

Título: Traición a la patria - Traición a la Nación. Poderes de guerra en clave constitucional

Autor: Aquino Britos, Armando Rafael

Publicado en: Sup. Const. 2018 (marzo), 28/03/2018, 1 - LA LEY2018-B,

Cita Online: AR/DOC/3274/2017

Sumario: I. La interpretación constitucional.— II. La tipología constitucional.— III. La ubicación sistémica de los arts. 29 y 36 de la Constitución Nacional.— IV. Los bienes jurídicos constitucionales tutelados.— V. La norma de habilitación constitucional y diseño específico.— VI. Los poderes de guerra en la Constitución.— VII. El sistema de garantías.

#### I. La interpretación constitucional

La enorme repercusión de la decisión judicial adoptada por el Juzgado Federal N° 11 en la causa: "Timerman, Héctor y otros s/ encubrimiento", expte. 14.305/15 nos invita a analizar conceptos constitucionales que sobrevuelan la causa y nos obliga a recurrir a la hermenéutica. Se debe partir pues de una interpretación literal, en función de los términos que expresa el texto constitucional, "que consiste en apreciar el sentido con exclusiva referencia a los términos, a la letra del texto, sin ampliar ni restringir en modo alguno su alcance como enseña Linares Quintana (1); pero también auténtica, si es posible por el propio órgano que dictó la norma (o su modificación). Ello requiere una especial atención ya que "...las normas constitucionales presentan grandes diferencias respecto de las que no lo son. Se trata de normas de distinta naturaleza en virtud de la función que cumplen, que es, en términos generales, una función de ordenación de todo el sistema jurídico, cosa que no ocurre con las leyes, los decretos, las resoluciones de órganos administrativos, las sentencias y de toda otra norma jurídica, particular o general" expresa Manili (2).

Como toda norma, pero la constitucional más que ninguna, tiene vaguedad o textura abierta que remite al legislador para el cometido de su actividad cuando la misma, sea derechos (arts. 14 y 28, CN) o la disposición en códigos (arts. 75, inc. 12), tal los conceptos de traición a la patria, y traición a la nación y como la conjunción de los arts. 29, 36 y 119 de la CN, restringen derechos creemos que la interpretación debe ser sistemática, armonizante, y restrictiva en los alcances que la misma impone.

En primer lugar ya que la conjunción de los arts. 29 y 36 fulminan de nulidad los actos de fuerza contra gobiernos democráticos y la decisión de otorgar facultades extraordinarias o la suma del poder público del Legislativo al Ejecutivo. Anula el acto, mas no las consecuencias de la misma.

Cobra también relevancia el lugar donde el constituyente incluye la norma constitucional; su ubicación (parte dogmática o parte orgánica) y si es la sociedad la destinataria de la norma, orientada a protegerla y preservar la función pública como servicio y el bien jurídico tutelado por la norma constitucional que es el ordenamiento jurídico o institucional, el sistema democrático, dentro de lo que ubica el enriquecimiento ilícito doloso de los funcionarios, por un lado (arts. 29 y 36) u obra como límite a la potestad punitiva del estado (art. 119).

Es menester una interpretación dinámica donde la Constitución como norma superior tenga la gravitación propia de su fuerza normativa, con real vigencia sociológica y que tenga franca operatividad y plena eficacia.

De allí que apuntamos como error la interpretación transtextual gramatical de aplicar in totum el plexo normativo, de valores y de principios, válidos por cierto, pero que son propias para la persona singularizada en el ciudadano y traspolarlos al funcionario público que identifica la norma como sujeto activo de la comisión delictual de la previsión normativa constitucional de los arts. 29 y 36 de la Carta Magna, con el caso que prevé el art. 119 en los casos genéricos de "traición" desde lo constitucional.

Es no apreciar el claro distingo que hace el texto constitucional cualquiera sea el método interpretativo o la forma que se haga del mismo.

Además del mandato constitucional y su ubicación sistémica, entendemos que la Constitución tiene una "capacidad comunicativa" para alcanzar el mayor grado de fuerza normativa que está dirigida al conjunto social para que adquiera vigencia sociológica en la constitución material o real, construyendo una tipología específica.

En la génesis de tal tipología de la Constitución, en la parte específica se advierte la preocupación fundada en lo que Risso llama el cálculo de previsión "esto es que el órgano dotado de capacidad para instrumentar el poder, posee en su determinación el tener lo general como fin de su actividad...".

Lo grave es que "en la democracia representativa-sistema edificado encima de la voluntad general lugar donde se deposita la soberanía para luego delegársela a unos pocos, donde el individuo tiene el rol protagónico mediante el sufragio activo pero una vez agotado el mismo el sistema lo devuelve inmediatamente al regazo colectivo sustituyéndolo, el consenso resulta adulterado por la acción de persuasores ocultos que actuando con

finalidades propias enmascaradas en el bien común general lo que se ha denominado: democracia manipulada... la comunicación del orden, colabora a que los individuos acepten su condición y no se rebelen" (3).

Por ello es que se debe interpretar y aplicar correctamente la Constitución con todo el vigor de su fuerza normativa que irradia para todo el sistema político e institucional, y respetar el mensaje constitucional en la especie, donde las categorías inferiores no desnaturalicen el mandato y, más aún, no lo invaliden haciendo que la normatividad no confluya con la normalidad, pues esta parte del texto constitucional podrá estar vigente pero no ser efectiva, y mucho menos eficaz.

La arquitectura de la Constitución impone no solo un control vertical sino horizontal, dispone el control inter-órganos en lo que hace a los órganos que constituyen el poder, pero también el control social, el escrutinio reservado a los ciudadanos que deben hacerlo, a través del derecho y la justicia como órgano de aplicación del mismo en este caso.

En otro orden de ideas, las catástrofes sociales ponen en vilo al Estado mismo, a su existencia como tal, y para preservarlo, no se necesita de una acreditación de un "estado de necesidad", tal la situación del terrorismo como fenómeno, y ello obliga a la respuesta estatal que se diera por sus cauces naturales: la ley.

En la misma situación ponemos la defensa del orden constitucional, del sistema democrático cuando su funcionamiento está siendo jaqueado o socavado en sus cimientos por la corrupción; verdadero cáncer del sistema, ya que afecta, lesiona, altera y restringe los derechos fundamentales por la insatisfacción de los derechos de salud, seguridad, justicia, educación, y desde luego, impide la concreción de derechos sociales y asistenciales que ofician como "letra muerta" en los textos constitucionales.

Creemos que estas situaciones están contempladas en nuestra Constitución Nacional, por ello merece un abordaje teórico prescriptivo y descriptivo; mas desde el punto de vista punitivo y la validez, efectividad y vigencia de las normas que regulan el tema y el resultado efectivo de ello.

a) La traición a la patria: la Constitución Nacional prescribe en su art. 29 señala: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

El art. 36 de la Constitución reformada en 1994 dispone "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas".

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función."

b) La traición a la nación en art. 119 de la CN dice "La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado...".

Interpretando armónicamente el art. 36, podemos inferir que completa la defensa de la soberanía nacional (art. 119) de la soberanía popular, la forma republicana de gobierno y el imperio de la ley (art. 29); consagrando la defensa del orden constitucional, del sistema democrático y que los delitos de corrupción que conlleven enriquecimiento se equiparan a éstos; los que ya fueron equiparados a la traición a la patria (art. 36, párr. 2°).

¿Puede la obligada defensa de estos valores y bienes jurídicos constituir un plexo de garantías innominadas de carácter colectivo si no actúan los remedios estatales para la defensa del orden constitucional y el sistema democrático? ¿Acaso no tiene derecho-garantía el ciudadano para hacerlo?

Necesariamente debemos analizar a la sociedad como un ente diferente de cada individuo, al sistema

democrático y el orden constitucional desde un ángulo distinto al que analizamos los otros derechos fundamentales ya que el orden constitucional y la democracia es la base de sustentación del resto de los derechos fundamentales.

Es necesario advertir que los arts. 29 y 36 son —dentro de la parte dogmática— los únicos que expresamente consagran mandatos taxativos en defensa de las instituciones de naturaleza republicana, el orden constitucional y el sistema democrático a los que anexa y equipara los delitos de corrupción.

## II. La tipología constitucional

Creemos que la conjunción de los arts. 29, 36 y 119 importan una tipología específica para determinadas situaciones constitucionales: la traición a la Nación y la traición a la Patria.

El art 119 de la CN. "La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándole ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado...".

La contundencia de los términos de "traición a la Nación" tipificados de esta manera, impropia de un texto constitucional, halla su fundamento en una garantía superior "limitar el poder de la ley inferior a los términos de la definición constitucional, para evitar que ni ella, ni los jueces, puedan ultrapasar los límites marcados, fijando una clara división entre legislar y de administrar justicia" enseña Joaquín V. González (4).

El término "únicamente" es la limitante para definir en qué consiste la traición a la Nación, un sentido limitado y estricto y fluye, como garantía de ella, su propia definición, de la legalidad de la pena, y de la personalidad de ella y de la infamia, apunta acertadamente Núñez (5), glosando el delito específico que recepta el art. 214 del Cód. Penal ubicado dentro del tít. IX "Delitos que comprometen la seguridad de la Nación".

Bien expresa este autor que "a diferencia de la Constitución norteamericana donde el delito de traición es concebido de manera más amplia abarcando el ámbito interno, donde se procura cambiar el gobierno o las leyes, la Constitución Nacional apunta a la seguridad de la nación incriminando a quien aporte al poder bélico del enemigo en contra de la situación bélica del país" (6).

Es que para las otras formas delictivas la propia Constitución en su art. 29 —con su impronta histórica— califica y define de manera diferente. Estos son los traidores a la Patria.

El presupuesto factico para el delito de traición a la Nación es: tiempo de guerra, tomar las armas contra la Nación, unirse a los enemigos, con la modalidad establecida en la norma constitucional.

Por eso tenemos que advertir que no resulta menor la ubicación sistémica del delito de traición a la Nación, y por otro lado el delito de traición a la Patria, conforme surge de la propia Constitución Nacional. Sin embargo, la definición de traición en el texto constitucional se presta a equívocos.

Gelli en principio distingue esta situación al expresar "tomar las armas contra la Nación no incluye alzarse contra su gobierno, o contra las instituciones democráticas, pues ello constituiría el delito contra el orden constitucional, sancionado de modo más grave por el art. 36 de la Constitución" y más adelante señala que "la segunda alternativa de traición a la patria se daría ante la unión con el enemigo prestándole ayuda —información, recursos, cobertura logística— aunque no se emplearen armas contra la Nación —sus fuerzas de seguridad, sitios estratégicos, recursos asignados a la defensa, servicios esenciales a la comunidad— o dándole socorro —asistir a los enfermos, facilitar el repliegue o huida— aunque la asistencia a los enfermos y heridos puede justificarse en razones humanitarias" (7).

Sagüés toma el término "traición" (8) de manera genérica y refiere a que la Constitución la trata de manera interna (arts. 29 y 36) y externa (art. 109 ex 103) ya que analizó esta cuestión antes de la reforma constitucional de 1994, la glosa es sobre el antiguo art. 103 —hoy 119— y más allá de la erudición de la fundamentación creemos que la traición a la patria integra las garantías constitucionales, mientras la traición a la nación es un límite que los constituyentes le impusieron a los poderes constituidos, en particular poder judicial.

Mientras el art. 29 tiene una raíz histórica profunda de nuestro proceso constitucional, Sagüés refiere que el concepto de traición a la nación "...no figuraba en el proyecto de Alberdi, sino que es tomado del art. III, sección III, de la Constitución de los EE.UU., el que expresa: "la traición contra los Estados Unidos consistirá solamente en tomar las armas contra ellos o en adherir a sus enemigos prestándoles ayuda y facilidades".

La correlación entre ambos textos es tan manifiesta, que vale la pena tener presente la razón de su inclusión en la Constitución norteamericana. Joseph Story recuerda que la traición es el mayor de los crímenes posibles de cometer en una sociedad civil, y suscita reprobación y odio general, de tal modo que el acusado (justa o injustamente) de cometerlo, se expone siempre al desprecio público. De ahí pues que sea esencial dar una

definición exacta de la "traición", porque de no hacerlo, advertía Montesquieu, "bastaría una mala definición del crimen de alta traición para conducir a un Gobierno a lo arbitrario".

La referencia del delito de traición a la nación en la forma y modo con que fue concebida por los constituyentes de 1853 le hace decir a Ekmekdjian que este tiene un origen anglosajón y tenía la intención de limitar el poder punitivo sobre los bienes de la persona condenada y evitar los abusos propios de la corona en aquellos tiempos, pero refiere que nuestro art. 119 se apartó de su fuente norteamericana y nada se dice sobre la confiscación de bienes pero limita la infamia o la pena a los herederos del delincuente; además de limitar la traición únicamente a las conductas descriptas en el propio texto: tomar las armas contra ella o unirse a sus enemigos prestándole ayuda o socorro. "Es discutible si para la configuración del delito de traición contra la Nación debe existir o no un estado de guerra internacional en el cual nuestro país participe como beligerante. Desde el momento que en tomar las armas contra la república consiste en combatir contra nuestro país, parecería que en ese caso es necesario un estado de beligerancia contra un estado enemigo. En tal sentido, los ataques guerrilleros y terroristas que no puedan conectarse con un estado de beligerancia y, en ese caso, con el estado enemigo, pareciera que no encuadran en la conducta perseguida... el hecho de prestar cualquier tipo de ayuda a los enemigos de la república depende de la definición de enemigo, lo que puede suponer casus belli contra nuestro país seguido de operaciones militares con o sin declaración de guerra..." (9). Se inclina por la interpretación restringida ya que "enemigo" es el contrario en una guerra, lo cual presupone que debe existir un estado de guerra entre nuestro país y otro estado.

Esta situación trasladada a otras disciplinas jurídicas obliga a la toma de posiciones. Respecto del delito de traición a la nación, Donna (10) refiere bien una cuestión: "la expresión heredada 'solo' no deja lugar a dudas, de modo tal que el comentario se hará solamente respecto del texto constitucional y es de esperar que los jueces sigan el mismo ejemplo" ello es así ya que afirma Soler (11) y coincide Creus que la norma punitiva consagra tres hipótesis: 1º tomar las armas contra ella; 2º unirse a sus enemigos, 3º prestarles ayuda o socorro.

Surge pues del texto constitucional un claro distingo entre traición a la Nación, claramente precisada en el art. 119 y traición a la patria que surgen de los arts. 29 y 36 de la CN. En este sentido Gelli dice: "la constitución no indica quienes podrían cometer el delito de traición a la patria, pero es evidente que todo ciudadano nativo o por opción o naturalización podría incurrir en la conducta descripta en el tipo penal si se armonizara la disposición del art. 119 con el deber de armarse en defensa de la patria y de la constitución, que establece el art. 21 de la ley fundamental", entendemos que tal afirmación es cierta en cuanto a calificar un hecho como traición a la Nación, más para la comisión de los delitos de la traición a la Patria, la Constitución Nacional, prima facie señala quienes pueden ser las personas que cometan este delito, y son funcionarios públicos.

Del art. 29 surge claramente que tales conductas reprochadas solo la pueden cometer quienes concedan los poderes tiránicos. Sólo lo pueden hacer los funcionarios públicos; luego el art. 36 amplía el espectro del accionar lesivo contra el orden constitucional, el sistema democrático y establece la perdurabilidad del orden democrático y sistema institucional; la nulidad de los actos; el derecho de resistencia a la opresión, etcétera; y anexa a estos la comisión del delito de enriquecimiento doloso del funcionario público.

Magistralmente dice Bidart Campos "...el art. 29 da cobertura constitucional a tres bienes jurídicos que, de ese modo, reciben tutela penal. Son éstos: la vida, el honor, y las fortunas (en plural) de los argentinos. El delito que el citado art. 29 tipifica describe conductas por las cuales aquellos tres bienes jurídicos (vida, honor, fortunas) quedan a merced de gobiernos o de alguna persona. Hay un doble autor posible del delito: uno es el congreso federal; otro es cada legislatura de provincia. Lo que se incrimina es la concesión al Ejecutivo ¿nacional? o a los gobernadores provinciales de ¿facultades extraordinarias?, o de la ¿suma del poder público? y el otorgamiento de ¿sumisiones o supremacías?..." (12).

El mandato constitucional deja supeditado al diseño de la política criminal por parte de los poderes constituidos el diseño normativo de las conductas que serán objeto del reproche penal.

Han sido los propios constituyentes quienes caracterizan a la concesión de poderes tiránicos atribuyendo tal responsabilidad y la pena de "los infames traidores a la patria, mas sin la precisión del art. 119".

El art. 119 —traición a la nación— tiene la tipificación de la conducta en la propia constitución y encomienda al congreso solo establecer el monto de la pena. En tanto los delitos de traición a la Patria si bien diseñan el núcleo comisivo básico, delegan la conformación delictual al congreso nacional para que este fije claramente la acción típica y las consecuencias de ésta.

Va de suyo, entonces, que de una atenta lectura de la constitución apreciaremos que, en principio, los autores del delito de traición a la patria (art. 29) deben ser funcionarios públicos. Advuértase la ubicación de estas conductas en el texto constitucional, en tanto que traidor a la Nación es más amplio en cuanto al sujeto activo comisivo de la felonía.

## II.1. La Nación y patria como conceptos distintos

Podemos inferir que los constituyentes tuvieron claro que son dos conceptos distintos. El término nación está tomado a la población como unidad política dotado de una cohesión cultural y natural; a los elementos de raza, lengua, costumbres, religión, etcétera, se le suman la historia común, el proyecto a futuro buscando un destino común que demuestra la voluntad de mantener la existencia de dicha categoría política.

El término "nación" viene de nascor, o nătío, nacer, y que es la expresión del nacimiento de dicha entidad diferente y diferenciada de las demás comunidades.

Se lo sintetizó al concepto de nación como "un lazo de parentesco espiritual, una forma de sociabilidad, un ligamen entre individuos que reconocen una serie de factores comunes en la estirpe, no es más que un hecho social, aunque con caracteres comunes más fuertes y una filiación biológica y cultural" (13) concluye citando varios autores.

En tanto que "patria", viene del latín patrius, que es la tierra de los padres, y tiene que ver con el suelo de los ancestros, tiene un vínculo emocional, un sentimiento de arraigo y amor por el terruño que se denomina patriotismo. Es el suelo, sus instituciones y su pueblo lo que, seguramente, tomaron los constituyentes para elaborar estas dos categorías distintas.

En términos de los elementos imprescindibles que hacen al Estado (territorio, población y poder articulados por el derecho) el vínculo más fuerte de la nación es con la población, en tanto que patria lo es con el territorio.

Por ello es que los arts. 29 y 36 protegen el sistema democrático, la forma republicana de gobierno, el sistema institucional como garantía de todos los ciudadanos; en tanto que el art. 119 está dentro de las atribuciones del poder judicial, pero como un límite claro tanto para el congreso como para este otro órgano que conforman los poderes constituidos.

Por ello sostenemos que mientras la traición a la patria es una definición que está dentro del acervo de derechos, declaraciones y garantías, la traición a la Nación es un límite que los constituyentes le impusieron a los poderes constituidos.

La equiparación que señala este mandato, art. 29, inserto en la parte dogmática de la constitución, a las responsabilidades y penas de la traición a la patria, derivando la precisión del tipo penal a nuestro catálogo punitivo que lo recepto en los arts. 226 y ss., que fueron reformados por la ley 23.077 de 1984 —denominada ley de defensa del orden constitucional y la vida democrática—.

Antes de referirnos a estas figuras es preciso detenernos en la claridad meridiana que en este sentido aporta Soler expresando que su punto de vista no es una construcción abstracta ni histórica, sino que "es la teoría que corresponde al sistema político de nuestra constitución. El Código Penal como un conjunto de normas punitivas solamente cobra sentido en la medida en que aquella se inserta en la Constitución. En materia de delitos políticos el código no da, ni la interpretación puede hacerle dar, un solo paso más allá de la norma que es fuente única de su validez..." (14). Es la constitución.

La ley 23.077 introdujo un nuevo esquema en el Código Penal; que antes regulaba la "rebelión" el alzamiento militar y la concesión de poderes tiránicos, adquiere una nueva dimensión: el alzamiento —con los perfiles que le impone la agravante— se especifica como atentado al orden constitucional y se receptan dos modalidades de la conducta del atentado; el consentimiento de la quiebra del orden institucional y la asunción de funciones después del hecho de fuerza. La vieja figura de la rebelión es suplantada por la defensa del orden constitucional y la vida democrática con un capítulo que queda sistematizado de la siguiente forma explica Donna: "1°) el art. 226 prevé la llamada rebelión, o alzamiento en armas con las distintas agravantes, 2°) la amenaza de rebelión del art. 226 bis, 3°) el art. 277 tipifica la llamada concesión de poderes tiránicos, 4°) el art. 277 bis legisla el consentimiento del estado de rebelión, 5°) el art. 227 ter, las agravantes genéricas; 6°) la violación del patronato, en el art. 228" (15).

Esto se superó con la reforma constitucional de 1994 que produjo transformaciones institucionales significativas que gravitaron en nuestra vida, producto de un nuevo universo de valores que diseñaron nuevas instituciones, más controles, y nos dejaron un abanico de derechos y garantías que sepultaron viejas críticas en torno a la forma y modo de concebirse y realizarse esta reforma a la luz del viejo texto constitucional de 1953/1960.

Lo cierto es que la "traición" es considerada como conducta delictiva (y) constituye un "delito constitucionalmente impuesto" por la Constitución Nacional argentina. Se trata de un ilícito que al igual que los agrupados en todo el tít. X y el tít. XI del Cód. Penal, "...va dirigido contra el Estado mismo, considerado en general, como organización o cuerpo político; afecta las bases constitucionales y la integridad territorial. Se trata de delitos no sólo dirigidos contra el Estado, sino propiamente de delitos que tienden a afectarlo como ente

político, situación que deriva del principio de soberanía nacional, que excluye la injerencia de terceros Estados en la toma de decisiones de contenido político-internacional" explica Tazza (16).

Para la más calificada doctrina penal el delito de traición a la nación está descrito en el art. 214 del Cód. Penal (siguiendo el únicamente que prescribe la constitución) en tanto que la traición a la patria está descrito en los arts. 227 y ss. del Cód. Penal que sanciona con las penas establecidas por el art. 215 para los traidores a la patria "...a los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quedan a merced de algún gobierno o de alguna persona" (art. 29, CN).

Se trata de un delito que afecta en este caso al bien jurídico tutelado especialmente como el orden constitucional y los poderes públicos, derivado esta vez del "imperium" propio de todo Estado de establecer un orden jurídico coactivo interno, y que persigue el fiel respeto de elementales principios constitucionales, como en el caso específico, la división de poderes y el ejercicio de las facultades y prerrogativas que a cada uno de ellos le otorga el texto constitucional, y solo secundariamente la protección individual en la medida en que se podría "dejar todo en manos de una sola persona".

Independientemente del análisis particular de todos los elementos constitutivos de este delito, cabe señalar primordialmente a los fines de la tarea emprendida en este trabajo, que el único sujeto activo que puede cometer este delito según el tipo penal comentado es el legislador nacional o provincial" pero después se amplía a los delitos de sedición que tiene la finalidad de regular la garantía federal del art. 6º y el art. 22 de la CN que expresa "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete el delito de sedición", conforme fuera concebida por la ley 23.077, finalidad a la que luego se le diera jerarquía constitucional con la tutela al orden constitucional y el sistema democrático dispuesto en el art. 36 por la reforma constitucional de 1994.

Más aún, a nuestro juicio (17), creemos que queda pendiente una reforma en materia penal que ubique al delito de enriquecimiento ilícito (art. 268[2] Cód. Penal) como delito contra el orden constitucional y sistema democrático conforme este mandato, y no como delito contra la administración pública, como fue concebido antes de la reforma constitucional de 1994 y conforme este mandato constituye un delito propio de traición a la patria.

### III. La ubicación sistémica de los arts. 29 y 36 de la Constitución Nacional

No es casual que los constituyentes originarios, como los reformadores de 1994, hayan ubicado estos derechos colectivos que tiene la sociedad para garantizar la forma republicana de gobierno del art. 1º en función del 33; impedir la concesión de poderes tiránicos a una persona, como toda otra distorsión del sistema de gobierno; dentro de la parte dogmática de la constitución.

Más allá de los problemas de sintaxis, la fórmula del art. 36 tiene una impecable definición de la forma y modo en que se defiende el sistema democrático y el orden constitucional, que complementa el art. 21, ya que efectiva y realmente menciona de manera concreta el derecho de la resistencia a la opresión que siempre estuvo dentro de los llamados derechos no enumerados.

La vieja concepción para las emergencias institucionales hizo que desde el Estado o los poderes constituidos la respuesta estatal o legal que se diera fuera ineficaz o insuficiente, y utilizado de manera distorsiva por los gobiernos de turno.

La bondad de la recepción constitucional tiene fundamento en lo que claramente explica Haberle "en la democracia pluralista, todos los ciudadanos son guardianes de la constitución" (18), refiriendo bien que lo que antes se reservaba a un órgano de los poderes constituidos, pasa a ser un asunto de todos, todos deben defender la constitución, pero advierte "no obstante el perfeccionismo de estas buenas intenciones es preciso recordar que, en última instancia, una constitución solamente puede ser protegida políticamente o en la profundidad cultural; si bien los instrumentos jurídicos son importantes, solo son eficaces cuando todos poseen una voluntad de constitución y ésta desenvuelve duraderamente su fuerza normativa.

Resulta más que evidente que este derecho de todo individuo a la defensa del orden constitucional y sistema democrático reposa en su calidad de titular de la parte alícuota de su soberanía popular, y como integrante del cuerpo social tiene el derecho de resistencia a la opresión que hace a la esencia de la persona.

Algunos Estados la regulan positivamente, otros dejan librado a la libertad de las conciencias, capaz de provocar la resistencia o desobediencia civil y se advierten en las sociedades del cambio de tales luchas, algunas lideradas "...por grandes figuras Mahatma Gandhi, Martin Luther King o Nelson Mandela. También grupos

como Amnesty internacional, Robin Wood o Greenpeace recurren a la doctrina de la desobediencia civil para justificar la violación limitada de las reglas... más en un orden democrático solo puede darse el derecho de resistencia en un sentido conservador..." apunta Haberle (19), esto es para mantener el sistema y los ocupantes del poder deben estar atento al contenido de sus actos y actuar con una "alerta temprana" ante el mal humor social o la marcada ilegitimidad de sus medidas.

Lo cierto, real y concreto que este sistema de derechos que consagra la primera parte del art. 36 se asienta en el derecho de resistencia a la opresión y a la defensa de cada ciudadano de su parte alícuota de la soberanía popular.

Ello es así ya que "la configuración de un derecho de resistencia supone por lo tanto la separación entre poder y derecho que permita a un particular, a un conjunto de particulares o a un pueblo desobedecer el poder ilegítimo o las actuaciones del poder no conforme al derecho. Lo anterior implica que la juridicidad no se agota en el poder constituido sino preserva su origen ciudadano y que la ley positiva no es la única norma reguladora de la vida social" precisan Ferrari y Tarzia (20).

Como en magistral síntesis lo señala Bidart Campos "el derecho de resistencia a la opresión es el derecho a la legítima defensa del pueblo contra la tiranía en salvaguardia del bien más valioso: la libertad" (21).

¿Cuál será la acción que enerva entonces este derecho? ¿Importa el derecho de resistencia a la opresión, por más que se manifieste en forma gradual y responda a la intensidad de la lesión o perturbación de los derechos ejercida desde el poder, un derecho subjetivo?

Lo cierto es que el art. 36 de la CN es un derecho y obligación, ya que el avance de la ciencia del derecho constitucional reconoce del derecho en los términos expresados supra, pero no emerge un derecho subjetivo concreto y tampoco existe respuesta ya que aparecen estos supuestos de "obligaciones carentes de coacción y sanción, o insusceptibles de generar responsabilidad, o desconectadas de toda exigibilidad... mas se podrá alegar que, tomada in totum, la constitución formal incorpora suficientes medios de coerción y coacción para su eficacia; pero si en el bloque normológico individualizamos norma por norma y obligación por obligación, volveremos a corroborar que algunas quedan exentas, por manera que, entre las eximidas, cada una mantiene su esencia jurídica sin aditamento de la mentada coerción o coacción... que el techo constitucional verifique normas y obligaciones sin coacción no nos hace abdicar de la recomendación de progresar científica y técnicamente en el derecho constitucional para ir encontrando cada vez más formas de compulsión o de sanción, que dejen sitio cada vez menor a las obligaciones hoy inexigibles. Y ello porque, aun cuando no siendo la coacción un elemento esencial del derecho, es conveniente articular dispositivos que posibiliten su uso para asegurar su eficacia" (22).

La importancia superlativa de este segmento de la Constitución Nacional es manifiesta ya que claramente se ubica dentro de la parte dogmática como reconocimiento a la existencia de derechos concretos, pues bien, ¿qué acciones surgen de ella que puedan enervar los ciudadanos? O ¿existe una remisión de la problemática que puede surgir del incumplimiento por parte de los poderes constituidos o de un sector de la sociedad que actúa de manera ilegal, una remisión lisa y llana al derecho penal?

Va de suyo que no existe garantía específica y concreta; mas existe este bloque de principios, valores y normas constitucionales que merecen pasar del plano normológico al sociológico cuando la situación lo amerita.

#### IV. Los bienes jurídicos constitucionales tutelados

El art. 29 de la CN tiene sin dudas una inocultable raíz histórica que impone como premisa la imperatividad de no conceder facultades extraordinarias o la suma del poder público como un modo y forma de evitar las dictaduras legales, dicho de modo positivo, tiende a asegurar el Estado de Derecho material.

Gelli precisa que las "facultades extraordinarias implican el ejercicio de las funciones judiciales, y la suma del poder público, la concentración y todo el poder a una persona. Al otorgar las primeras abre el camino a las dictaduras, con la segunda ya es una dictadura" (23).

Quiroga Lavié cita un fallo de la CS donde se ha dicho que "la tracción a la patria como consecuencia de la concesión de facultades extraordinarias se generará cuando se intente reemplazar el régimen constitucional de libertades reglamentadas, por la dictadura o tiranía" (24) y señala "la constitución califica el delito previsto en el art. 29 como ¿traición a la patria?, en tanto que el art. 119 se habla de ¿traición a la Nación? son claramente dos tipos delictivos distintos, el primero implica la suma del poder público o facultades extraordinarias, en tanto que el segundo ¿solo? consiste en tomar las armas contra la Nación, o unirse a sus enemigos" (25).

La CS después de la reforma constitucional analizando esta parte pertinente del texto constitucional señaló "...el art. 29 de la CN sanciona con una nulidad insanable aquellos actos que constituyan una concentración de funciones, por un lado, y un avasallamiento de las garantías individuales que nuestra Carta Magna tutela, por el

otro. La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la suma del poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza. El gobierno llamado Proceso de Reorganización Nacional, invocando razones de aquellas índole, usurpó el poder y subordinó la vigencia de la Constitución Nacional al cumplimiento de sus objetivos" (26).

La prohibición de que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quede a merced de gobierno o persona alguna impone límites claros al Congreso, entre ellos la facultad de amnistiar, como entiende Sancinetti "...cualesquiera que fuesen los límites del art. 29 de la CN en su relación con el más estrecho art. 227 del Cód. Penal —en lo que se refiere a la descripción y punición de la 'conducta típicamente prohibida'—, en cualquier caso el Congreso carecería de facultades para amnistiar el ejercicio de la suma del poder público, el ejercicio en definitiva del poder tiránico, en la medida en que en este ejercicio fueran cometidos delitos por los que 'la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaran a merced de los gobiernos o persona alguna'. Por ende, cuando los actos ejercidos por el poder omnímodo fuesen delictivos conforme a la ley penal por su propia configuración (homicidios, asesinatos, torturas, privaciones de la libertad, etc.) sería imposible amnistiarlos" (27).

Resulta claro entonces que la protección al sistema institucional, a la división de poderes, está protegido en función de la tutela que la Carta Magna irradia y garantiza a los derechos fundamentales; tal la vida, el honor, la integridad de las fortunas, que configuran la dignidad humana como finalidad perseguida por el Estado de derecho.

El art. 36 que complementa y completa el art. 29 de la CN fue cuestionado en principio ya que la reforma del Código Penal ya había producido significativos cambios al respeto, mas ello fue refutado por Rosatti quien preciso que "...la inclusión es lógica porque cierra un circuito de completividad. Con la reforma aprobada, la constitución contiene —desde la perspectiva que analizamos— tres tipos de normas, las normas que dicen lo que está permitido, exigido o tolerado y lo que está prohibido; las normas que dicen lo que hay que cambiar una trama de lo lícito y lo ilícito (mecanismo de reforma de la constitución) y las normas que dicen que ocurre si se modifica el primer tipo de normas sin seguimiento del segundo tipo de normas..." (28). La usurpación no significa la pérdida de la vigencia de la constitución; sus actos son nulos, existe sanción para los actores y cómplices de tal acto, y son considerados como traidores a la patria e inhabilitados a perpetuidad y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Avanza en la persecución penal imponiendo el criterio de política criminal expresando que estos delitos serán imprescriptibles.

La clara caracterización del modelo del Estado democrático de Derecho se ve materializada con la llamada cláusula ética que fuera impulsado por el Convencional Cafiero, (expte. 13, p. 3 del Boletín de Proyectos ingresados nro. 1) quien califica al funcionario corrupto como "enemigo del sistema democrático diferenciándolo del delincuente común como expresa Rosatti (29). Con los argumentos y definiciones que ya lo expusimos, mas Gelli entiende que el delito de corrupción no se tipifica constitucionalmente y deja librado al diseño legal que determine el congreso y no califica severamente con inhabilitación al funcionario que comete el ilícito como si lo hace en la primera parte del art. 36 (30).

#### V. La norma de habilitación constitucional y diseño específico

Es evidente que la Constitución ordena y sistematiza en forma diferente esta parte de la dogmática jurídica distinguiendo a los funcionarios por un lado y al ciudadano común, destinatario y protegido por la norma constitucional, por el otro; y habilita dentro del margen especial del diseño constitucional a su reglamentación. Para ello creemos que la norma inferior para su validez debe seguir la habilitación constitucional de los arts. 29 y 36 de donde surge que la norma de habilitación constitucional, que es aquella como caracteriza Vanossi como predicción de validez o de no impugnación por los órganos comunes señalando que "...en definitiva la habilitación equivale a no impugnación, a la imposibilidad de impugnación; y esta es la acepción máxima del concepto de habilitación como hecho jurídico inatacable, vale decir que un hecho de postulación no puede ser destruido por otro cuyo sentido se opone al del primero..." (31).

En la especie por este mecanismo se efectúa una reserva de ley dispuesta por la constitución ya que es la "soberanía del constituyente la que decide cuales son las materias que forman la reserva de ley, sin que se pueda salir a objetar el criterio utilizado en esa instancia", explica Quiroga Lavié (32). De allí el error en no comprender que esta especie de normas constitucionales que habilitan al derecho penal constitucional para regular la cuestión mencionada deben cuidar la diferencia específica que surge de la norma constitucional en función de los bienes, valores y principios que emergen de ellos y que dan la nota a la particular recepción legal en las leyes penales que diseñan la especie.

No es lo mismo el derecho penal del ciudadano, que el derecho penal del funcionario público, ya que son

distintos los ámbitos de desenvolvimiento, distinta la función, y distinto los bienes jurídicos tutelados.

La característica, hasta se podría decir el propio linaje de esta norma, configura lo que Jakobs llama una "norma de flanqueo" ya que su "misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales", ya que deviene en un elemento imprescindible para el desenvolvimiento de la vida social, cuya importancia es de tal entidad que ya al poner en peligro —sin conmovir realmente— su existencia es considerada en sí delictiva" apunta Polaino-Orts (33).

La diferencia la marca y señala la propia constitución; la norma penal pues debe cuidar la diferencia que marca y señala —aunque limita— la norma superior habilitante.

En tanto que "la traición a la nación" es una norma limitante que oficia como garantía al ciudadano poniendo límites a la acción punitiva del estado y en consecuencia la habilitación constitucional al legislador ordinario tiene límites claros y precisos y se refleja en el art. 214 del Cód. Penal.

#### VI. Los poderes de guerra en la Constitución

Es uniforme la doctrina constitucional —y penal— en señalar que para que se dé el presupuesto de la comisión del delito del art. 214 y ss. del Cód. Penal requiere una situación fáctica notoria e indubitable: el *casus belus* que señalaba Ekmekdjian.

El art. 99 inc. 15 señala que el poder ejecutivo "declara la guerra y ordena las represalias con autorización del congreso" en tanto que en el inc. 16 dispone "declara en estado de sitio uno o varios puntos de la nación, en caso de ataque exterior y por término limitado, con acuerdo del Senado, En caso de conmoción interior sólo tiene facultad cuando el Congreso está en receso, porque esa atribución le corresponde a ese cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el art. 23".

Está claro entonces que esta situación "guerra", "ataque exterior" o "conmoción interior" solo puede ser calificada por el Ejecutivo Nacional, el Senado de la Nación o el Congreso de la Nación según corresponda; a los jueces solo le corresponde analizar el hecho después que los poderes constituidos han procedido al dictado del acto que amerite su intervención y comprender la finalidad del mismo con el hecho concreto que amerita su intervención.

"Si bien la declaración de guerra fue un requisito para el inicio de las hostilidades, la historia de este siglo ha demostrado que la declaración de guerra ha desaparecido de la comunidad internacional. En efecto se inician las hostilidades sin intervención del congreso, simplemente por una orden ejecutiva del presidente, como comandante en jefe de las fuerzas armadas y tales hostilidades, originan represalias y retorsiones que terminan finalmente en hostilidades abiertas" explica Ekmekdjian (34).

La CS tiene señalado al respecto que "el estado de guerra comienza en el momento de la declaración de ella, aunque la lucha militar no haya comenzado, y subsiste mientras no se haya formalizado la paz" (35) puesto que "la declaración de guerra faculta a los órganos de gobierno que deben conducirla, ejecutiva o legislativamente, a realizar todo lo necesario que no esté expresa o indudablemente prohibido por la legislación del país, hasta donde lo permitan u obliguen las necesidades militares y los intereses político-económicos conexos con aquellos" (36).

En la actualidad, la "Declaratoria de guerra" se concreta mediante un documento formal. En este sentido, en la mayor parte de la normativa constitucional latinoamericana, puede observarse que se siguen diversos modelos para hacer la "Declaratoria de guerra": a) El modelo en el que es un acto conjunto del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; b) El modelo en el que el Poder Ejecutivo tiene la potestad de hacer la declaración, de forma excepcional, sin la participación del Poder Legislativo, cuando este se encuentre en receso; c) El modelo en el que el Poder Ejecutivo actúa por sí mismo, sin participación del Poder Legislativo; d) El modelo en el que es el Poder Legislativo el que declara la guerra por sí mismo, sin participación del Ejecutivo" (37).

Diferente es la situación con los actos de terrorismo que están penados por la legislación nacional como internacional y tal situación es analizada por Muñoz Conde quien se formula interrogantes sobre si el fenómeno del terrorismo puede ser asimilado a crímenes de guerra ya que entre varios interrogantes se formula uno relevante ya que "...es también problemático considerar como actos de guerra a los actos de terrorismo cometidos por individuos vinculados con grupos organizados, cuando esos grupos no están afincados en un territorio específico sino dispersos por todo el mundo...". Para concluir que "...¿Es todavía posible encontrar en nuestras sociedades democráticas un lenguaje común, una terminología común que facilite la vigencia de principios compartidos de confiabilidad y políticas conjuntas frente a la lucha contra el terrorismo y que respete al mismo tiempo los derechos humanos?".

Si la respuesta es afirmativa, entonces no veo ninguna posibilidad de ubicar un "Derecho Penal del Enemigo" sea en el sistema de derecho penal nacional, sea en el sistema del derecho penal internacional. De

modo que en tiempos de guerra como en tiempos de paz, no necesitamos un derecho de la guerra especial, o un derecho penal internacional o nacional especial para castigar satisfactoriamente los ataques masivos a las poblaciones civiles, solo necesitamos la aplicación de la regla del imperio de la ley, sea en el derecho penal interno como en el internacional. Pero una ley que resguarde algunos principios y el esencial reconocimiento de derechos humanos fundamentales establecidos en las constituciones democráticas y las Convenciones Internacionales" (38).

Los actos de terrorismo son "las acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor, y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas" dice el art. 1º de la ley 25.241 que en algunos aspectos fueron modificados por la ley 26.734, ergo, el juez puede calificar actos y hechos como terroristas y juzgarlos como tal, pero declarar, decretar o definir actos de guerra son distintos ya que ello le compete a los poderes políticos, Ejecutivo y Senado, de ser actos de guerra como los califica el juez debieron ser estos declarados por los otros poderes públicos y no calificados por el poder judicial, y haber puesto en operaciones a la actividad estatal conforme la ley de Defensa Nacional 23.554, haber movilizad o a toda la estructura del sistema de defensa nacional (arts. 9º y ss.) convocado al consejo de guerra, al congreso, etc., cosa que no sucedió con estos dos actos aberrantes y luctuosos que merecen todo al más fuerte y firme rechazo y reprobación y que nos afecta a todos como sociedad.

Pero ello no debe realizarse con menoscabo al mandato constitucional y menos aún a las garantías que tienen los ciudadanos ante los poderes constituidos, desde el más ilustre a los más humildes de los ciudadanos.

#### VII. El sistema de garantías

Estas son "las técnicas previstas en el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional" (39). En última instancia ella las efectiviza, pues de este modo concreta los derechos fundamentales.

No se trata solo la defensa de algún derecho, sino de todos; pero también garantía del sistema institucional mismo puesto que la "preservación y garantía de los derechos vitales es condición indispensable para la convivencia pacífica, para garantizar la intangibilidad de estos derechos, la constitución ha vinculado a los poderes públicos —incluido el Legislativo— a estos derechos... Como garantía de su intangibilidad queda incluso proscripta la posibilidad de disponer o decidir, aun mayoritariamente, al respecto. Lo constitucional, en definitiva, precede a lo democrático en la medida en que la constitución del estado, como estado es axiológicamente posterior a su constitución como estado de derecho" (40). Explica Peña Freire.

Las garantías ofician como elementos y función del sistema jurídico-político, ya que surgen de la constitución misma y como categoría jurídica que se manifestaran y tendrán operatividad dentro del ordenamiento jurídico y adquieren allí una configuración precisa y detallada dependiendo de las circunstancias y situaciones, en particular y principal del tipo de derecho fundamental que pueda ser lesionado, restringido, alterado, o amenazado por un funcionario estatal o por un particular.

El abanico de las garantías existentes se clasifican por el grado de intensidad y el origen de la protección en a) fuertes, y b) débiles.

Las garantías fuertes que surgen de la propia constitución; son inalienables, improrrogables, irrenunciables, tal la defensa en juicio, la inviolabilidad del domicilio etc., las débiles son aquellas que están reconocidas por el orden infraconstitucional.

Ferrajoli (41) divide las garantías, desde esta concepción, en primarias o sustanciales que son "las garantías consistentes en obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados; y las "garantías secundarias o jurisdiccionales" que son aquellas respuestas de los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad en cuanto se constaten actos ilícitos o actos no válidos que violen los derechos fundamentales amparados por la constitución o la ley (garantía primaria).

De allí que la jurisdicción, sobre todo la constitucional, es en sí misma una garantía que, en potencia, se materializa cuando satisface y aplica las garantías primarias que reconoce el "bloque de constitucionalidad federal".

El verdadero Estado Constitucional de Derecho se asienta, desde nuestro criterio, en un modelo garantista; pues es inconcebible un sistema trialista (42) que desde lo formal integre los valores, los hechos y las normas en un sistema democrático y no se brinde pronta y efectiva respuesta a los derechos fundamentales cuando estos son lesionados, vulnerados, restringidos, amenazados por acción u omisión, sea estatal o de un particular.

No solo ello es la efectivización de los derechos sino la garantía del sistema democrático mismo que se da en el marco de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Este proceso —político e institucional— debe propender a satisfacer los derechos fundamentales y a hacerlos efectivos en el más breve lapso de tiempo posible. Esto se advierte cuando se fortalece los espacios de la autonomía, la libertad, la inviolabilidad de la persona, y todos los derechos que hacen a la dignidad humana.

Dijimos en otra oportunidad "...El poder monopólico y represivo del estado debe ser excepcional, restrictivo y de aplicación en hechos indubitables. Garantiza al ¿débil? y guste o no, el débil en el proceso penal es el imputado, más allá de los juicios de valor que merezca su comportamiento, muchas veces aborrecibles". Y volvemos a señalar en lo que claman mis paisanos "...no son con estertores autoritarios y con posturas espasmódicas de un tardío afán de justicia como se van a resolver problemas de los argentinos. Es tomar las garantías como la esfera de lo indecible, que señala Ferrajoli, es el coto vedado de Garzón Valdez, el territorio inexpugnable de Bobbio, al que tienen derecho aun aquellos que atentaron contra el sistema democrático y el orden constitucional trayendo luto y llanto a muchas familias argentinas y a todos privándonos de los beneficios de la libertad y vivir al amparo de la ley" (43) y es como señaló el Dr. Rosatti, en su voto (44), que "Un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes".

La imputación, como la provisional asignación de la comisión de algún delito a una persona debe cuidar siempre el llamado tipo garantía, esto es la "descripción de la conducta prohibida por la norma. El hecho será, por lo tanto, típico si se ajusta a esa descripción (ya que) el tipo garantía contiene todos los elementos que, de acuerdo al principio de legalidad, condicionan la aplicación de una pena y que pueden caer dentro del tipo de adecuación" (45).

El juez, así se transforma en garante (secundario) del proceso democrático dando con su decisión efectividad al sistema previsto en la norma constitucional que se traslada —necesariamente— a la norma penal.

Aclaremos que no nos pronunciamos sobre los otros hechos que pueden manifestarse en la causa mencionada que es disparador de estos conceptos constitucionales que motivaron el análisis. Lejos está cuestionar otros aspectos de la enjundiosa investigación de casi 500 páginas, pero sí dar nuestra opinión de estos mandatos constitucionales que garantizan los derechos de todos.

Así podremos concretar Estado constitucional de derecho que se sustenta en una democracia deliberativa cuyo punto de encuentro debe ser siempre cumplir y hacer cumplir con la constitución como tarea colectiva, pero sin en este derrotero no le reconocemos las garantías a aquellas personas que más antipatía nos causa, que hasta nos pueden provocar la más elementales de las irritaciones o el más profundo desprecio, cualquier construcción democrática será una fachada y cada mes nos asemejaremos a modelos autoritarios o totalitarios que debemos dejar atrás de una vez y para siempre.

(1) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Reglas para la interpretación constitucional", Ed. Plus Ultra, Argentina, 1988, p. 19.

(2) MANILI, Pablo L., "Teoría Constitucional", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, ps. 59/60.

(3) RISSO, Guido I., "Comunicación constitucional y fuerza normativa", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 32.

(4) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 635.

(5) NÚÑEZ, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1971, t. VI parte especial, p. 209.

(6) NÚÑEZ, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", ob. cit., p. 212.

(7) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación —comentada y concordada—", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 574.

(8) SAGÜÉS, Néstor P., "Sobre la extensión del concepto constitucional de traición a la patria", LA LEY, 1985-A, 772.

(9) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Tratado de derecho constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. V actualizado por Pablo L. MANILI, p. 538.

(10) DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal Parte Especial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, t. II-C, p. 374.

(11) SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Ed. TEA, Buenos Aires, 1973, t. V, ps. 17/19.

- (12) BIDART CAMPOS, Germán J., "El delito constitucional del art. 29 ¿sugiere algunas semejanzas en el mundo de la globalización?", LA LEY, 2003-A, 1311.
- (13) BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho Político", Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1972, p. 151.
- (14) SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", ob. cit., p. 62.
- (15) DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal", ob. cit., p. 432.
- (16) TAZZA, Alejandro O., "Tres delitos constitucionales. Traición, concesión de poderes tiránicos y sedición", LA LEY, Sup. Act. 08/02/2005.
- (17) AQUINO BRITOS, Armando R., "El derecho penal constitucional de la traición a la patria", Ed. Contexto, Resistencia, 2017.
- (18) HABERLE, Peter, "El Estado constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 431.
- (19) HABERLE, Peter, "El Estado constitucional", ob. cit., p. 439.
- (20) FERRARI, Guisepp F. — TARZIA, Antonello, "El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo. El particular caso ecuatoriano" en AA.VV., El derecho a la Resistencia en el constitucionalismo moderno, Ed. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2011, p. 14.
- (21) BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho Político", Ed. Aguilar, Argentina, 1972, p. 501.
- (22) BIDART CAMPOS, Germán J., "Las obligaciones en el derecho constitucional", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 103.
- (23) GELLI, María A., "Constitución Nacional, comentada y concordada", ob. cit., Ed. La Ley, t. I, p. 435.
- (24) CS, Fallos 191:388.
- (25) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2007, 4ª ed., p. 139.
- (26) CS, Fallos 309:1689.
- (27) SANCINETTI, Marcelo A. — FERRANTE, Marcelo, "El derecho penal en la protección de los derechos humanos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 282/3.
- (28) ROSATTI, Horacio D., "Defensa el orden constitucional", en AA.VV., "Reforma de la constitución explicada por los miembros de la comisión de redacción", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 44.
- (29) ROSATTI, Horacio D., ob. cit., p. 45.
- (30) Ver GELLI, María A., "Constitución...", ob. cit., p. 513.
- (31) VANOSSI, Jorge R., "Teoría Constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 230.
- (32) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "La potestad legislativa", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 22.
- (33) POLAINO-ORTS, Miguel, "Derecho penal del enemigo", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 33.
- (34) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Tratado...", ob. cit., p. 127.
- (35) CS Fallos 204:418 y reitera en Fallos 211:497.
- (36) CS Fallos 211:497.
- (37) CONSTENLA ARGUEDAS, Adolfo F., "La ¿Declaratoria de guerra? como institución jurídica en las Constituciones de América Latina". Rev. Cambio político del CEDAL, Costa Rica, columna opinión del 10/10/2013.
- (38) MUÑOZ CONDE, Francisco, "El derecho en la guerra contra el terrorismo", La Ley Suplemento en Derecho Penal y C 2012 (febrero), nro. 3.
- (39) FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Ed. Trotta, España, 2009, p. 25.
- (40) PEÑA FREIRE, Antonio M., "La garantía en el Estado de derecho", Ed. Trotta, España, 1997.
- (41) FERRAJOLI, Luigi, "Garantismo. Una discusión entre derecho y democracia", Ed. Trotta, España, 2009, ps. 81 y ss.
- (42) Ver BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 259.
- (43) AQUINO BRITOS, Armando, "La Corte Suprema ¿cabeza de poder o tribunal de garantías constitucionales? A propósito del caso Muiña", en AA.VV., Derecho Procesal constitucional — garantías

fundamentales y derechos humanos, director Pablo VILLALBA BERNIE, Ed. Hesakà, Paraguay, 2017, p. 103.

(44) CS voto del Dr. Rosatti en "Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo B. A. y otro s/ recurso extraordinario", expte. 1574/2014/RHI.

(45) BACIGALUPO, Enrique, "Lineamientos de la teoría del delito", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 3ª ed., p. 60.