

# GUERRA DE MALVINAS

EL ABUSO DE AUTORIDAD  
“*INTRA FORCE*”, COMO MATERIA  
EXCLUSIVA DEL DERECHO PENAL  
Y DISCIPLINARIO MILITAR

- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA -

GUILLERMO PALOMBO / SANTIAGO MARIO SINOPOLI

**GUERRA DE MALVINAS: El abuso de autoridad intra force como materia exclusiva del derecho penal y disciplinario militar**

© 2021: Guillermo Palombo / Santiago Mario Sinópoli

*Diseño de tapa:*

**Ayelen Bosco**

*Diseño y Maquetación*

**Martín Cairns**

*Ediciones Liliium*

Buenos Aires, Argentina

[www.edicionesliliium.com.ar](http://www.edicionesliliium.com.ar)

[edicionesliliium@gmail.com](mailto:edicionesliliium@gmail.com)

Nº ISBN: 978-987-8344-65-2

Buenos Aires, Argentina en noviembre 2021

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

*No se permite la reproducción total o parcial, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del Autor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.*

Palombo, Guillermo

Guerra de Malvinas : El abuso de autoridad intra force como materia exclusiva del derecho penal y disciplinario militar / Guillermo Palombo ; Santiago Mario Sinopoli. - 1a ed. - Olivos : Liliium, 2021.

Libro digital, EPUB

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8344-65-2

1. Guerra de Malvinas. 2. Crímenes de Guerra. 3. Delitos de Lesa Humanidad.

I. Sinopoli, Santiago Mario. II. Título.

CDD 345.009

# ÍNDICE

## **Introducción**

**Capítulo 1** Ante la justicia penal federal

**Capítulo 2** Los tribunales militares y la Constitución. La evolución legislativa y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Capítulo 3** Los Consejos de Guerra Especiales y el Gobierno militar de las Islas. Aporte documental

**Capítulo 4** Criterio de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas frente a los hechos ocurridos en el TOA. Aporte documental

**Capítulo 5** Consideraciones complementarias sobre los dictámenes de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas

**Capítulo 6** De la tortura como crimen de guerra a las vejaciones

**Capítulo 7** Los sujetos protegidos por los Convenios de Ginebra

**Capítulo 8** El crimen intra force

**Capítulo 9** Imprescriptibilidad y retroactividad

**Epílogo**

**Fuentes**

# INTRODUCCIÓN

## I

La singularidad del derecho militar se debe a la misión constitucional de las Fuerzas Armadas —como principal institución portadora de las armas del Estado— a las cuales se les exige una particular organización de medios (disciplina, jerarquía, unidad, valores específicos, etc.) para poder llevarla a cabo con la necesaria eficacia.

En ese marco, es necesario distinguir lo siguiente: por una parte, está el *derecho penal militar*, que define y sanciona los delitos propios de la función militar («esencialmente militares») que afectan el cumplimiento del servicio, los bienes o las instituciones castrenses. Por otra parte, el *derecho disciplinario* regula el comportamiento cotidiano de los miembros de las Fuerzas Armadas, sancionando infracciones o faltas disciplinarias. Ambos surgen del Código de Justicia Militar (en adelante CJM) de 1951 (ley 14029) —derogado en 2008 por ley 26394— cuyo art. 508 limitaba el concepto de *delito militar*, en tanto que el art. 209 se ocupaba de las faltas. A su vez, debe distinguirse del *derecho penal militar* el antes llamado *de guerra* (palabra que no viene del latín, sino del antiguo germano *werra* y por no ser hoy considerada políticamente correcta ha sido reemplazada por *conflicto armado*) y en el día *derecho penal humanitario*, cuya fuente es el derecho internacional. Su estructura fundamental está dada por las normas limitativas de las penas y reguladoras de las condiciones de los procesos, las de la ejecución penal y otras, cuyo grueso se halla en los arts. 82 a 108 del Convenio de Ginebra número 3, del 12 de agosto de 1949, sobre el trato a los prisioneros de guerra.

## II

Fuente de la jurisdicción penal militar fue la facultad del Congreso reconocida por el art. 67, inc. 23 (actual 75, inc. 27) de la Constitución nacional (en adelante CN) para fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra y dictar las normas para su organización y gobierno.

Hasta la sanción de la ley 23049 (*Boletín Oficial* del 15 de febrero de 1984) introductoria de reformas al CJM en materia de competencia (arts. 108 y 109) y de recursos (arts. 56 bis, 428, 429, 441 bis y 445 bis) fue una jurisdicción especial al margen tanto del Poder Judicial (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación [en adelante CS], Fallos: 148:157, en especial página 184) como del mando militar del Poder Ejecutivo, pues fue creada por ley en cumplimiento de aquel precepto supremo para establecer la constitución, competencia y procedimiento de los tribunales militares, cuyas sentencias pasaban en autoridad de cosa juzgada una vez firmes y solo eran susceptibles de recurso extraordinario federal por cuestiones de competencia.

## III

La jurisdicción penal militar era ajena a la función de mando y no estaba subordinada al Poder Ejecutivo, pues sus tribunales podían dictar sentencias susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada sin necesidad de contar con la aprobación presidencial, dado que el CJM no concedía al presidente de la nación la facultad de reformar las sentencias firmes de los tribunales castrenses.

No alteraba ese cuadro la facultad de indulto o conmutación de penas respecto de esos fallos, reconocida

en el art. 469 del CJM, potestad establecida para toda la jurisdicción federal por el art. 99, inc. 5.º de la CN, lo que —por otra parte— no colocaba en entredicho la independencia de los tribunales del Poder Judicial, cuyas sentencias también podían ser objeto de esa atribución, según en su momento lo puso de relieve Raúl Alberto Ramayo, recordado general de Justicia.

## IV

Se ha dicho con razón que el mando tiene la jurisdicción disciplinaria, pero no la jurisdicción penal. Las faltas disciplinarias eran sancionadas por el presidente en su carácter de comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la nación (CN, art. 9.º, inc. 12), que provee los empleos militares (inc. 13), dispone de las fuerzas armadas y corre con su organización y distribución según las necesidades de la nación (inc. 14), a quien el CJM reconoce amplias facultades para «aumentar, sustituir, disminuir o perdonar la sanción disciplinaria impuesta en la sentencia», pudiendo también «imponer una sanción disciplinaria cuando se considere que el hecho que ha sido sometido al tribunal no constituye infracción delictiva» (art. 469, incs. 3.º y 4.º).

En consecuencia, la competencia ejecutiva del oficial para sancionar las faltas disciplinarias cometidas por sus subordinados surge de su especial calidad de *agente de mando militar* (CJM, art. 120: «Corresponde, en todo tiempo, al Presidente de la Nación y a sus agentes de mando militar, la aplicación de acuerdo con las disposiciones de este código y los reglamentos, de las sanciones disciplinarias enumeradas en el Tratado III de aquél»; N.º 106 de la Reglamentación de Justicia Militar [en adelante RJM]: «Las faltas se castigan por la sola

autoridad del superior, con arreglo a su propio juicio y dentro de sus facultades disciplinarias. Todo militar está obligado a ejercer las facultades disciplinarias de que está investido»). La aplicación de esa facultad y deber, a la vez, debía ajustarse a parámetros prefijados según la Reglamentación de Justicia Militar (RJM N.º 107: «El que impone un castigo disciplinario debe proceder siempre con firmeza, moderación y elevado sentimiento de justicia e imparcialidad, procurando que el castigo sea proporcionado a la naturaleza y gravedad de la falta; y para la conveniente graduación del mismo deberá tener en cuenta no solo dicha naturaleza y gravedad sino también el carácter del culpable, su conducta habitual, su educación e inteligencia, así como los servicios que haya prestado»).

Tal potestad sancionatoria tenía límites, en cuya virtud, cuando superaba, se convertía en un reprehensible exceso (CJM, art. 702: «El militar que se exceda arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones perjudicando a un inferior, o que lo maltrate prevalido de su autoridad, será reprimido con sanción disciplinaria o con prisión, siempre que del hecho no resulte un delito más grave, en cuyo caso, se aplicará la pena que a este corresponde»).

## V

El derecho penal militar tiene su propio y exclusivo *espíritu* (CJM, art. 510: «Las disposiciones del libro I del Código Penal, serán de aplicación a los delitos militares, en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente Código»), principio que es recordado admonitoriamente a los órganos jurisdiccionales castrenses (CJM, art. 2: «Los tribunales militares no podrán aplicar otras disposiciones penales que las que este Código, las de las demás leyes militares vigentes y las de las leyes

penales *comunes en los casos que el mismo determina*»). En esa línea, el derecho penal militar reconoce como intereses jurídicos fundamentales a la disciplina, el valor personal, la eficiencia del servicio, la subordinación, el prestigio del superior, el secreto militar, etc. Y a ello se deben sus peculiaridades. Así, para el derecho penal militar, la muerte del superior a causa del servicio no es para él homicidio (delito contra la vida), sino delito contra la disciplina; la cobardía frente al enemigo podría dar lugar a la muerte inmediata, sin proceso, del cobarde; la automutilación, con el fin de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que impone la defensa nacional, es delito; la injuria al superior no es delito contra el honor, sino contra la disciplina, etc.

Hay una categoría de infracciones (contra la disciplina) por las que se conceptúan penalmente ilícitas las acciones que imposibilitan o dificultan el empleo adecuado de los medios físicos de realización, como las que importan la destrucción del material de guerra (armamento y abastecimiento) o sustraen al militar de su función (abandono de servicio, abandono del destino o de residencia, desertión, infracción de los deberes del centinela, violación de consigna, negligencia, infidelidad en el servicio, etc.). O puntos que, en la Parte General, marcan diferencias sustanciales con el derecho penal común, vgr.: la frecuente incriminación de actos preparatorios, los delitos de sueño y olvido, aquellos con pluralidad de hipótesis, régimen del concurso de delitos, modalidades de la tentativa; configuración separada —en ocasiones— según se trate o no de oficiales; inversión de reglas fundamentales para la adecuación del mismo acto, según se cometan en tiempo de paz o en tiempo de guerra; especialización de la regulación sobre la base de la variación del sujeto pasivo constante, adopción de normas de derecho internacional público como sustrato de tipos

legales, tránsito de la antijuridicidad a la juridicidad en tiempo de guerra. Las sanciones militares son también especiales por su contenido, efectos, modalidades de ejecución.

## VI

Si el derecho penal militar en tiempo de paz ha tenido un cierto desarrollo doctrinario entre nosotros, el relativo al tiempo de guerra brilla por su ausencia. En particular, y pese a los años transcurridos, no se ha intentado un abordaje sistemático que permita conocer en su real dimensión la aplicación de la justicia penal y disciplinaria durante la guerra de Malvinas por hechos ocurridos en su teatro de operaciones.

En general, acaso resultado de una ligera mirada al CJM, se cree que el factor «tiempo de guerra» (que no debe confundirse con «estado de guerra») solo determina una agravación de la penalidad. Pero en realidad es el resultado de menor entidad jurídica, porque, como advirtió sagazmente en su tiempo el general Carlos José Colombo, el tiempo de guerra es como una llave que abre el compartimento donde moran las normas más importantes del derecho penal militar, en cuya virtud, «en ese momento el Derecho Penal militar pasa a funcionar en estrecha armonía con el Derecho internacional público, muchas de cuyas reglas adopta como normas y cubre con preceptos».

Pero no existe confusión o amalgama del derecho penal internacional con el penal militar, puesto que el primero suministra, como materia prima, un conjunto de normas ideales, de entre las cuales el segundo selecciona aquellas que le parecen apropiadas como substrato configurativo de los tipos penales.

Nuestra legislación considera al «tiempo de guerra», simultáneamente, como el momento de comienzo y fin de aplicación de numerosos preceptos destinados de forma exclusiva a él (CJM, art. 882) y como elemento modal para determinadas infracciones y circunstancias agravantes genéricas directas (CJM, art. 519) y, aunque no hable de tiempo de guerra, se lo supone en expresiones tales como «frente al enemigo», «en combate» y «prisionero de guerra».

## VII

Ordenamiento misterioso para muchos, la principal característica del derecho penal militar pareciera ser a simple vista la imposición automática de penas gravísimas. Sin embargo, no es así. Para comprenderlo es necesario integrar en las herramientas del derecho toda la particularidad subyacente en el mundo castrense, y ello implica conocer, mínimamente al menos, la atmósfera que respira y alimenta el ordenamiento militar y la relación de especial sujeción de sus miembros.

En ese ámbito todo gira en torno a un concepto central: la *disciplina militar*, denominación aplicable al conjunto de reglas en las cuales se establecen los deberes de conducta y las medidas para salvaguardar el cumplimiento de tales deberes, a la cual están sujetos los integrantes de las Fuerzas Armadas.

Tal complejo de reglas no siempre es de fácil armonización con los preceptos constitucionales en materia de libertades fundamentales, tradicionalmente confiadas al poder reglamentario gubernamental.

La disciplina se integra en el conjunto de los valores castrenses exigidos al militar y englobado en el *espíritu*

*militar*, valor esencial cuya importancia acrece hasta convertirse en vital en tiempo de guerra, donde hay una más drástica respuesta a los delitos aptos para poner en peligro la disciplina y jerarquía castrense, valores relevantes por la propia naturaleza y funciones de la institución militar.

Por su parte, el principio de subordinación jerárquica implica obediencia exclusiva al mando, no vinculación con otra voluntad colectiva y total disposición para el servicio. La subordinación del inferior en grado implica la necesidad de aislarlo de sus semejantes, enfrentándolo en solitario con todo el peso del aparato disciplinario militar, porque se trata de lograr una obediencia y habilidad mecanizada excluyente de toda conducta obediente a impulsos personales (no controlados por el mando) y emocionales, una sumisión de todas las personas a quienes ocupan los puestos de la jerarquía de mando. Ello se logra exponiendo a cada individuo aislado al peso del aparato sancionador, impidiéndole al subordinado recurrir a sus semejantes para defender sus derechos (por eso están prohibidas las peticiones colectivas). Con ello se trata de impedir la afectación de la *disponibilidad plena* y de la transmisión (y acatamiento) de las órdenes.

El deber de obediencia del militar no es absolutamente igual al que corresponde a los funcionarios civiles. En ese sentido, se ha observado que el juego conjunto de una jerarquía personalizada y una disciplina despersonalizadora da como resultado un grado de sujeción del inferior infinitamente mayor al que puede existir en los funcionarios civiles, cuya sumisión jerárquica (garantizada por el correspondiente poder disciplinario) afecta solo a la relación de prestación de servicios. En cambio, en las Fuerzas Armadas se reclama una *total disponibilidad* y entrega (incluso de la vida) del prestador de su esfuerzo

profesional. Si esto se traslada al tiempo de guerra se apreciará la magnitud del fenómeno.

## VIII

Posiblemente, no sea fácil al profano en la materia entender la esencia misma del Ejército, formada por valores (disciplina, jerarquía, unidad, mando y obediencia), rechazo de la igualdad en los grados y de pluralidad de opciones. Más difícil tal vez sea comprender la actividad militar en tiempo de guerra, que es una experiencia personal dificultosamente transferible.

Esas dificultades están muy bien ejemplificadas en una anécdota. El 19 de septiembre de 2006, Miguel Polaino Orts —profesor de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla y discípulo del profesor Günther Jacobs en la de Bonn— y el abogado penalista peruano José Antonio Caro John visitaron al profesor Hans Heirinch Jescheck, eminente maestro del derecho penal, ya nonagenario, en su despacho del Instituto Max Planck, en Friburgo de Brisgovia, quien a cierta altura de la conversación comentó a sus visitantes que en 1939, al comenzar la Segunda Guerra Mundial, fue llamado a filas en el ejército alemán. Sus interlocutores le preguntaron por cuánto tiempo había prestado servicio y sus recuerdos de esa época. El interrogado respondió:

Desde 1937 a 1939 realicé la formación militar dentro del servicio obligatorio, el llamado periodo de instrucción. En ese tiempo escalé rápidamente algunos puestos, de manera que cuando comenzó la Segunda Guerra Mundial yo tenía, en mi batallón, el puesto de suboficial (sargento).

Luego, preguntó a sus interlocutores si habían sido soldados y ambos respondieron negativamente. Jescheck (que sirvió durante diez años, ascendió a capitán e hizo

toda la guerra y estuvo dos años y medio prisionero en Francia) agregó: «Entonces, ¡ustedes no saben ni se imaginan siquiera cómo funciona todo eso!».

¡Y vaya si «todo eso» funciona de una forma que nada tiene que ver con la vida ordinaria de cuartel en tiempo de paz y está fuera de sus parámetros!

## IX

Jorge Oscar Ferrante, oficial retirado del Ejército argentino, fue imputado ante el Juzgado Federal de Río Grande de haber ordenado estaquear a un soldado como castigo por una falta disciplinaria cometida durante la guerra de Malvinas. Llamado a prestar declaración indagatoria, opuso las excepciones de cosa juzgada y de falta de acción por prescripción de la acción penal. El tribunal decidió suspender el trámite de la excepción hasta tanto se acumulasen las probanzas pertinentes para dilucidar los hechos, teniendo en cuenta la categorización de lesa humanidad invocada por las partes acusadoras. La defensa de Ferrante apeló, pero la resolución fue confirmada por la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia el 18 de octubre de 2018, de modo que contra ella interpuso recurso de casación, en el cual intervino la Sala 1.<sup>a</sup> de la Cámara Federal de Casación Penal, que el 4 de mayo de 2021, por mayoría —votos de los jueces Daniel Antonio Petrone y Diego G. Barroetaveña—, anuló el fallo recaído en la causa y devolvió las actuaciones a la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia para que se dictase una nueva resolución de acuerdo con los lineamientos expuestos por la Sala. En cuanto al rechazo de la categorización de los hechos (sanciones disciplinarias calificadas como *torturas* inferidas por *personal superior* de las Fuerzas Armadas a soldados conscriptos participantes