

La ley 26.734 y la inclusión del Art. 41 quinquies: Glosas a un innecesario, inaplicable e ilegal desvarío punitivo.

I- A modo de introducción:

Aquí nos abocaremos a glosar algunas inconsistencias, achaques e insidiosas consecuencias jurídico-políticas que acarrea la reciente sanción de la ley 26.734 que instauró, entre otras modificaciones, como agravante genérico – otro más¹ el art. 41 quinquies al Catálogo Represivo.

Por la ubicación en la parte general del Código Penal, su irracional desproporcionalidad punitiva, su ambigüedad, su amplitud e imprecisión terminológica², redundancia sistemática, las dificultades para su interpretación y operatividad práctica³, el nuevo agravante resulta un peligroso e irreflexivo desvarío legislativo y un alerta.

No se pretende aquí agotar el tratamiento dogmático del nuevo agravante, sino tras realizar tras un somero análisis exegético a la normativa, señalar y reflexionar sobre los potenciales efectos del expansionismo de nuestro catálogo punitivo, del cual el art. 41 quinquies es nefasto exponente más.

II-Art. 41 quinquies: una incorporación inconstitucional, innecesaria, inaplicable, insidiosa y preocupante.

II.1-Contexto y breve repaso exegético del articulado:

La controvertida⁴, inmeditada⁵ y vertiginosa⁶ sanción del ley 26.734⁷ hacia fines del año 2011 previó en su art. 3º la incorporación de art. 41 quinquies al Código Penal, que a poco que se la analiza despierta varias reflexiones críticas⁸.

¹ Se suma a los muy criticados y objetable arts. 41 bis y quater del CP.

² Sin perjuicio que el verbo típico “aterrorizar” es realmente poco feliz.

³ La inclusión de agravantes genéricas, en distintos momentos históricos, han sido siempre objeto de críticas dogmáticas⁵, pues se las ha considerado ajenas a las fuentes del texto original del C.P. de 1921

⁴ La esta ley mereció amplias críticas del CELS, organizaciones no gubernamentales e intelectuales – incluso afines a quienes impulsaron el proyecto - y hasta el propio Dr. Zaffaroni. Vasta con echar un vistazo a los diarios de la época. El pronunciamientos del CELS esta disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Firmas%20ley%20antiterrorista.pdf>

⁵ La vorágine y el cúmulo legislativa era relatado por el portal Diario Judicial así: “En los últimos 15 días, y tras el llamado a sesiones ordinarias por parte de la presidente Cristina Fernández de Kirchner, el Congreso de la Nación aprobó un gran número de leyes “a pedido” de la mandataria. Este miércoles se promulgaron las mismas y DiarioJudicial.com hace un pequeño repaso de lo más importante de alguna de ellas. Una de las leyes promulgadas es la denominada *Ley Antiterrorista*, Ley 26.734, que introduce una serie de modificaciones al Código Penal,...” (nota disponible en <http://www.diariojudicial.com/noticias/Oficializaron-las-leyes-a-pedido-20111228-0005.html>)

⁶ Es que también se aprobaron casi sin discusión parlamentaria y en la misma fecha otras diez leyes muy importantes : Ley nº 26.727 (Régimen de Trabajo Agrario), Ley nº 26.733 (modificación de varios artículos de Código Penal), Ley nº 26.735 (modifica la Ley Penal Tributaria, actualizando los montos de la evasión simple y de la evasión agravada), Ley 26.736 (Sobre la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios”), Ley 26.737 (“Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales”), Ley nº 26.729 (sobre Emergencia publica, prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2013 la vigencia de la Ley Nº 26.204), Ley nº 26.732(sobre Hidrocarburos, prorrogó el derecho a la exportación de hidrocarburos creado por el artículo 6º de la Ley Nº 25.561),Ley nº 26.731(sobre impuestos, modificó el art. nº 23 de la Ley de Impuestos a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones) y Ley nº 26.730 (Prorrogó los plazos de las Leyes Nº 25.413 y Nº 24.625 correspondientes al Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias y el

Con pésima técnica legislativa, una enrevesada y dificultosa sistemática y plagada de remisiones inconducentes, la ley 26.734 surgió por desembozadas presiones⁹ del ¹⁰G.A.F.I¹¹. que con

Impuesto Adicional de Emergencia sobre el Precio Final de Venta de Cigarrillos), y por su fuera poco se aprobó el presupuesto general de la Administración Nacional del 2012 mediante Ley n° 26.728). Texto de todas ellas en el BO: http://www.diariojudicial.com/documentos/2011_Diciembre/Leyes_promulgadas.pdf

⁷ Sancionada el 22/12/2011, Promulgada 27/12/ 2011, publicación en B.O.: 28/12/2011.

⁸ El Dr. Zaffaroni se refirió así en un reciente reportaje a la sanción de la ley 26734: “Periodista -¿Y que decir entonces de la recién aprobada ley antiterrorista?” “Dr. Zaffaroni -Lo que dije en varios lugares: que es una barbaridad haberla aprobado; que esta pensada para transitar por la vía contraria de la inclusión; que es un arma de chantaje; que circula, incluso, contra la idea de integración regional; en fin... que es una clave para debilitar nuestros estados, nuestro derecho, que permitirá monitorear movimientos económicos y demográficos, y que atenta, desde ya, contra derechos sociales adquiridos. Si es un error del gobierno o no, no lo se. En todo caso, es mi opinión. Pero hay cantidad de especialistas y militantes por los derechos humanos que la comparten. (Edición digital de la Revista Ñ del Diario Clarín, 29/12/01, nota disponible en http://www.revistaenie.clarin.com/ideas/Zaffaroni_Nos_cuidamos_del_ladron_y_no_nos_damos_cuenta_de_la_violencia_que_crece_en_nuestra_familia_0_617938445.html)

⁹ EL propio Dr. Zaffaroni expreso que: “El GAFI es un organismo que se toma atribuciones que no tiene y extorsiona a nuestro país”. Según Zaffaroni, “en cuanto al terrorismo, no hay ningún delito vinculado al mismo que desde siempre no haya estado severamente penado en nuestras leyes, de modo que no es más que un pretexto”. El ministro de la Corte descartó que la ley tenga como objetivo deseado por el GAFI la persecución de la protesta social. “No abro juicio sobre la conveniencia o no de sancionar la ley; eso es una decisión política y no la puedo evaluar, porque no estoy en condiciones de dimensionar la magnitud del daño con que el GAFI amenaza. Pero debe quedar claro es que se trata de la respuesta a una extorsión de un organismo al que nunca debimos pertenecer ”(nota periodística disponible en http://www.clarin.com/politica/Zaffaroni-volvio-criticar-sancion-antiterrorista_0_616738354.html)

¹⁰ Las presiones del GAFI y las nefastas consecuencias que apareja esta ley fueron plasmadas, entre otros, por el Senador Cimadevilla durante el breve debate parlamentario: “Este paquete de leyes que se está tratando hoy nos causa mucha preocupación. Sobre todo, esta iniciativa que penaliza al terrorismo. Poco se puede agregar a lo que ha dicho el senador Sanz. Pero ante los requerimientos del GAFI, en el sentido de que debíamos adaptar nuestra legislación a los requerimientos de organismos internacionales, lo único que se nos está ocurriendo es la creación de un agravante genérico para todos los delitos del Código Penal; otra cosa no estamos haciendo. Y acá viene la preocupación. Así como el terrorismo afecta a los Derechos Humanos y al funcionamiento de una sociedad, también, a veces, pueden hacerlo las medidas que se adoptan por el Estado para luchar contra el terrorismo. Este paquete de leyes que se está tratando hoy nos causa mucha preocupación. Sobre todo, esta iniciativa que penaliza al terrorismo. Poco se puede agregar a lo que ha dicho el senador Sanz. Pero ante los requerimientos del GAFI, en el sentido de que debíamos adaptar nuestra legislación a los requerimientos de organismos internacionales, lo único que se nos está ocurriendo es la creación de un agravante genérico para todos los delitos del Código Penal; otra cosa no estamos haciendo. Y acá viene la preocupación. Así como el terrorismo afecta a los Derechos Humanos y al funcionamiento de una sociedad, también, a veces, pueden hacerlo las medidas que se adoptan por el Estado para luchar contra el terrorismo. Por eso es que debe actuarse con muchísima prudencia y reflexión. Y la vaguedad del tipo penal que se va a aprobar aquí –no nosotros, pero que el Senado, seguramente, va a aprobar–, es peligrosa y muy riesgosa. Si bien es cierto lo que aquí se dijo –lo señaló el senador Pichetto– en cuanto a que ha sido imposible lograr hasta el día de hoy una definición de terrorismo, sí es verdad que los organismos internacionales han identificado elementos esenciales que, como mínimo, deben ser interpretados en la tipificación de actos terroristas. Esto tampoco lo estamos haciendo con el proyecto de ley que hoy se va a aprobar. Y esto sí se puede hacer.” (Fragmento de la versión taquigráfica de la sesión extraordinaria del 21/12/11, disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>, pag. 174)

Por su parte el Senador Sanz expresó “Me quiero concentrar en las otras dos iniciativas, porque allí tenemos diferencias profundas que ameritan que, tanto en el tema del lavado como en el de terrorismo, nuestro bloque haya presentado dos dictámenes en minoría. En ambos casos, estamos frente a dos proyectos que surgen de la vinculación de nuestro país como miembro integrante del GAFI. En tal sentido, lo primero que se nos ocurre como reflexión general con respecto a los dos proyectos es que hay una sobreactuación legislativa del Poder Ejecutivo frente a las recomendaciones del GAFI. Porque lo que hay que tener en cuenta en este tema que nos ocupa desde hace ya bastante tiempo, y sobre el que hemos tenido como país conductas pendulares –a veces, hemos estado muy alejados y, otras veces, por querer estar demasiado cercanos, como ahora, cometemos algunos errores–, es que el GAFI lo que cuestiona es la situación global de la legislación y de la actitud de la gestión vinculada con el lavado de dinero.”(Fragmento de la versión taquigráfica de la sesión extraordinaria del 21/12/11, disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>, pag. 161)

¹¹ Grupo de Acción Financiera Internacional. La Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF), Grupo de acción financiera en contra del lavado de dinero también conocida por su nombre en francés como *Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux* (GAFI), es una institución intergubernamental creada en el año 1989

el loable pretexto de fomentar el combate del terrorismo y el lavado de dinero reclama modificaciones al orden jurídico interno y así evitar a la Argentina hipotéticas sanciones financieras y/o crediticias internacionales¹².

Al igual que las nefastas agravantes genéricas previstas en los arts. 41 bis y quater, la ausencia de un proceso parlamentario reflexivo y sistemático suficiente -esta vez causado con las veladas presiones del GAFI, el final del período legislativo y la urgente necesidad de aprobar un paquete de varias leyes- impidió a los legislador para ponderar acabadamente: 1)cuál iba a ser su incidencia final en las escalas penales vigentes, 2)Cómo las nuevas circunstancias agravatorias se vinculan con las demás circunstancias ya reguladas en la parte especial del C.P.¹³. **Es que el art. 41 quinquies comparte con sus antecesores la misma irreflexión parlamentaria, la indeterminación de sus conceptos, grosera desproporcionalidad punitiva y particularmente, sus potencialmente insidiosos efectos en la criminalización secundaria, o sea, su aplicación a ciudadanos concretos.**

No se desdeña aquí la necesaria prevención, investigación y represión del complejo fenómeno de lo que globalizada y equívocamente se denomina el Terrorismo, tampoco se juzga impertinente apurar mecanismos eficaces para contrarrestar al delincencias internacional -vgr. narcotráfico, tráfico de armas y animales, trata de personas, desfalcos financieros globales, etc.- y detectar el uso y circulación de sus ganancias ilícitas denominado “lavado de dinero”; todo ello es pertinente y legítimo; pero siempre que la pretendida “eficacia” de los métodos persecutorios no se contrapongan al plexo jurídico-axiológico del Estado Constitucional de Derecho. **Lo que se refutará no es solo la ineficacia supina de la reforma para alcanzar su pretendida “finalidad”,**

por el G7. El propósito de la FATF es desarrollar políticas que ayuden a combatir el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo. (Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/FATF>)

Pagina oficial del organismo: http://www.fatf-gafi.org/pages/0,2987,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1,00.html

¹² La supuesta importancia del GAFI como propulsor de reformar legales fue implícitamente admitida por el miembro informante ante la Cámara de Senadores, Senador Guastavino “En ese marco, también la Argentina ha recuperado el rol del Estado en el control y en la regulación de la **economía, y ha tomado algunas decisiones que tienen que ver inclusive con otorgar mucha importancia a la participación de nuestro país en el GAFI – Grupo de Acción Financiera Internacional–, organismo intergubernamental que tiene el propósito de promover políticas para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. En este marco, obviamente, ha sido necesario ir adecuando normativas y acordando políticas y estrategias para, justamente, poder compatibilizar la situación con los distintos países que integran el GAFI, para la definición de políticas comunes que apunten, justamente, a combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. En este contexto es en el que venimos a tratar estos dos proyectos de ley que ya cuentan con la sanción de la Cámara de Diputados. El primer proyecto es el C.D.- 88/11, que tiende a castigar, prevenir y reprimir actividades que ponen en riesgo a los mercados**” (Fragmento de la versión taquigráfica de la sesión extraordinaria del 21/12/11, disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php>, es mía la negrita, pag. 156.)

¹³Conf. Valdés, Eduardo Rodolfo, “Análisis de las agravantes genéricas como productos de una legislación de emergencia”. (arts. 41 bis y 41 quater del C.P.)”, disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092010/doctrina03.pdf>.

Coincidimos con el Dr. Valdés en cuando expresa: “Las modificaciones se han caracterizado en general, por el aumento de las escalas penales, sin guardar una debida proporcionalidad con las ya vigentes para hechos de cierta gravedad y las agravantes genéricas no resultan ajenas a dicho problema, por el contrario contribuyen a profundizarlo.” (Valdés, Eduardo Rodolfo ob. cit.).

sino por sobre todo sus evidentes violaciones a basales garantías constitucionales –vgr. Afectación al principio de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, entre otros- y, por su fuera poco, su pérvida capacidad para ser utilizada como un perverso y maleable acicate de control social.

Tras un breve repaso exegético general por sus disposiciones y hacer notar algunas serias inconsistencias, nos enfocaremos en el nóvel y conflictivo agravante introducido.

Tras la derogación de los nefastos tipos previstos en los arts. 213 *ter* y *quáter*¹⁴ –arts. 1 y 2-, la ley 26.734 incorpora como agravante genérica el art. 41 *quinquies* al digesto Punitivo – art. 3- cuyo texto dispone: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.”. En su art. 4 la ley renumera los artículos 306, 307 y 308 del Código Penal de la Nación como artículos 307, 308 y 309, respectivamente .

Después la ley dispone en su art. 5 y 6 dos previsiones – un delito autónomo y disposiciones complementarias- vinculados al agravante en glosa, por lo que la vaguedad y/o amplitud terminológica del art. 41° *quinquies* dificultará y/o obstará también la operatividad de estas reformas.

En efecto, en su art. 5 la ley en glosa incorpora el art. 306 como tipo penal autónomo dentro del Capítulo XIII “Delitos contra el orden económico y financiero” – art. 5- puniendo “ el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte” para un individuo –inc. a- o una organización- inc. c- que cometa o intente cometer y/o participe o, en su caso se destinen a financiar –inc. a- “la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*”.¹⁵ y

¹⁴Otrora incorporados por ley 26.268.

¹⁵ ARTICULO 5° — Incorpórase al Título XIII del Código Penal el siguiente artículo: Artículo 306:

1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte: a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*; b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*; c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*.

2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aun si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.

3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.

4. Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se

completando con otras previsiones especiales acerca de la aplicación del tipo penal – vgr. escala penal aplicable, caso de no consumación del delito etc. En su art. 6 la ley establece que se: “Se considerarán comprendidas a los fines del artículo 1º de la Ley 25.241, las acciones delictivas cometidas con la finalidad específica del artículo 41 quinquies del Código Penal. Las disposiciones de los artículos 6º, 30, 31 y 32 de la **Ley 25.246** y 23 séptimo párrafo, 304 y 305 del Código Penal serán también de aplicación respecto de los delitos cometidos con la finalidad específica del artículo 41 quinquies y del artículo 306 del Código Penal....”¹⁶. **Va de suyo que ambas disposiciones ostentan múltiples remisiones y reenvíos que resienten la sistemática y hermenéutica del Código Penal, sin mencionar los achaques al principio de culpabilidad y legalidad, lo que confirma que la deficiente técnica legislativa de su redacción hacen de ardua descifrar su télesis y, como adelantáramos, su misma aplicación a un caso concreto.**

Finalmente su art. 7 sustituye el inciso e) del apartado 1) del artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación, por lo que el Juez Federal conocerá en la instrucción de los siguientes delitos: “e) Los delitos previstos por los artículos 41 quinquies, 142 bis, 142 ter, 145 bis, 145 ter, 149 ter, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212, 213 bis y 306 del Código Penal”. **En realidad, la terminología es incorrecta ya que el mencionada art. 41 quinquies es un agravante genérico y no un delito autónomo, por lo que el Magistrado federal entenderá en los hechos en cuyo encuadre típico sea procedente, a priori¹⁷, la intensificación punitiva de mentas.**

II.2- La ausente definición del terrorismo. Normativa Legal y Convencional. Antecedentes. Similitud del art. 41 quinquies con el art. 2 ap. 2 inc. b del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (ley 26.024) y el derogado art. 213 ter del CP .El caso “Lariz Iriondo”. La indefinición del concepto.

Difícilmente se puede tener una idea del concepto de “aterrorizar” estampado en el nóvel art. 41 quinquies sino se tiene antes un concepto de terrorismo y/o actos terroristas”, o esa, acciones con finalidad unívoca de “causar terror”.

Pero a poco que se busquen el profusa normativa legal y Convencional, se cae a cuenta que tanto uno como otro permanecen ausentes de toda conceptualización pese a los denodados esfuerzos de las Naciones para prevenir y sancionar tanto la financiación y acaecimiento ataques terroristas. **Es que resulta tan complejo y difuso la noción de terrorismo que ni siquiera el Estatuto de Roma¹⁸**

encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

¹⁶En su párrafo final dispone “La Unidad de Información Financiera podrá disponer mediante resolución fundada y con comunicación inmediata al juez competente, el congelamiento administrativo de activos vinculados a las acciones delictivas previstas en el artículo 306 del Código Penal, conforme la reglamentación lo dicte”.

¹⁷No olvidemos que se trata de la faz instructoria, por lo tanto la tipificación legal es provisoria. La calificación legal de un hecho recién es definitivo en la sentencia condenatoria firme y consentida.

¹⁸ Aprobado por Ley 25.390 e implementado por ley nº 26.200.

pudo definirlo como delito, como tampoco lo hicieron en forma expresa y clara ninguna Convención Posterior¹⁹.

En esta inteligencia, ni Convención interamericana contra el terrorismo –aprobada por ley 26.023- ni el Convenio internacional para la represión de la financiación del Terrorismo – aprobado por Ley 26.024- **contienen definiciones expresas y taxativas de lo que significa el “terrorismo” o un “acto terrorista.** La “Convención...” (Ley 26023) **“tiene como objeto prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo”(art. 1) pero no explicita que es, para después considerar en forma genérica delito a aquellos establecidos en diversos instrumentos internacionales (art. 2), sin que tampoco en tales convenciones se halle definición alguna²⁰.**

Es paradigmático el caso del “Convenio...” (Ley 26024) que pese a no contar tampoco con una definición de Terrorismo, habla en su art. 2 de ciertos actos “actos” entre los que se destaca la parte final el inc. b, punto 1, del art. art. 2 **que establece una redacción idéntica al agravante en glosa: “b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.”²¹ A su vez, tal redacción es idéntica al derogado 213 ter que contenía un tipo especial de “asociación ilícita terrorista”:**“Artículo 213 ter.- Se impondrá reclusión o prisión de CINCO (5) a VEINTE (20) años al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, **aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo...**”²².

¹⁹ Se ha dicho que: “La indefinición o vaguedad del concepto de terrorismo es un hecho que ya a nadie se le escapa. La comunidad internacional no se ha puesto de acuerdo –a esta altura– en definirlo de un modo u otro, existen sí distintas versiones sobre sus elementos y/o características. Como bien señalaba Beinutz Szmukler al analizar el concepto análogo de “subversivo”, queda a la vista que la creación de un sujeto como el de “los terroristas” pretende dar un estatuto especial por el mero hecho de poseer una cualidad personal (absolutamente indefinida) cuando la legislación penal interna (el código Penal) de cada país, ya prevé y reprime un catálogo de delitos: contra la vida, abuso de armas, delitos contra libertad individual, extorsión, daños, delitos contra la seguridad pública, delitos contra el orden público. Desde un punto de vista estrictamente técnico estamos haciendo derecho penal de autor y no de acto, a la vez que creando condiciones jurídicas especiales y excepcionales dentro del propio sistema jurídico, que en su espíritu constitucional no distingue a un ciudadano de otro ante la ley (art. 16 de la CN)”. (Axat, Julián, “Terrorismo ó derechos humanos. Algunas consideraciones sobre modelos de implantación legal de terrorismo en Argentina”, disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,415,0,0,1,>)

²⁰Los dos que se refieren en forma expresa al Terrorismo – aunque sin definirlo en su texto- están en los dos incisos i y j del art. 2: i.Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997. j. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999- aprobado por ley 26024-.El Convenio internacional para la represión de los actos de Terrorismo Nuclear tampoco define al “terrorismo”.

El texto de todos los instrumentos internacionales se encuentra en al página oficial del “Comité contra el Terrorismo” del Consejo de Seguridad de la O.N.U.: <http://www.un.org/es/sc/ctc/laws.html>

²¹Es mía la negrita

²²Es mía la negrita. Además, el art. 213 quater – también derogado- reproducía en forma casi idéntica la disposición del art. 2 punto 1 del Convenio. En efecto: Artículo 213 quáter.- Será reprimido con reclusión o prisión de

Notamos entonces como la fórmula estipulada en el art. 2 punto 1 inc. b) del Convenio internacional para la represión de la financiación del Terrorismo – Ley 26.024- fue reproducido en el art. 213 ter. –ley 23.268- y tras su derogación en art. 1 la ley 26.734 – aquí glosada- lo reinstauró mediante su art 3 que introdujo el art. 41 quinquies, esta vez no como un delito especial sino como un nocivo e insidioso agravante genérico. **Se trata de la redición de la misma fórmula pero ajena al necesario e imprescindible entorno de “situación de conflicto armado” que prevé el texto originario.**

Por lo demás, cabe anotar que en Convenio tampoco se **define el concepto de "terrorismo" ni a los "terroristas"** sino se refiere ciertos de "actos" de personas con un determinado objetivo, **dentro de un exclusivo contexto de una "situación de conflicto armado"**²³, marco que no es mencionado ni receptado ni por ende requerido en el actual art. 41 quinquies para intensificar la respuesta punitiva lo que agrava aún más la arbitrariedad de la novel agravante, dado extrapola un endurecimiento generalizado de la punición pero descontextualizado y prescindiendo del entorno bélico establecido en forma Convencional.

Va de suyo que si no se tiene actualmente concepto legal y/o convencional certero de “terrorismo”, menos aún se cuenta un concepto de “aterrorizar”²⁴.

Finalmente y ya en el ámbito local, resultan inocuos los enrevesados reenvíos legislativos previstos por el art. 6 de la ley en glosa, en cuanto pretende forzadamente detallar las esquivas finalidades del art 41 quinquies mediante la siguiente texto: **“Se considerarán comprendidas a los fines del artículo 1º de la Ley 25.241, las acciones delictivas cometidas con la finalidad específica del artículo 41 quinquies del Código Penal.**

Sucede que el **actual** texto del art. 1 de le 25.241²⁵ establece “A los efectos de la presente ley, se consideran hechos de terrorismo las acciones delictivas previstas por el artículo 213 ter del

CINCO (5) a QUINCE (15) años, salvo que correspondiere una pena mayor por aplicación de las reglas de los artículos 45 y 48, **el que recolectare o proveere bienes o dinero, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar a una asociación ilícita terrorista de las descriptas en el artículo 213 ter, o a un miembro de éstas para la comisión de cualquiera de los delitos que constituyen su objeto, independientemente de su acaecimiento**”. Por su parte el Convenio: Artículo 2. Punto 1. “Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, **directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:**” (ambas negritas son mías).

²³ El acto debe estar destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves de quien no participe directamente en las hostilidades de una situación de conflicto armado

²⁴ **No resulta viable entonces insistir con tipificaciones laxas de terrorismo, cuando los organismos internacionales no han logrado el grado de consenso necesario para avanzar en tal sentido.**

Además conforme principios elementales del derecho penal universalmente aceptados es inadmisibles la creación de un tipo penal sobre la base de un verbo polisémico (“aterrorizar”).

Un concepto polifuncional que indica el objetivo demonizado se puede utilizar con cualquier conjunto de cualquier naturaleza. usando un concepto que se puede aplicar a cualquier cosa equivale a nada. Pero justamente esa vaguedad equívoca sirve para aplicarlo a todo, y es allí cuando se descubre lo que es en fondo y forma; simplemente un arma política.

Código Penal” y justamente el art. 213 ter del CP²⁶ fue derogado por el art. 1 de ley 26.734, por lo que **tales remisiones dejan huérfano de pauta interpretativa o siquiera orientadora a la pretendida finalidad de “aterrorizar” de agravante de marras²⁷.**

En su 2º párrafo el art. 6º de ley 26.734 establece dispone que “Las disposiciones de los artículos 6º, 30, 31 y 32 de la **Ley 25.246** y 23 séptimo párrafo, 304 y 305 del Código Penal **serán también de aplicación respecto de los delitos cometidos con la finalidad específica del artículo 41 quinquies**”²⁸, lo que no agrega nada al asunto pues, insistimos, se ignora cual es tal “finalidad”.

Finalmente, la ausencia legal y convencional del concepto de terrorismo fue expresada en el caso “Lariz Iriondo” donde se rescata la contundencia del Voto del Dr. Zaffaroni cuando al diferenciarlo de los delitos de lesa humanidad expresaba: “Que no puede decirse lo mismo de los delitos de terrorismo, sin que importe la calificación actual conforme al derecho internacional fundado en los tratados vigentes, pues, al menos respecto de todos los actos hoy calificados como tales conforme al derecho de los tratados, no puede afirmarse la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a éstos. El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena. Tampoco en el sistema regional americano la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Barbados el 3 de junio de 2002 (ratificada por ley 26.023) logró un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad”.²⁹

²⁵ Antes que sea sustituido por art. 9º de la Ley N° 26.268 -B.O. 5/7/2007- el art. **1º de ley 25.241 establecía una definición –discutible- de lo que se consideraba hechos de terrorismo** “— A los efectos de la presente ley, se consideran hechos de terrorismo 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.”

²⁶Recordemos que la ley 26.286 establecía en art. 2 – hoy derogados por la ley en glosa lo siguiente: “**ARTICULO 2º** — Incorporase como artículo 213 ter, en el Capítulo VI del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, el siguiente: Artículo 213 ter.- Se impondrá reclusión o prisión de CINCO (5) a VEINTE (20) años al que tomare parte de una asociación ilícita cuyo propósito sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características: a) Tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político; b) Estar organizada en redes operativas internacionales; c) Disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o la integridad de un número indeterminado de personas. Para los fundadores o jefes de la asociación el mínimo de la pena será de DIEZ (10) años de reclusión o prisión.

²⁷ Todo ello a pesar que en la página oficial del buscador legal se lee al pie del art. 1º de la versión actualizada de la ley 25241 el siguiente texto “**Nota Infoleg:** por art. 6º de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011 se consideran comprendidas a los fines del presente artículo, las acciones delictivas cometidas con la finalidad específica del artículo 41 quinquies del Código Penal” (<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62516/texact.htm>)

²⁸Es mía la negrita.

²⁹ Fallos 328:1268, Causa L. 845. XL., “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición.”, 10 /5/2005, considerando n° 28, voto del Dr. Zaffaroni, es mía la negrita.

Expone el Dr. Axat.:”Las consecuencias del fallo dictado por la Corte, establece o introduce una pauta interpretativa fundamental a la hora de analizar los modelos de implantación del terrorismo que se barajan hasta el momento en Argentina. En efecto, el fallo separa las aguas en lo que hace a la cuestión del terrorismo y su tratamiento, a la cuestión de los derechos humanos y su tratamiento. No será lo mismo, para nuestro derecho, que el Estado sea el que

Mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagratorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los estados hasta el presente³⁰.

La situación, pese a los vaivenes legislativos no cambió en nada hasta el presente, careciendo el plexo legal argentino como las fuentes Convencionales de un concepto claro y circunscrito de lo que se considera “terrorismo”, por lo que el significado y alcance de la “finalidad de aterrorizar” obtusa y remanidamente utilizada por el legislador permanece indefinido y, a lo sumo, impreciso; pudiendo ser utilizado para acriminaciones ilegítimas y espurias.

II.3. Innecesaria de la reforma. Valladares constitucionales: indeterminación terminológica, desproporcionalidad punitiva, afectación al principio de lesividad. Aplicabilidad restrictiva como agravante genérico. Criterios limitadores. Operatividad limitada. Trunca vinculación con tipos especiales. Comprobación concreta de sus extremos. La exclusión del 2º párrafo.

En primer lugar acotamos que se trata de un agravante genérico cuyo efecto es el de aumentar la escala penal del tipo básico, cuya novel inclusión estimamos innecesaria dada la plasticidad del art. 41 del C.P. que permite computar como agravantes variadas circunstancias del hecho, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva³¹. **Es que los supuestos de hecho en el que se apoya la agravante constituyen ya una pauta de agravación de la pena que corresponde considerar dentro de las escalas penales previstas en los delitos de la parte especial, conforme a**

cometa actos de terrorismo, que acaso lo realice un particular. En el primer caso: entraría a jugar el peso del derecho externo y la costumbre internacional (*ius cogens*), con operatividad inmediata a la hora de condenar los actos de violación a los derechos humanos como crimen de lesa humanidad (genocidio, torturas, desaparición de personas). En el segundo caso: por el momento, el derecho internacional que regula y condena los actos de terrorismo, no podrá tener el mismo peso y carácter en la esfera local, que el que tienen los crímenes de lesa humanidad. **La inexistencia de un consenso internacional en la materia (falta de una definición, una reciente evolución legislativa, la inexistencia del tema en el Estatuto de Roma) impiden darle tratamiento especial que le otorga la costumbre internacional (jurisdicción universal, imprescriptibilidad, etc.).** Entonces, diferenciados los crímenes de lesa humanidad y meros actos de terrorismo, el fallo es una pauta interpretativa en el sentido de impedir o clausurar, por el momento (decimos por el momento porque el consenso internacional sobre el tema puede llegar a quedar definido de tarde o temprano) un modelo de implantación del tercer nivel. **Es decir, a falta de una ley especial o una norma de fondo que en Argentina condene especialmente el terrorismo (segundo nivel de implantación analizado en 2.4), la cuestión debería ser resuelta en el derecho interno por tipos penales comunes. El terrorismo al ser atípico en nuestro derecho, no sería ni siquiera un delito común, más bien deberíamos hablar de un mero concurso de delitos** (Axat, ob. cit., es mía la grito)

³⁰ Insisto la Corte en el precedente “Lariz Iriondo”, reconociendo el carácter controversial del término no se expidió sobre lo que se considera como “terrorismo”, negándole un estatuto especial que no sea la legislación penal interna, la que prevé y reprime un catálogo de delitos contra la vida, abuso de armas, delitos contra libertad individual, extorsión, daños, delitos contra la seguridad pública, delitos contra el orden público; todos ellos de naturaleza común y prescriptible

³¹ Conf. Valdés, Eduardo Rodolfo, ob. cit..

lo establecido por los artículos 40 y 41³² del Código Penal, no siendo entonces ni siquiera necesario el ilegítimo incremento punitivo legalmente programado³³.

Además, el art. 41 quinquies ostenta un gran nivel de indeterminación porque no especifica suficientemente cuales conductas a la que estaría dirigida y por ende se ignora cuales ilícitos quedarían comprendidos en su agravación. En efecto, la referencia a “...alguno de los delitos previstos en este Código” – compartida con los arts 41 bis y quáter- constituye una remisión a la parte especial del C. Penal con un grado importante de indeterminación, **pues no precisa suficientemente cuales son las infracciones que son alcanzadas por la nóvel agravación genérica, con la consecuente violación del principio de legalidad³⁴ y su implicado de máxima taxatividad legal³⁵** ya que de ninguna manera puede decirse que su extensión sea clara, precisa y determinada.

En efecto: “...hay que destacar que las ‘agravantes genéricas’... tienen el *déficit*, desde el punto de vista del principio *nullum crimen nulla poena sine lege, sub specie ‘lex certa’*, de no vincular de modo suficientemente estrecho la descripción de la agravante... con un hecho específico. La ley allí se relaja, sin demostrar acabadamente si lo que se incluye como agravante genérica se enlaza realmente con el núcleo del tipo de la parte especial... Si el juez tiene que adivinar a qué tipos penales se vincula realmente la agravante, es porque no se cumple con la *lex certa* sin más ni más, es decir, que esa regulación es contraria al principio de legalidad”³⁶

³² La redundancia punitiva ya fue puesta de resalto también respecto al art. 41 *quater*: “De la lectura de los proyectos legislativos puede sostenerse que el fin del legislador en la sanción de la ley que incorpora esta norma al Código Penal es, por un lado dar respuesta a la sociedad frente a la participación en los delitos cometidos por mayores y menores por la sensación de impunidad que la sanción de los menores genera, y por el otro intentar, ante esta incorporación legislativa, evitar que los mayores utilicen para la comisión de delitos a menores de modo de proteger a estos últimos. Vinculado con esto último, la influencia perniciosa que ejerce el mayor sobre el sujeto cuya protección se pretende, al llevarlo a incursionar en el delito. La primera problemática que se busca solucionar por esta vía “no es mas que la puesta en marcha de otra ilusión al ciudadano, dado que de ningún modo esta agravante modificar la sensación de inseguridad -que además es determinada por muchos factores que poco tienen que ver con la ley penal-. Por lo demás, la sensación de inseguridad o impunidad de la población, es una particularidad a resolver mediante la aplicación de políticas sociales, económicas, laborales, educativas -culturales en definitiva- que avertan sus causas; mas no una cuestión que en un derecho penal liberal en el que el autor de un delito responde en la medida de su culpabilidad, pueda serle “atribuida” para agravar su condena. Sostener lo contrario importa -a mi juicio- conculcar las garantías individuales emanadas del artículo 18 de la Constitución Nacional. **Respecto de la segunda, vale decir la protección del menor que interviene con el mayor, debe recordarse que es una circunstancia del ilícito culpable que ya estaba prevista en el artículo 41 del Código Penal en diversas pautas allí establecidas. Especialmente en la expresión “extensión del daño causado”, el que sin dudas abarca aquel que se infiere al participe menor del hecho”** (T.O.C. N° 1 de La Plata, 19/5/ 2006, Casano, Carlos Ariel Casano s/ rodo agravado”, voto de l Dr. Samuel Arturo Saraví Paz, es mía la negrita, sentencia disponible en http://www.diariojudicial.com/contenidos/2006/06/05/noticia_0002.html, es mía la grita)

³³ Conf. Vitale, ob cit.

³⁴ los agravantes genéricos afectan abiertamente el principio de legalidad pues existen grados dificultades en vincular de modo cierto una agravante a un hecho definido.

³⁵ Ver Zaffaroni, Alagia, Slokar “Derecho Penal Parte General” Ed. Ediar Segunda Edición Pág.1048, quienes critican la inclusión por ley 17.567 de los arts.20 bis y 22 bis; el art. 227 ter agregado por la ley 23.077 como el art. 41 bis.

³⁶ SANCINETTI, Marcelo, Casos de derecho penal. Parte general, 3ª edic., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 231 y ss.; cursivas en el original.

Y a ello cabe agregar: “esta norma de construir las figuras penales, en la cual la determinación de la totalidad de los hechos punibles queda supeditada a raciocinios posteriores..., expone a una represión no demarcada de antemano en sus verdaderos alcances”³⁷

Es así que con argumentos plenamente aplicables a los 41 *quinquies*, tanto el art. 41 bis³⁸ como el 41 quater³⁹ han sido declarado inconstitucionales por algunos tribunales que, aún con el máximo esfuerzo interpretativo no pudieron soslayar los serios obstáculos de operatividad que ostentan ambos artículos, **lo que augura ciertamente serios achaques constitucionales y operativos al instituto de mentas.**

Además, la vaguedad terminológica del agravante no sólo descubre la pésima técnica legislativa del instituto, sino la ausencia de lesión y/o afectación concreta y/ aún potencial – lesión y/o puesta en peligro concreto y/o abstracto- a un bien jurídico que justifique y por ende legitime la intensificación punitiva Estatal,- Por ello mismo, se avería la directriz “autolimitativa” de *ius puniendi* pues la laxitud terminológica de la figura no surgen claramente criterios limitativos que permitan identificar diáfananamente los comportamientos incluidos alcanzados por la norma, o lo que es peor y constituye el principales achaque a esta ley, que el agravante se aplique en forma maleable

³⁷ NÚÑEZ, Ricardo, Derecho penal argentino, vol I: Parte general, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 109 y s.

³⁸ Respecto al art. 41 bis “En consecuencia, y en la medida en que ni siquiera en el ámbito más obvio de su aplicación puede sostenerse sin serias dudas la operatividad de dicha agravante, de ninguna manera puede decirse que su extensión sea clara, precisa y determinada, en el sentido en que lo exige el principio de determinación o de máxima taxatividad de la ley penal (*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*), derivado directo del principio constitucional de legalidad (CN, art. 18; CADH, arts. 8.1 y 9; PIDCyP, arts. 14.1 y 15.1).”(Cámara de Acusación Córdoba, auto número: trescientos seis del 26/6/09Conf. “Arce, José Alberto p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis”,exp. “A-63/08”) voto de los Dres. Gabriel Pérez Barberá y Francisco Horacio Gilardoni)

³⁹En este sentido: “...el art. 41 quáter del CP, por su redacción cerrada, no permite una interpretación teleológica que posibilite al órgano juzgador discriminar en qué casos -de acuerdo con la voluntad de la ley- debería aplicarse y los que no, termina siendo, además, una norma injusta, pues para mí la ley debe garantizar el trato diferente en condiciones desiguales, lo que resulta impuesto de los preceptos constitucionales nacional (CN, 16) y provincial (CPBA,10 y 11). Es así, que frente a la norma criticada, el juez no podría diferenciar aquellos casos como el juzgado, donde es evidente que el menor, tanto por sus antecedentes de infracción a la ley, como por el tipo de intervención que le cupo en el hecho, no sólo no ha sido influenciado por el adulto (coautor), sino que más bien pareciera que fue él quien protagonizó un liderazgo e impulso criminal mayor; de los otros donde sucede lo contrario. Y es evidente que si bien en el último la aplicación de la agravante en cuestión resulta indiscutible, en el primero resulta totalmente lo inverso, es decir, que su aplicación sería irrazonable e injusta. Por estos argumentos, y sin más, entiendo que corresponderá prescindir del precepto mentado, declarando la inaplicación al caso por inconstitucionalidad manifiesta (CN 28).”(Conf. TOC N°1, Mar del Plata, causa N° 2.430, caratulada “APESTEGUIA, Osvaldo Rolando s/ robo calificado por el uso de arma, en poblado y en banda y con efracción”, sentencia del 21 de febrero de 2005, voto del Dr. Viñas). Agregó en su voto el Dr. Favarotto: “En tanto la norma aludida no permite diferenciar situaciones de hecho como las enunciadas por el colega preopinante, impone un “plus” sancionatorio que en ciertos casos (pocos lo serán más evidentes que el de autos, es dable apuntar) luce irracional y desproporcionada, contrariando el principio de razonabilidad (CN, 28). Además, hago notar que la inconstitucionalización oficiosa de la legislación común es una herramienta que la magistratura de un estado democrático de derecho no sólo puede sino también debe usar cuando se constata, en situaciones particulares, un ostensible quiebre de la gradación axiológica de la Carta Magna Federal.”

o extensiva a otras conductas *a priori* excluidas y/o no captados por la norma, lo que ciertamente hace tambalear su constitucionalidad⁴⁰.

Es que aún marginando la ambigüedad⁴¹ y amplitud de los vocablos “aterrorizar”⁴², “autoridades” y/o “agentes”⁴³, “organización internacional”, cuesta siquiera elucubrar el bien jurídico que esta agravante genérica, aún en forma difusa, intentaría dirigirse y/o proteger, lo que contraría el principio de lesividad⁴⁴ que funciona al mismo tiempo como legitimación y, sobre todo, limitación al poder punitivo⁴⁵. **Siendo ciertamente inasible o por lo menos difuso el concepto de terrorismo, mal se podría constituir sobre tal - ausente-“concepto” un bien jurídico tutelado cuya supuesta afectación merezca respuesta punitiva; lo que deja huérfano de sentido, y por ende insusceptible de reproche penal⁴⁶, la pretendida finalidad de “aterrorizar”. Si no se puede asir la realidad fáctica- jurídica cuya afectación justifica la intensificación la respuesta**

⁴⁰ En el actual contexto argentino, no parece el “temor social” un bien jurídico relevante que preocupe a la población y que sea digno de protección mediante la coerción penal. Es arduo justificar una suerte de “estado de amedrentamiento social colectivo”.

⁴¹ El hecho de utilizar conceptos tan abiertos e imprecisos hacen posible la aplicación de estos agravantes a la gama de figuras penales típicamente utilizadas para la criminalización de la protesta social: en la persecución de resistencias a desalojos, cortes de vías de circulación o simples actos de protesta en el espacio público. Una normativa similar ha tenido graves consecuencias en su aplicación en Chile, lo que ha permitido la persecución penal de dirigentes del pueblo Mapuche en el marco de la ley antiterrorista, por cargos asociados al incendio de bosques

⁴² El vocablo “aterrorizar” significa “Causar terror” según el Diccionario de la Real Academia Española (ver significado en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aterrorizar)

⁴³ NO se alude a funcionarios públicos o empleadores públicos definidos por el art. 77 del C.P:

⁴⁴ El principio de lesividad a un bien jurídico penalmente tutelado como límite a la criminalización, no debe paralelamente legitimar a esta última ni obligar en todos estos casos a imponer una pena. En tanto quienes justifican en tal lesión la intervención del poder punitivo no pueden justificar que esa intervención ponga a salvo al bien (en el mejor de los casos pueden señalar que no hay otro medio jurídico apto para tutelarlos, pero no es posible comprobar sociológicamente que la penalización sí lo haga), no es posible legitimar al poder punitivo con la teoría del bien jurídico. Es por ello que tiene razón Zaffaroni cuando manifiesta que se debe “rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado y sólo corresponde sostener éste último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación” (Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2000) *Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediarpag.122). Es decir, se debe considerar a este principio un límite y no una legitimación para el programa criminalizante. Es decir, el criterio del bien jurídico ofrece sólo criterios negativos de deslegitimación para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación

⁴⁵ La existencia de bienes jurídicos de acuerdo a la política de derechos humanos diseñada constitucionalmente, justifica su protección, y esa protección se lograría mediante la criminalización de determinadas conductas lesivas. En efecto, esta doble función de limitación/legitimación también forma parte de la historia del derecho penal liberal pues “la autolimitación del uso de la represión física en la función punitiva por parte del poder central, mediante las definiciones legales de los crímenes y las penas, forma parte de la nueva ideología legitimadora que, a partir del siglo XVIII, se encuentra en el centro del pensamiento liberal clásico y de las doctrinas del derecho penal” (conf. BARATTA, Alessandro (1986) “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal” en Revista *Poder y Control* nro. 0, Barcelona: PPU (trad. X. Nogués y R. Bergalli, pag.: 80).

⁴⁶ En el marco de un Estado constitucional de derecho, una de las garantías esenciales ante el ejercicio del *ius puniendi* como la máxima expresión de violencia estatal, se configura con la delimitación precisa y taxativa de las conductas que se intentan castigar respecto de un bien jurídico al cual se procura tutelar. El garantismo penal exige, que el peligro que la ley presume, tiene que mostrar un nexo relevante con una conducta que sea idónea para proyectar ese peligro hacia el bien jurídico bajo protección. Por ello, la legislación penal debe limitarse a proteger bienes jurídicos que presenten un vínculo concreto con aquellos valores que sean vitales para el orden social y la convivencia humana. El *ius puniendi* así enmarcado no tolera la incriminación y sanción sin que exista una afectación relevante de un bien jurídico (Ver Bidart Campos, Germán J, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, tomo II-A, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 107).

punitiva⁴⁷, el art. 41 quinquies en glosa viola por ende el principio de lesividad al no poder identificarse con meridiana claridad cual es el contenido del bien jurídico cuando cuyo eventual ataques recrudece la punición estatal⁴⁸.

Por otro lado, el incremento “en el doble del mínimo y el máximo” establecida en el texto del artículo 41 quinquies – aún mayor que sus pares del art. 41 bis y quater que aumentan la escala “en un tercio del mínimo y del máximo” – tensiona fuertemente con el plexo constitucional, debido a su irrazonabilidad e incongruencia valorativa⁴⁹. **Entonces, resulta muy probable que la suba al doble de la pena previsto en la figura básica dará como resultado un mínimo legal incompatible con la mensuración de la culpabilidad concreta del autor.**

En sentido concordante opinó el CELS: “...., actualmente la pena prevista por una usurpación es de 6 meses a 3 años, pero según este proyecto -se refiere a la actual ley en 26.734- pasaría a ser de 1 a 6 años si se considera que tiene finalidad terrorista, introduciendo así el riesgo de la prisión efectiva. Además, este proyecto implicaría nuevas desproporciones en la escala penal: por ejemplo, quien cometiera un hurto en el contexto de una conmoción pública podría recibir una condena mayor que la que corresponde a un policía que ocasionara torturas”⁵⁰.

En todo caso “Quedará como último recurso la declaración de inconstitucionalidad de los mínimos cuando aplicadas a los tipos básicos las agravantes genéricas, resulten de una desproporción tal que se anule la culpabilidad por el hecho o se ponga en riesgo el fin de prevención especial de rango constitucional en el caso concreto, es decir con arreglo de las circunstancias del hecho y un autor concreto”.⁵¹

⁴⁷Si resulta ineludible la existencia de un bien jurídico previo para justificar la respuesta punitiva ante su afectación por intermedio de la tipificación de las conductas que lo afecten, más se debe exigir cuando endurecer tal respuesta punitiva mediante un agravante genérico.

⁴⁸A todo evento, establecer como bien jurídico tutelado, a efectos de incrementar las conminaciones previstas por el Código Penal, el supuesto “temor de la población”, o la “imposición de una omisión” implica utilizar el *ius puniendi* para castigar estados de ánimos colectivos -desvinculados de los bienes jurídicos primariamente tutelados- que quedan sujetos a una arbitraria discrecionalidad policial y judicial. Siendo el temor una expresión de la constitución subjetiva de cada persona (con lo cual existen tantos temores como personas o a ciertas personas le atemorizan ciertas situaciones que a otras personas le son indiferentes), tendría que existir una suerte de instrumento medidor que permitiera acceder a un promedio ponderado de los efectivos temores sociales de una población (que tampoco sabemos si es la totalidad de la población argentina o la población de una provincia, un municipio o una región). Por ende: ¿cuáles serían los parámetros que permitirían concretar razonablemente los límites subsumidores del temor social a efectos de aplicar el agravamiento de la coacción penal? **Lo expuesto demuestra que la ley 26.734 no protege ningún bien jurídico constitucionalmente relevante y que impone una suerte de derecho penal de autor encubierto –como una variante que se encamina hacia el derecho penal de ánimo y peligro en donde el pecado jurídico o la peligrosidad se puede dirigir contra aquellos que piensan distinto a los que gobiernan .**

⁴⁹ Conf. Gustavo L. Vitale, “Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir), Artículo 41 quáter del Código Penal, disponible en : <http://www.pensamientopenal.com.ar/VITALEARTICULO41QUATERSobreelamentodepenasparalosquesevalgandemenoresparadelinquir.pdf>

⁵⁰ Fuente: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Firmas%20ley%20antiterrorista.pdf>

⁵¹ Conf. Valdés, Eduardo Rodolfo, ob. cit. Sobre las perforación de los mínimos legales léase el trabajo de Mario Juliano . “nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los Mínimos de las escalas penales, disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01102007/juliano.pdf>

Aún si se aceptara su constitucionalidad, la imprevisión legislativa con que fueron introducidas las agravantes genéricas - la analizada y sus antecesoras- generan serios problemas interpretativos⁵² respecto de las reglas de concurso, participación y en definitiva a que figuras penales serían aplicables, lo que en este caso se agrava por ambigüedad y laxitud de los términos del art. 41 quinquies.

Sucede que los argumentos que fundamentan la afectación al principio de legalidad de los arts. 41 bis y quater – y con ello debitar fuertemente de su constitucionalidad, dificultan y/o obstaculizan la operatividad concreta del instituto. Ya sea por la indeterminación y/o laxitud en los términos, su problemática de ligarlo y/o excluirlo a un supuesto fáctico concreto, lo cierto es que existen vallas insalvables para la aplicación del instituto.

Considerando que las agravantes genéricas además de alterar las escalas penales, simultáneamente contienen referencias típicas que desde la parte General pasan a integrar y/o ampliar conductas típicas descritas en la parte especial, como criterio interpretativo restrictivo se impone que **“dicha ampliación típica proveniente del agravante, solo será es compatible con los tipos básicos o simples, por ser estos los representativos de cada grupo o familia de infracciones comprendidas en los capítulos y por su carácter de autónomos y rectores”**⁵³. Como la concurrencia de una figura o tipo especial -agravante o atenuante- al desplazar y derogar al tipo general, suprime la posibilidad de la ampliación típica desde la parte general, se entiende que **“las agravantes genéricas solo amplían los tipos básicos y en forma supletoria mientras este no haya sido desplazado o derogado por uno especial”**⁵⁴. Así el art. 41 quinquies sólo podrá agravar aun tipo penal especial cuando en el mismo título o capítulo al que pertenece el tipo básico, no concurra frente al caso concreto, o cuando en el capítulo de que se trate no haya previsto ningún tipo especial y dependiente y el único tipo o, todos los previstos sean básicos y autónomos⁵⁵.-

Por lo demás:”La concurrencia de varias circunstancias agravantes genéricas en un hecho si bien producen una doble ampliación típica de las figuras básicas, resulta indiferente, ante la omisión de regla explícita que regule la acumulación y doble agravación de las escalas, sin perjuicio que se

⁵² En este sentido “Creemos que la falta de reglas expresas legales que regulen los concursos entre las agravantes generales entre si y con las agravantes o atenuantes especiales resulta la fuente de los problemas interpretativos antes sintetizados. Ello ha sido producto de apartarse del método y técnica legislativa del Código de 1921 sin prever suficientemente sus consecuencias, contribuyendo a ello que no fueron incorporadas en un solo acto legislativo, sino que fueron varios y sucesivos en el tiempo, produciendo como resultado un sistema de conminación de penas ajeno a la cultura jurídica del país.” (Conf. Valdés, Eduardo Rodolfo, ob. cit)

⁵³ Conf. Valdés, Eduardo Rodolfo, ob. cit .Es mía la negrita.

⁵⁴ Conf. Valdés, Eduardo Rodolfo, ob. cit Es mía la negrita.

⁵⁵ Conf. Valdés, Eduardo Rodolfo, ob. cit

valore como una circunstancia agravante del hecho de conformidad a lo autorizado por el art. 40 y 41 del C.P.»⁵⁶

Va de suyo que en ambos casos - de “aterrorizar” o a que el sujeto realiza o se abstenga de realizar un acto- se necesita el dolo directo y específico del agente para lograr tal finalidad, Entonces será ineludible para acreditar certeramente la intención del imputado, probar su conocimiento y la voluntad de su acción para “aterrorizar” a una cantidad indeterminada de personas determinando o que tal autoridad realice o no cierto acto. Como impone el criterio restrictivo por el principio de legalidad, de la propia literalidad de la norma se excluyen cuando la finalidad de “causar terror” se dirige un número determinando de personas, o a otra u autoridad o gobierno o entidad que no sea la que explícita y taxativamente enumera la ley. **Además que los medios para lograr tal resultado deben ser idóneos, aptos y eficaces, debiéndose probar en forma objetiva y palpable para la operatividad del agravante como la acción “atemorizó” en forma concreta a la población o se dirigió en forma directa y eficiente para que tal o cual entidad y/o autoridad realice u omita un acto determinado y específico dentro de su competencia.**

Según la -forzada- intención del legislador, este agravante se podría vincular en forma directa e ineludible con el novel art. 306 del Código Penal que reprime al “el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte” para financiar, cometer o intentar cometer - ver inc. a), b) y c) de su acápite primero- algún delito con la “la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies”. Empero, como tal “finalidad” prevista en el art. 41 quinquies, principalmente la de “aterrorizar”, no se puede clarificar ni definir en forma certera y clara, menos aún puede integrar en forma explícita el estructura típica de un delito de base.

Es que el art. 306 ostenta un metodología inversa⁵⁷ al sistema empleado en el Código Penal: aquí es la figura de “base” la contiene como elemento típico para su configuración la constatación de un agravante punitivo previsto en la parte general, dándose el ridículo que para la consumación de ilícito del art. 306 se tendría que acreditar primero o en forma conjunta los –difusos- elementos del agravante que modificaría a posteriori su escala penal, o sea, si no se acreditaría la finalidad del art.

⁵⁶ Conf. Valdés, Eduardo Rodolfo, ob. cit El autor explica que “La interpretación que se propone, predominantemente de carácter sistemático, pretende a contribuir a estabilizar y hacer predecible la aplicación de las agravantes genéricas, e intenta expresar un modo de compatibilizar e integrar las siguientes garantías constitucionales: a) predeterminación legal del hecho y de la pena -al eliminar la ampliación típica proveniente de la parte general con la concurrencia de tipos especiales que desplazan a los básicos; b) prevenir la violación del principio de culpabilidad, - admitiendo el error y las limitaciones subjetivas de la participación criminal, sobre las ampliaciones típicas provenientes de la parte general- y c) prevenir la violación del principio de proporcionalidad de la pena - al descartar la agravación simultánea genérica y especial

⁵⁷ Siempre es un delito de la parte especial es agravado por la parte general y no al revés. Aquí a **agravantes genérica no amplía los tipos básico en forma supletoria mientras este no haya sido desplazado o derogado por uno especial, sino que los elementos típicos del art. 41 quinquies se repiten en el art. 306, no habiendo autonomía real entre delito y agravante.**

41 quinquies tampoco se configuraría la tipicidad del art. 306; agravante genérico y delito de la parte especial serían casi la misma construcción típica, fundiéndose en uno. Además, la simple y tautológica repetición de la frase “con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies” en este o cualquier otro delito, no hace que tal “finalidad” se especifique y/o defina y menos aún que se configure y/o consume en un caso concreto: para la real configuración del art. 41 quinquies se tendrán que probar sus requisitos típicos en forma autónoma y diferenciada de los que prevé el delito de base.

Los achaques realizados, sumado a la ambigüedad del art. 41 bis y la laxitud de su propia redacción, hacen ciertamente de difícil operatividad⁵⁸ propio art. 306 del CP, ni que decir de su vinculación a la agravante estudiada⁵⁹.

Finalmente, hasta con peligro de ser redundantes, repetimos la consignación de la fase “con la finalidad establecida en el art. 41 quinquies” o “delitos cometidos con la finalidad específica del artículo 41 quinquies” a tal o cual delito o disposición fondal o procesal, no define ni detalla el significado y/o alcance ni menos aún hace vincular o aplicable el agravante genérico de mentas.

Por otro lado, por razones de diferencias terminológicas, discrepancias de motivación del autor, y la prohibición absoluta de analógica en contra del imputado – que veda cualquier interpretación extensiva que lo perjudique-, entendemos que la finalidad de “aterrorizar” del art. 41 quinquies no se homologa ni se puede vincularse a priori con la intención de “infundir un temor público” que prevé al intimidación Pública prevista en el art. 211 o con el objeto -principal o accesorio- de “imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor” del art. 213 bis del Código Penal.

Pese a la similitud de su redacción, por idénticas razones a las anteriores sumados a la discrepancia de elementos típicos de la figura de “base”, hacen inviable relacionar la “finalidad de obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización

⁵⁸ Recién el 15 de diciembre de 2009, el el Tribunal Oral en lo Criminal Federal II de Córdoba condenó a un grupo de personas por lavar activos obtenidos del narcotráfico. La cara más visible de la sentencia fue Jorge Guillermo Altamira, jefe de la banda, que tuvo la pena de 6 años de prisión y multa de \$5.000 por transportar estupefacientes y utilizar el dinero negro de esa actividad para poner una pequeña parrilla familiar que bautizó “Como en familia”. Los antecedentes judiciales en material de lavado son, por lo menos, mezquinos. Por fuera del parrillero, la única causa que culminó por sospechas de este mismo delito terminó en probation. En 2008 un comerciante de La Pampa pagó una multa de \$100.000 (el doble de los fondos que se presumían blanqueados) para suspender un juicio en su contra por el término de un año. El hombre lavaba fondos que su hermana obtenía del narcotráfico con la fachada de un colegio. El 30 de noviembre de 2009 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Martín declaró extinguida la acción penal. De acuerdo la UIF estos son los únicos dos antecedentes condenatorios en la lucha contra el lavado que registra el país (fuente: <http://fortunaweb.com.ar/en-11-anos-hubo-una-sola-condena-por-lavado-de-dinero-fue-a-una-parrillero-cordobes/>)

⁵⁹ El propio CELS previo a la sanción de la ley destacó que: “La reforma implicaría, además, graves riesgos para las organizaciones que presten apoyo a los movimientos sociales, ya que podrían ser consideradas como autoras del delito de financiamiento al terrorismo, en caso de que reciban, recolecten o entreguen dinero para solventar actividades de organizaciones sociales cuyas protestas sean consideradas acciones terroristas.” (conf. <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Firmas%20ley%20antiterrorista.pdf>)

internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo” del art. 41 *quinques*, con “el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad” en la privación de la libertad del art. 142 bis y mucho menos con la contraprestación ilícita por la que un “funcionario realice u omite realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas” del art. 258 bis (cohecho).

A todo evento, las harto ambiguas y equívocas previsiones de art. 41 *quinques* (“finalidad de aterrorizar a la población” u obligar a ciertas autoridades y/o gobiernos “a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”) **constituyen circunstancias fácticas – hechos a comprobar- y como tal deberán probarse en forma suficiente para la aplicación concreta de la agravante, descartándose de tal forma aplicaciones automáticas de la figura por meras remisiones típicas o solapados criterios de imputación objetiva.** Insistimos, para que sea operativo el art. 41 *quinques* debe acreditarse en la específica en la conducta achacada al autor la “finalidad de aterrorizar”- o “intencionalidad de obligar” - vgr. a las autoridades públicas-; este necesario e ineludible “plus probatorio” se tiene que constatar **en forma autónoma e independiente de las previsiones típicas previstas en la calificación legal de “base”.**

Por ello, **para sea aplicable esta nóvel agravante se deberán tener por acreditadas sus circunstancias típicas en forma independiente a los requisitos típicos – objetivos y subjetivos- previstos en la figura penal de la parte especial cuya escala agrava:** vgr. Homicidio, intimidación pública (arts. 79 y 211 del CP; por lo que la demostración fáctica y/o configuración de los elementos del “delito de base” no hacen *per se* aplicable ni suponen la acreditación de los elementos típicos de la intención punitiva, en el caso, las circunstancias establecidas en los art. 41 *quinques*. Empero se necesita la comprobación fáctica de otro requisito para lograr la operatividad del agravante.

En efecto, como salvaguarda a su amplitud terminológica y evitar su utilización persecutoria insita en su redacción, el legislador estableció en el 2º párrafo del art. 41 *quinques* un baremo limitador igualmente genérico y equívoco: “Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”. **Entonces, resultará ineludible e imprescindible para el Órgano Acusador y sobre todo el Magistrado acreditar en forma certera y suficiente que el hipotético hecho ilícito no tuvo lugar en ocasión del ejercicio de un derecho constitucional, así y sólo así será potencialmente procedente la aplicación del agravante.**

Insistimos, por imperio del sistema acusatorio es el Ministerio Fiscal quien deberá acreditar que los hechos resultaron absolutamente ajenos al ejercicio de cualquier derecho constitucional y por lo tanto probar que se verificó la exclusión del agravante prevista en el 2º párrafo del art. *quinques*. Se debe evitar aquí una perversa inversión en el *onus probandi* en perjuicio del imputado, lo cual

sucedería si a la defensa se le impone la carga legal de acreditar la vinculación directa o indirecta del hecho con cualquier tipo o forma de ejercicio de un derecho – la norma no especifica si es o no autorizado y/o legítimo -, más allá que por estrategia procesal la defensa realice tal tarea para refutar la acusación Fiscal.

A todo evento, teniendo en cuenta por el principio in dubio pro reo y el de inocencia, ente la menor duda sobre si el imputado obro o no en ocasión del ejercicio de un derecho el Juzgador debe descartar de plano la aplicación del la agravante, de lo contrario se estaría ante un caso de arbitrariedad manifiesta⁶⁰. En este sentido “... , teniendo presente las excusas del acusado, conviene recordar que éste “no tiene la carga de probar la disculpa aunque no aparezca probable o sincera” (Clariá Olmedo, obra citada, pág.246), pues “no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impositivo de la condena o de la pena, se impone La absolución” (“Derecho Procesal Penal Argentino”, Julio B. J. Maier, tomo IB, pág.271, Editorial Hammurabi, 1989). Y Ricardo C. Núñez afirma sin retaceos que “la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación” (“In dubio pro reo, duda sobre la ilicitud del hecho”, La Ley, 48-1 y siguientes).⁶¹

⁶⁰ Cabe citar a un lúcido un párrafo del voto del juez Petracchi en el caso “Ricardo Francisco Molinas v. Nación Argentina”, a cuyo tenor me remito en un todo: “Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia, el cual, tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense in re “Coffin vs. United States” (156 U.S. 432, pág.453 y sgtes.), posee antecedentes muy lejanos en el tiempo. Así, en dicha oportunidad, el citado tribunal recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius, gobernador de Narbonensis, se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando la culpabilidad y alegando la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: “ilustre César —le dijo- si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?”; a lo que Juliano respondió: “Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?” (Armmianus Marcellinus, Rerum Gestarum. L.XVIII, C. 1). Tan venerable y remoto legado no puede ser desconocido sino a riesgo de negar la propia dignidad humana, y la Constitución Nacional, pues, reza así: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo” (artículo 18). Ello significa que todo habitante debe ser considerado y tratado como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme. Tan magno es este principio, que no ha dejado de ser puntualizado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano — artículo 9-, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano —artículo 11, la Convención Americana sobre Derechos Humanos — artículo 8, 2°, y diversas constituciones provinciales de nuestra Nación: La Rioja (art.22), Jujuy (art.29 inc.4°), Córdoba (art.39), San Juan (art.30), Santiago del Estero (art.35)” (Fallos: 3 14:1091).

⁶¹CSJN, A. 17. XXXVI, autos: “Abraham Jonte, Ronaldo Fabián s/ recurso de casación, causa n° 1372/99, 7/12/01, del dictamen emitido el 6/4/01 por del Procurador al luego adhirió la Corte.

También el procurador expresó “En mi criterio, resulta arbitrario para una condena la conclusión de que no pudieron acreditarse los movimientos sospechoso de los detenidos a que alude el imputado, pues lo que debe dilucidarse es si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que tales movimientos de ninguna manera existieron. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o de verosimilitud, grados del conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado, con base en el in dubio pro reo (artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación). Ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la existencia de movimientos sospechosos, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que estos movimientos no existieran; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza. “La condena sólo es correcta cuando se adquiere la certeza de la culpabilidad del imputado” (“Derecho Procesal Penal”, Jorge A. Clariá Olmedo, pág147, Marcos Lemer Editora, 1984). Así, la sentencia condenatoria ha sido fundamentada de manera tal que implica un desplazamiento erróneo del onus probandi y “en tales condiciones lo resuelto importa una violación al artículo 18 de la Constitución Nacional, pues invierte la carga de la prueba y la exige al

Va de suyo que, aún prescindiendo del genérico y amplio criterio “limitador”, nunca la agravante en glosa se podría aplicar válidamente a conductas socialmente adecuadas⁶² y/o aceptada y/o toleradas, y menos aún al ejercicio del derecho de peticionar a las autoridades, libertad de expresión, huelga (art. 14 y 14 bis CN)- solo por mencionar algunos, o inclusive cualquier forma de protesta y/o reclamo social⁶³ – como inclusive se pretendía antes de la sanción art. 41 quinquies-⁶⁴, derechos que si no pueden ser alterados por la leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 CN) menos aún podrían ser afectados o eventualmente reprimidos por la velada amenaza del *ius puniendi*, al menos no en un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Adhiero en todo a las siguientes palabras: “Cierto es que instaurar la idea de una regulación de la protesta puede ser el primer paso para anularla, pues resulta dificultosa la selección de pautas que no desvirtúen o desnaturalicen el sentido de la protesta. Por último, la respuesta a los reclamos sociales no puede ser hallada en la represión penal. No debe olvidarse que bajo la aplicación de una norma penal subyace un conflicto al que el derecho penal no otorga una respuesta satisfactoria pues no lo soluciona sino que lo abstrae de una realidad social circunscribiéndolo a una norma que lo aleja del lugar donde el debate debe ser realizado: el espacio público, los foros públicos. La

imputado, sin fundamento legal que autorice tal criterio” (Fallos: 275:9; 288:178, cons 5°; 292:561; 311:444; 319:2741, cons.7°, 3° párrafo, entre otros.”)(del dictamen del Procurador, es mía la negrita)

⁶² Así sostuvo Welzel: “las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social...LA adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado ‘normal’ de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aún en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos – por ejemplo, de acuerdo a criterios causales-” (Cf. Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 12ª Ed y 3ª ed castellana, Chile 1987, p.85. El destacado me pertenece)

⁶³ Repudiamos por tanto que cualquier acción popular que tenga la pretensión de modificar alguna decisión gubernamental pueda con poco más alcanzada por el art. 41 quinquies .Sólo por dar un ejemplo, una manifestación de un agrupación laboral que reclamare por el otorgamiento de la personería gremial (“obligar a las autoridades públicas nacionales ... a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”).

⁶⁴ En efecto,..” he decidido analizar el universo de delitos que se utilizan y/o pueden utilizarse para reprimir la protesta social. En una primera lectura al código Penal he encontrado una gran cantidad de normas que pueden ser útiles a esos fines. Lo curioso es que respecto de la mayoría de ellas pueden predicarse fuertes críticas constitucionales. La constitucionalidad de dichas figuras merecería un trabajo que excede los marcos del presente por lo que las críticas que aquí se efectuarán no serán exhaustivas. Sin perjuicio de ello deseo remarcar, en primer lugar, que normas como los arts. 191 y 194, CP (Cf. Ley 23.077, B.O. 27/8/84), habitualmente utilizados para reprimir cortes de rutas y trenes, poseen el mismo texto que el introducido por la ley de facto 17.567 (BO. 12/1/68), ratificada por ley 20.509, (BO 28/5/73). La circunstancia de que se trate de normas introducidas por leyes de facto no es menor. A la cuestión de que fueron creadas en momentos en que la Constitución Nacional había perdido su vigencia por la fuerza, se le suma que esos tipos penales, por su amplitud, permiten la subsunción de conductas que impliquen cualquier tipo de manifestación (políticas o no). Más aún, es evidente que su creación fue motivada, cuanto menos en parte, en la intención de impedir manifestaciones públicas. En segundo término, no se advierte que el detener o entorpecer la marcha de un tren (art. 191) o el impedir, estorbar o entorpecer el normal funcionamiento de los transportes (art. 194) impliquen una afectación seria al bien jurídico tutelado por esas normas (seguridad de los medios de transporte). Si bien puede tildarse de ambiguo el concepto de “seriedad de la afectación”, esa ambigüedad se diluye cuando la analizamos a la luz del art. 19, CN que consagra, entre otros, al principio de lesividad, según el cual la intervención del Estado queda descartada cuando no se perjudica a un tercero. En la mayoría de los casos que han llegado a justicia, el perjuicio que se ocasiona a los que se ven afectados con los cortes de rutas o de trenes no es más que la afectación de un supuesto “derecho a no llegar tarde” que no puede ser relevante desde la óptica del derecho penal que posee los caracteres de subsidiariedad, excepcionalidad y cuya aplicación, en definitiva, constituye la *ultima ratio*”. (Soberano, Marina “La protesta social: delito, derecho o deber”, disponible en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=123#_ftnref1)

represión penal de la protesta social no es más que la máxima expresión de la intolerancia dirigida a aquéllos que pretenden ser oídos para poner en evidencia las desigualdades sociales. La aplicación de la violencia estatal a los “manifestantes” no sólo nos conduce por un sendero que generará seguramente más violencia e incompreensión al tornarse en delictivo aquello que, cuanto menos, se considera un derecho, sino que permite confirmar que, efectivamente, estos grupos son relegados por el resto de la sociedad.”⁶⁵

Empero, como bien expone Aníbal Fernández la capacidad persecutoria de la norma esta latente: “Como nadie define qué procederes pueden “aterrar” a la gente, algún juez puede interpretar que tiene “finalidad aterrorizante” un asesino serial, una manifestación popular, el retiro masivo de los fondos de los bancos o una prédica opositora difundida. La ley también reprime a quien actúa con la finalidad de “obligar a las autoridades a realizar un acto o abstenerse de hacerlo“. Siendo así, ¿interpretará algún juez que quien corte una ruta para exigir a la autoridad la derogación de un impuesto merece el castigo de un terrorista? ¿No correrán el mismo riesgo los estudiantes que toman una universidad exigiendo al rectorado la eliminación de un arancel? Es cierto que el terrorismo, como moderna forma de criminalidad, reclama un tratamiento especial en el derecho penal. Pero es verdad también que en esa búsqueda deben preservarse los derechos individuales. No dudo que los autores de la norma no han tenido el propósito de valerse de ella para castigar conductas más allá de lo que la razonabilidad prescribe. Pero sin duda han abierto una puerta que puede ser aprovechada **con inescrupulosa finalidad persecutoria.**”⁶⁶ El propio Dr. Zaffaroni también advirtió: “Esta ley, en algún momento, puede ser utilizada por alguien contra la protesta social o contra los sindicatos”, puntualizó. Es que, según consta en la ley, serán considerados como delitos de terrorismo actos que sean “cometidos con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades (...) a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”.⁶⁷

Si bien es función sólo como una condición imprescindible de aplicabilidad del agravante, el 2º párrafo analizado ostenta una deficiente técnica legislativa plasmada en su laxitud y resulta cuanto menos redundante e innecesaria pues contiene una redacción muy similar con la causal de justificación genérica prevista en el art. 34 inc. 4 del C.P. cuando el agente obra “en el legítimo ejercicio de su derecho”⁶⁸ excluyendo por tanto la antijuridicidad de su conducta. Si el legítimo

⁶⁵ Conf. Soberano, Marina “La protesta social: delito, derecho o deber”, ob. cit.

⁶⁶ Alberto Fernández Ex Jefe de Gabinete de Ministros. Profesor de derecho penal en la UBA. Dichos vertidos el 24/11/12 en una nota periodística disponible en http://www.clarin.com/politica/norma-abre-puertas-practicas-persecutorias_0_614938632.html)

⁶⁷ Conf. nota periodística disponible en http://www.clarin.com/politica/Zaffaroni-necesitamos-ley-disparate_0_614938631.html

⁶⁸ Sería contradictorio reconocer la existencia de un derecho cuyo ejercicio constituyera un ilícito. Zaffaroni considera que el ejercicio de un derecho constituye una causal genérica de justificación pues remite a cuanta norma permisiva exista en el ordenamiento jurídico. Además “se considera que “es inadmisibile que el poder punitivo pueda ejercerse a través de tipos que contienen normas que desorientan al habitante porque, dada su contradicción, no

ejercicio de un derecho no puede ser considerado un delito, menos aún puede servir de excusa para agravarlo. Asimismo, el descarte de esta causal de justificación⁶⁹ no conlleva per se la aplicación del agravante puesto que **el 2º párrafo del art. 41 quinquies no se hace ninguna referencia a la forma y/o modalidad y/o catalogación jurídica en que se ejerce el derecho, por lo que la intensificación punitiva sería igualmente improcedente aunque el justiciable practique su derecho en forma ilegítima, desautorizada, anti-reglamentaria, o abusiva.**

III-Conclusión:

Como ciudadano y operador del derecho me toca asumir una ineludible postura reflexiva, escéptica y crítica sobre el sistema punitivo que se contrapone a pareceres acomodaticios y ambiguos que resultan justificadores del aumento exponencial, irracional, arbitrario e inútil del ius puniendi. **La abrupta e indeliberada irrupción del art. 41 quinquies no es la excepción a nuestras convicciones.**

No nos compete realizar elucubraciones bizantinas sobre el hipotético bien jurídico tutelado o acotar ostensibles ambigüedades terminológicas y terminar convalidado una figura tan innecesaria como inconstitucional. La complacencia dogmática o jurisdiccional ante creaciones de esta calaña empeorará la falta de coherencia y racionalidad punitiva que nuestro sistema penal padece hace varios años.

Más allá de la **mengua de soberanía legislativa** que significa sancionar apresuradamente leyes bajo la “advertencia” de eventuales sanciones crediticias y que la maquinal normativa repite neciamente formulas inaplicables que, además, afectan nuestro sistema basal de garantías; **turba y sorprende que detrás de su pésima factura técnica y ambigüedad terminológica subyace en el art., 41 quinquies una siniestra herramienta autoritaria para agravar la punición del ejercicio de básicas prerrogativas constitucionales⁷⁰.**

puede saber qué es lo prohibido; o porque, cualquiera sea su conducta, siempre será prohibida” Zaffaroni, Eugenio Raúl, “El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social”, comentario al caso “Schifrin”, en JA, 2002-IV, p.385

⁶⁹ En principio, ejercen sus derechos todos los que realizan conductas que no son prohibidas. (Principio constitucional de reserva). Como se trata de un causal de justificación genérica. hay que remitirse a otra parte del ordenamiento jurídico para ver cual era la autoridad o derecho del que era titular. Ejemplo: derecho de retención. CC art.3939.

⁷⁰ Coincidimos en todo con la editorial de Gustavo Ybarra del 31/12/11 del diario “La Nación”: Las leyes penales no pueden ser poemas ni acertijos. Han de ser concretas y precisas, sin márgenes para la interpretación pues ésta deposita en el juez un enorme y peligroso poder que tanto puede inducirlo al error de una mala interpretación o, en el actual contexto de la Argentina, también a obedecer órdenes del Poder Ejecutivo y emplear la laxitud de esta ley para castigar a quienes no comulgan con el Gobierno o se oponen a algunas de sus medidas dentro del juego de las reglas democráticas. Son estas características del proyecto que amenaza convertirse en ley las que mueven a suspicacia, y por varios motivos. Para empezar, si bien el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que combate el lavado de dinero, había pedido una norma antiterrorista, este proyecto va mucho más lejos, y el Gobierno, que antes ignoró y luego demoró las exigencias del GAFI hasta que éste amenazó con sanciones, simplemente parece haber usado al organismo internacional como pretexto para introducir una ley antidemocrática.” (nota disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1434564-una-ley-para-presionar-y-perseguir>)

Los insalvables achaques explicitados dan cuenta de la potencial inoperatividad tanto del art. 41 quinquies como su forzado ilícito vinculado art. 306 del C.P., pero hasta su derogación y declaración de inconstitucionalidad el agravante en glosa seguirá vigente y por desgracia, tendrá virtualidad para que con ilegítima e ilegal flexibilidad endurezca la criminalización derechos y libertades caras a nuestro sistema Republicano⁷¹.

La lucha contra el terrorismo y su financiación debe ejercerse dentro de los estrictos cánones rectores del Estado Constitucional de Derecho, sin caer -so pretexto de una pretendida “eficacia”- en las mismas violaciones y afectaciones – pero mas graves porque provienen del Estado- que pretensamente la norma intentaría reprimir⁷². La negación del derecho debe contestarse con su férrea afirmación, no con nuevos medios ilegítimos para contrarrestarlo; todo ello máxime si estamos frente a un fenómeno complejo y global – terrorismo- cuya estricta definición y delimitación permanece inasequible o, a lo sumo, imprecisa y difusa⁷³.

⁷¹ Bien señala el Dr. Axat: “No es casual que cada vez que se promociona un proyecto legal de ésta índole se vincule la temática del terrorismo con un intento por parte del Poder de Policía del Estado de avanzar sobre las conquistas en el área de los Derechos Humanos. Dada esta coyuntura, no resulta nada fácil lograr una armonización (o intento por equilibrar) el sistema de protección a los derechos humanos de la ciudadanía y un marco de legislación Antiterrorista. Nuestra historia como país es determinante a la hora de poner en evidencia que ambos polos se tocan permanentemente, se encuentran tensados, en definitiva: no se augura una fácil convivencia entre la vigencia de una normativa que trate la cuestión del terrorismo y la vigencia del sistema de derechos humanos hoy incorporado. Pues a esta altura, ninguna duda nos cabe que de dictarse una ley Antiterrorista, ésta podría llegar a convertirse en un instrumento oportuno para impedir la más plena libertad de expresión, o coartar la intervención activa de asociaciones civiles y políticas en el reclamo y petición por una mejor y más digna vida democrática. Me refiero al hecho de entregarle nuevamente un cheque en blanco al Poder de Policía, para que éste cuente con una herramienta rápida y eficaz para infiltrar, controlar, investigar y perseguir a organizaciones sociales, políticas y religiosas; o acaso, continuar criminalizando los ciclos de demanda y protesta social, como los que conocimos en Argentina desde la década del 90 y los que se vieron durante el período 2000/2001 con motivo del agotamiento de un modelo económico-social excluyente e injusto, como lo es el sistema neoliberal.”(Axat, Julián, ob. cit)

⁷² Nos plegamos entonces a las recientes palabras del Dr. Chiara Díaz: “Ningún objetivo entonces, ni cualquier situación de gravedad extrema, pueden justificar la alteración de las reglas básicas del Estado de Derecho Constitucional, con principios, normas y valores que rigen para la sociedad a partir de la Constitución y de los Tratados Internacionales y de Derechos Humanos, ni descalifican en su dignidad y condición humana a los individuos que comentan o intenten delitos, cualquiera sea su gravedad”(Chiara Díaz, Carlos A, “El sistema penal tradicional y el derecho penal del enemigo”, en el Suplemento Penal y Procesal penal de www.eldial.com.ar, <http://www.eldial.com/nuevo/suple-penal-solapa.asp?camara=Editorial, elDial.com - CC2B85>)

⁷³ El Sr. Zaffaroni expresa: “Por desgracia, las reformas penales que impulsan la cuestión del terrorismo, además de provocar un avance del estado de policía o autoritario –con el consiguiente debilitamiento del estado de derecho-, suelen tener efectos paradójales, porque crear tipos penales de terrorismo puede ser fuente de impunidad. Ante todo, porque es común que lesionen el principio de estricta legalidad, lo que puede provocar su declaración de inconstitucionalidad. En segundo lugar, porque todos pretenden incorporar elementos subjetivos. Parece que nadie es capaz de preguntarse para qué efecto práctico pueden servir esos tipos con elementos subjetivos, cuando en el tipo tradicional del homicidio calificado, sin requisito subjetivo alguno, se prevé la pena máxima del código, y ello sin necesidad de agotar el resultado del estrago, sino bastando con causar la muerte de una sola persona. Y la misma pena se le impone al que lo financia, porque coopera en la preparación en forma necesaria (con dominio del hecho) y, por consiguiente, es partícipe necesario, o porque decide al ejecutor y en tal caso es instigador. Si la ley es tan clara y lo ha sido siempre, no se comprende qué efecto práctico se puede buscar con tipos especiales que no cubren ningún vacío de tipicidad y que, por el contrario, pueden confundirlo todo y provocar impunidades.” (ZAFFARON, Eugenio Raúl I2. El enemigo en el Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2006,Pág. 160)

No se trata de comerse al caníbal. Aún arguyendo el combate del peor disvalor, **resulta inadmisibles⁷⁴ abdicar o resignar o retacear de principios, derechos y garantías en la sensible tarea de conceptualizar ciertas acciones para recrudecer todo andamiaje punitivo.**

Desde la teoría nos toca advertir sobre las aborrecibles prácticas que puede generar la aplicación desbocada del agravante en glosa⁷⁵. Sólo el obrar receloso y harto prudente de la función jurisdiccional apreciará y valorará las insalvables máculas constitucionales que a poco de su análisis ostenta la mera vigencia del art. 41 quater y con la mejor ventura el magistrado la invalidará o, en su caso, no la aplicará.

En suma, el novel art. 41 quinquies expone un inútil e ineficaz desbarro legislativo⁷⁶ de acotada y/o –ojala- nula aplicabilidad concreta, con serias e insalvables violaciones constitucionales y que, a pesar de la redundante exclusión de su 2º párrafo⁷⁷, lleva insito en su ilegal ambigüedad terminológica la posibilidad de atizar arbitrarias criminalizaciones de libertades⁷⁸ y derechos impropias en un Estado de Derecho⁷⁹.

⁷⁴Como también es inaceptable la creación de un agravante genérico penal sobre la base de un verbo polisémico (“aterrorizar”)

⁷⁵Talla aquí también la natural selectividad en la criminalización secundaria.

⁷⁶EL Dr. Zaffaroni, salió públicamente a cuestionar muy fuerte la ley antiterrorista que acaba de aprobar el Congreso con el voto y el apuro político del kirchnerismo remarcando que “Es un disparate”, y que “Es una extorsión que nos hace el organismo GAFI, de segunda categoría, que se atribuye más derechos que las Naciones Unidas”, dijo, y cuestionó al kirchnerismo porque, aseveró, la Argentina no necesita “para nada” una norma de este tipo. “En el país no necesitamos esta ley antiterrorismo”, aseguró. Y siguió contra el GAFI: “Nos extorsiona de modo que si no sacamos esas leyes nos va a sancionar económicamente. Este organismo se ocupa solamente de garantizar que el lavado de dinero se haga en el hemisferio norte”.(conf. nota publicada en http://www.clarin.com/politica/Zaffaroni-necesitamos-ley-disparate_0_614938631.html)

⁷⁷Si bien se establece que el agravante no se aplicaría en los casos en que se trate del ejercicio de un derecho constitucional, este criterio no garantiza que líderes sociales no inculcados de esta a nuevas agravante o al art. 306 del CP, lo que de por sí implicaría someterlos a una fuerte presión para abandonar su reclamo. Dada la amplitud e imprecisión de los términos, se invierte la carga de la prueba y serán ellos los que deberán probar, en el marco de los procesos penales, que no son terroristas.

⁷⁸La indefinición del concepto de terrorismo y el surgimiento de agravantes y tipos penales, cuanto menos, amplios, va configurando un plexo normativo flexible, susceptible de ser utilizado en un proceso de criminalización de la protesta social.

⁷⁹El Dr. Aníbal Fernández vincula, con razón, la ley en glosa con precedentes nefastos: “Roger Cressey, Subdirector del Departamento de Contraterrorismo de la Casa Blanca en 2001, lo advirtió. “Vamos a cometer errores. En ocasiones vamos a matar incluso a falsos culpables. Pero éste es el riesgo inherente a todo programa activo de contraterrorismo”, dijo. La afirmación expresa la ideología imperante en el “mundo central” a la hora de perseguir terroristas y demuestra el desapego a elementales reglas del estado democrático que muchas veces se impone en los países periféricos. El derecho penal moderno ha hecho un enorme esfuerzo por limitar la capacidad punitiva del Estado. La regla constitucional que indica que nadie puede ser juzgado y condenado sino en virtud de hechos que previamente a su ejecución hayan sido legalmente definidos como delito (Principio de Legalidad) ha exigido o extremado los recaudos para describir con absoluta precisión las acciones ilícitas. La doctrina penal se ha esmerado por cuestionar la descripciones imprecisas de las conductas punibles (tipos abiertos) que pueden dar lugar a más de una interpretación judicial. Los totalitarismos han desatendido aquella regla y han perseguido adversarios abarcando con descripciones muy imprecisas acciones que en principio sólo reconocerían cuestionamientos morales o políticos. Afectar el “orden socialista” o atacar contra “el sano sentimiento del pueblo”, fueron recursos usados en Rusia después de 1917 y en la Alemania Nazi, para perseguir opositores. También en Argentina se han registrado antecedentes semejantes. En todos esos casos se observa un común denominador : no castigaron conductas sino resultados difíciles de definir. Reprimieron a los que alteraban el “orden” o maltrataban el “sano sentimiento del pueblo” sin especificar qué acciones reconocían entidad para alcanzar semejantes consecuencias” (nota periodística disponible en http://www.clarin.com/politica/norma-abre-puertas-practicas-persecutorias_0_614938632.html)

Además: “No es vano recordar que el Derecho Penal alemán vigente durante el nacionalsocialismo desistió de sujetare a un régimen de tipicidad objetiva y a las pautas fijadas por el principio de legalidad. En cambio adoptó el método de la analogía y reservó un amplio margen de discrecionalidad al juez para sortear los eventuales límites que podría plantear el texto escrito de la ley. Así, el artículo 2º del Código Penal reformado en 1935 estableció que “Será castigado quien cometa un hecho que la ley declara punible o que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él”.- No es antojadizo traer a colación el caso de la Alemania nazi. Resulta útil para graficar crudamente la vulnerabilidad en que puede colocarse a una sociedad cuando se dejan de lado garantías mínimas. No importa si la excusa es la defensa de intereses superiores o la protección de la seguridad pública.- La ausencia de especificación de la conducta ala que se considerará acto terrorista deja abierta la posibilidad que algún juez escasamente tolerante a la protesta social encuentre en esta norma una vía idónea para canalizar sus inclinaciones autoritarias. Podría imputar a los manifestantes, por ej., que han cometido delitos previstos en el Código Penal “...con la finalidad de... obligar a las autoridades públicas nacionales...a realizar un acto o abstenerse de hacerlo...”(conf. “Izaguirre, Javier; Acerca de la denominada Ley "Antiterrorista y de lavado de activos", disponible en http://www.anred.org/article.php3?id_article=4670)