

DERECHO CONSTITUCIONAL DEL ENEMIGO

LEANDRO ÁBEL MARTÍNEZ*

Tomalo con calma, esto es dialéctica pura.

¡Te volverá a pasar tantas veces en la vida!

Del tango Chau, no va más.

Música: Virgilio Expósito-Letra: Homero Expósito

Intérprete: Roberto Goyeneche

Sócrates, Jesús de Nazaret, Jacques de Molay, Juana de Arco y Galileo Galilei, entre otras tantas figuras históricas, fueron sometidas a procesos y castigadas por expresar o representar ideas disruptivas e incómodas para la época. En algunos casos, la pena fue la muerte y, en otros, la pérdida de la libertad. Los medios para la imposición de la condena eran diversos: el envenenamiento, la crucifixión, la hoguera y la prisión perpetua. En cualquier tiempo y lugar, nadar contra la corriente supuso asumir riesgos. Aún lo sigue siendo. Tomemos uno de los personajes para graficar las vicisitudes de los procesos de enjuiciamiento y de castigo anticipado.

En la Edad Media, el venerable gran maestro de la Orden del Temple, Jacques de Molay, fue acusado del cargo de herejía, por lo que se ordenó su arresto y encarcelamiento en una mazmorra. El juicio y la averiguación de la verdad estaban a cargo del Santo Oficio de la Inquisición. Mediante la utilización de la tortura, se obtenía la confesión de los herejes. El historiador John J. Robinson cuenta que la persecución era promovida por el soberano de Francia, Felipe el Hermoso, bajo los auspicios del papa Clemente V, para apropiarse de las riquezas de los caballeros templarios¹.

El cruzado, de avanzada edad, no quiso ser torturado y confesó. Luego, los victimarios orquestaron una confesión pública. El 14 de marzo de 1314, en una tribuna frente a la catedral de Notre-Dame, Jacques de Molay hizo uso de la

* Abogado (UBA), especialista en Derecho Constitucional (UBA), magíster en Derechos Fundamentales (Universidad de Granada), profesor adjunto de Derecho Constitucional, subdirector de la Escuela de Posgrado Facultad de Derecho (UBA). Contacto: lamartinez@derecho.uba.ar. Las ideas que se exponen fueron materializadas bajo el amparo y la compañía incondicional de Benito, mi perro salchicha (Dachshund) y mejor amigo.

¹ Robinson, John, *Nacidos en la sangre. Los secretos perdidos de la francmasonería*, Barcelona, Ediciones Obelisco, 2012, pp. 164-182.

palabra y, para sorpresa de sus captores, negó las infamias. La retractación de la confesión era castigada con la hoguera.

En la novela *El nombre de la rosa* (Umberto Eco, 1980) ocurren una serie de muertes misteriosas en una abadía benedictina en Italia. La investigación es encomendada a la Inquisición. Durante el proceso, el fray franciscano Guillermo de Baskerville (interpretado por Sean Connery en la adaptación cinematográfica), ante la presencia del inquisidor Bernardo Guy (encarnado por F. Murray Abraham) y del acusado de los delitos, explica: «El inquisidor no está sometido a la jurisdicción regular (...), y no está obligado a respetar las normas del derecho común. Goza de un privilegio especial, y ni siquiera debe escuchar a los abogados»². La escena da cuenta de la ausencia de garantías en el proceso de juzgamiento de supuestos crímenes. Todavía no habían nacido el derecho constitucional y el derecho penal liberal.

De la mano del Estado constitucional, rigen un catálogo de garantías que reglan y, entonces, limitan el poder persecutorio de las autoridades estatales en pos de tutelar la libertad individual. Sin embargo, en la Edad Contemporánea las herejías, la caza de brujas y los inquisidores adquirieron nuevas y sofisticadas formas. En la actualidad, la intolerancia subsiste y se verifica en temas de alta sensibilidad moral. Colectivos de personas y organizaciones de la sociedad civil reclaman la corrección y el disciplinamiento de los inmorales. En ese contexto y, repito, en cuestiones que movilizan las emociones e indignan, el afán de hacer justicia prevalece y flexibiliza las reglas del Derecho.

Los villanos del momento son considerados amenazas para la vida comunitaria. Probablemente resulten ser pecadores imperdonables, pero merecedores de las garantías del debido proceso. Ello, en tanto y en cuanto, prediquemos el imperio y la autoridad del Estado constitucional, sin excepciones, pues justamente se trata de eso.

Naturalmente, el poderío punitivo también se manifiesta a través del poder judicial. El profesor Daniel Pastor enseña que el derecho penal del enemigo: «... es una fórmula que sintetiza el sometimiento de ciertas personas al poder de castigar del estado sin respeto de sus derechos fundamentales y sus garantías constitucionales. Es una historia muy antigua. Las lecciones del pasado enseñan el permanente recurso de utilizar el sistema punitivo como un arma poderosa para destruir a los rivales políticos»³. Afirma que cuando cambian los gobiernos y en el tratamiento de algunos delitos como, por ejemplo, los denominados de corrupción, el poder judicial: «... actúa al margen de la constitución y de la ley

2 Eco, Umberto, *El nombre de la rosa*, Buenos Aires, círculo de Lectores, 1987, p. 380. La película homónima fue dirigida por Jean-Jaques Annaud (1986).

3 Pastor, Daniel, *Mudar de enemigo en enemigo sin destruir el derecho penal del enemigo*, Miami, Interamerican Institute of Democracy, 2019, p.43.

aplicando ese régimen penal excepcional amparado en la gravedad de los hechos enjuiciados y en la impopularidad de sus autores, verdaderos o supuestos»⁴. Concluye: «Cambió el enemigo, pero no cambió el derecho penal del enemigo»⁵.

En la misma línea, los profesores Antonio Eduardo Ramirez Santoro y Natalia Lucero Frías Tavares, en una obra que analiza la Operación Lava Jato, sostienen: «Esta personalización de la justicia penal, que cambia el paradigma del delito como centro del sistema para el criminal, antagonizándolo con el juez, crea el ambiente para la selectividad política o ideológica del imputado, ya que en el subsistema penal excepcional la intervención punitiva es legítima para lograr los objetivos políticos»⁶. Los problemas transnacionales americanos son comunes.

Ahora bien, los enemigos no son patrimonio y monopolio del derecho penal. En ocasiones, el derecho constitucional se transforma en un instrumento para lidiar con conductas tipificadas en el *malleus maleficarum*. Las mayorías expresadas en el Congreso de la Nación han hecho uso o abuso de las atribuciones que les confiere la Constitución nacional. En Latinoamérica el instituto del «juicio político» suministra suficiente material para estudiar el derecho constitucional del enemigo. A continuación, relato algunas historias institucionales en donde se ven involucradas personas a las que no ofrecería mi amistad.

Resultan paradigmáticos los casos de Antonio Domingo Bussi y Luis Abelardo Patti. En el punto que expondré, sus historias están emparentadas. Emulando a Plutarco: *Vidas paralelas* de los malvados. Ambos desempeñaron funciones en la dictadura militar que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983. Durante ese período, Bussi sirvió al ejército y Patti, a la policía.

Con la recuperación de la democracia, fueron elegidos para ocupar diversos cargos locales y nacionales. Bussi y Patti resultaron electos diputados nacionales por las provincias de Tucumán (1999) y de Buenos Aires (2005), respectivamente. Ninguno pudo prestar juramento y acceder a su banca.

La Cámara de Diputados de la Nación rechazó sus incorporaciones acusándolos de «inhabilidad moral». La razón: la participación reconocida y probada en el terrorismo de Estado. El fundamento constitucional: los artículos 64 y 66 de la Constitución nacional. El artículo 64 establece: «Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez». El artículo 66 dispone: «Cada Cámara (...) podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus

4 Pastor, Daniel, *ob. cit.*, p. 48.

5 Pastor, Daniel, *ob. cit.*, p. 48.

6 Ramires Santoro, Antonio Eduardo et al., *Maxiprocessos como instrumentos de lawfare político: estudos sobre a instigação e a colaboração premiada na Operação Lava Jato*, Río de Janeiro, Pembroke Collins, 2021, p. 21. También puede verse: Ramires Santoro, Antonio Eduardo y Frias Tavares, Natalia Lucero, *Lawfare Brasileiro*, Belo Horizonte, Editora D'Placido, 2019.

funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación ...». La transcripción de las normas me ahorra cualquier explicación.

Aquí, es necesario aclarar que Bussi y Patti terminaron siendo condenados por crímenes de lesa humanidad, pero al momento de los comicios y de la toma del juramento no pesaba sobre ellos ninguna condena penal. También cabe decir que el régimen electoral prevé mecanismos de impugnación previos a la celebración de los comicios, pero las candidaturas fueron debidamente oficializadas. Así las cosas, los requisitos exigidos por la Constitución nacional se encontraban satisfechos.

A raíz de las presentaciones judiciales de Bussi y de Patti, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de analizar el alcance de las atribuciones del Congreso de la Nación para impedir que un diputado electo acceda al cargo. En los precedentes «Bussi»⁷ y «Patti»⁸, el tribunal afirmó que se trataba de una cuestión judicialable y que la Cámara de Diputados de la Nación no posee la facultad de valorar la idoneidad de los diputados electos, dado que es el pueblo el que lo hace al elegir a sus representantes. En suma, en la visión del tribunal, la democracia no admite guardianes correctores de la voluntad popular.

En el considerando décimo de la sentencia recaída en «Bussi», la mayoría reflexionó acerca de los peligros que entrañan ciertas decisiones mayoritarias:

Que no aplicar estas garantías y sostener que existe un poder para rechazar el título de toda persona que viola la ética republicana puede tener consecuencias gravísimas para el mismo sistema que se dice proteger. Los que hoy se consideran satisfechos porque comparten el criterio de la mayoría, pueden ser afectados por esas decisiones cuando cambien las proporciones. La historia enseña que las mayorías pueden tener momentos en que se aparten del buen juicio y del equilibrio, y en tales casos una persona puede ser excluida porque su comportamiento es contrario a la ética republicana. Una idea confusa en manos de una mayoría podría dar lugar a que una persona sea rechazada porque es anarquista, otra porque es socialista, otra porque se opone a un gobierno dictatorial, otra por motivos religiosos o de género. Los riesgos futuros son demasiados y la sabiduría aconseja la abstención.

Algo de razón tenía el tribunal. La historia se repite. En 2017, durante la presidencia de Mauricio Macri (2015-2019), la nueva mayoría oficialista de la Cámara de Diputados de la Nación intentó expulsar al diputado opositor Julio

7 *Fallos*: 330:3160, sentencia del 13 de julio de 2007. Mayoría conformada por el voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Argibay y Zaffaroni (voto concurrente). En disidencia votaron Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda.

8 *Fallos*: 331:549, sentencia del 8 de abril de 2008. Los jueces votaron igual que en «Bussi» y remitieron a sus fundamentos debido a la analogía.

de Vido por «indignidad moral», debido a numerosas denuncias por hechos de corrupción. Los votos no fueron suficientes para removerlo.

El diputado había sido ministro de los gobiernos de Néstor Kirchner (2003-2007) y Cristina Fernández (2007-2015). En 2015, de Vido fue electo diputado y asumió su banca. Luego de tres períodos presidenciales, el poder había cambiado de manos. Finalmente, en virtud de un requerimiento judicial, de Vido perdió su banca por el procedimiento de desafuero.

Entre el cielo y el infierno. En la novela *El club Dumas* (Arturo Pérez-Reverte, 1993), el investigador de libros extraños Corso (interpretado por Johnny Deep en la adaptación cinematográfica) se topa con las actas del proceso y muerte de Aristide Torchia, impresor del libro *Las nueve puertas del reino de las sombras* (Venecia 1666) que ocasionó su condena. Un testigo cuenta el episodio: «Subió al cadalso sin aceptar reconciliarse con Dios y guardaba silencio obstinado. Cuando prendieron fuego el humo empezó a sofocarlo. Desorbitó los ojos con grito terrible, encomendándose al Padre. Muchos presentes santiguábanse porque pedía clemencia a Dios en la muerte. Otros dicen que gritó al suelo, o sea a las entrañas de la tierra»⁹. Para algunos, encomendarse a Dios o a Lucifer puede que sea la única opción.

En fin, la exposición intenta poner en evidencia cómo una mayoría coyuntural puede utilizar y manipular el derecho constitucional para imponer un juicio moral respecto de personajes presuntamente inmorales. No se encuentra en juego la simpatía o el rechazo hacia nadie. Simplemente, se trata de la aplicación sin distinciones de reglas sustantivas que hacen a la esencia de la democracia y del Estado constitucional.

9 Pérez-Reverte, Arturo, *El club Dumas*, España, Suma de letras, 2000, p. 102. La película se tituló *La novena puerta* y fue dirigida por Roman Polanski (1999).

LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

Treinta años después

Coordinadores

LEANDRO ABEL MARTÍNEZ

LUCIANO DURRIEU



ALFONSO - ALONSO REGUEIRA - ALVADO - ÁLVAREZ ALONSO
BENCE PIERES - CARSEN NICOLA - CHACÓN - COLOMBANO
DOLABJIAN - DURRIEU - ETCHEVERRY - FLORES COLLAZO
FREEDMAN - GARCÍA - GASCUE - LÓPEZ ALFONSÍN - MARTÍNEZ
PENNELLA - REY - RIOS - RODRÍGUEZ - RUBIO - SPOTA - WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2025

MARTÍNEZ, LEANDRO ABEL

La Constitución reformada - Treinta años después / Leandro Abel Martínez;
Luciano Durrieu (Coord) 1a. edición especial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :
Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad de Buenos Aires, 2025.

272 págs.; 23x16 cm.

Edición para Asociación de Docentes UBA, Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales

ISBN 978-987-46364-4-7

1. Derecho Constitucional. I. Durrieu, Luciano II. Título.

CDD 342.02

Edición:

Edición de estilo a cargo de la Lic. Clarisa Analía Vittoni

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina