

Ley antiterrorista: algunas observaciones en torno a ella.

Enrique Gabriel Kaltenmeier. Publicado en RARA AVIS (kaltenmeier.blogspot.com) el 04/01/2012

Dada la repercusión que tuvo el tratamiento y posterior sanción de la Ley 26734, conocida coloquialmente como "Ley Antiterrorista", me vi tentado a investigar un poco al respecto. Fruto de estas sucesivas lecturas es este análisis (tal vez pretencioso) del proyecto, sus fundamentos, y los efectos de la norma tal y como ha sido sancionada. La evaluación de la misma no es estrictamente jurídica, sino que también se filtra en el análisis la valoración política de la medida y del discurso sostenido por sus promotores.

El proyecto del Poder Ejecutivo.

La Presidenta de la Nación, Cristina Fernández, acompañada con la firma de los ministros Alak (Justicia) y Aníbal Fernández (Jefe de Gabinete), envió a la Cámara de Diputados de la Nación el Mensaje 1643, por el cual sometía a tratamiento legislativo el proyecto de ley destinado a modificar el Código Penal.

Antes de ingresar en el estudio del proyecto en sí, primero vale la pena realizar algunas observaciones respecto a los fundamentos que da la Presidenta para impulsar esta iniciativa.

La Presidenta inicia su mensaje exponiendo que el proyecto de ley está "*dirigido a fortalecer y reordenar las disposiciones normativas en materia de prevención, investigación y sanción de actividades delictivas con finalidad terrorista. Para ello, se promueven reformas puntuales al Código Penal, mediante la incorporación de una nueva agravante en su parte general, por la que se intensifica la pena de cualquier delito que sea cometido con finalidad terrorista, y por otro, se reformula y reubica el delito de financiación del terrorismo.*"

Dos notas al respecto. En primer lugar, se habla de "reformas puntuales" y pocas palabras más tarde confiesa que introduce, en la parte general del Código Penal, una agravante (podríamos llamarle "genérica") para cualquier delito, en razón de la finalidad mediata perseguida. Pero el proyecto también incorpora un nuevo tipo penal, según la Presidenta "*a efectos de poder reprimir de una manera específica la financiación de los actos terroristas individuales y la de las organizaciones terroristas, sean éstas nacionales o internacionales*". Menciono esto porque más adelante la Presidenta va a decir que no crea nuevos tipos penales, cuando es lo primero que hace mediante el proyecto. Volviendo a lo atinente a la agravante "genérica", tenemos que las "reformas puntuales" afectan a todos los delitos. No parece ser una reforma aislada, sino una gran transformación del Código en general.

Ello porque, como se verá más adelante, la reforma incide especialmente en la determinación del monto de las penas, y -en consecuencia- lo que hace este proyecto es afectar el equilibrio general entre la gravedad de las diversas penas y el contenido injusto de las conductas típicas (vulgarmente, delitos) tipificadas a lo largo de todo el Código. Equilibrio que ya demasiado escorado viene por el proceso de reforma continua y "deportiva" a que se ve sometido el Código por presiones mediáticas y (por influencia de las primeras) sociales.

A este respecto, solo para auxiliar al lego que pueda haberse quedado en el camino, una de las cuestiones básicas que debe respetar un Código Penal razonable es que las penas tengan relación con la gravedad de los hechos. Es decir, que una lesión leve no tenga una pena mayor que un homicidio, por poner un ejemplo burdo. A ese equilibrio es al que se hace alusión.

El segundo dato que se traduce de esa argumentación tiene ribetes especialmente teóricos. Se habla de fortalecer las normas destinadas a la prevención, investigación y -destaco- sanción de los delitos cometidos con finalidad terrorista. Esta mención nos lleva al campo de las diferentes teorías que buscan darle una justificación a la pena (ejercicio de poder punitivo sobre una persona). En la sistematización dada a continuación, se sigue de cerca -en cuanto es posible, dada la comprensión- la exposición que hace Eugenio Zaffaroni en su "**Manual de Derecho Penal – Parte General**" del año 2005 (páginas 37 a 58).

Haciendo una rápida, apretada e imperfecta clasificación, destinada especialmente a quienes no están en el mundo leguleyo, hay dos grupos principales de teorías. Las primeras son las **negativas**, sea porque deslindan el poder punitivo por exclusión (no es poder ejercido a modo de retribución - por ejemplo, lo que se da en materia civil- ni es poder administrativo -intervención directa del Estado-, puestos en juego en ambos casos para la resolución de un conflicto) o porque lo consideran negativo desde una perspectiva ética (no hay justificación moral a la imposición de sufrimiento - pena- a otra persona).

El segundo grupo, son las teorías **positivas**. Aquellas que plantean algún tipo de justificación a la imposición de penas, sea ética o política. Las justificaciones que podríamos denominar "éticas" son las de las teorías positivas **absolutas**: básicamente, se fundamentan en la venganza, al modo de la pena talional. Entre las teorías positivas, también están las **relativas**, que son las que apuntan a alguna clase de justificación política, encontrándole alguna clase de función a la pena.

Ya adentrándonos entre las teorías positivas relativas, las mismas son susceptibles -a su vez- de ser clasificadas en otros dos grupos. Por un lado, la llamada "**prevención general**", que reconoce a la pena efectos sobre la población que no ha delinquido, sea mediante la disuasión (que las personas no cometan delitos ante la amenaza de sanción, "**prevención general negativa**") o mediante el refuerzo de la confianza en el sistema por parte de la ciudadanía (el funcionamiento del sistema y la aplicación de las leyes evitando la impunidad -con todos los matices que ello implica y que no viene al caso desarrollar aquí- o "**prevención general positiva**").

Por su parte, las teorías que encuentran justificación a las penas en razón de sus efectos -pero esta vez sobre las personas que han sido criminalizadas- son aquellas que, o bien apuntan a la

resocialización o reeducación de los delincuentes ("**prevención especial positiva**"), o las que apuntan a la neutralización de los mismos (a veces combinada con la anterior, como neutralización - mero encierro, muerte- de los "incurables", o "**prevención especial negativa**").

Lo dicho anteriormente es el fundamento de la apreciación siguiente. Del mensaje de la Presidenta se puede inferir que se inspira esta reforma en una de las dos teorías de prevención general, la prevención general positiva, en tanto y en cuanto se habla de fortalecer el sistema imponiendo nuevas penas a los delitos cometidos con finalidad terrorista. No solo por ese fragmento, sino porque más adelante, la Presidenta sostiene que "(...) se trata de fortalecer por vía de la profundización, una política criminal que ha venido conjugando, con responsabilidad, los deberes de prevención, investigación y juzgamiento de los delitos de extrema gravedad (...)" y porque se indica en el propio mensaje presidencial que toda la materia debe analizarse en relación con los tratados internacionales suscritos por el país (y cuya lectura es necesaria, lo cual abordaremos más adelante).

En esos instrumentos siempre se hace alusión a la necesidad de reprimir los actos cometidos con una finalidad terrorista, en razón de que "socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil" ("**Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil**", Montreal, 1971), o que "la toma de rehenes es un delito que preocupa gravemente a la comunidad internacional" ("**Convención internacional contra la toma de rehenes**", Nueva York, 1979); u otras expresiones similares en el resto de los tratados, todas las cuales parecen -a mi criterio- encaminarse al refuerzo de la confianza general en el sistema en tanto y en cuanto evite los actos terroristas en las diferentes esferas temáticas a las que refiere cada tratado.

Ello cuando lo que en verdad debemos plantearnos es si no es necesaria una revisión del sistema en sí mismo (y no hablo ahora de las diferentes áreas de cada tratado, sino el sistema -¿capitalista?- en general), considerando que la existencia de conductas contrarias a derecho -y que en el ámbito penal son definidas como delitos (el delito no existe como tal en la realidad, sino solamente en la definición normativa, o criminalización primaria)- son, ni más ni menos, claros cuestionamientos al orden establecido. Valga como un ejemplo nimio de lo que se dice, un hurto no hace otra cosa que cuestionar la idea de la propiedad privada.

Citando a Zaffaroni, en el Manual antes mencionado (página 43), para las teorías de prevención general positiva "una persona sería criminalizada porque de ese modo tranquiliza la opinión pública. Aunque no dice que esa opinión pública es alimentada a base de un considerable empobrecimiento material y cultural que produce sistemáticamente la misma sociedad que la prevención positiva legítima. (...) la pena no sirve pero debe hacerse creer que sí lo hace para bien de la sociedad. Y la sociedad cree esto como resultado de un prejuicio intimidatorio." Más adelante, el autor continúa -y en lo que considero central para la conclusión a la que arribo sobre el punto- diciendo que "desde lo teórico la criminalización sería un símbolo que se usa para sostener la confianza en el sistema, de modo que también mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto del autor como de la víctima. Las categorías de análisis jurídico se vaciarían, pues el sistema sería el único bien jurídico realmente protegido; (...) La medida de la pena para este derecho penal sería la que resulte adecuada para renormalizar el sistema produciendo consenso (tranquilizando a la gente), aunque el grado de su desequilibrio no dependa de la conducta del penado ni de su contenido injusto o culpable, sino de la credulidad del resto."

Lo que rescato de este fragmento del mensaje presidencial, analizado a través de los argumentos citados antes, es el fundamento transpersonalista de la medida. Cosa que no es más que un sinceramiento del rumbo general del gobierno en la materia. Si bien es cierto que no se reprime (o al menos no se reconoce abiertamente ello) la protesta social, este gobierno tiene en su haber algunos antecedentes preocupantes en materia penal, siendo el más importante de ellos la cruzada del falso ingeniero Juan Carlos Blumberg allá por 2004, que supuso un embate feroz contra la estructura y lógica del Código Penal. Aunque es obvio que no fue un proyecto oficial como el actual, en aquel momento, realizando un cálculo político -léase, sobre sus propios intereses- el gobierno consintió sin mayores reticencias la consagración normativa de esas reformas que combinaban elementos de todas las teorías: disuasión, "combate a la impunidad", resocialización y neutralización de "incurables". Y que, por supuesto, afectaron a la población vulnerable ante el proceso de criminalización secundaria (poder punitivo autorizado por la norma en la criminalización primaria, esta vez ejercido sobre las personas).

Otro punto a analizar es el atinente a la noción misma de terrorismo. Sin perjuicio de pasar por alto algunas cosas puntuales sobre las que volveremos más adelante al tratar desde el punto de vista normativo tanto la legislación anterior como la modificación hoy vigente, detengámonos un instante en estos párrafos del mensaje de elevación que firmó la señora Presidenta:

"La dinámica de esta actividad delictiva, junto a los más modernos parámetros internacionales creados para hacerle frente, nos demuestran que la tipificación actual del delito de financiamiento del terrorismo, no alcanza los actos cometidos por un sujeto terrorista en forma individual, que perpetra un ataque sin el apoyo o la coordinación de una asociación terrorista.

Sin perjuicio de que en la legislación actual, esa conducta jamás resultaría impune, los estándares internacionales requieren tipos penales específicos, como forma de fiscalizar avances y a su vez habilitar competencias y términos de cooperación e intercambio entre Estados.

Por otra parte, la configuración actual del delito de asociación ilícita terrorista requiere la comprobación de una serie de requisitos que no coinciden con lo previsto en los instrumentos internacionales vigentes en la materia, que en muchos casos hace ardua la tarea de determinar el efectivo grado de adecuación de nuestro sistema normativo."

Hay una contradicción enorme. En el primer párrafo citado se nos dice que la tipificación no alcanza, mientras que en el segundo se dice que esa conducta jamás resultaría impune. De modo que la

modificación ¿con qué fundamento se hace? Es meramente deportiva, para no perder la costumbre de meter mano en el Código Penal. Si la conducta no queda impune, no hace falta una nueva norma.

Además de ello, el párrafo es confuso, porque arranca refiriéndose al financiamiento del terrorismo, pero culmina hablando del terrorista individual (financiar no es lo mismo que perpetrar el ataque). De modo que cabría pensar, más allá de la posible tentativa, que es necesario aplicarle una pena a un terrorista "individual" (las comillas cobrarán sentido más adelante) por su autofinanciamiento. Es de la única forma en que se puede llegar a lograr cierta coherencia entre ambos párrafos, aunque es cierto que lo dicho -así interpretado- se revela como un sinsentido.

Otra de las cosas que quedan por analizar de esta fundamentación dada al proyecto del Poder Ejecutivo es la relativa al rol que ha jugado en la misma el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional). El GAFI es una institución intergubernamental que fue creada a fines de los '80 en el marco del denominado "Grupo de los 7". Supuestamente, su objeto es el desarrollo de políticas destinadas al control del lavado de dinero y del financiamiento de las actividades terroristas, y las mismas se materializan en "recomendaciones" periódicas que emite esta organización, a las cuales los países miembros (entre ellos, Argentina, miembro desde el año 2000 en adelante) deben ajustar su legislación interna.

A continuación, voy a citar una serie de párrafos del mensaje presidencial a los efectos de desactivar posibles críticas sobre la fecha de incorporación de Argentina al GAFI, que me pueden llover por coincidir en los colores políticos con la administración bajo la cual se ingresó a este organismo; así como para dar por demostrada la aceptación de la actual administración respecto a todas estas recomendaciones. La Presidenta sostiene en su mensaje que:

"En ese sentido, la República Argentina ha incorporado a su derecho interno las más importantes herramientas de derecho internacional, como son la Convención Interamericana contra el Terrorismo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (cfr. leyes 26.023 y 26.024, respectivamente).

Con la misma determinación, nuestro país ingresó oportunamente como miembro pleno del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), a partir de lo cual se incorporaron a nuestra legislación tipos penales específicos, vinculados con la materia, así como con el lavado de activos.

De este modo, mediante la sanción de la ley 26.268, en 2007, la Argentina incorporó a su legislación penal los delitos de asociación ilícita terrorista, en el artículo 213 ter, y de financiación de ese tipo de asociaciones, en el artículo 213 quáter, ambos del Código Penal.

Sin embargo, dado que el terrorismo y su financiamiento son actividades delictivas complejas en permanente mutación, al igual que todos los otros Estados de la comunidad internacional, nuestro país enfrenta la necesidad de adecuar su normativa a las transformaciones registradas a nivel global.

Es por ello, entonces, que la determinación que recientemente condujera a la pronta sanción de la ley 26.683, en materia de lavado de activos, debe hoy servir de antecedente y ejemplo, para seguir igual senda, en cuanto concierne a la tipificación del delito de financiamiento del terrorismo, ya que en ambos casos se persigue un mismo fin, que es el de adaptar la legislación interna a los más elevados estándares internacionales."

El primer párrafo lo cito porque ambos tratados son las fuentes normativas que nos sujetan internacionalmente y que hacen inexorable la armonización de la legislación interna (el incumplimiento de los tratados hace susceptible al país de incurrir en responsabilidad internacional y consecuentemente en sanciones, aclaro para los legos). Ahora bien, vale la mención para no tergiversar todo el conjunto, pero ese tema no lo trataremos aún.

Los siguientes párrafos sí tienen relevancia en este punto de la exposición. Se menciona la incorporación al GAFI como fruto de la misma determinación que motivó la adhesión a los tratados antes mencionados (la que se produjo en marzo de 2005 en ambos casos), es decir que la Presidenta **valora como positiva esa membresía**. A su vez, reconoce que el GAFI tuvo intervención en la modificación anterior al Código (2007) por la cual se incorporó la norma que fue derogada por este proyecto del Ejecutivo, hoy sancionado como ley.

Por el contrario, hay autores que no creen que esta sea la verdadera razón que impulsa la reforma al Código Penal. Roberto Gargarella, en una entrevista que le realizara el sitio plazademayo.com (**Gargarella: "Martín Sabbatella o Jorge Rivas no pueden volver a hablar con dignidad"**, realizada por Diego Rojas) sostiene que *"como dice Zaffaroni, el GAFI es un organismo de segunda. Estuve siguiendo sus intereses. El interés del GAFI es que se adopten políticas y medidas, eventualmente normas, que reflejen compromisos antilavado y relacionados con el financiamiento del terrorismo. No hay que olvidar que este gobierno en la anterior campaña presidencial apareció financiado por dinero sucio. Los principales recaudadores de la campaña están todos con problemas en la justicia, algunos de ellos presos. El gobierno siempre ha tenido problemas en ese área y no es raro que no esté tomando medidas activas en ese punto y, por eso, es el gobierno quien debe dar explicaciones de por qué ha mostrado tantos problemas para tomar medidas relevantes en ese área. Sin embargo, creo que en lo que respecta a esta ley hay, por un lado, una sobreactuación y, por el otro lado, la construcción de la excusa del GAFI. Se toma la excusa del GAFI para dictar medidas que el gobierno estaba interesado en tomar."* El interés al que apunta Gargarella como principal motivación de la reforma, y que queda encubierta por lo que él llama la "excusa" del GAFI, es lisa y llanamente la instauración de una política criminal (en el sentido técnico, y también -añado yo, si fuera esta hipótesis la correcta- como adjetivo) destinada a la represión de la protesta social y de la disidencia política, lo que puede deducirse sin demasiado esfuerzo de la propia norma, como ya analizaremos oportunamente.

Tiendo a creer que la hipótesis de Gargarella (apoyada tal creencia en los antecedentes

santacruceños del kirchnerismo, que conocemos en estos lares bastante de cerca, como en los antecedentes que incluso tiene como administración nacional, aunque interviniendo en forma velada, por ejemplo a través de patotas como la que asesinó a Mariano Ferreyra) es la correcta. Ahora bien, suponiendo que es cierto lo que indica la Presidenta en su mensaje, ello implicaría una contradicción tremenda con el discurso histórico del kirchnerismo. En efecto, importa ceder ante las presiones de los países centrales, que predicán con estas recomendaciones pero que en tanto y en cuanto les resulten inconvenientes, no las aplican. En suma, implican ceder soberanía en favor de dichos países, lo que no se condice con "el relato" que se ha venido construyendo desde 2003 a esta parte.

Trámite legislativo. Dictámenes.

El dictamen de mayoría no presenta fundamentación alguna, sino que simplemente hace propios los argumentos de la Presidenta. Lo que resulta -siendo diplomáticos- bastante desprolijo, ya que el texto cuya aprobación recomienda el dictamen de mayoría es distinto al del proyecto oficial, pero sin embargo los Diputados no dejaron expresado en el texto del dictamen argumento alguno por el cual justifiquen que se apartaron de la redacción original.

El artículo 41 quinquies a incorporar estaba redactado en el proyecto de la Presidenta de la siguiente forma:

"Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población, la escala penal se incrementará en el doble del mínimo y del máximo. Si la finalidad fuese la de obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, se aplicará la misma escala, siempre y cuando no se trate del ejercicio de un derecho constitucional."

Por su parte, en la redacción propuesta por el dictamen de mayoría, el artículo 41 quinquies queda redactado así:

"Cuando algunos 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."

Aún a riesgo de adelantar parte de la exposición y desengancharla del resto de las consideraciones que trataremos al analizar la norma en concreto, el texto del dictamen mayoritario (el finalmente sancionado como ley) me parece peor que el del proyecto original. Primero, desde el punto de vista teórico. Hablar de ejercicio de "derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional" es una animalada. En principio, porque los derechos humanos son constitucionales, más no sea por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional que le da jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos, de modo que incorpora a su texto los derechos allí reconocidos. Eso, cuando no sea posible desprenderlos con toda claridad del resto de los artículos de la Constitución.

Además, se comete la aberración de decir "derechos humanos y/o sociales". Hasta casi causa gracia que quede alguna duda hoy por hoy de que los derechos económicos, sociales y culturales son tan derechos humanos como los civiles y políticos. Lo más grave es que de ese cambio se traduce la intervención de un criterio reaccionario y no progresista, siendo justamente esta nueva redacción el "fruto" de la influencia del "ala progresista" -si es que tal existe- del kirchnerismo.

Por su parte, en cuanto a la incorporación de un nuevo artículo 306 al Código Penal, el proyecto original de Presidencia decía:

"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, a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte para financiar la comisión de un delito que tuviera la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies, independientemente de su acaecimiento."

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."

Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento."

El finalmente sancionado, y que fue propuesto por este dictamen de mayoría:

"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, para alguno de los siguiente fines:

- a) Financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;*
- b) Financiar una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;*
- c) Financiar 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, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento."

En este caso la modificación que introduce el dictamen es buena, ya que precisa los diferentes tipos penales que se están creando en este nuevo artículo, respecto al proyecto presidencial. Otra cosa es decir si se justifica o no la creación de estos tipos penales, y el alcance que han de tener, pero al menos esta nueva redacción guarda mayor coherencia con los fundamentos de la Presidenta.

Hubo otros dos dictámenes que se presentaron sobre esta reforma al Código Penal. Al que acabamos de repasar (el mayoritario del oficialismo) hay que agregar el de los Diputados Eduardo Amadeo, Patricia Bullrich, Natalia Gambaro, Gustavo Ferrari, Daniel Germano y Federico Pinedo.

Creo que los siguientes párrafos me eximen de hacer mayor análisis. En suma, esta alternativa de redacción, si bien realmente cumple con el requisito de detallar con precisión las conductas tipificadas (principio de ley estricta o de máxima taxatividad legal), demuestra una facilidad pasmosa por incorporarse a la ola y acrecentar la inflación penal, modificando en vez de derogar los artículos 213 ter y 213 quater. Para más palabras, veamos los párrafos que he seleccionado del informe que acompaña a este dictamen y que resume las modificaciones introducidas al texto:

"Se define como delito el 'acto terrorista', independientemente de la existencia o no de una organización que lo lleve a cabo y del carácter nacional o transnacional de ésta. Quedan por lo tanto incluidos tanto el accionar grupal como el individual, hoy ausente.

A los efectos de satisfacer el principio de legalidad se especifican claramente:

a) Los bienes jurídicos afectados por el delito: 'La vida, el cuerpo, la salud, la libertad y/o la seguridad de un número indeterminado de personas, de alguna persona especialmente protegida por el derecho internacional o agente diplomático, y/o contra la seguridad de edificios públicos, puertos, aeropuertos, vías o medios de comunicación o de transporte, o de producción, procesamiento, almacenamiento y/o transmisión de energía, combustibles o agua potable'.

b) Los medios comisivos: 'Armas de fuego, municiones, materias o artefactos explosivos o nucleares, o sustancias inflamables, incendiarias, asfixiantes, corrosivas, tóxicas o infecciosas o cualquier otro medio o acción capaz de causar estragos'.

c) Una finalidad distintiva que debe tener el acto terrorista para ser calificado de tal: 'Atentar contra la seguridad del Estado, el orden institucional y/o los poderes públicos; obligar a alguno de los poderes del Estado o a una organización u organismo público internacional a realizar o abstenerse de un acto; atemorizar a los habitantes de una población, grupo, sector o colectivo social de la misma; o imponer una política, religión o ideología, o combatir las ajenas'."

Todo este detalle se debe, creo yo, a que han acudido a los tratados internacionales a que se refiere el mismo mensaje del Ejecutivo, y que en breve trataremos, y han tratado de tipificar en una sola norma el delito de actividad terrorista, reuniendo todas y cada una de las acciones típicas que se encuentran previstas en esos instrumentos. Pero es tal el mejunje que realmente dudo sobre el acierto que hubiera supuesto la prosperidad de esta iniciativa.

Un tercer dictamen, firmado por los Diputados Alfonso Prat Gay, Elsa Álvarez, Manuel Garrido y Ricardo Gil Lavedra, que es tal vez el mejor de los tres dictámenes, es sobrio y se limita a tipificar justamente el delito de financiamiento de actividades terroristas, sin incorporar la agravante "genérica" del 41 quinques ni caer en un abigarrado collage de conductas típicas en una sola norma.

Se limitaba a incorporar un nuevo artículo 306, previa derogación del artículo 213 quater, en los siguientes términos:

"Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces el monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte para financiar la comisión de alguno de los delitos previstos en este Código o en sus leyes complementarias, siempre que éstos:

a) Tuvieran la finalidad de causar la muerte, lesiones graves o gravísimas, o poner en grave peligro la vida de una o más personas o de crear un grave riesgo para la salud y la seguridad pública, y;

b) Se cometieren con el propósito de aterrorizar a la población o de obligar por medio de la coerción a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

La misma pena será aplicable al que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte para financiar la comisión de alguna de las conductas previstas en el inciso 1 del artículo 2º del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la ley 26.024.

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 de que se trate.

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, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento."

Retomaremos ideas de este dictamen especialmente al tratar desde el punto de vista normativo la

modificación sancionada por el Congreso de la Nación.

La noción de actividad terrorista.

Determinar cuál es el alcance de la expresión "actividad terrorista" es esencial para poder comprender parte de los efectos de esta sustancial reforma al Código Penal. Desde ya adelanto que es solo parte, porque los peligros que se ciernen sobre la protesta social no me parece que vengan directamente desde la calificación como actos terroristas sino por el contenido del resto del tipo penal (con más propiedad, de la ultrafinalidad específica que -en caso de existir- permite agravar cualquier delito, en virtud del artículo 41 quinquies). Es que, si leemos la norma en forma restrictiva, que es lo que corresponde después de todo ya que se trata de una norma penal, lo que se entiende por actividad terrorista si bien es algo no del todo bien definido, tampoco es un cheque absolutamente en blanco.

A diferencia de lo que provee el dictamen de los Diputados Amadeo, Bullrich, Gambaro, Ferrari, Germano y Pinedo, la norma sancionada solo habla genéricamente de un fin que es el motivo de obrar del delincuente ("aterrorizar" a la población, artículo 41 quinquies), pero no precisa en qué consiste esa intención.

La Presidenta, en su mensaje, sostiene (al justificar por qué no debe interpretarse esta norma como un ataque a la protesta social, temor que llevó a la incorporación del segundo párrafo del artículo 41 quinquies en el tratamiento legislativo del proyecto) que *"la fórmula empleada evita el riesgo de que otro tipo de actos con sus particulares motivaciones sean calificados como actos terroristas, porque carecerían de la finalidad específica descrita en el primero de los preceptos recién referidos y excederían por completo las previsiones internacionales en la materia."*

Tanto el mensaje presidencial, como el dictamen citado justo antes, no son normas, y por lo tanto no obligan al juez a su aplicación. De modo que, en principio, tal aclaración no tiene valor alguno más que en forma simbólica. Ello porque tampoco son pautas de interpretación que deban seguir los jueces al aplicar la norma.

Sin embargo, no hay ninguna definición de "actividad terrorista" a mano. Había una, justamente, en el artículo 213 ter, ahora derogado. Vamos a resucitarlo a los fines de tener idea de en qué términos se definía la conducta que resultaba típica:

"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 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 organizado 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."

Si bien el artículo apela a la idea de "aterrorizar a la población", contextualizado con el resto de los elementos que describe el tipo penal queda una idea más clara de hacia qué apunta esa conducta. Ello porque se habla de un objetivo, cual es el de propagar el odio étnico, religioso o político; se habla de la forma en que se desarrolla esa actividad (a través de redes operativas internacionales, lo cual es un detalle fundamental a tener en cuenta, según el camino que toma esta exposición más adelante); de los medios que para ello se emplean (armas, explosivos, etc.); y de los objetivos inmediatos (poner en peligro la vida o integridad -física- de las personas). Es decir, se infunde el terror en la población, pero de una manera determinable.

No obstante ello, la norma derogada tampoco sirve a los efectos de interpretar la nueva legislación. En consecuencia, hay que acudir a otras fuentes, y quedan dos caminos. El primero de ellos, un camino jurídico, es acudir al plexo de convenios internacionales en la materia. En definitiva, es el criterio en que se funda la Presidenta. Pero llegamos a él no porque el mensaje del Ejecutivo obligue a ello, sino porque lo impone la interpretación sistemática del orden jurídico.

"En ese sentido, la República Argentina ha incorporado a su derecho interno las más importantes herramientas de derecho internacional, como son la Convención Interamericana contra el Terrorismo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (cfr. leyes 26.023 y 26.024, respectivamente)", dice la Presidenta en su mensaje. Tomando como referencia esas normas mencionadas, me introduje en el buceo mínimo de las diferentes convenciones internacionales a las que Argentina pertenece y que podrían darnos un marco de interpretación sobre qué es lo que tenemos enfrente cuando hablamos de actividades terroristas.

De las dos convenciones citadas por la Presidenta se llega a un grupo de otros instrumentos específicos, los cuales son (además de las dos anteriores):

"Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves", firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970;

"Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil", firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971;

"Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos", aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973;

"Convención Internacional contra la toma de rehenes", aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979;

"Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares", firmado en Viena el 3 de marzo de 1980;

"Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil", firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988;

"Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima", hecho en Roma el 10 de marzo de 1988;

"Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental", hecho en Roma el 10 de marzo de 1988;

"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.

En suma, para no extendernos en detalles sobre el particular, el conjunto de conductas que resultan típicas en estos tratados, y a las cuales los diferentes Estados deben ajustar sus legislaciones internas, están reflejadas en forma bastante fiel (léase el sarcasmo) en el dictamen de los Diputados Amadeo, Bullrich, Pinedo y otros.

En su dictamen, el artículo 213 ter del Código Penal quedaba redactado de la siguiente forma:

"1. Se impondrá reclusión o prisión de diez (10) a veinticinco (25) años a quien atente contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y/o la seguridad de un número indeterminado de personas, o de alguna persona especialmente protegida por el derecho internacional o agente diplomático, y/o contra la seguridad de edificios públicos, puertos, aeropuertos, vías o medios de comunicación o de transporte, o de producción, procesamiento, almacenamiento y/o transmisión de energía, combustibles o agua potable, siempre que para ello se empleen armas de fuego, municiones, materias o artefactos explosivos o nucleares, sustancias inflamables, incendiarias, asfixiantes, corrosivas, tóxicas o infecciosas, o cualquier otro medio o acción capaz de causar estragos, y que el o los actos tengan alguna de las siguientes finalidades:

- a) Atentar contra la seguridad del Estado, el orden institucional y/o los poderes públicos;
- b) Obligar a alguno de los poderes del Estado o a una organización u organismo público internacional a realizar o abstenerse de un acto o dirigirle represalias por determinada acción u omisión;
- c) Generar un estado de pánico en los habitantes de una población, grupo, sector o colectivo social de la misma;
- d) Imponer una política, religión o ideología, o combatir las ajenas."

Metiendo en la multiprocesadora todos los tratados, se obtiene este extracto de conductas típicas que se tiene en el primer párrafo. El buceo por los instrumentos internacionales arroja que esas son las conductas que se pueden calificar como "actividad terrorista" desde un punto de vista jurídico, atendiendo a las finalidades a las que se hace referencia, que son el matiz que las diferencia de otras conductas que pueden resultar típicas, es decir, homicidios, lesiones, daños, amenazas, etc.

Más allá de todo lo dicho, no solo podemos analizar el tema desde el ámbito jurídico, sino que también tenemos que acudir al concepto mismo de terrorismo, al vocablo, al aspecto semántico. Es un amplio abanico de definiciones.

Real Academia Española: (Artículo enmendado, avance de la vigésima tercera edición):

"terrorismo.

1. m. Dominación por el terror.
2. m. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror.
3. m. Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos."

El "**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**" de Manuel Ossorio, en tanto, nos provee esta definición de terrorismo:

"Dominación por el terror. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. Esta definición, tomada del Diccionario de la Academia [Nota: no considera la tercera acepción, que será incorporada en la próxima edición del Diccionario de la R.A.E.], no tipifica un delito concreto, porque de los actos de terrorismo pueden configurarse otros delitos específicos, ya sea contra las personas, ya sea contra la libertad, contra la propiedad, contra la seguridad común, contra la tranquilidad pública, contra los poderes públicos y el orden constitucional o contra la administración pública. Sin embargo, el terrorismo pudiera estar incluido dentro de los delitos de intimidación pública, determinantes de la represión contra quien, para infundir temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos; se agrava la pena cuando para ello se emplearen explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituyere delito contra la seguridad pública."

Desde otra parte, el artículo en Wikipedia referido al Terrorismo, por su parte, dice que:

"El terrorismo es el uso sistemático del terror, para coaccionar a sociedades o gobiernos, utilizado por una amplia gama de organizaciones políticas en la promoción de sus objetivos, tanto por partidos políticos nacionalistas y no nacionalistas, de derecha como de izquierda, así como también por

corporaciones, grupos religiosos, racistas, colonialistas, independentistas, revolucionarios, conservadores, ecologistas y gobiernos en el poder.

El terrorismo, como táctica, es una forma de violencia política que se distingue del terrorismo de estado por el hecho de que en éste último caso sus autores pertenecen a entidades gubernamentales. Se distingue también de los actos de guerra y de los crímenes de guerra en que se produce en ausencia de guerra. La presencia de actores no estatales en conflictos armados ha creado controversia con respecto a la aplicación de las leyes de guerra.

La palabra "terrorismo" se encuentra política y emocionalmente cargada, y esto dificulta consensuar una definición precisa.

Es común el uso de la palabra por parte de gobiernos para acusar a sus opositores. También es común que las organizaciones e individuos que lo practican rechacen el término por injusto o impreciso. Tanto los unos como los otros suelen mezclar el concepto con la legitimidad o ilegitimidad de los motivos propios o de su antagonista. A nivel académico se opta por atender exclusivamente a la naturaleza de los incidentes sin especular sobre los motivos ni juzgar a los autores."

También en ese sitio encontramos la cita a una definición normativa de terrorismo en los Estados Unidos (como "violencia premeditada y con motivos políticos perpetrada contra objetivos civiles por grupos subnacionales o agentes clandestinos, generalmente con la intención de influenciar a un público determinado"), así como la referencia a que el origen del término está vinculado a la actividad de persecución desplegada por el gobierno Jacobino durante el proceso de la Revolución Francesa, conocido como Régimen del Terror. Vale decir, su origen estaría -circunstancia a atender especialmente en lo que hace a reivindicaciones de este Gobierno y a la historia reciente del país- en lo que conocemos como "terrorismo de Estado". Es decir, en consonancia con una de las acepciones que reconoce la Real Academia Española: "dominación por el terror".

En suma, es el intento de determinar la conducta de un grupo social (por lo que podríamos decir que se trata del ejercicio de poder político, más no estatal) sobre la base del temor o la intimidación.

Se hace necesario explicar el por qué de este recorrido por definiciones de terrorismo que exceden lo estrictamente jurídico. Como se habrá visto, e incluso en forma coincidente con la redacción del derogado artículo 213 ter del Código Penal, en líneas generales no se habla de la actividad terrorista desarrollada en forma individual, sino siempre bajo la forma de una banda u organización. Ni siquiera la definición que se adjudica a los Estados Unidos permite mención alguna al terrorista individual, o al menos la referencia que se hace a "agentes clandestinos" creo que se debe entender como pertenecientes a un grupo.

Ello porque la actividad terrorista, al ser en suma actividad política (criminal, claro está, pero actividad política al fin, en tanto y en cuanto persigue objetivos políticos -conquistar los cargos o roles de gobierno, influir sobre ellos o resistirlos-), es una actividad social por definición. No se puede desarrollar actividad política en forma individual, sin al menos un marco grupal en el cual hacerlo. Traigo esto a colación para combatir la idea del "terrorista individual".

Cualquier actividad política se desarrolla en el marco de una organización, sea un partido político, un medio, una institución profesional, o -en este caso- una organización terrorista. Pretender que una persona, por sí sola, pueda llevar a cabo una actividad terrorista, es decir, una actividad tendiente a dominar a la sociedad por medio del terror, o que pueda infundir temor a la sociedad o alterar el sentido de las decisiones políticas de un gobernante, es algo inverosímil. Lisa y llanamente no es posible. Si lo consideráramos viable, en ese caso deberíamos considerar terrorista a cualquier delincuente más o menos serial (homicida, violador, ladrón, etc., y pidiendo disculpas por la "enumeración penal de autor"), ya que en el tránsito hasta su descubrimiento y eventual sanción, genera un estado de intranquilidad en la población. Más aún si le sumamos la influencia que puedan tener los medios.

Pero si se trata de un objetivo político tal como la "dominación (que, insisto, es política) por el terror", es imposible que tal actividad se desarrolle en forma aislada. A lo sumo, se realizará como agente clandestino (noción que supone la existencia de una organización), tal y como lo prevé la descripción estadounidense. Si se trata, en cambio, de una persona realizando tales estragos (dicho esto no en sentido técnico) le cabe la responsabilidad penal respectiva, tal y como la misma Presidenta lo dice en su mensaje ("*sin perjuicio de que en la legislación actual, esa conducta jamás resultaría impune*"). De hecho, hay toda una serie de tipos penales referidos a la sanción de conductas lesivas del bien jurídico "seguridad pública" que podrían ser utilizadas para la represión de conductas como las señaladas en los tratados internacionales y de las cuales ya tenemos un pantallazo.

El objeto parece ser posibilitar la aplicación de la agravante al autor de alguna de las conductas típicas evitando la obligación de demostrar su conexión con una organización, o asociación ilícita terrorista como lo definía la legislación anterior.

Y, a su vez, si de buscar una agravante por la motivación del autor se trata, se la podría haber incluido en cada tipo penal en que fuera necesario, y esto no solo es posible y más sensato, sino que además tiene sus antecedentes. Uno de ellos lo encontramos entre las agravantes del homicidio, en el artículo 80 del Código Penal, que habla de matar a otro por "*odio racial o religioso*". Otro, en el artículo 213 ter derogado por la Ley 26734, que incluía el requisito de que la asociación ilícita terrorista tuviera un plan de acción destinado a la "*propagación del odio étnico, religioso o político*". En esos términos, se podrían haber incluido agravantes puntuales en los delitos en que razonablemente correspondiera, fundadas en el "odio político" o algún concepto similar.

Por su parte, la necesidad de organización en el desarrollo de actividades terroristas tiene otro matiz, para el que no tengo una solución definida que pueda exponer en este texto. El viejo artículo 213 ter

también requería que la asociación ilícita terrorista estuviera "organizada en redes operativas internacionales". Si vamos a los tratados que hemos mencionado, en todos ellos se exige que el delito del que se trate sea un delito transnacional. Vulgarmente, que haya intereses de dos o más países involucrados. Para graficarlo sin acudir a ningún tratado en particular ni elaborar un ejemplo de laboratorio, podemos extraer una idea de los delitos comprendidos por los tratados por vía de exclusión.

En líneas generales, los tratados de referencia se declaran inaplicables cuando el delito se comete en un Estado, tanto víctima como autores son nacionales de ese mismo Estado, y quienes fueran los presuntos culpables del hecho son encontrados dentro del territorio de ese Estado. También, a su vez, cuando no haya otro Estado con facultad para ejercer la jurisdicción sobre el hecho.

De modo que tampoco hay un marco claro como para hablar de organizaciones terroristas "locales". Supongo que tal vez una buena medida hubiera sido incorporar agravantes, pero en aquellos delitos en que eso se justificara (si es que hicieran falta esas agravantes), nunca siendo buena la opción de meter una agravante "genérica" en la parte general del Código, que lleva a posibles consecuencias como que el día de mañana un hurto o la distribución de imágenes pornográficas en las que fuera manifiesta la exhibición de menores de edad (artículo 128, primer párrafo) sean agravados por haber sido cometidos con "finalidad terrorista". Si, es una locura, pero teniendo en cuenta la ubicación del artículo 41 quinquies y su contenido, ese desatino no es imposible desde el punto de vista normativo.

Ahora bien, uno no es un iluminado que tiene la exclusividad de pensar en estas cosas. Muy por el contrario, estos extremos son bien conocidos por los legisladores, y son las decisiones o intereses políticos (que motivan a las primeras) las que llevan a la toma de estos itinerarios. Si los convenios internacionales se refieren a delitos transnacionales, y si es posible incluir determinadas y puntuales (no en el sentido presidencial, claro está) agravantes, hay que tratar de buscar la razón por la cual eso no se hace.

Creo que una de las razones la encuentro en el dictamen de los Diputados Amadeo, Bullrich, Pinedo y otros. Es un supuesto que excluye, desde ya, la eventual intención oficial de girar el objetivo y atacar con esta reforma a la protesta social.

El dictamen de minoría mencionado, en uno de sus tramos, dice:

"La Argentina no cumple o sólo cumple parcialmente las recomendaciones especiales del GAFI sobre prevención y represión del terrorismo y su financiación, algunas de las cuales son consideradas "claves" o "nucleares" a la hora de evaluar a los países y son determinantes para considerar al país como "inclumplidor".

El delito de terrorismo que prevé actualmente el Código Penal es muy restrictivo ya que sólo contempla como delito la participación en una asociación terrorista que debe, entre otros requisitos, tener un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político y estar organizada en redes operativas internacionales.

Por lo tanto, no se encuentran alcanzados el acto terrorista individual ni el llevado a cabo por una organización local.

Esto también afecta al delito de financiación del terrorismo, que está ligado al tipo de acto terrorista que se defina y por ende, en la actualidad, sólo comprendería la colaboración económica con una asociación ilícita de alcance internacional.

A su vez, las limitaciones de las dos figuras penales derivan en que tampoco pueda cumplirse acabadamente con las recomendaciones que tienen que ver con la cooperación internacional, tan importante ante delitos transnacionales y de consecuencias graves para la seguridad global. Concretamente nuestro país tampoco cumple totalmente con las recomendaciones en materia de decomiso de fondos terroristas, extradición de terroristas y asistencia penal mutua.

Las limitaciones de los tipos penales de terrorismo y su financiación son vistas por la comunidad internacional como un obstáculo para que la Argentina proporcione asistencia legal, en tanto que uno de los requisitos principales para que opere la cooperación internacional es el de la doble incriminación, a partir del cual, para que se brinde cooperación en la investigación de determinada conducta, ésta debe constituir delito no sólo en el país requirente, sino también en el requerido."

Es en el último párrafo del extracto donde encontramos, tal vez, la razón. La "recomendación" de estos organismos internacionales de tipificar conductas para que se de el supuesto de "doble incriminación", esto es, que sea delito en nuestro país para que se puedan dar los supuestos de "cooperación internacional". Sería bueno preguntarse también si la cooperación internacional depende de la falta de un criterio razonable que nos haga no aceptar determinadas recomendaciones y evitar caer en un proceso "inflacionario" por el cual vamos creando cada vez más tipos penales, y estableciendo sanciones más graves, solo porque ello lo exigen otros países o porque está de moda en ellos. O, peor, porque esos países centrales lo necesitan como instrumento de control en su "periferia".

Por eso es que sigo sosteniendo que, si lo que hacía falta -tal y como parece desprenderse del propio dictamen de minoría de los Diputados Amadeo, Bullrich, Pinedo, etc.- era tipificar el financiamiento de las actividades terroristas, la mejor solución es la que aportaba el dictamen de los Diputados Gil Lavedra, Garrido, Prat Gay, etc., que solo se encarga de reformular el tipo penal destinado al financiamiento de las actividades terroristas y listo.

41 quinquies. Constitucionalidad. Efectos sobre el ejercicio de los derechos.

Finalmente llegamos al análisis del texto sancionado por el Congreso de la Nación. En lo sucesivo solo me referiré a las modificaciones que la Ley 26734 introduce en el Código Penal, y no las que

puedan afectar a otras normas (por ejemplo, sobre sus efectos sobre las Leyes 25241, 25246 o sobre el Código Procesal Penal de la Nación), así como la correcta interpretación que debe darse a la misma -obviamente, en mi opinión- y, finalmente, a cuestiones de técnica legislativa curiosas de este proceso.

La Ley 26734 (*"Modificación del Código Penal sobre prevención, investigación y sanción de actividades delictivas con finalidad terrorista"*, tal su nombre) fue sancionada en el Senado el 22 de diciembre y publicada en el Boletín Oficial el día 28 de diciembre. Vaya curiosidad. La misma deroga los artículos 213 ter y 213 quater del Código Penal, introduce el artículo 41 quinquies, reenumera los artículos 306 a 308 (como 307 a 309) e introduce un artículo 306 nuevo.

"ARTICULO 3º - Incorpórese al Libro Primero, Título V, como artículo 41 quinquies del Código Penal, el siguiente texto:

Artículo 41 quinquies: *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."

El artículo 41 quinquies debe ser dividido en tres partes. Las dos primeras se corresponden con el primer párrafo y atienden a la especial finalidad con la que el autor de cualquier delito lo comete. La tercera, correspondiente al segundo párrafo, refiere a esa especie de causa de justificación que se introduce.

Cualquiera de los delitos del Código Penal (por ejemplo, un hurto -nótese el sarcasmo-) puede ser cometido con alguna de estas dos finalidades: o bien "aterrozar a la población", o bien "obligar a realizar un acto o abstenerse de hacerlo" tanto a una autoridad pública nacional, un gobierno extranjero, o un agente de una organización internacional.

En cuanto a la primera de estas especiales finalidades con las que se comete cualquier delito, la de "aterrozar" a la población, no se puede efectuar un puro análisis semántico del término. No basta con comprobar que el delito tenga el objeto de generar terror, con hacer que la población sienta terror. Ello, por todo lo dicho antes: cualquier conducta que ataca bienes jurídicos de las personas genera una sensación, un sentimiento de inseguridad. De ese modo, cabría calificar como actos terroristas efectivamente a cualquier delito.

Esto no es posible. La interpretación que debe darse a la expresión "aterrozar a la población" no puede exceder el marco de lo que se puede entender como actividad terrorista en nuestro ordenamiento jurídico y, como hemos dicho oportunamente, se ciñe a una actividad de naturaleza política destinada a ejercer poder (puntualmente, a alcanzar un grado de dominación sobre la comunidad) mediante el terror. Como actividad política, no puede realizarse sino en el marco de alguna clase de organización, y solo con los matices que los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito. Esto es, mediante la comisión de alguna de esas conductas típicas y en el marco de lo que se puede denominar un delito transnacional. Es decir, sin salirnos en ningún momento del marco de esas convenciones.

La solución me parece la adecuada porque restringe y bastante el campo en que puede aplicarse la agravante "genérica" del 41 quinquies, ya que la ciñe a los delitos tipificados en dichos instrumentos internacionales. Los tratados tipifican las conductas, pero no establecen penas, sino que solo imponen la obligación de los Estados miembros de adecuar sus legislaciones internas a estas disposiciones. Con esta interpretación, el artículo 41 quinquies adopta una función razonable, que es la de ser una variable a considerar en la determinación de las penas a aplicar en los casos de conductas típicas según los diferentes tratados internacionales a los que se debe acudir en materia de "actividades terroristas".

Recordemos que la finalidad del artículo 41 quinquies es establecer que la escala penal de los delitos cometidos con estas especiales finalidades se incrementará en el doble del mínimo y el máximo previsto para la figura básica.

Otra solución corre serios riesgos de no sortear el test de constitucionalidad, ya que nos encontraríamos frente a una ley penal que no cumple con uno de sus requisitos básicos, que es la certeza. Es indispensable que se sepa a qué conductas apunta una ley penal autorizando el ejercicio de poder punitivo sobre sus autores. Para ello, traeré nuevamente las palabras de Zaffaroni en su **"Manual"**:

"La ley penal se expresa en palabras y éstas siempre dejan dudas interpretativas. El derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica: el juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad sino la legalidad estricta. Las agencias políticas no siempre cumplen con esta exigencia, de modo que el juez se encuentra con leyes que con demasiada frecuencia violan la exigencia de estricta legalidad.

Frente a estas situaciones, el juez tiene dos posibilidades (dando por supuesto que no opta por aprovechar la oferta del legislador irresponsable y proceder a un uso arbitrario de sus fórmulas nebulosas): (a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o (b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa y entender el texto en la forma más restrictiva de poder punitivo posible. La elección de uno u otro camino no es arbitraria. En la jurisprudencia es corriente el llamado postulado de prudencia, según el cual, una ley debe ser declarada inconstitucional cuando no exista ninguna interpretación que la haga compatible con la CN [Nota: Constitución Nacional]. Pero en

materia penal este postulado tiene valor relativo, porque los casos de violación de la legalidad estricta son producto de la irresponsabilidad legislativa y, siendo ésta un vicio, las agencias jurídicas deben exigir su corrección."

La segunda finalidad que menciona el artículo es, a mi criterio, el punto más peligroso. La norma autoriza el agravamiento de la pena cuando el delito sea cometido con la finalidad de *"obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo"*.

Siempre estamos hablando de actividades de naturaleza política. No tienen otro sentido estas normas si no son analizadas con esa clave. Vale decir, para cualquier otro supuesto, están las figuras de extorsión, secuestro extorsivo, etc., con sus respectivas agravantes en el caso de que se cometan sobre autoridades o funcionarios públicos.

De modo que si hablamos de actividades políticas, con esta segunda finalidad tenemos un problema. La idea de reprimir los intentos de grupos de personas (insisto en que no es posible imaginarse a un individuo completamente aislado persiguiendo una finalidad política que quepa en las nociones que maneja este artículo) de *"obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo"* impacta con varios derechos consagrados en la constitución. Especialmente con varios del artículo 14: la libertad de expresión, la libertad de asociación, y -fundamentalmente- el derecho de peticionar a las autoridades.

No se puede interpretar que las disposiciones del artículo 22 de la Constitución, sobre que *"el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución"* y que *"toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición"* constituyan un cheque en blanco para estos representantes. Si bien el mandato fiduciario que se les confiere es irrevocable, y siendo cierto que los representantes una vez en posesión de su cargo son independientes de quienes los eligieron y son irresponsables ante ellos, nada de esto impide que se les reclame políticamente por las decisiones que adoptan. Ello sin perjuicio de que la sedición (en los términos en que la Constitución la define) está reprimida en el Código Penal.

El derecho de peticionar a las autoridades no se agota en la mera entrega de una nota por mesa de entradas en una dependencia oficial. Supuesto que, casualmente, se demuestra bastante ineficaz en nuestro país a la hora de atender los reclamos de los ciudadanos y prestarles una solución. Una protesta también implica un legítimo ejercicio del derecho de "peticionar" a las autoridades. Y el sentido de esa petición nunca va a ser otro que el de solicitar al gobernante que no adopte, o que revea, una decisión política. En consecuencia, cualquier protesta puede considerarse como que tiene el objetivo de obligar a la autoridad a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Y una consecuencia posible de una protesta es la comisión de delitos. Pongamos por caso, el corte de una calle, de una vía, la toma de un edificio público, daños sobre bienes, etc. Conductas que de ningún modo pueden considerarse típicas ya que se realizan en ejercicio legítimo de un derecho, justamente el de peticionar a las autoridades. La petición será más enérgica en la medida en que los órganos estatales ignoren en forma más ostensible los reclamos previos por vías correspondientes, circunstancia que podemos verificar en la realidad bastante seguido.

Lo dicho se aplica también a lo atinente a los gobiernos extranjeros y los agentes de organismos internacionales. Si no realizamos una interpretación restrictiva, sucesos como el que culmina en el "Madrynazo" del 10 de septiembre de 1984 caerían en la calificación de "acto terrorista" (lo que agradaría a más de uno) cuando son manifestaciones legítimas -y hasta valiosas, diría yo- del ejercicio de derechos constitucionales como la libre expresión, o la petición a las autoridades.

Entonces ¿qué alcance corresponde dar a esta finalidad del artículo 41 quinquies? El mismo nos dice -con las limitaciones conceptuales antes mencionadas- que *"las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieron lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional"* y la Presidenta nos había dicho en su mensaje que *"de igual modo, quedan terminantemente excluidos de cualquier posible interpretación criminalizante, los hechos de protesta social, toda vez que éstos están dirigidos a reclamar por derechos individuales o colectivos y, en el supuesto de que pudieran transgredir la ley penal, conforme la redacción propuesta y en virtud de la tradición normativa y jurisprudencial nacionales, no dejarían de constituir el ejercicio de un derecho constitucional."*

El inconveniente está centrado, justamente, en la tradición jurisprudencial. La misma es harto proclive a la criminalización de la protesta social. Ante el conflicto entre dos derechos, como el de transitar libremente y el de poder hacer efectivo el derecho de peticionar a las autoridades cuando éstas obturan todos los canales formales, los jueces generalmente no dudan en privilegiar el primero. Esos problemas de prioridad de derechos (prioridad que deberían tener los derechos de los grupos más desaventajados de la comunidad a los fines de tratar de materializar en un grado más amplio la igualdad, otro principio que rige gracias a la Constitución) no se solucionan por una edulcorada causa de justificación que se pueda haber puesto en ese artículo, y menos aún por un mensaje que podrá ser inspirador de la norma, pero que no es obligatorio para nadie. Ni para los legisladores, ni para los posteriores intérpretes de la ley.

El alcance de esta segunda finalidad del 41 quinquies no puede ser otro que el alcance general que hemos dado a la noción de actividades terroristas: la comisión de las conductas descriptas en los tratados, penadas por nuestro Código en sus tipos específicos, y agravadas conforme el nuevo artículo, en los casos en que tengan por finalidad el *"obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo"*. De esta forma, acotamos y bastante la amplitud de una norma que de otro modo sería

inconstitucional.

No obstante esto, hay otro problema mayor, vinculado con la práctica judicial. No es otra cosa que la llamada "ley del menor esfuerzo". Será necesario, mientras esta norma esté en vigencia, ejercer una vigilancia estricta sobre las resoluciones judiciales para que las mismas siempre acudan a las nociones de actividades terroristas que se extraen de los tratados internacionales, y no se queden en una mera interpretación semántica. Parece irrisorio lo que estoy diciendo, pero la desidia en analizar el ordenamiento jurídico en forma más o menos completa no es extraña. De hecho, se ha llegado a argumentar que, por ejemplo, la introducción de constantes referencias a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las propias normas del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut tiene por objeto "guiar" a los jueces hacia normas internacionales que de otro modo, por comodidad, ignorarían.

Ahí está el peligro de la ley. No en su texto, sino en su aplicación. Bien pensada la situación, sería un negocio redondo para un poder político que se proponga reprimir la protesta social. Sabiendo los jueces con los que cuenta, podría lanzar una medida así con la seguridad de que, más allá de lo que se diga en los mensajes al Congreso o las "salvaguardas" que se coloquen en el texto, los jueces van a interpretar y aplicar esta norma de otra forma, mucho más represiva. Y el Gobierno no tendría que pagar el costo político por ello.

La otra norma que incorpora la Ley 26734 es el nuevo 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 encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento."

Ya sostuve anteriormente que me parecía mejor redacción la que proponía el dictamen de los Diputados Garrido, Gil Lavedra, Prat Gay, etc. Por lo demás, este artículo así como está redactado está sujeto a la interpretación (y también, a la constitucionalidad) del artículo 41 quinquies que analizamos antes.

La mano del legislador: una trompada al Código.

El último aspecto a analizar es la incidencia de estas reformas sobre el conjunto del Código. Las mismas no terminan siendo mínimas como pretendía la Presidenta en su mensaje. De hecho, no lo eran considerando exclusivamente su proyecto, y la intervención legislativa ha empeorado un poco más la situación. Verdadera interferencia mínima en el Código la suponía el dictamen del Diputado Gil Lavedra y otros, pero el mismo no prosperó en el debate legislativo de la Ley 26734.

Se injertó en la parte general del Código Penal el artículo 41 quinquies, y se lo hizo al final del Título V (de la Parte General o Libro Primero), referido a la imputabilidad. En ese título, el artículo 34 está referido a las causas de justificación de conductas que resultan típicas.

Para explicarlo coloquialmente, las causas de justificación son circunstancias que hacen imposible imputarle a una persona una conducta que ha resultado penalmente típica, por haberla desarrollado de conformidad con otra norma del ordenamiento jurídico que le sirve de autorización, por ejemplo, la legítima defensa, que está autorizada por el ordenamiento jurídico en tanto y en cuanto se respeten los límites que el propio Código Penal establece.

En ese sentido, la segunda parte del artículo 41 quinquies podría decirse que es una causa de justificación, pero debería haber sido incluida en el respectivo sitio. Ello porque los siguientes artículos (del 35 al 39 están derogados) que son el 40, el 41, el 41 bis, el 41 ter y el 41 quater, se refieren todos ellos a circunstancias que se deben tener en cuenta para la determinación de la cantidad de pena que se le va a aplicar a alguien quien haya sido encontrado culpable de algún delito, sea para aumentarla (caso de la participación de menores en el hecho, respecto de la pena de los mayores; o mismo el caso del artículo 41 quinquies referido a la finalidad del hecho) o para reducirla (por ejemplo, los casos de pena natural que son aquellos en los que el autor del delito termina sufriendo graves consecuencias, incluso a veces mayores que las que sufre la víctima).

No me voy a extender sobre el resto de los artículos. El problema que encuentro con el artículo incorporado es su aplicación a todo delito. Quedará en el buen criterio de cada juez justificar la aplicación, y también -claro está- fundar el monto de pena que decide aplicar. Ahora bien, la introducción de esta agravante "genérica", como ya se dijo oportunamente, altera los equilibrios de las penas de todo el Código.

Primero voy a citar una serie de artículos del Código Penal, para hacer algunas pruebas aplicándoles la agravante genérica.

"Artículo 79: *Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena."*

"Artículo 91: *Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir."*

"Artículo 226: *Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales.*

Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión.

Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio."

Vayamos ahora a los ejemplos de laboratorio. Imaginemos un ataque terrorista. Supongamos que a consecuencia del mismo fallece una persona. La pena básica para el homicidio se debe establecer entre los 8 y los 25 años. Por aplicación del artículo 41 quinquies, se debe elevar al doble tanto mínimo como máximo, de manera tal que el condenado queda expuesto a recibir entre 16 y (como mucho) 35 años. Duplicar el máximo de pena da un máximo de 50 años, pero por aplicación del artículo 13 del Código Penal, no puede haber pena privativa de la libertad que supere los 35 años, ya que ante las condenas más altas (las perpetuas) -cumplido ese plazo- se permite el otorgamiento de la libertad condicional. Y si el condenado que ha recibido la libertad condicional cumple con las condiciones que han justificado su otorgamiento durante 5 años, la pena se extingue (artículo 16).

Supongamos ahora que -afortunadamente- la persona no muere, pero queda con lesiones gravísimas. La pena básica que le correspondería al autor es de entre 3 y 10 años. Agravada por la finalidad terrorista, se va a entre 6 y 20 años.

Pero no es casual que haya citado el artículo 226. El artículo 226 encabeza el Capítulo dedicado a los atentados contra el orden constitucional y la vida democrática. Básicamente, es la sanción que se aplica a los autores de un golpe de Estado. Conducta notablemente más grave que un homicidio o una lesión por su trascendencia política. Y -creo yo- por su naturaleza política, no son susceptibles de tener un fin especial como el que se deduce del 41 quinquies. En un golpe de Estado no se persigue aterrorizar a la población, u obligar a la autoridad a que haga algo. Directamente se busca sustituir a la autoridad e incluso imponer un nuevo orden.

Lo dicho es mi argumento para sostener la imposibilidad de aplicar la agravante genérica al delito del artículo 226. Y, en esas circunstancias, nos encontramos con una pena para los civiles (los militares tienen otros máximos, según el último párrafo del propio artículo 226) de entre 8 y 25 años. Es decir, nos podemos encontrar perfectamente con que el autor de un ataque "terrorista" con una bomba que mata una persona pueda recibir una pena mayor a la de un civil que participó en un golpe de Estado.

A esa clase de incoherencias o desequilibrios me refería en su momento al hablar de los riesgos que implica meter una agravante "genérica" en la parte general del Código Penal, y hacerla aplicable a todo delito.

La última consideración está referida al rol del Congreso de la Nación en un contexto de marcada mayoría oficialista. Esta circunstancia conduce a un desprecio por el debate, una imposición del número por sobre el diálogo y la reflexión. Es lo que se conoce habitualmente como "Escribanía": el Poder Legislativo se transforma en un mero refrendatario de las decisiones del Ejecutivo, con alguna que otra intervención mínima, como en este caso. Ello lleva a una degradación de su rol institucional y a la vez de su propia eficiencia.

En este proceso se da también un ejemplo de esto, que constituye la perla del proceso. El Congreso de la Nación, durante las Sesiones Extraordinarias del mes de diciembre, sancionó numerosas leyes. El día 22 de diciembre, el mismo día de la sanción de la Ley 26734, se sancionó lo que es la última ley, la Ley 26737. Quiero decir, no hay ley posterior alguna.

Recordemos que la Ley 26734 disponía la reenumeración de tres artículos del Código Penal, los artículos 306, 307 y 308 (como 307, 308 y 309) para "hacer espacio" y colocar al final del Título correspondiente el nuevo artículo 306, que es el que hemos analizado en esta exposición. Los otros tres artículos son artículos de forma y no merecen mayor estudio. Por eso es que se los va reenumerando y cada vez tienen un número más alto (no se afecta la mediocre práctica de estudiar artículos de memoria por parte de los operadores del derecho, la cual hace que el texto del Código no sea ordenado, ya que el cambio de numeración puede hacerles perder el conocimiento jurídico a buena parte de los operadores, que solo saben leyes, más no derecho).

Dicho esto, volvamos a la sesión del 22 de diciembre. Se sanciona la Ley 26734, que reenumera los artículos 306 a 308. El detalle mínimo que pasó inadvertido para los legisladores es que minutos antes habían sancionado la Ley 26733, la cual introducía una gran cantidad de artículos al Código Penal, los artículos 307 a 312 (de los que no hablaremos acá). Como consecuencia de ello, la Ley 26734 no reenumeró los artículos de forma (tal y como estaba previsto al tiempo de la confección del

proyecto), sino que renumeró artículos que contienen tipos penales.

El resultado es que ahora hay dos artículos 309. El que introdujo la Ley 26733, y el anterior 308, también introducido por la 26733, pero renumerado por la 26734. Y no hubo ley posterior (26735, 26736, o 26737) que venga a subsanar ese error.

Esto muestra los efectos concretos de la falta de debate, revisión, medida, etc., del Poder Legislativo cuando está dominado por mayorías automáticas que resignan su rol de control y que se transforman en "soldados del Ejecutivo" dispuestos a no negociar nada, a tratar todo rápido y "sobre tablas", sin debate.

Conclusiones

Volviendo al tema de esta exposición, la incorporación del artículo 41 quinquies no es inconstitucional por sí misma, y tampoco se puede decir que no se pueda hacer un uso razonable de ella. Pero trae numerosos problemas en cuanto a la interpretación que hay que darle, y -en consecuencia- el alcance que tendrá en manos de los jueces. Agravada tal circunstancia por el hecho de que la práctica habitual de los jueces tiende a la criminalización de la protesta social y a la indiferencia respecto al plexo normativo internacional que vincula a la Argentina, y -en general- respecto al resto del orden jurídico que exceda el área de competencia propia.

Es por ello que, teniendo el artículo vigencia muy a nuestro pesar, solo queda tener una actitud vigilante respecto a su aplicación, no tanto respecto de las condenas, sino sobre los procedimientos que se puedan iniciar y a los cuales se pueda sujetar a ciudadanos que no cometan efectivamente "actos terroristas", los cuales pueden ser procesados (y consecuentemente, intimidados) por delitos que luego se demuestren inexistentes. Es esa la tarea que queda por delante hasta la modificación o derogación del artículo, o hasta que se consolide una práctica judicial razonable.