH decidió que la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa (por no pagarla en plazo) previstas por la legislación argentina constituyen “una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda”, declarando en consecuencia que el Estado argentino violó el derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la CADH. Corte IDH, Caso *Cantos vs. Argentina*, del 28-11-02, párr. 54.

³⁵ El más claro ejemplo en la Argentina lo representan las leyes de obediencia debida y punto final, declaradas inconstitucionales por el Máximo Tribunal. CSJN, *Simón*, 2005, Fallos 328: 2056. En sentido concordante, la Corte IDH en el Caso *Barrios Altos*, entendió que resultan incompatibles con la CADH las leyes de amnistía del Estado demandado del Perú ya que impidieron que los familiares de milas víctimas y las víctimas sobrevivientes fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el art. 8.1 de la CADH. Corte IDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*, ya cit., párr. 42.

³⁶ En el Caso *Genie Lacayo*, la Corte IDH encontró violatorio del artículo 8.1 de la CADH el hecho de que “las autoridades militares de Nicaragua obstaculizaron o no colaboraron de manera adecuada con las investigaciones [...]”. CorteIDH, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, del 29-1-97, párrs. 64 y 76.

que, conforme la dogmática jurídica señalada, y las políticas públicas en la materia, nos indica que su participación en el proceso disciplinario es ineludible, siendo necesario brindar los mecanismos necesarios para que la misma se desenvuelva con la mayor amplitud posible sin que ello imposibilite la misión principal del sistema disciplinario militar: restablecer la eficiencia del servicio.

En resumen, la garantía efectiva de acceso a la justicia en materia de violencia de género, si bien ha encontrado grandes avances, la realidad de las prácticas aún está lejos de las previsiones deseables que la garantía pretende. Asimismo, podemos advertir que esta disfunción responde a procesos históricos arraigados en las prácticas y discursos sociales que se hallan todavía naturalizados, donde la sola declaración de cumplimiento de los derechos humanos es insuficiente para garantizar el eficaz acceso a la justicia de las víctimas de violencia género. Particularmente, y considerando que es la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos en democracia, resulta imprescindible que tanto las luchas ciudadanas como las iniciativas Estatales para lograr su operatividad consideren los condicionantes estructurales que la obstaculizan.³⁷ En lo particular, la presunta falta de denuncia o impulso de la acción penal de la víctima no representa impedimento alguno para que la autoridad militar con potestad disciplinaria, en sus competencias, impulse el procedimiento disciplinario que la naturaleza de los hechos amerite. Entenderlo de otra manera coloca al sistema disciplinaria en estado de vulnerabilidad frente a su obligación de restablecer la eficiencia del servicio. En definitiva, un adecuado entendimiento del paradigma requiere que los operadores del sistema disciplinario militar eliminen prácticas no convenientes con los estándares en derechos humanos en materia de violencia de género, sin perjuicio de que aquellos procesos que se encaminen a tales efectos cumplan acabadamente con el resto de garantías procesales que gozan los presuntos infractores. Una cuestión no será excluyente de la otra, toda vez que las garantías son complementarias y no discriminantes.

³⁷ Ibid, p. 148.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- Abregú, Martín (2004) *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los Tribunales locales: una introducción*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ra ed., 1º reimp. Editores del Puerto, Buenos Aires.
- 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
- Alonso Regeira, Enrique M (Dir) (2013) *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Facultad de Derecho UBA, Ed. La Ley, Buenos Aires.
- Bidart Campos, Germán (1997) “La responsabilidad del Estado en tratados con Jerarquía Constitucional”, en *Revista Entre Abogados*, Año V, N° 1, San Juan.
- Bielsa, Rafael (1957) *Derecho Constitucional*, 1º ed, Depalma, Buenos Aires.
- Bonetto de Scandogliero y Piñero de Ruiz (1994) “Teoría crítica del Derecho”, en *Revista del Centro de Estudios Avanzados*, Universidad de Córdoba, número 3, pp. 63-71.
- Derecho Militar Contemporáneo (2014) *El sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional N° 26.394*, publicaciones del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina.
- Carrio, Alejandro D (1997) *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, 1er reimp, Buenos Aires,
- Canosa, Armando N, *Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva*; RAP 323
- 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/>

- Cárcova, Carlos (1993) *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre derecho y política*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- Desimoni, Luís María (1996) *Garantías constitucionales, actividad prevencional y Derechos Humanos*, Ed. Policial, Buenos Aires.
- Documentos de Programas sobre Políticas de Género para Fiscales: *La investigación de violencia contra las mujeres con perspectiva de género*; Página Web del Ministerio Público Fiscal de la Nación.
- Entelman, Ricardo (1991) “Discurso normativo y organización del poder”. en E. Marí, A. Ruiz., y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi (1998) *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., 3ª ed., Madrid, Trotta.
- Forero Salcedo, José Rory, “Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: Análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo”, en *Revista Dialogos de Saberes*, N° 25 (julio-diciembre de 2006), págs. 211-238.
- García Rossi, Magdalena, “La prescripción vis a vis el “plazo razonable” en el derecho administrativo sancionador. Notas sobre la doctrina de la especial sujeción”, en Id Infojus: DACFI130184 (22 de julio de 2013). Sitio de consulta: www.infojus.gov.ar.
- Gelli, María A (2005) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 3ª ed.
- Gordillo, Agustín, “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales”, en *Revista de la Administración Pública*, volumen 215.
- Gordillo, Agustín (2003) *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 8ª ed
- Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel; Justo Bautista (colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (2000) *Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (1ra ed. 1994), Trotta, Madrid.
- Habermas J y J. Rawls (1998) *Debate sobre liberalismo político: Reconciliación mediante el uso público de la razón*, Barcelona, Paidós.

- Hacia un nuevo enfoque en la formación para la Defensa Nacional. Publicaciones del Ministerio de Defensa.
- Jimenez, E y Tazza, A (2010) *Sistema Jurídico Militar*, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- La Reforma Integral del Sistema de Justicia Militar: Un paso más en el proceso de modernización democrático de las Fuerzas Armadas (2006-2008). Colección de Debates Parlamentarios de la Defensa nacional. Mensaje N° 367 del Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación; 17 de abril de 2007
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Ed. Civitas S.A.
- Legaz Lacambra, L (1960) “El Estado de Derecho”, en *Humanismo, Estado y Derecho justo*, Barcelona, Bosch.
- Lozano, Manuel (2006) “Régimen disciplinario militar. El caso argentino”, en *Curso de Especialización en Derechos Humanos*, publicaciones del Ministerio de Defensa, 2da edición.
- Marienhoff, Miguel (1978) *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, n° 1021, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Mayer, O (1994) “Deutsches Verwaltungsrecht, Duncker y Humbolt”, 3° ed., Berlín (1961), citado por Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Ed. Civitas S.A., Madrid.
- Maier, Julio B.J (2012) *Derecho procesal penal, t. I. Fundamentos*, 4ta ed, Ed. Del Puerto, CABA.
- Manili, Pablo Luís (1999) “La difícil tarea de elaborar un concepto de derechos humanos”, en *Revista jurídica de la UCES*, Año I, N° 1, Buenos Aires.
- Martyniuk, C (2017) *Reglas, Valores y Sensibilidad: Figuras de una noche polar de helada oscuridad y dureza*, Buenos Aires, La Ley.
- Medina Quiroga, Cecilia (2005) *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Costa Rica, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Miller, Jonathan M.; Gelli, María A.; y Cayuso, Susana (1991) *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea.
- Orihuela, Andrea M (2010) *Constitución Nacional Comentada, 5ta ed*; Ed. Estudio, Buenos Aires.

- Orihuela, Andrea M (2010) *Ley de Procedimientos administrativos Comentada*, 1ra ed, Ed. Estudio, Buenos Aires.
- Palacios, Leonardo Pablo (2013) “Derechos humanos y sanciones disciplinarias a los agentes públicos” en *Estudios de Derecho Público/Edgardo Acuña...* (et.al.); Buenos Aires: Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA.
- Parejo A.L (1997) “Las categorías de las relaciones especiales de sujeción”, en *Problemática de la administración contemporánea*, Muñoz, Guillermo A. y Salomoni, Jorge L., Ed. Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires.
- 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.
- Pujó, Soledad, “Del dicho al hecho, la cuestión del acceso a la justicia”, en *Ciudadanía; Democracia y Derechos Humanos para las Fuerzas Armadas; la experiencia de talleres desarrollados entre 2006-2008*, publicaciones Ministerio de Defensa.
- Repetto, Alfredo (2001) *Sobre el régimen disciplinario del agente público*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Repetto, Alfredo (2008) *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires.
- Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo (a cargo de Agustín Gordillo) del 19 de abril de 2005
- Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, n° 19, pág. 297: el fundamento de la sanción disciplinaria reside en lo expuesto, conf. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, n° 356 y 359, Tea, Buenos Aires, 1951, n° 18 (1995)
- Rinaldi, N. (2013) “¿Son inmutables los principios generales del derecho?” en las actas de la “Cuarta Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los Principios Generales del Derecho”, Universidad de Flores, Buenos Aires.
- Rinaldi, N. (2007) *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Buenos Aires, Edictum.

- Roggero J. (2017) *El reverso del derecho: desmontajes del discurso jurídico*, Buenos Aires, La Ley.
- Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina (2012) *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Perú, 1º ed. Instituto de Democracia y Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú.
- Rafecas, Daniel Eduardo (2004) “Una aproximación al concepto de garantismo penal”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires.
- Raquel Asensio (2010) *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia Penal y violencia de género*, 1ª ed. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, capítulo 3.
- Roxin, Claus (1976) *Sentido y límites de la pena estatal” en Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus.
- Sagues, María Sofía; “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, (consulta en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/27.pdf>).
- Salomoni, Jorge Luís (1997) “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino”, en *Problemática de la administración contemporánea*, Muñoz, Guillermo A. y Salomoni, Jorge L, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina.
- Toledo, Pablo R (2007) *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- Wlasic, Juan Carlos. (dir), María Estela Fernandez Puentes y Daniel Alejandro Lanza (2000) *Convención Americana sobre Derechos Humanos, anotada y concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario, juris.
- Weber, Max (1979) *La política y el científico*, Madrid, Alianza, 5ª ed.
- Zaffaroni, Eugenio (2006) *Manual de Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Ed. Ediar.