

Agravantes genéricas: art. 41 quinquies del Código Penal

Por: Ana María de Oar¹

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Palabras Clave: política criminal, problemas del lenguaje, agravante genérica, agravante específica, art. 41 quinquies, terrorismo.

SUMARIO: I. Prólogo. II. Agravantes Genéricas. a) Diferentes agravantes. b) Contexto Histórico. c) Relevancia de las escalas penales en la teoría. d) Relación con diferentes institutos del código penal, legislación complementaria y Código Procesal. III. Dificultades encontradas en relación al conjunto de agravantes genéricas. a) Lingüístico. b) Jurídico formal. c) Pragmático. d) Teleológico. e) Ético-Filosófico. IV. Soluciones Propuestas. V. Agravante específica. a) Lingüístico. b) Jurídico formal. c) Pragmático. d) Teleológico. e) Ético/Filosófico. f) Posibles soluciones VI. Conclusión. VIII. Referencias.

I.- Prólogo

“Las ideas y los valores del alma, son nuestras únicas armas: No tenemos otras, pero tampoco hay mejores.”- Manuel Gómez Morín.-

“El amor como principio, el orden como base, el progreso como meta.” - Auguste Comte.-

“Orden a partir del caos.”- Frank Lloyd Wright.-

¹Abogada, graduada de la Universidad Nacional de La Plata en el año 2012. Actualmente Auxiliar Segunda de la Ayudantía Fiscal de Castelli Departamento Judicial Dolores y estudiante de la Especialización en Derecho Penal de la U.N.L.P. Casilla de correo: anadeoar@hotmail.com



Partiendo de la problemática que sufre nuestro orden legislativo, hemos advertido a través de distintos encuentros semanales los grandes problemas que genera la falta de capacitación de los legisladores –y sus dependientes- al momento de redactar las normas. Situación que se presenta de larga data en nuestro país y nos lleva como un laberinto sin salida a encontrarnos en nuestro ordenamiento jurídico con una innumerable cantidad de normas jurídicas de difícil lectura, comprensión y aplicación, las cuales “...muchas de ellas innecesarias, contradictorias o reiterativas”²

El presente trabajo tiene como finalidad abordar las agravantes genéricas contempladas en nuestro Código Penal y sus leyes complementarias, ejemplo que consideramos claro reflejo de cómo nos afectan los problemas derivados de las incompetentes o quizás desorganizadas técnicas legislativas que se aplican en nuestro país.

En miras de acercarnos a un posible remedio analizaremos desde distintos puntos de vistas como las agravantes genéricas, que han sido incorporadas al sistema normativo tendiendo a dar respuestas políticas inmediatas a problemas socio-culturales sin advertir la repercusión que las mismas causarían en relación a las normas ya vigentes.

El presente trabajo constará de dos partes por medio del cual se procurará llevar a cabo un análisis de las agravantes genéricas reguladas en el código penal argentino y sus leyes complementarias. La primera de ellas, surge como resultado de un trabajo colaborativo que junto a Rocío Romero hemos procurado mencionar someramente a las agravantes en general, mientras que la segunda parte ha sido una labor personal desde la cual he intentado dejar a la luz los inconvenientes que origina la aplicación del artículo 41 quinquies del mencionado código de fondo.

II.- Agravantes Genéricas

² Leiva Fernandez, Luis, “Checklisten”: una técnica contra la inflación legislativa. La Ley 1996-E, 1324.

Los artículos que regulan las agravantes genéricas ubicados dentro del código penal se encuentran en la parte general los artículos 41 bis, 41 quáter y 41 quinquies, en la parte especial el artículo 227 ter y en las disposiciones establecidas en la legislación complementaria encontraremos el artículo 2 Ley de actos discriminatorios N° 23.592, el artículo 13 de la Ley de estupefacientes N° 23.737 y artículo 2 de la Ley de prevención y sanción de la violencia en espectáculos deportivos N° 24.192.

También, en la parte general aparecen los artículos 20 bis y 22 bis, los cuales establecen penas aplicables en forma conjunta, previstas de manera genérica en el precitado código, aunque en la figura no estén mencionados expresamente.

Cabe destacar, que las agravantes genéricas tienen influencia directa en la determinación de la escala penal, cuyos mínimos y máximos no son meramente indicativos (no pueden reducirse ni dejarse de lado), sino que serán obligatorios para el juez al momento de determinar la pena que corresponda.

II.- a) Diferentes agravantes:

En la parte general del código penal se presentan diversas agravantes genéricas, las cuales el juez aplicará en tanto y en cuanto no corresponda aplicar el delito específico ya agravado en la parte especial.

Artículo 20 bis “Inhabilitación especial”³: Es un tipo de sanciones que complementan las reguladas específicamente en cada artículo en particular de la parte especial, es decir, complementaria o accesoria y no de necesaria imposición, añadiendo a la pena propia del delito la de inhabilitación. Sin embargo, su aplicación no es obligatoria, toda vez que exige que se cumplan los requisitos previstos en el

³ Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: 1°. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público; 2°. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela; 3°. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público. En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión. (Último párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

texto y las penas previstas en las figuras de la parte especial, no contemplan esas circunstancias como agravantes.

Será aplicable ante tres situaciones: 1° cuando el delito cometido implique una “incompetencia” o “abuso” en el ejercicio de un empleo o cargo público; 2° cuando el “abuso” se presente en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela y 3° cuando la “incompetencia o abuso” se presente en el desempeño de una profesión o actividad que dependa para ejercerlo de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

Artículo 22 bis⁴ “Multa”: Se aplica en aquellos delitos en los cuales el responsable penal actúe con el fin de obtener una ganancia o provecho que no está ínsita en el tipo mismo, toda vez que caso contrario ello importaría una doble e indebida desvalorización de la misma conducta.

Artículo 41 bis⁵: Es una agravante objetiva que se origina con el objetivo de complementar los artículos 40 y 41 del presente cuerpo normativo. A partir de esta se incorpora una modalidad típica de ejecutar un delito violento (uso de arma de fuego), puesto que actúa sobre todos los tipos que componen la parte especial del citado código y las leyes complementarias cuando no esté contemplada como circunstancia típica.

Para poder aplicarse, el delito cometido debe ser compatible con el empleo de violencia o intimidación contra las personas mediante el uso de un arma de fuego. No es suficiente la portación o tenencia del arma, sino que indefectiblemente debe existir violencia física o moral motivada por el efectivo uso del arma de fuego.

4 Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos.

5 Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

Artículo 41 quater⁶: En la interpretación y aplicación de este artículo, son principalmente dos las cuestiones que generaron divergencias. En primer lugar, se discute acerca de la edad que deben superar los sujetos que cometan el delito con la intervención de menores de 18 años, para ser acreedores del aumento de la pena establecido.

Además, se cuestiona el carácter de la intervención de los menores de 18 años en el delito cometido por el mayor, para que la conducta del último sea abarcada por la agravante.

Pese a las diversas críticas que mereció la incorporación de este artículo, no consideraremos aquí que se entiende por ‘menores de 18 años’ que intervengan con ‘mayores de esa edad’, ni tampoco si los menores a los que la norma se refiere fueron utilizados por los mayores para que estos últimos, trasladen su responsabilidad a aquellos, o bien si los mayores desconocían su minoría de edad, cuestionándose así la constitucionalidad del aumento de la pena para esos mayores.

Artículo 227 ter⁷: Con el agravante en cuestión se pretendía aumentar la pena establecida para cualquier delito en un medio cuando se alcen en armas para imponer por la fuerza principios ajenos a los que fundamentan el orden constitucional y la organización social, poniendo de este modo en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

Artículo 2 de la ley de actos discriminatorios N° 23.592⁸: La circunstancia agravante comprende tanto la motivación genocida como otros motivos

6 Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

7 El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

8 Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

discriminatorios de persecución u odio, que no consisten necesariamente en el propósito de destrucción total o parcial del grupo al que pertenece la víctima. Se observan, los dos elementos: el subjetivo, constituido por la motivación discriminatoria del delincuente y el objetivo, constituido por ciertas cualidades pertenecientes al sujeto pasivo del delito (raza, sexo, religión).

La ley antidiscriminatoria N° 23.592 prevé como delito y de conformidad con los lineamientos del derecho internacional dos conductas graves que son la realización de cualquier delito motivado o inspirado por razones de odio racial y religioso, y por otra parte el aliento o la incitación a la violencia por razones raciales. Esas dos figuras están contempladas en todos los documentos internacionales y nuestra ley se ajusta a ellos. Sin embargo, no incluye casos de discriminación sexual ni de género, los que se encuentran abarcados por la agravante de homicidio que regula el artículo 80 inc. 4 del Código Penal, y tampoco menciona lo establecido en las Convenciones Internacionales sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y contra la Mujer.

Artículo 13 contemplado por la ley de estupefacientes N°23.737⁹: El bien jurídico tutelado por la ley 23.737 es la salud pública entendida como valor social y comunitario. De acuerdo a esta concepción, la peligrosidad de las conductas estará en función de poder afectar la salud de un número indeterminado de individuos, lo que puede poner en grave peligro la realización de los principios básicos de organización de las personas y de la convivencia en sociedad.

No obstante, si bien las sustancias estupefacientes afectan la salud pública, también afectan otro bien: la seguridad pública. Pues, el uso de las sustancias que abarca la letra de ley implicaría mayor peligrosidad para el autor de esos delitos, por lo tanto agravar las penas, parecería una respuesta inmediata contra la delincuencia ejercida en esas circunstancias.

⁹ Si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito, la pena prevista para el mismo se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, no pudiendo exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Finalmente, destaco que no me detendré a mencionar la discusión doctrinaria sobre la constitucionalidad de la norma o su modificación frente al contexto actual, pues ello abarcaría un análisis más profundo que el efectuado ut supra.

Artículo 2 de la Ley de prevención y sanción de la violencia en espectáculos deportivos N° 24.192¹⁰: Se prevé una escala penal agravada (aumentada en dos tercios) para los delitos de homicidio, robo, lesiones, lesiones en riña, abuso de armas y abandono de persona cuando los hechos se cometan en el marco de un espectáculo deportivo, sea en el lugar en el que se desarrolle el espectáculo o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él, o incluso durante los traslados al mismo.

II. b) Contexto Histórico:

En la mayoría de los casos el surgimiento de las diversas normas que tienden a aumentar la pena han surgido como respuestas inmediatas del Poder Legislativo ante los incansables reclamos sociales de seguridad. Manteniendo un orden cronológico detallare las circunstancias políticas y sociales que dieron lugar a cada una de las agravantes reguladas por nuestro código penal y leyes complementarias anteriormente mencionadas, dejando de lado solamente el artículo 41 quinquies del cual llevaré en su momento un tratamiento pormenorizado.

Artículo 20 bis: Se introduce por la ley 17.567, sin embargo no se le dio al ser sancionada una fundamentación especial. La norma perdió su eficacia con la sanción de la ley 20.509 y la recupera finalmente con la ley 21.338 en el año 1976, manteniéndose en la ley 23.077 e integrando la ley 11.179 de 1984. En realidad, la inhabilitación especial se incorpora para solucionar la falencia del Código, pues muchas figuras dolosas o culposas, no tenían prevista este tipo de pena modificando de esta manera no sólo la escala penal sino también el tipo.

¹⁰ Cuando en las circunstancias del artículo 1º se cometieren delitos previstos en el libro segundo, título I, capítulo I, artículos 79 y 81, inciso 1, letras a) y b), 84 y capítulos II, III y V, y los previstos en el título VI, artículos 162 y 164 del Código Penal, siempre que no resultaren delitos más severamente penados, las penas mínimas y máximas se incrementarán en un tercio. El máximo no será mayor al máximo previsto en el Código Penal para la especie de pena de que se trate.

Conjuntamente a la ley 23.077, se retoma el **Artículo 22 bis** el cual habría estado anteriormente vigente en 1976 durante el gobierno de facto. Fue a partir de esta ley durante la democracia que se vuelva al sistema del Derecho Penal común del Código Penal como defensa de un país democrático, respaldado por leyes bajo las cuales deberán ser legalmente juzgados.

Artículo 227 ter: Fue incorporado un año más tarde del acceso a la presidencia constitucional del Dr. Raúl Alfonsín. El país atravesaba tiempos difíciles abocados constantemente a la ardua tarea de mantener y recuperar la democracia. La finalidad directa del Poder Legislativo radica en proteger valores tan caros para la Nación como son la armonía constitucional y democrática. Es la denominada “Ley de protección del orden constitucional y de la vida democrática” N° 23.077 que el 22 de agosto de 1984 incorpora la agravante en el Título X Capítulo I del código penal, modifica además la denominación del capítulo por entender que el término “Rebelión” correspondía más bien al término utilizado comúnmente por los militares como sinónimo de “golpe de Estado”, por lo que se reemplazó por la actual denominación “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática.” Vale destacar que la mencionada ley fue sancionada antes de la reforma constitucional de 1994 que consagró el Art. 36 de la Constitución Nacional¹¹ a partir de la cual se garantiza el estado constitucional de derecho, ello con el objetivo concreto de proteger el orden constitucional.

Artículo 2 de la ley de actos discriminatorios N° 23.592: El principal propósito del legislador, mediante la sanción de una ley antidiscriminatoria, era garantizar a todos los habitantes su igualdad ante la ley y además reglamentar el artículo 16 de la

¹¹ Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Constitución Nacional.¹² Es el 22 de diciembre de 1987 cuando el senador De la Rúa presentó un proyecto de ley para la prohibición y sanción de actos discriminatorios. Sin embargo, fue después de diversas modificaciones que finalmente es sancionada y promulgada el 3 de agosto de 1988. Téngase en consideración que la misma fue previa a la reforma constitucional de 1994 a partir de la cual con el artículo 75 inciso 22¹³ los tratados internacionales vinculados con los derechos humanos de los que la República Argentina es parte adoptan jerarquía constitucional.

Artículo 13 contemplado por la ley de estupefacientes N°23.737¹⁴: Sancionada el 11 de octubre de 1989. *“Argentina no es como muchos piensan, una isla. Según las estadísticas habría en el país más de 300 mil consumidores de drogas duras, de los cuales más de 20 mil son adictos y solo mil están bajo tratamiento.”¹⁵* Nuestro país ya era por entonces un país de tránsito (decomiso de marihuana y cocaína en las fronteras) y de altos niveles de consumo razón por la cual el Estado consideró que a fin de luchar contra el tráfico ilícito de estupefacientes, desalentar diversas actividades ilícitas y promover además políticas preventivas, el mejor camino sería regularlo desde el derecho penal.

12 “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

13 “Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

14 Tenencia y tráfico de estupefacientes, promulgada el 10 de octubre de 1989 y publicada en el B.O. el 11 de octubre de 1989.

15 Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación 63^a, continuación de la cuarta sesión extraordinaria, 8 de marzo de 1989, Pág.7767.

Dando lugar también al inicio de relaciones con los EE.UU. y la política de Reagan, el gobierno de Menem crea la SEDRONAR en el marco de la propuesta del Dr. Duhalde de implementar un Programa Nacional de Prevención y Asistencia de la Droga.

Artículo 2 de la Ley de prevención y sanción de la violencia en espectáculos deportivos N° 24.192: Fue en el transcurso de la presidencia de Carlos S. Menem que se sanciona el 3 de marzo de 1993 en reemplazo la denominada "ley De la Rúa" de violencia en el deporte, que fuera sancionada en 1985 y modificada en 1993. A partir de la nueva ley se contempla de manera conjunta el régimen penal y contravencional para prevenir y reprimir la violencia en espectáculos deportivos. Son los diversos medios de comunicación los cuales reflejaban periódicamente los hechos de violencia en ocasión de eventos deportivos, especialmente en el ámbito futbolístico, los cuales aumentaban a diario de manera cualitativa y cuantitativa, generando como de costumbre un reclamo social de "mano dura" y castigo para los responsables. Ante el peligro de desaparición de este tipo actividades deportivas es que inmediatamente el Poder Ejecutivo propone la sanción de la presente ley ante el Poder Legislativo.

Artículo 41 bis es incorporado al código penal por el artículo 1 de la ley 25.297 sancionada el 22 de septiembre del 2000. Esta reforma se presenta durante el mandato de Fernando De La Rúa como respuesta de los legisladores nacionales ante las graves situaciones de inseguridad que se presentaban a lo largo de nuestro país, principalmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estadísticamente se evidenciaba que innumerables homicidios se producían con armas de fuego generando un peligro inminente y grave, vulnerando de esta manera el bien jurídico máspreciado "la vida".

Artículo 41 quater: En miras de desalentar el uso de menores para perpetrar delitos el 1 de septiembre del 2003 se incorpora dicho artículo por el artículo 1ª de la ley 25767. Se presenta en medio de una discusión acerca de la inimputabilidad de los menores, el uso de los mismos al cometer un hecho ilícito y en marco de una tendencia legislativa de turno orientada al endurecimiento de las penas como

solución inmediata a los problemas de inseguridad. Realmente la ley se justifica luego de ser sancionada con el reconocido “fenómeno Blumberg”, encabezado por Juan Carlos Blumberg, padre de Axel (asesinado en el marco de un secuestro extorsivo), que incrementó el reclamo social tras una multitudinaria marcha de alrededor de 150.000 personas clamando que se terminaran los homicidios, los secuestros y las violaciones.

II. c) Relevancia de las escalas penales en la teoría

Remontándonos a la carrera de grado podemos recordar que al estudiar las materias vinculadas al derecho penal fue escaso y somero el abordaje académico que se le ha brindado a las diferentes agravantes genéricas, más aún si lo comparamos con el tratamiento que han recibido otros institutos penales (como la libertad condicional, libertad asistida, prisión domiciliaria, etc.) igualmente regulados por nuestro código penal.

De igual manera, sucede al remitirnos al abordaje que los diversos doctrinarios han llevado a cabo en la teoría. Así, deja latente un vacío inmenso al respecto, pasando el tema de las agravantes totalmente por inadvertido o en el mejor de los casos dándole una escasa e incompleta mención. De todas maneras, debemos tener en cuenta que escapa de la teoría, combatir contra la inestabilidad legislativa que nos invade, lo cual dificulta aún más su abordaje teórico. Bien podría la teoría simplificar los problemas vinculados a las escalas penales genéricas pero como contrapartida: no tendríamos grandes respuestas para grandes problemas.

Ahora bien, esto ocurre con el derecho penal en general porque en la presente materia principalmente se escribe sobre la teoría y no sobre la ley escrita, como consecuencia se genera un desapego a la ley, esta pasa a un segundo plano y queda ninguneada.

La doctrina generalmente parte de principios generales, utilizando fórmulas más vagas aún que las leyes mismas, sin aportar soluciones concretas, reconociendo

que solo existe diversidad de interpretaciones que pueden mejorar el texto pero ello no garantiza una solución al problema en sí mismo.

II. d) Relación con diferentes institutos del código penal, legislación complementaria y Código Procesal

Para la aplicación de las agravantes genéricas partimos de un delito de base al cual se le agregan diversos componentes para el agravamiento de la pena.

Las agravantes genéricas tienen un gran parecido a las figuras penales agravadas o también llamadas formas ampliadas de tipicidad, ambas finalmente agravarán la pena; la diferencia se presenta porque en las primeras se agravarán más las penas bajo determinadas circunstancias pero ante las mismas situaciones penadas por el tipo básico mientras que en las últimas se contemplarán nuevas acciones que en la figura básica no se encontraban reglamentadas.

Si nos detenemos en su ubicación, es posible advertir que las agravantes genéricas se encuentran dispersas tanto en parte general como la especial de nuestro código penal; bien podría entenderse que algunas de ellas están ocultas dentro del texto, como ocurre con el artículo 227 ter. Entonces pues, debemos reconocer la dificultad de acceso y conocimiento que presentan debiendo por ello necesariamente buscarlas en el código penal, en leyes complementarias y en los distintos títulos y disposiciones.

Habiendo reconocido las agravantes genéricas que contempla nuestro sistema penal, es dable destacar que otro de los inconvenientes que presentan es la escasa pertenencia que tienen con los títulos en donde se encuentran como así también la inexistencia de subtítulos.

Impactos procesales: vinculados al tipo de procedimiento.

Recursividad y órgano de recurso.

Tribunal competente.

Impactos de fondo: Mucho de los beneficios que pueden otorgarse se encontrarán ligados a la escala penal, tal es el caso de los modos de ejecución de la pena por el sistema de semi libertades, excarcelaciones, morigeraciones, libertad asistida, libertad condicional.

En ese sentido, se puede mencionar el artículo 76 ter del Código Penal que establece la 'viabilidad de la suspensión de juicio a prueba' medida que podría ser dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de pena aplicable.

Por su parte, el artículo 26 del Código Penal precitado regula la 'posible aplicación de condena de ejecución condicional' facultando a los tribunales a disponer que en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, se deje en suspenso el cumplimiento de la pena.

Asimismo, y en cuanto al Impacto de Forma, encuentran íntima vinculación con instituciones de derecho procesal penal como 'la excarcelación' regulada en el artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación: *"(...) El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. (...) salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal"*.

Así pues, de la lectura del artículo se observa la incidencia de las agravantes genéricas en la escala penal, al determinarse un tope máximo como requisito para conceder la excarcelación.

Además, inciden de manera indirecta en la 'eximición de prisión del imputado', conforme lo regulan los artículos 312 y ss. del Código Procesal Penal.

III. Dificultades encontradas en relación al conjunto de agravantes genéricas.

Si bien abocare el tema más detalladamente al estudiar la agravante específica a fin de ubicarnos en el tema, mencionaré someramente a que se refiere cada nivel de racionalidad¹⁶ conforme lo desarrolla Atienza y lo propuesto por el docente Titular de la Asignatura.

III. a) Lingüístico.

Abarca los problemas comunicación que se presentan en el texto de la norma, generados a partir de la falta o deficiente paratextualidad¹⁷ y de la presencia de los problemas típicos del lenguaje natural (ambigüedad, vaguedad, textura abierta, fuerza de las oraciones).

En ese orden, el editor (el legislador) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (destinatario). A modo de crítica, debo mencionar la confusa técnica legislativa empleada en las distintas agravantes. Ello deviene, entre otros, de las numerosas reformas implementadas en el Código Penal, produciéndose una incoherencia entre las distintas agravantes de los distintos tipos penales de la parte especial.

Por ejemplo el art 227 ter no tiene tope máximo en el agravamiento de la escala penal, en cambio el art. 41 bis establece un máximo al indicar que la escala penal no podrá exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Además, y como consecuencia de la indeterminación de las fórmulas expresadas en las agravantes genéricas, éstas no se vinculan específicamente con ninguna conducta típica de la parte especial del Código Penal, por ello resulta complejo determinar a qué tipos penales concretos serán aplicables.

Siguiendo el ejemplo del artículo 227 ter al expresar: *“cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”*, produce dificultades para detectarla en la parte especial del precitado código. En esa línea, el art. 13 de la Ley

16 Atienza, Manuel (1993) “Tras la justicia”, Capítulo Sexto: Nacionales y extranjeros las (sin) razones de una discriminación, págs. 182-247.

17 Entiéndase para el caso como el modo de accesibilidad del texto.

N° 23.737 regula “*si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito*” no se define el alcance de la expresión “*otro delito*”, vulnerándose el principio ‘de ley cierta’, lo cual podría derivar en su inconstitucionalidad, conforme el caso concreto.

III. b) Jurídico formal.

En el presente nivel se procura tratar los problemas que presenta una norma cuando se incorpora al ordenamiento jurídico. El principal cuestionamiento que aquí entra en juego es la jerarquía normativa que jamás debe ser perdida de vista a fin de no caer en la inconstitucionalidad de la nueva regla. Es decir, no puede tenerse una norma excesivamente vaga porque se estaría afectando directamente el principio de legalidad.

En este sentido, de la lectura de las agravantes genéricas y específicas surgen diversas inconsistencias, pues al incluirlas al Código Penal y en la legislación complementaria en distintas épocas y en razón de variados motivos, se evidencia la asistemática regulación, generando problemas hermenéuticos derivados de la concurrencia de las agravantes.

III. c) Pragmático.

Se cuestionara si la ley puede realmente ser efectiva, aplicable o más bien cumple un formalismo político que de nada sirve.

Para ello, véase lo expuesto en el apartado II b), el cual evidencia que las reformas implementadas al Código Penal, característicos por dar una rápida respuesta a los problemas de inseguridad vividos en el país. En esas circunstancias se ha afectado la eficiencia de la ley, dificultando la posibilidad de los destinatarios de motivarse en las mismas.

III. d) Teleológico.

A partir del mismo se pretenderá dar respuesta en qué medida es útil la nueva norma para satisfacer el problema que dio lugar a su origen.

Como expusimos precedentemente, las diversas reformas que incluyeron en su texto una agravación de las escalas penales, se han generado en base a reclamos sociales originados en hechos criminales que han causado conmoción social o situaciones delictivas graves y complejas. Estos reclamos ejercieron presión sobre la clase política a fin de impulsar los cambios en la legislación penal. En nuestra opinión, estas agravantes genéricas persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de represión severa contra la ola de inseguridad (homicidios, asaltos, secuestros), sin embargo estas medidas no han servido para disminuir los conflictos penales, solo han contribuido al deterioro del sistema jurídico.

Al respecto, y a efectos de reducir el fenómeno de la criminalidad, debe planificarse homogéneamente con la política social, implementándose cambios a nivel socio-cultural que incluyan modelos de educación, salud, reinserción e integración de sectores marginales de la sociedad por ejemplo.

III. e) Ético/Filosófico.

Se ocupa del planteo de ética legislativo que se quiere comunicar. El mismo, se origina en los debates parlamentarios donde los representantes demostrando su “buena” técnica legislativa aportan los fundamentos acerca de lo que realmente se pretende transmitir con la norma en cuestión.

III. f) Dispersión Normativa.

En lo que aquí interesa, nuestro Código presenta un índice temático para su ordenación, el cual enumera los Libros, Títulos y Capítulos en que está organizado. Así, la búsqueda de la información resulta más sencilla.

Ahora bien, respecto de las agravantes genéricas –en contraposición con lo indicado- se encuentran dispersas, no solo en el Código Penal (parte general y

especial), sino también en las leyes complementarias, afectando la accesibilidad de la información para abogados, jueces y otros juristas y sobre todo para el ciudadano común.

Al respecto de este último, considero que el acceso a las normas resulta una tarea compleja para un lego en comparación con los trabajadores jurídicos, quienes poseen una formación y capacitación especial en la materia. Esta situación, pone en evidencia, que al legislar una norma no se tiene en cuenta al ciudadano como destinatario de la ley, tornándose el proceso legislativo –en una ficción- y en el resultado de intereses ocultos a los declarados.

III. g) Montos Penales Previstos.

El Código Penal establece un sistema de determinación de la pena, con un régimen por lo general elástico, conforme el texto vigente. Por su parte, las agravantes genéricas que paulatinamente se fueron incorporando resultarían extrañas a ese régimen originario.

Así, la escala penal del delito de que se trate establece un parámetro para la individualización de la pena, la cual solo puede ser fijada teniendo en cuenta cual es el mínimo y el máximo, a lo que debe añadirse la aplicación de estas ‘agravantes genéricas’ en esos mínimos y esos máximos.

Cabe reiterar, que los artículos 41 bis y quater del Código Penal, el art. 13 de la Ley N° 23.737, el artículo 2 de la Ley N° 24.192 y de la Ley N° 23.592 agravan las escalas penales de los delitos en un tercio en su mínimo y en su máximo, y únicamente el artículo 41 quater no regula un tope al agravamiento.

En esa línea, el artículo 41 quinquies eleva un medio en el mínimo y máximo de la escala penal del delito que se trate y el artículo 227 ter del Código Penal agrava un medio en el máximo previsto. Ambas, no indican un tope al máximo legal de la especie de pena que se trate.

No obstante, y pese a esta asistemática regulación de las agravantes en estudio, debe tenerse en especial consideración la restricción impuesta por el artículo 55 del Código Penal, que dice que la suma resultante del concurso real no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión. Se establece con ello, que el máximo de la escala resultante no puede exceder del máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Por su parte, los artículos 20 bis y 22 bis, no inciden en la escala penal del delito cometido, sino que consisten en la imposición de otra sanción, facultativa o conjunta.

Por otro lado, se observa que a través de la creación de agravantes y aumento de respuestas punitivas se busca solucionar la sensación de inseguridad, lo cual solo se convierte en una ilusión pues de ningún modo estas agravantes modifican esa sanción que invade a la población en su conjunto.

Un ejemplo claro de la respuesta punitiva que responde al clamor popular, demuestra la agravante en la cual por la sola circunstancia de haber participado un menor de 18 años de edad, agrava la condena del autor del delito que se trate, quien debería responder en la medida de su culpabilidad, según expresas garantías constitucionales.

Además, de acuerdo a la regulación actual de estas agravantes, las que no se vinculan específicamente con ninguna conducta típica de la parte especial del Código Penal, desemboca en la dificultad de determinar a qué tipos penales esas agravantes son aplicables, lo que demostraría su indeterminación en las fórmulas con las cuales se incluyeron a la legislación penal, vulnerándose el principio de ley cierta.

III. h) Dificultad en el modo de agravar cuando coexisten dos o más agravantes.

En primer lugar, cabe resaltar que el legislador no previó esta situación. Sin embargo, en nuestra opinión podemos encontrar una respuesta aproximada en el artículo 54 del Código Penal.¹⁸

Así, el mentado artículo serviría de guía para resolver la aplicación de dos o más agravantes en la escala penal, cuando confluyen en el mismo hecho. Por ejemplo en un homicidio (delito base) mediante el empleo de un arma de fuego (art. 41 bis C.P.), en el que intervinieron mayores de 18 años y al menos un menor de edad (art. 41 quater C.P.).

El artículo 54 del Código Penal establece que cuando concurren dos tipos penales se aplica el que prevea pena más grave, y siguiendo con el ejemplo precitado, al resultar ambos de igual gravedad se aplicaría ese mínimo y ese máximo que son idénticos.

En ese razonamiento, en el caso de homicidio simple, de concurrir ambas agravantes (41 bis y quater C.P.) se trataría de un concurso ideal: homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en concurso ideal con homicidio agravado por la intervención de un menor de 18 años de edad.

Entonces resultaría que el mínimo de la escala penal se impone en 10 años y 8 meses de prisión por una de las agravantes, por ejemplo el empleo de arma de fuego y por la restante, el juez deberá apreciar que magnitud añade.

A nuestro parecer, si se demuestra la concurrencia fáctica de ambas agravantes, las mismas deben ingresar en la composición de la pena, pues el artículo 54 del Código Penal aludido, no excluye el resto de tipicidad que debe ser ponderada a los fines exclusivos de establecer la pena correcta. Entonces, y en la línea del ejemplo de marras, una de las agravantes, será empleada para establecer el piso (mínimo y máximo) y la otra deberá de alguna manera ser ponderada por el juez.

¹⁸ Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

Finalmente, y respecto a este ítem, se observa que la conclusión arribada en caso de concursos de agravantes, fue interpretativa en función de lo regulado por el Código Penal, lo cual no constituye óbice para que se elija una solución distinta, por ejemplo la acumulación de ambas agravantes sobre la escala penal, es decir que debe aumentarse dos tercios del mínimo y dos tercios del máximo de la escala correspondiente al tipo penal base.

Por su parte, el artículo 55 del Código Penal en el último párrafo indica: “(...) *Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.*” Lo cual, si bien refiere a la concurrencia de diversos hechos independientes, debería también ser ponderado al momento de dictarse la condena.

Con lo indicado, queremos dejar en claro que el conjunto de agravantes, así reguladas, provocan problemas de sistematicidad, vulnerándose principios constitucionales como el de “ley cierta”.

III. i) Casos en que la agravante no se aplica a una figura delictiva específica.

Al respecto, y de la lectura de las agravantes genéricas, para complicar más aún la interpretación de su aplicación al caso concreto, se incluyen excepciones a esa aplicación. El legislador optó por incluir agravantes genéricas que justamente por su generalidad resultan imprecisas.

Ello, surge en evidencia del 2do párrafo del artículo 41 bis que establece que la agravante no podrá aplicarse cuando la circunstancia en ella mencionada ya esté prevista en el delito de que se trate como elemento constitutivo o calificante, es decir cuando se prevea como elemento del tipo la utilización violenta o intimidante de un arma de fuego.

La redacción poco feliz de esta agravante, genera dudas sobre el empleo de la palabra “arma”. Es decir si quedarían excluidos los delitos que contemplan en el tipo o como circunstancia de agravamiento específico la utilización de armas en sentido

genérico, o bien sólo excluyen a aquellos delitos que contemplan la utilización de armas de fuego.

En consecuencia, la introducción de este segundo párrafo, ha desencadenado opiniones encontradas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con fundamentos igualmente serios que las sustentan.

En nuestra opinión el legislador, debió modificar aquellos delitos que creía adecuado agravar por su comisión mediante arma de fuego uno por uno. Con ello, además de evitarse las diversas opiniones en torno al tema, se evitaría la vulneración al principio constitucional de legalidad en la parte que exige determinación de los delitos, pues hubiera quedado claro que delitos resultarían agravados.

Por otra parte, el artículo 227 ter establece que la agravante no será aplicable cuando la acción que contribuya a poner en peligro la Constitución Nacional se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito que se trate.

En esta agravante, si bien es trascendental el momento histórico en el cual fue sancionada, no deja de generar dificultades para detectarla en la parte especial del Código Penal, resultando igual de complejo su exclusión en el delito específico.

En otro orden, el artículo 2 de la Ley N° 24.192, enumera los delitos cuyas escalas penales eleva, en consecuencia y dado la interpretación restrictiva de la ley penal, no debería aplicarse a los demás delitos que no fueron enumerados, quedando excluidos de la consideración de esta agravante genérica.

Finalmente, sobre la restricción prevista en el artículo 41 quinquies del Código Penal, me referiré al tratarla de manera concreta.

III. f) Procedencia o no en penas indivisibles.

Las agravantes genéricas en análisis, no proceden en las penas indivisibles. Pues las penas indivisibles son las de muerte (abolida de nuestro sistema); prisión o reclusión perpetua o en el caso de multas con monto fijo, en la cual la actividad del

juez se limitará a establecer la culpabilidad del imputado no teniendo margen para analizar la pena que taxativamente es establecida por la ley.

En contra a lo expuesto, nuestro Código Penal establece un sistema gradual para la aplicación de las penas conforme al delito que de que se trate, a través de las escalas penales. Es decir, que de acuerdo al caso concreto el juez debe graduar (fundadamente) el monto a imponer por la comisión del injusto penal, prestando atención a lo regulado en los artículos 40 y 41 del Código Penal a lo cual deberían añadirse, si corresponde, los montos previstos por las agravantes genéricas.

IV. Soluciones Propuestas a los problemas identificados con las agravantes genéricas.

La cuestión política criminal es tan basta que no posee límites. Son múltiples los problemas que generan las agravantes genéricas y probablemente alguno de ellos escapen de mi órbita, no obstante y de manera general aporto alguna de las posibles soluciones:

- En caso de considerar como problema la dispersión normativa característica de las agravantes genéricas bien podrían colocarse todas bajo un mismo título.

Continuando con mencionado problema, para repensar la parte general del código penal se debería reordenarla, implicando esto una ardua tarea que no solo repercute en la estructura añeja del código mencionado sino también en el acostumbrado pensamiento del lector.

- En relación a las dificultades paratextuales que al día presentan podría solucionarse resaltando su existencia e insertando en cada capítulo en donde se encuentre un subtítulo.

- En cuanto a los problemas lingüísticos el mejor camino que se puede optar al momento de redactar una norma es despojarse del lenguaje técnico jurídico e implementar el lenguaje del ciudadano, característico por su transparencia, claridad y sencillez, de este modo será fácil para el ciudadano su comunicación y comprensión. En este sentido, se deberá determinar o aproximarse al uso de las

palabras que para el caso se considera como pertinente, desplazando (en lo posible) así todo lo término ambiguo o vago.

- Asimismo, para evitar dudas de aplicación incompatibles con el principio de legalidad, debió evitarse la inclusión de agravantes de la pena de manera genérica. Sino más bien, y con la finalidad de aumentar la punibilidad, debería establecerse agravantes específicas para cada delito en particular que merezcan mayores reproches.

V. Agravante específica.

Código Penal Argentino, 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.”

Es el 22 de diciembre del 2011, cuando se sanciona la denominada “Ley Antiterrorista” N°26.734, cinco días más tarde es promulgada y luego, el 28 del mencionado mes y año publicada en el Boletín Oficial.

A partir de ella, se realizan diversas reformas en nuestro código penal acerca de la prevención, investigación y sanción de las actividades delictivas con finalidad terrorista. Por un lado, se derogan los dos únicos artículos del libro segundo, capítulo sexto del código penal contemplados para los delitos vinculados a las asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo –Art.213 ter y quáter- y por otro se reenumeran los artículos 306, 307 y 308 de mencionado cuerpo normativo como 307, 308 y 309 respectivamente contemplados bajo el libro segundo, título

decimotercero denominado “delitos contra el orden económico y financiero” e incorpora el artículo 41 quinquies.

Con la aludida norma se aspiraba adaptar nuestro sistema legal a las exigencias internacionales vinculadas al terrorismo, dar respuestas a las recomendaciones del G.A.F.I.¹⁹ y principalmente evitar que nuestro país sea sujeto de posibles sanciones financieras y/o crediticias internacionales. Vale decir que Argentina, se encontraba en ese entonces bajo la amenaza de negársele el acceso al sistema bancario internacional.

Se reconoce a nuestro país como miembro del G.A.F.I. a fines del 2000, asumiendo de este modo el compromiso indefectible de cumplir con sus recomendaciones, presentarle autoevaluaciones y aceptar la visita de otros miembros de la institución quienes se encargarían de cotejar el acatamiento de las mismas. Por esta razón, en el mismo año, con el objetivo de cumplir con las primeras recomendaciones emitidas por la institución en materia de hechos y financiación del terrorismo, se dicta la ley 26.023 bajo la cual se aprueba la Convención Interamericana Contra el Terrorismo, adoptada en Bridgetown, Barbados en junio del 2002 y la ley 26.024²⁰ aprobando el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado en diciembre del 1999 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Diversas fueron las reformas legislativas que nuestro país tuvo que realizar con el mismo objetivo, es decir cumplir con los parámetros asignados por el G.A.F.I., hasta llegar al año 2010 cuando prácticamente Argentina corría alto riesgo de quedar afuera de la membresía ante el incumplimiento de los cambios requeridos desde el

19 Grupo de Acción Financiera Internacional, es una institución intergubernamental creada en 1989 que persigue el desarrollo y la promoción de políticas nacionales e internacionales, para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo.

20 Atento lo normado por el Art. 2 de la Ley 26.024, comete el delito de financiación del terrorismo aquel que 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 para cometer los delitos comprendido en el ámbito de los tratados enumerados en el anexo, es decir los mismos que fueran también mencionados en la Convención aprobada por la ley 26.023, o 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.

2004 en materia de lavado de activos de origen delictivo y financiación del terrorismo como un delito autónomo. Fue en este contexto que surge la ley que dio origen al artículo 41 quinquies del código penal, como la respuesta más eficaz e inmediata a los compromisos internacionales, incorporándolo a nuestro código penal en la parte general, al final del título V denominado “imputabilidad” junto a los artículos 40, 41, 41 bis, el ter y quater que se prevén bajo circunstancias particulares para que se determine la cantidad de pena aplicable a una persona penalmente responsable, sea para incrementarla o disminuirla.

Partiendo del texto del artículo 41 quinquies del código penal y siguiendo los distintos niveles de racionalidad expuestos por Manuel Atienza²¹ al tratar los problemas que se exhiben en la tradicional actividad legislativa, procuraré en el transcurso del presente trabajo realizar un análisis en miras de dar posibles soluciones y/o alternativas a algunos de los problemas que se vayan presentando.

V. a) Nivel de racionalidad lingüístico:

La ley se presenta a la comunidad como un mensaje y para que pueda ser correctamente interpretado por su receptor debe evitarse el uso de términos que posean problemas propios del lenguaje natural tales como: -la ambigüedad (es el caso de un término u oración que tiene más de un significado), -la vaguedad (cuando los límites de su significado son imprecisos), -la fuerza de las oraciones (poder determinar cuál es el sentido verdadero de la oración) y -la textura abierta (es la vaguedad potencial que poseen todos los términos sea por un cambio en el mundo o por nuestra percepción del mismo).

Pues entonces teniendo en cuenta esto y remitiéndome al texto de la ley me pregunto:

¿A qué se refiere el legislador con “**aterrorizar**”? Considero que si bien la expresión ésta dejando a la luz el motivo que lleva a obrar de dicha manera al delincuente,

21 Atienza, Manuel (1993) “Tras la justicia”, Capítulo Sexto: Nacionales y extranjeros las (sin) razones de una discriminación, págs. 182-247.

queda de todas maneras indefinida en qué consiste realmente su intención, la cual será objeto de castigo.

Habiendo consultado la Real Academia Española, “**aterrorizar**” deviene del verbo transitivo “*causar terror*”, teniendo en cuenta esto y la finalidad para la que fuera creada el artículo en cuestión, entiendo acertado remitirme directamente a intentar desasnar el término “**terrorismo**”.

Es dable resaltar que antes, nuestro código penal contemplaba en el artículo 213 ter un concepto determinado de la “**actividad terrorista**”²², pero fue la misma ley 26.734 que da origen a la presente agravante genérica la que lo deroga y deja expuesto de manera excesiva e indeterminada el ámbito de aplicación del artículo 41 quinquies, por lo que indefectiblemente no contando con una definición concreta en el código de fondo, debemos interpretar el término utilizado por el legislador mediante otras fuentes.

En principio, podríamos abordar el concepto de “**Terrorismo**” desde el aspecto semántico en donde nos encontramos con diversos significados de una misma palabra.

Al consultar el diccionario del Google, lo define de dos maneras “*1.-Forma violenta de lucha política, mediante la cual se persigue la destrucción del orden establecido o la creación de un clima de terror e inseguridad susceptible de intimidar a los adversarios o a la población en general. Y 2.-Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror.*”²³

Por su parte la RAE tiene tres significados diferentes: “*1.-Dominación por el terror, 2.-Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror, 3.-Actuación*

22 “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.”

23 <https://www.google.com.ar/search?q=Diccionario#dobs=terrorismo>

*criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos.*²⁴

Acercándonos más al ámbito jurídico, Manuel Ossorio en El “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”²⁵ aporta una considerable y más abarcativa definición considerándola como la *“sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. Esta definición, tomada del Diccionario de la Academia, 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 desordenes, 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; agravándose la pena cuando para ello se emplearen explosivos, agresivos químicos o materias a fines, siempre que el hecho no constituyese delito contra la seguridad pública. (v. intimidación)”*

En el comentario del artículo 41 quinquies, Arce Aggeo y Báez²⁶ expresan al describir la conducta típica de **“aterrorizar”** que *“es incurrir en actividades terroristas, entendiendo por tales las descritas en los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país y los delitos transnacionales que en ellos se describen.”* Partiendo de ello, es conveniente remitirnos ahora al derecho penal internacional e indagar lo que entienden las convenciones internacionales por **“terrorismo”**.

Sin embargo, el término es tan ambiguo y problemático que ni siquiera el Estatuto de Roma ha podido aún definirlo de manera expresa.²⁷ Como así tampoco lo han

24 Concepto aportado por la Real Academia Española en su versión digital: <http://www.rae.es/>

25 Ossorio M (1984), Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 742. Editorial Heliasta S.R.L.

26 Arce Aggeo M. y Báez J. (2014), “Código Penal Comentado y Anotado”, Parte General. Págs. 268-269.

27 Aprobado por nuestro país por Ley 25.390.

logrado la Convención interamericana contra el terrorismo²⁸ la cual al expedirse sobre su objeto y fines en el artículo primero expresa que “tiene como objeto prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo.”, o el Convenio Internacional para la represión de la financiación del Terrorismo²⁹ el cual solo hace mención por el artículo 2.1.b expresando: *“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: 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.”*³⁰

En resumen, desde el derecho penal internacional se limitan a describir el término **“acto de terrorismo”**, remitiéndose solamente a actos violentos y que realmente atenten contra la vida o integridad física grave de las personas; pero no ha sido posible proporcionar un concepto preciso al calificativo personal de **“terrorismo”**.

Continuando con el análisis semántico de los términos empleados en el artículo 41 quinquies, atento lo que éste refiere, la conducta criminal será ejercida en miras de afectar directamente a **“la población”** y **“autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional”**. Su lectura da cuenta que continuamos en la misma línea de vocablos indeterminados e imprecisos empleados por el legislador, razón por lo cual deberemos seguir el mismo análisis utilizado para la primera expresión, y procurar de esta manera acercarnos a individualizar quienes realmente serían los sujetos pasivos de la presente regla.

28 Aprobado por nuestro país por Ley 26.023.

29 Aprobado por nuestro país por Ley 26.024.

30 Gourvert J., “La ley 26.734 y la inclusión del Art. 41 quinquies: Glosas a un innecesario, inaplicable e ilegal desvarío punitivo”. Revista Pensamiento Penal.

Al consultar la palabra “**población**” en el diccionario del Google³¹ la define como: “1. Conjunto de habitantes de un lugar. 2. Conjunto de seres vivos de la misma especie que habitan en un lugar determinado. 3. Conjunto de los individuos de un lugar determinado que comparten una característica o circunstancia común y son objeto de un estudio estadístico. 4. Poblamiento. 5. Agrupación de edificios y casas, con calles y otros espacios públicos, donde habita ese conjunto de personas.”

La RAE le asigna a la palabra cinco significados diferentes: “1. Acción y efecto de poblar. 2. Conjunto de personas que habitan la Tierra o cualquier división geográfica de ella. 3. Conjunto de edificios y espacios de una ciudad. 4. Ecol. Conjunto de individuos de la misma especie que ocupan una misma área geográfica. 5. Sociol. Conjunto de los individuos o cosas sometido a una evaluación estadística mediante muestreo.”³²

Mientras que Manuel Ossorio³³ desde lo jurídico considera que “**población**” es “acción y efecto de poblar un territorio o país.//Cuantos hombres y mujeres, en determinado momento, componen el género humano sobre el planeta o los habitantes de un Estado, provincia, otra comarca o sitio en que se vive en estabilidad al menos relativa.//También, cualquier urbe, ciudad o pueblo.”

Tomando la conocida definición de Estado³⁴ delineada por el Dr. Carlos Fayt en su obra “Derecho Político”, nos permite identificar a la “**población**” como uno de los elementos esenciales del Estado, es decir que la población determina su existencia: “No hay Estado sin población”. Definiéndola como “la totalidad de individuos que habitan el territorio de un Estado.”³⁵ Asimismo, el mencionado autor agrega que la “**población**” en cuanto a nación o pueblo del Estado es titular del poder

31 Vease en <https://www.google.com.ar/search?q=Diccionario#dobs=poblaci%C3%B3n>

32 Concepto aportado por la Real Academia Española en su versión digital: <http://www.rae.es/>

33 Ossorio M (1984), Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 584. Editorial Heliasta S.R.L.

34 “Organización del poder político dentro de una comunidad nacional, mediante instituciones objetivas que declaran el derecho y lo sostienen, conservando el orden por medio de una dirección política y un cuadro administrativo diferenciado”

35 Fayt C (1998), “Derecho Político”. Tomo I. Pág. 217. Editorial Depalma.

constituyente y sus miembros tienen derechos políticos (forman parte del cuerpo electoral).

En relación a la expresión **“autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional”** que para “no perder el estilo”, el legislador en la presente norma va mucho más allá de los funcionarios públicos o empleadores públicos a los que alude el artículo 77 del código penal³⁶ puesto que no cumple con la significación de conceptos aplicables para mencionado código. Por un lado, hace hincapié en los gobiernos extranjeros o agentes de organizaciones internacionales, pero por otro deja abierto un vacío legislativo en relación a las autoridades públicas provinciales y municipales, a quienes directamente omite mencionar.

En cuanto a la actividad a la que alude la agravante bajo análisis es decir, **“obligar...a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”** se entiende como algo vinculado estrechamente al ámbito político. Pero ¿puede la conducta de una sola persona ejercer suficiente presión sobre otro?

En sí, con esta expresión se pretende representar inmediatamente a un grupo de personas reclamando y haciendo uso de sus derechos reconocidos por la manda constitucional: libertad de asociación, libertad de expresión y derecho a peticionar ante las autoridades.³⁷ Vale decir que la protesta social generalmente se inicia de modo pacífico para ir tornándose luego más enérgica en tanto no se obtenga la respuesta deseada, no obstante es un modo legítimo que poseen los ciudadanos de peticionar a las autoridades.

36 Art. 77 del C.P.: “Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas: (...) Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.”

37 Art. 14 de la C.N.- “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.”

El fin del reclamo será que quien ostente el poder político haga, revea, se abstenga o deje de hacer algo en particular; en este sentido, cualquier protesta social podría entenderse como una obligación ejercida contra la autoridad y por ende enmarcarla en lo normado por el 41 quinquies. Sin embargo, para evitar ese tipo de inconvenientes el legislador previó dar en la misma norma una solución a ello e incorporar así el último párrafo, el cual específicamente alude como eximente de aplicación del artículo 41 quinquies los casos en los que se vean perjudicados “... **derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.**” Sin perder de vista el análisis hasta el momento realizado, por tratarse éstos de términos con variados significados nos abocaremos a averiguar **¿Qué son los derechos? ¿Qué son los derechos humanos? ¿Qué son los derechos sociales? ¿Qué son los derechos constitucionales?** Para aproximarnos de este modo a los casos en que NO será pasible de aplicación la presente regla.

De la búsqueda del término “**derechos**” en el diccionario del Google³⁸ surgen numerosas definiciones de la misma palabra y que dependiendo el contexto en el que sea utilizada condicionará su interpretación: “1. [parte del cuerpo] Que está situado en el lado opuesto al que ocupa el corazón en el ser humano. 2. Que está situado, en relación con la posición de una persona, en el lado opuesto al que ocupa el corazón en el ser humano. 3. [margen u orilla de un río] Que queda a la derecha de quien se coloca mirando hacia donde corren las aguas. 4. Que está recto en vertical y no se tuerce a un lado ni a otro. 5. adjetivo/nombre masculino, que es el que se considera principal en una cosa. 6. nombre masculino, condición de poder tener o exigir lo que se considera éticamente correcto, establecido o no legislativamente. 7. **Conjunto de principios, leyes y reglas que regulan la vida en sociedad y que las personas deben obedecer.** 8. Ciencia que estudia las leyes y su aplicación. 9. Lado de una tela, papel u otra cosa que ha de quedar a la vista, por lo que suele estar mejor trabajado o acabado. 10. nombre masculino plural, cantidad de dinero que debe pagarse por determinados hechos consignados por la ley, como la introducción de mercancías extranjeras. 11. (derechos) Cantidad de dinero que

38 Véase en <https://www.google.com.ar/search?q=Diccionario#dobs=derecho>

*cobran algunos profesionales por sus servicios. 12. Adverbio, (derecho) de manera directa, por el camino recto.*³⁹

De la consulta realizada en el sitio web de la RAE, surge un catálogo de veinticinco conceptos de la palabra **“derechos”**, dependiendo específicamente su significado del uso y fin que se le pretenda dar. Sin embargo, con el objetivo de no provocar aburrimiento en el lector, solo me limitaré a citar de manera puntual el término decimotercero que sería el más adecuado para definir la palabra atento el contexto de la oración en que figura: *“13. m. Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.”*⁴⁰

Ossorio partiendo que el término **“derecho”** no es un concepto uniformemente definido, lleva adelante una profunda y extensa definición sobre el vocablo en cuestión, abordando los diversos enfoques doctrinarios. A saber, la palabra **“derecho”** implica mucho más que un breve concepto al cual pretendemos llegar sin embargo, no es conveniente explayarnos en su definición puesto que desviaría la

39 La negrita me pertenece, fue utilizada en miras de desviar la mirada del lector hacia la correcta interpretación del término para el caso.

40 Los distintos significados de la palabra **“derecho”** según la RAE: *“1. adj. Recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro. Esta pared no está derecha. 2. adj. Justo, legítimo. 3. adj. Fundado, cierto, razonable. 4. adj. directo (ll que va sin detenerse en puntos intermedios). Id derechos al asunto. 5. adj. Dicho de una parte del cuerpo humano: Que está situada en el lado opuesto al del corazón. Los diestros utilizan la mano derecha. 6. adj. Que está situado en el lado opuesto al del corazón del observador. 7. adj. Que cae hacia la parte derecha de un objeto. El jardín que hay a la parte derecha de la casa. 8. adj. Dicho de lo que hay en una cosa que se mueve: Que está en su parte derecha o cae hacia ella, según el sentido de su marcha o avance. El faro derecho del autobús. La orilla derecha del río. 9. m. Facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida. 10. m. Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella. 11. m. Facultades y obligaciones que derivan del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. El derecho del padre. Los derechos humanos. 12. m. Justicia, razón. 13. m. Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva. 14. m. Ciencia que estudia el derecho (ll conjunto de principios y normas). 15. m. Exención, franquicia, privilegio. 16. m. Lado de una tela, papel, tabla, etc., en el cual, por ser el que ha de verse, aparecen la labor y el color con la perfección conveniente. 17. m. Cantidad que se paga, según un arancel, por la utilización de cosas o servicios de una Administración pública, corporativa o privada. U. m. en pl. Derechos aduaneros. 18. m. p. us. Sendero, camino. 19. f. mano derecha. 20. f. Dirección correspondiente al lado derecho. Tuerza por la primera a la derecha. 21. f. Camino que llevan los perros cuando siguen la caza. 22. f. En las asambleas parlamentarias, los representantes de los partidos conservadores. 23. f. Conjunto de personas que profesan ideas conservadoras. 24. f. desus. Conjunto de perros de caza que se sueltan, según determinadas reglas, para seguir a la presa.” Véase en <https://dle.rae.es/?id=CGv2o6x>*

finalidad del presente trabajo. Ossorio expresa que “...en su sentido etimológico, *Derecho* proviene del lat. *directum* (directo, derecho); a su vez, del lat. *dirigere* (enderezar, dirigir, ordenar, guiar). En consecuencia, en sentido lato, quiere decir recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro, mientras que en sentido restringido es tanto como *ius* (v.).” (...) Asimismo, al momento de procurar dar una definición refiere que “Para algunos es un conjunto de reglas de conducta cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por la autoridad legítima. Ihering lo define como el conjunto de normas según las cuales la coacción es ejercida en un Estado.”⁴¹

En cuanto la expresión compuesta “**derechos humanos**” al buscarla en el diccionario del Google no se encuentra una definición de la misma.

Mientras que la RAE dentro de la extensa noción que detalla de “**derecho**” incorpora la presente expresión de manera textual definiéndola como “especialmente en el ámbito internacional, derechos fundamentales.”⁴²

En idéntico sentido lo ha hecho Manuel Ossorio en su obra, no lo define como “**derechos humanos**” pero da al respecto el concepto de “**derechos fundamentales de los Estados**” como “aquellos de que los mismos gozan como sujetos del Derecho Internacional. Entre otros encontramos el de igualdad, el de conservación, el de seguridad, el de no intervención, el de defensa, el de libre navegación de los mares y de vuelo por el espacio aéreo en general por sus naves y aeronaves, respectivamente.”⁴³

Entonces pues deberé remitirme, según surge de lo dicho en los últimos al concepto al aportado en el ámbito internacional. Las Naciones Unidas entiende que “son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar

41 Ossorio M (1984), Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 226-229. Editorial Heliasta S.R.L.

42 Concepto aportado por la Real Academia Española en su versión digital: <http://www.rae.es/>

43 Ossorio M., pág. 241.

*sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.*⁴⁴

Téngase en consideración que el término "**derechos humanos**" no implica que sus titulares sean seres humanos, más bien se pretende dejar asentado que ciertos derechos son más "humanos" que otros, es decir, implican una vinculación directa con la índole humana de su sujeto. *Son derechos humanos "todos aquellos derechos subjetivos cuyo título o fundamento próximo radica en la personalidad de su sujeto, o en alguna de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando este los niegue."*⁴⁵

Es "**derecho social**" según Ossorio una "*corriente e impropriamente se da esa denominación, incluso por autorizados tratadistas, al Derecho del Trabajo.*"⁴⁶

Los derechos sociales fundamentales, que más tarde dieron origen a lo que se llamó Estado Social, se pueden resumir en Derecho: al empleo y al salario justo, a la protección social en casos de necesidad (seguridad social, bajas laborales, desempleo, jubilación, maternidad, etc.), vivienda, educación gratuita y de calidad, la sanidad, al entorno saludable, acceso a la cultura y a todos los ámbitos de la vida pública de la comunidad, a la alimentación y a la soberanía alimentaria. Entonces pues, el "**derecho social**" trata las normas que dan forma al ordenamiento jurídico y están a favor de la sociedad, el trabajo y el reclamo social.

En cuanto a los "**derechos constitucionales**" son aquellos comprendidos por una rama del derecho público los cuales tiene por finalidad estudiar las leyes fundamentales que definen un Estado, incluye todo lo relativo a la forma de gobierno, derechos y garantías esenciales de las personas y regulación de los poderes públicos.

44 Concepto disponible en <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>

45 Massini C., "Los Derechos Humanos y la Constitución Argentina reformada: Consideraciones en ocasión de un aniversario.", Pág. 76.

46 Ossorio M., pág. 240.

Recordemos que con la reforma introducida a nuestra Constitución Nacional en 1994 se otorga por el artículo 75 inciso 22 la jerarquía constitucional a diversas declaraciones, pactos, convenciones y protocolos, los cuales deben por ello entenderse como complemento de los derechos y garantías en ella reconocida. Aquellos diversos instrumentos se refieren a los derechos, deberes y libertades de las personas, sean niños, niñas, adolescentes o personas con discapacidad; a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; a la prevención y sanción del genocidio; a la eliminación de la discriminación racial y contra la mujer; a la prevención y supresión de los actos de tortura y a la desaparición forzada, a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. En este sentido, no se entiende porqué el legislador ha marcado una expresa diferencia, mencionándolos por separado al decir: “**derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional**”, cuando en realidad están todos los derechos amparados y contemplados por nuestro derecho constitucional. Entiéndase esto como una redundancia legislativa que no hace más que provocar confusiones en el lector y/o en quien aplicare la misma.

Advertimos al realizar esta actividad que los distintos conceptos aquí traídos se refieren más bien a una multiplicidad de actos cometidos por diversas personas, como la manifestación de un grupo social, y no como lo que pretende castigar el texto del artículo 41 quinquies, es decir, la conducta de una sola persona que por su accionar generaría en la población temor, ahora bien me pregunto nuevamente ¿será suficiente el accionar de una sola persona para aterrorizar un conjunto de sujetos? ¿Puede cualquier delito contemplado en la parte especial tener una finalidad terrorista?

V. b) Nivel de racionalidad jurídico formal

Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas válidamente establecidas y estructuradas, la nueva ley deberá insertarse y adecuarse armoniosamente en el sistema al que pertenece, para así no generar

problemas de técnica legislativa tales como las lagunas, contradicciones o redundancias.

El proyecto de la ley antiterrorista fue presentado ante el Congreso de la Nación por el Poder Ejecutivo de la Nación⁴⁷ con el objetivo de reformar inmediatamente el Código penal para que “...*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*”⁴⁸. Considerando que la misma fue sancionada precipitadamente al finalizar el periodo legislativo debe ponderarse que los operadores legislativos probablemente se han encontrado presionados por la manda del ejecutivo, y en consecuencia le han dado poca relevancia a la incorporación de la nueva agravante genérica -quizás por falta de tiempo- pasando por alto la incidencia final de la misma en las escalas penales vigentes. Vale decir, que la agravante será pasible de aplicación mientras en la figura típica no exista ningún tipo específico que se adecue al caso en particular.

No obstante, al no puntualizar el artículo 41 quinquies un caso concreto de aplicación, genera una reforma íntegra del código penal, afecta la gravedad de las penas y el contenido irrisorio de las conductas delictivas, perdiendo de este modo la racionalidad que debería mantenerse entre la pena aplicable y la gravedad del hecho cometido.

Igualmente, deberíamos repensar cómo se vincula el art. 41 quinquies a las demás agravantes genéricas y al resto de las circunstancias contempladas en la parte especial del código en cuestión. El aumento de la pena “**en el doble del mínimo y el máximo**” contemplado por el presente artículo en comparación con las otras agravantes genéricas del artículo 41 bis (utilización de un arma de fuego) y quater (intervención de un menor) es irrisorio, injustificado y desproporcionado, y en consecuencia lleva a que el delito específico tenga una pena mínima incongruente en relación a la culpabilidad penal del autor.

47 Presentado en fecha 13 de octubre del 2011 bajo la nota número 1643.

48 Proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2011/PDF2011/TP2011/0008-PE-11.pdf>

Si contempláramos el artículo 40 y 41 del código penal⁴⁹ podríamos pensar que el artículo 41 quinquies persigue incrementar la escala penal del delito de base en casos vinculados al terrorismo, cuando en realidad esta situación ya estaba contemplada. Toda vez que con esos dos artículos se procuró brindar al juez de gran libertad para adecuar la pena a las características particulares del hecho concreto y a las condiciones personales del autor, por lo que habría aquí una redundancia legislativa.

En cuanto a la proporcionalidad de las penas, con la presente agravante genérica, se incrementan las penas al doble, con lo cual los delitos que contemplan una pena máxima de 25 años incrementarán la escala penal a 50 años como máximo. Además, si se aplica el artículo en cuestión a las figuras que deben o pueden alcanzar una pena máxima de 50 años, sin ninguna limitación, se llegaría a una pena absurda de 100 años.

En este sentido también, podríamos vincular el artículo 41 quinquies con el artículo 306 del código penal previsto entre los delitos contra el orden económico y financiero e incorporado por la misma ley 26734, el cual reza *“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*

49 Art 40 CP.-En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Art. 41 CP.-A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

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, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión (...)” De la simple lectura se aprecia que continuamente la figura típica remite no una sino ¡tres veces! a la finalidad de la agravante genérica del artículo 41 quinquies, sin especificar a qué conducta se refiere específicamente para dar por consumado el delito. Tal como lo hemos resaltado en el presente trabajo, el artículo de la agravante genérica del cual se vale el delito regulado por el artículo 306, está plagado de problemas del lenguaje natural y en consecuencia se desconocen los requisitos que de manera independiente la figura típica debiera acreditar para luego poder aplicar la agravante genérica.

Pero, ¡ALTO!, la presente agravante genérica además debe relacionarse con los pactos internacionales que por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, tal como fuera dicho, han adquirido jerarquía constitucional. Por consiguiente, ¿se adapta el artículo 41 quinquies a las garantías amparadas por el derecho penal internacional? Al respecto, el mismo ha sido altamente cuestionado tanto en su redacción como por su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.

En el Pacto de San José de Costa Rica por su artículo 9⁵⁰ se regula el principio de legalidad comúnmente identificado con la frase en latín “Nullum crimen, nulla poena sine lege”-Ningún delito, ninguna pena, sin ley-. Asimismo, dicho principio constitucional lo presenta el Pacto Internacional de Protección de los derechos civiles y políticos en su artículo 15.⁵¹ El principio de legalidad implica que la norma

50 Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica Art. 9: “Principio de Legalidad y de Retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

51 Pacto Internacional de Protección de los derechos civiles y políticos: Art.15:”1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

penal posea una redacción clara, precisa y estricta para evitar múltiples o arbitrarias interpretaciones por parte de las autoridades estatales, y que pueda ser comprendida por todos los ciudadanos a quienes le será aplicable. Pues, en este sentido, el artículo 41 quinquies es muy cuestionado y considerado como inconstitucional por afectar el principio de legalidad toda vez que tal como se observa del análisis realizado en el nivel de racionalidad lingüístico, los vocablos que componen la regla son extremadamente ambiguos, vagos y dejan su aplicación íntegramente a la discrecionalidad del intérprete judicial ya que no se especifican las conductas que se pretenden castigar, sino que simplemente se limita a remitir a la parte especial del código penal.

Considero que para no correr ese riesgo, las normas penales deberían ser precisas y lo más detalladas posibles, impidiendo de este modo la vulneración de los derechos de los ciudadanos a raíz del abuso de las autoridades políticas, policiales y judiciales.

V. c) Nivel de racionalidad pragmático

En miras de establecer si la regla fue exitosa, deberá tenerse en consideración sí la misma fue aplicable en la práctica cotidiana, es decir sí conducta de los destinatarios se adecua a lo contemplado por ésta.

Va de suyo que la principal crítica que habría recibido el artículo 41 quinquies al ser incorporado al plexo normativo ha sido el potencial peligro que su aplicación implica, puesto que la amplia imprecisión de los términos que la componen incita un uso indebido hacia las protestas sociales, por ende simples reclamos en espacios públicos significarían una persecución penal.

Al consultar las páginas oficiales del Ministerio Público Fiscal⁵² y del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires⁵³ no surgen datos estadísticos de utilidad para el presente trabajo en donde se discriminen los delitos por las

52 <https://www.mpf.gob.ar>

53 www.mpba.gov.ar

agravantes genéricas. Por ejemplo, en las estadísticas publicadas por el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires desde el 2011 -año en que entró en vigencia el artículo 41 quinquies- al 2017 surge sólo una distinción por años, delitos tentados o consumados y sólo por la afectación del bien jurídico específico. Sin embargo, en el sistema operativo de dicho organismo, denominado SIMP, al momento de realizarse las cargas iniciales de las denuncias se debe señalar no solo si el delito fuera tentado o consumado, sino que también aparece la opción de indicar las agravantes genéricas del código penal, entre ellas el artículo 41 quinquies. No obstante, al realizar la búsqueda en mencionado sistema por la concurrencia de las agravantes genéricas, no arroja ningún resultado, toda vez que tal como sucede con las estadísticas oficiales, solo se discrimina por los delitos contemplados en la parte especial de nuestro código penal.

Ahora bien, al buscar fallos jurisprudenciales en torno al tema en la Corte Suprema de Justicia de la Nación utilice múltiples voces tales como “art. 41 quinquies, ley 26734, art. 41 quinquies del código penal, terrorismo, actos de terrorismo, agravantes genéricas, aterrorizar” no surgiendo de ello resultado alguno que dé respuesta a mi pretensión. Vale decir que al introducir la voz “terrorismo” surgieron fallos vinculados a la competencia, a la extradición o a los delitos de lesa humanidad y con la voz “actos de terrorismo” también surgieron fallos pero anteriores en el tiempo, es decir, que no eran compatibles con la aplicación del artículo 41 quinquies.

Resulta relevante resaltar la ausencia de casos jurisprudenciales que indiquen la aplicación y utilidad de la regla a un hecho concreto, esto hace cuestionarme si ¿el texto es realmente aplicable? y si así no lo fuera entonces ¿con qué finalidad fue incorporado al cuerpo normativo? ¿el operador jurídico tendrá presente la existencia del agravante en cuestión? ¿estarán tan aceptados socialmente este tipo de hechos como para que no surja constancia de su aplicación?

No surgiendo resultado acerca de la aplicación fáctica del artículo 41 quinquies del código penal en los organismos consultados, me abocaré al impacto del agravante bajo estudio en virtud de dos publicaciones periodísticas de hechos diferentes, en

donde una considera la adecuación y aplicación del artículo al caso y la otra lo rechaza.

La primera de ellas, es una noticia publicada por el Diario Norte de Resistencia, Chaco, compartida bajo el título “Imputan por sedición a 100 personas involucradas en el acuartelamiento policial de diciembre.”⁵⁴ El hecho acontece el 8 de diciembre del 2013 en la localidad de Presidencia Roque Sáenz Peña y en Resistencia de Chaco, donde se presenta la sublevación del personal policial y del servicio penitenciario de mencionada provincia reclamando un aumento salarial. Ante la falta de servicios de los funcionarios públicos desencadena en diversos hechos que afectaron la población chaqueña generando el saqueo de diversos comercios, con grandes pérdidas patrimoniales y dos muertos. A raíz de ello, se inició la investigación contra aproximadamente noventa y nueve personas sindicadas por la comisión de los delitos de sedición en concurso ideal con incitación a la violencia colectiva agravado por la ultra finalidad de aterrorizar a la población (artículos 229, 212 y 41 quinquies del Código Penal de la Nación). Los fiscales del caso expusieron acerca de la aplicación del artículo 41 quinquies que en *“El hecho de marras supera esta mera sensación ya que, la situación de calamidad y caos que se percibía por los saqueos así como sus diferentes intentos, generaron zozobra en la sociedad. Hay que tener en cuenta que las crisis con las fuerzas policiales venían sucediendo en otros sectores del país, de modo previo al acaecido en la Provincia del Chaco, por lo que el miedo colectivo era previsible.”*⁵⁵ Además, los protestantes no tuvieron reparo en la repercusión que su medida podría generar en la sociedad, tal como había sucedido anteriormente en la provincia de Córdoba. La falta de funciones de las fuerzas de seguridad ante los inminentes saqueos obligaron a las autoridades gubernamentales a resolver en pos del aumento salarial reclamado para que todo volviera a la normalidad.

La segunda noticia fue publicada el 17 de julio del 2015 por el Centro de Información Judicial, se refiere a la toma de tierras de un grupo de personas pertenecientes a la

54 Disponible en <http://www.diarionorte.com/article/102204/imputan-por-sedicion-a-100-personas-involucradas-en-el-acuartelamiento-policial-de-diciembre>

55 Ibid.

‘Comunidad de Resistencia del Departamento de Cushamen’ quienes el 13 de marzo de mencionado año ingresan sin autorización del propietario y con sus rostros tapados a un campo situado en la zona denominada ‘Vuelta del Río’ de Chubut. En el presente caso, el juez federal de Esquel rechazó la competencia federal por entender que no era aplicable la agravante del artículo 41 quinquies del Código Penal toda vez que no se atentó a la vida ni ocasionó lesiones graves contra nadie, solo fue la manifestación de voluntad de un pequeño grupo de persistir con la ocupación, por lo que no podían ser considerados actos de terrorismo. Asimismo, debe tenerse en consideración la aplicación del segundo párrafo del artículo 41 quinquies en el caso por el que se establece que la lucha social no califica como ‘actos terroristas’. Además, aquí entran en juego los derechos constitucionales de los ocupantes, toda vez que *“...aquí subyace un reclamo indígena por la propiedad o posesión de la tierra, con lo cual resulta obligado reparar que el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, entre otros derechos, allí garantiza la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas argentinos, como así también la entrega de otras aptas para el desarrollo humano.”*⁵⁶

De este modo, reflejamos desde casos diferentes las dos caras de una misma moneda, la cual dependiendo del criterio y la ética del operador judicial podría o no ser operativa la agravante genérica en cuestión.

V. d) Nivel de racionalidad teleológico

Parte de preguntarnos sí el texto de la ley logró efectivamente cumplir los objetivos para los que fuera prevista y sí además fue posible alcanzar fines sociales y solucionar el problema que desencadenó oportunamente en el surgimiento de la regla.

Para el caso, con el artículo 41 quinquies por el contrario se considera al momento de aplicarse más bien como un arma de doble filo, téngase en cuenta que si bien se

⁵⁶ Centro de Información Judicial, 17 de julio del 2015. “Rechazan la competencia federal en una causa por ocupación de tierras en Chubut.” Disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-17124-Rechazan-la-competencia-federal-en-una-causa-por-ocupaci-n-de-tierras-en-Chubut.html>

persigue prevenir, investigar y reprimir todos aquellos delitos vinculados al terrorismo, la realidad es que el método empleado para lograr su finalidad se podría entender como una herramienta de control social supeditada al poder del juez que ejecutará la ley porque ¿cómo comprueba la finalidad del autor para poder enmarcar la conducta en la agravante genérica?

Para tener por comprobada la finalidad de “aterrorizar” del autor, se requiere del dolo directo y determinado de quien actúe. Por ello, para dar por acreditada la intención del sujeto activo se exigirá probar su conocimiento y su voluntad de actuar para “aterrorizar” a la población o a las autoridades mencionadas por la norma. Pero, los invito a pensar y recordar a quien haya sido víctima de hecho delictivo ¿cómo se ha sentido en ese momento y en el inmediato posterior? Sin lugar a dudas, la primera palabra que podría salir de las víctimas sin siquiera pensarlo son “miedo”, “temor”, “pánico” o porque no hasta “terror” por la situación vivida. Sencillamente con dicho ejemplo estamos en condiciones de afirmar que cualquier conducta que perjudicare los bienes jurídicos de las personas genera inseguridad, pero no por ello cualquier delito podrá considerarse como terrorista, sino que para ello tendrá que ser capaz de dañar o afectar bienes jurídicos relevantes tanto para la sociedad como para el sujeto en particular. Por lo tanto, ¿Qué parámetro podrá seguirse como indicativo de las acciones que tienden a aterrorizar a una persona? Es un aspecto muy subjetivo y difícil de medir, lo que posiblemente puede “aterrorizar” a “A”, bien puede ser indiferente para “B” o también podría depender de la arbitrariedad y subjetividad del poder jurídico y de policía.

Desde otro punto de vista, también valdría entender que se pretende aplicar el presente agravante al sujeto sin necesidad de pertenecer a una asociación ilícita u organización terrorista, basta que sólo accione ilícitamente (atento lo normado por los delitos tipificados en la parte especial) en miras de aterrorizar a la población u obligar a un gobierno a hacer o dejar de hacer algo, sin causar alarma o temor a raíz del odio racial, étnico o religioso.

Ahora sí, retomando lo pendiente en el nivel de racionalidad lingüística, el último párrafo del artículo 41 quinquies expresa: **“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.” De esta manera, el legislador -modificando el texto original remitido por el poder ejecutivo- pretendió limitar la potencial criminalización de la protesta social. Si bien la Presidenta no había contemplado inicialmente esto, sí había hecho mención de ello en su mensaje al Congreso de la Nación al expresar: “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 que pudieran transgredir la ley penal, conforme la redacción propuesta y en virtud de la tradición normativa y jurisprudencial nacional, no dejarían de constituir el ejercicio de un derecho constitucional.”⁵⁷ No obstante, al no quedar plasmado explícitamente en texto de la ley no es vinculante para la decisión judicial que a posteriori se adoptare con la aplicación. Ningún juez podría ser señalado o juzgado a futuro por aplicar sólo la parte dispositiva de la ley y no remitirse a los antecedentes parlamentarios, es decir por no contemplar el mensaje emitido por la presidenta al presentar el proyecto de la ley.

Sin dudas, que la presente agravante al no precisar cuáles son las conductas “aterrorizantes” deja las puertas abiertas a la persecución de los manifestantes por el poder político en turno.

De todas maneras debemos resaltar, que la aclaración del legislador al diferenciar los derechos humanos de los derechos constitucionales ha sido irrisoria e innecesaria. Como así también lo ha sido mencionarlos, toda vez que teniendo en consideración la ordenación jerárquica de las normas jurídicas, va de suyo que implícitamente están contemplados y amparados en el código penal.

Al observar la versión taquigráfica de la reunión decimotercera del diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación donde se pone a consideración conjunta el proyecto de ley que diera origen al artículo 41 quinquies, se aprecia que en la misma sesión los senadores tratan en forma conjunta dos proyectos de ley que modifican el

57 Proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo.

Código Penal, con distintas intenciones, exponiendo cada uno de ellos sus propios fines, compartiendo sólo la finalidad de dar respuesta con nuestra legislación a los estándares internacionales. Sin embargo, se advierte la presencia de dos grupos bien diferenciados. Por un lado, se encuentra la oposición quienes mayoritariamente, palabras más, palabras menos, para rechazar la sanción del presente proyecto de ley, comparten como fundamentos que: 1.- La gravedad del tema a tratar merece mayor tiempo de análisis y discusión. 2.- El uso de términos imprecisos y vagos que violan el principio de legalidad, no precisando el bien jurídico tutelado, el medio comisivo ni la finalidad que el acto terrorista debe tener para ser calificado como tal. 3.- Sancionar el artículo 41 quinquies como respuesta al G.A.F.I. excede sus exigencias, es innecesario agravar todos los delitos cuando en realidad podría legislar de manera precisa sobre un tipo específico que se vincule a la financiación de las actividades terroristas. 4.- Con la incorporación del artículo se genera un desequilibrio entre los valores de las penalidades y el bien jurídico protegido. 5.- Se crea una norma que dará lugar a abusos en la represión y aplicación desmesurada contra quienes protestan en pos de sus derechos. Dejar la cuestión a la discrecionalidad de los jueces implica un retroceso en el derecho penal argentino. 6.- Es innecesaria alusión a los derechos constitucionales ya que con su propia naturaleza se ejercen libremente.

Mientras que por el otro lado, se encontraban los representantes del oficialismo, quienes al momento de sancionarse la ley 26.734 contaban con la mayoría de las bancas en la Cámara. Entre los fundamentos esgrimidos para apoyar el proyecto de ley propuesto a debate por la Sra. Presidenta, se encuentran: 1.- La necesaria actualización legislativa en materia penal con el fin de adecuarse a las exigencias contemporáneas. 2.- Cumplir con las exigencias de la comunidad internacional para brindar y recibir cooperación internacional en la materia. 3.- Ampliar la contemplación en el código penal argentino del delito terrorista, no solo para las asociaciones sino también para los casos que se actúa de manera individual o encabezado por una organización local. 4.- Tomando las palabras del Diputado Rossi porque *“el oficialismo defiende al oficialismo. Entre los roles básicos y fundamentales del*

*oficialismo está, en cualquier Parlamento del mundo, el defender las iniciativas de su gobierno.*⁵⁸ Si bien resultan razonables sus dichos, al estar despojados de todo tipo de fundamento técnico legislativo para dar lugar a la sanción de una ley de tal envergadura, se transforman en vergonzosos.

El resultado que termina dando por sancionada a la Ley 26.734 fue conforme al tablero electrónico, sobre 227 diputados presentes, 134 votaron por la afirmativa y 90 por la negativa, registrándose además 2 abstenciones.

V. e) Nivel de racionalidad ético/filosófico

Propone evaluar si los contenidos plasmados en el texto y los fines mismos de la ley pueden ser justificados éticamente, caso contrario se considerará a la ley como irracional, bien porque la haya dictado quien carece de legitimación ética, se prescriban comportamientos inmorales o persiga fines ilegítimos.

En aquel entonces (2011), nuestro país no estaba abatido por ninguna problemática social vinculada estrechamente al terrorismo que ameritara ser inmediatamente tratada. Contrario a lo que oportunamente ocurrió al crearse el resto las agravantes genéricas (por la intervención de menores al cometer delitos, el empleo de armas de fuego, el uso de estupefacientes o los delitos cometidos en eventos deportivos), las cuales buscaban dar respuesta a grandes problemas de inseguridad que consternaban a nuestra sociedad.

Hagamos memoria y recordemos que en nuestro país en las últimas décadas del siglo XX se presentaron tres atentados terroristas con grandes secuelas para diversos sectores sociales. El primero, el bombardeo a las masas que se encontraban en Plaza de Mayo en 1955 y los otros dos restantes en los `90, el atentado a la AMIA y a la embajada de Israel. Sin embargo, fue recién en 2011 cuando surgió la imperiosa necesidad de legislar de manera tan generalizada acerca del terrorismo en nuestra legislación. Sin dudas, el único fin que se perseguía desde

58 Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación 13ª reunión, 15 de diciembre del 2011. Pág. 173.

el poder ejecutivo era preservar su membrecía en la G.A.F.I., no quedar fuera del financiamiento internacional y evitar sobre todo ser pasible de cualquier tipo de sanción pecuniaria.

Por ello, considero que la incorporación del artículo 41 quinquies a nuestro código penal pretendió dar respuestas inmediatas a los compromisos internacionales del país con mencionada institución, sin reparar realmente la incidencia que podría esta tener en nuestro ordenamiento legislativo.

Si bien con la creación de la agravante genérica contra el terrorismo se procura dar respuesta a las exigencias del G.A.F.I., es importante visibilizar que este tipo de medidas estatales pueden afectar tanto al terrorismo como al funcionamiento de la sociedad y a los Derechos Humanos, bien podría haberse regulado el tema por un delito específico y ubicado en la parte especial del código penal y no con la creación de ésta. Es evidente que en realidad, de este modo al contemplar el terrorismo como una agravante y ubicarla en la parte general del código penal se garantizaba el amplio ámbito de aplicación del artículo, incidiendo inmediatamente sobre la totalidad de los delitos contemplados por el código y sus leyes complementarias.

Así, Argentina se aseguraba no dar margen de error alguno al G.A.F.I. para rechazar u opinar negativamente sobre la nueva adaptación de nuestro sistema legal a los requerimientos internacionales relacionadas al terrorismo, en consecuencia mantendría su lugar como miembro del grupo intergubernamental.

Por otra parte, debemos reconocer que previo a la reforma el delito de terrorismo contemplado en el código penal era limitado solo a las asociaciones y/o organizaciones dejando de lado el acto terrorista individual o aquel que fuera llevado a cabo por una organización sin planificación ni alcance global, siendo esto un obstáculo para que Argentina proporcione asistencia legal. Es dable mencionar, que es requisito para que opere la cooperación internacional, la doble incriminación, es decir que para que se otorgue cooperación en la investigación de cierto hecho se debe considerar como delito tanto en el país requirente como en el requerido.

V. h) Posibles soluciones

De las lecturas realizadas y de los diversos debates que se presentaron durante las clases de Política Criminal⁵⁹, considero que antes de incorporar un artículo en la parte general del código penal, por el cual indefectiblemente se altere el plexo normativo podría haberse recurrido a diversas alternativas, no creo tener todas las respuestas pero al repensar y plantear las posibles soluciones del problema que representa el artículo 41 quinquies sugiero:

Opción 1.- Derogar el presente artículo y retomar el derogado artículo 213 ter⁶⁰ del capítulo VI del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, toda vez que con él, al menos, había en nuestra legislación una aproximación a la definición de “actividad terrorista.” Sin perjuicio de ello, considero pertinente suprimir el capítulo VI titulado “Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo” y contemplar el artículo 213 ter dentro del capítulo V “Otros atentados contra el orden público” seguidamente del artículo 213 bis para extender su aplicación aquellos actos individuales o grupales (es decir de dos o más personas) que cuenten con la entidad suficiente generar un peligro común⁶¹ cierto e inminente por el medio empleado (explosivos, agresivos químicos); en este sentido, es acertado modificar el artículo 213 ter suprimiendo la expresión “*al que tomare parte de una asociación ilícita*”.

Asimismo, incorporar un nuevo artículo en el capítulo V, el cual reglamente una agravante específica que incremente en el doble del mínimo y el máximo las penas de aquellos actos comprendidos por el artículo 213 ter que afecten directa y

59Cursada semestral perteneciente a la Especialización de Derecho Penal, desarrollada en el año 2018 a cargo del Dr. Ernesto Domenech.

60 “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.”

61 Situación por la que se genera un peligro general, que pone en riesgo diversos bienes jurídicos y del cual pueden resultar víctimas varias personas.

potencialmente a la población o tiendan a obligar a las autoridades públicas a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Opción 2.- Suprimir el artículo 41 quinquies e incorporar la agravante específica al finalizar cada uno de los títulos del código penal vinculados con la actividad terrorista, es decir, en el título I “Delitos contra las personas”, V “Delitos contra la libertad”, VI “Delitos contra la propiedad”, VII “Delitos contra la seguridad pública”, VIII “Delitos contra el orden público”, X “Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional” y XI “Delitos contra la administración pública”. A partir del mismo, se aumentará el doble del mínimo y el máximo de las penas cuando al incurrir en los artículos mencionados hubieran sido cometidos por una o más personas con la intención de generar un mal inminente y grave a la población y/o a la seguridad pública, usando para ello un medio idóneo para crear un peligro común.

Opción 3.- Evitar el incremento de la pena desde la agravante genérica suprimiendo el artículo en debate, y contemplar sólo para los delitos de los títulos mencionados en la opción anterior un nuevo artículo al finalizar cada uno de ellos por el cual se remita a la aplicación del agravante contemplada en el homicidio artículo 80 inciso 4 y 5⁶².

Opción 4.- Derogar el actual artículo 41 quinquies y tomando la pena impuesta por el antiguo artículo 213 ter, dentro del mismo Título VIII denominado “Delitos contra el orden público”, introducir en el capítulo III el artículo 212 bis a fin de reprimir con prisión de cinco a veinte años al que infundiendo temor público amenazare con la comisión de un delito de peligro común para poner en riesgo la vida o la integridad de un número indeterminado de personas; agravándose la pena cuando se empleare para ello armas de guerra, explosivos, agentes químicos, o materias a fines, siempre que el hecho no constituya un delito contra la seguridad pública.

Opción 5.- Mantener el artículo en cuestión suprimiendo el último párrafo, tal como se ha expresado en el presente trabajo, entiendo innecesaria la aclaración que por el mismo se introduce. En este sentido, sería conveniente incorporar al artículo 77 el

62 “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. 5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.”

término “*aterrorizar*” entendido para el uso de este código como todo acto violento que atente contra la vida, integridad física de las personas, el orden público y constitucional, valiéndose para ello de medios idóneos como armas de guerra, explosivos, agentes químicos, o materias afines.

Opción 6.- Mantener el artículo 41 quinquies suprimiendo el último párrafo (tal como en la opción anterior) e incorporar un nuevo artículo en el Título XIII, es decir, donde se especifican los conceptos empleados en el código penal, enumerado como el Art. 78 bis, por el cual se remita textualmente al hacerse mención de los términos “*aterrorizar*”, “*actos de terrorismo*” o “*actividad terrorista*” a lo dispuesto por el derecho penal internacional.

Opción 7.- Reformular la redacción del artículo 41 quinquies reemplazando el último párrafo por la siguiente aclaración: “El agravante no será aplicable cuando la circunstancia en ella mencionada ya se encuentre contemplada como elemento propio del tipo o del calificante del delito que se trate.”

Opción 8.- Modificar el artículo 41 quinquies, y prohibir por el mismo la aplicación de la pena mínima contemplada en el delito particular del presente código y las leyes complementarias cuando el mismo hubiere sido cometido con la intención de generar en la población o autoridades públicas un peligro grave e inminente mediante el uso de armas de guerra, explosivos, agentes químicos, o materias afines o con el fin de alterar la seguridad y tranquilidad del Estado.

Opción 9.- Modificar el artículo 41 quinquies, y elevar solo el máximo de la pena contemplada en el delito particular del presente código y las leyes complementarias cuando el mismo hubiere sido cometido con la intención de generar en la población o autoridades públicas un peligro grave e inminente mediante el uso de armas de guerra, explosivos, agentes químicos, o materias afines o con el fin de alterar la seguridad y tranquilidad del Estado.

Opción 10.- Vedar el beneficio de la libertad asistida y libertad condicional para aquellos que hayan incurrido en los delitos vinculados a la actividad terrorista.

VI. Conclusión

Los agravantes genéricos son más bien normas que tienden solamente a reformular delitos, aumentando la pena aplicable sin replantearse si su incorporación será eficaz para el sistema o cuestionarse los ejes de política criminal.

Generalmente, surgen como una respuesta inmediata a una problemática estatal. Sin embargo, en muchas ocasiones implican un retroceso en el ámbito del derecho a partir del cual se procura enmascarar las falencias del Estado sin reparar en sus consecuencias.

De lo analizado, considero que nunca debe considerarse como buena opción la incorporación de una agravante genérica al código penal. Téngase en cuenta que el bien jurídico tutelado por la figura delictiva puede no tener vinculación alguna con la finalidad perseguida en la agravante, tal como sucede con el terrorismo. Por ejemplo, podría cometerse un delito contra la propiedad como el robo/hurto o bien o también un delito contra la integridad física como el de pornografía y ser luego agravados por esta regla, pero ¿bajo qué fundamentos se aplicaría el artículo 41 quinquies? Su aplicación para dichos casos queda pendiente del libre albedrío del operador jurídico y -lamentablemente también- del político de turno, vulnerando así derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos.

A partir del presente trabajo se ha pretendido demostrar la importancia de la buena técnica legislativa y las consecuencias de su falencia; del Poder Legislativo emergen las normas a las cuales estaremos sujetos, en este sentido, la labor de los legisladores es importante no solo en la redacción y selección de los términos empleados en las normas, sino también en los fundamentos que cada uno de ellos brinda al debatir los proyectos. Después, no habrá vuelta atrás y la nueva norma entrará en juego con el resto del ordenamiento jurídico, aplicable bajo el criterio de quien ejecute la ley, puesto que la ley será pasible de interpretaciones dependientes de los procesos de lectura y de interpretación, dejando muchas veces las puertas abiertas a un mal uso o abuso del poder, tal como ha quedado demostrado que sucede con la incorporación del artículo 41 quinquies a nuestro código penal.

Es erróneo seguir sosteniendo aún que el aumento de las penas es una herramienta útil para responder a los conflictos penales, pero más erróneo y peligroso es considerarlo como respuesta de compromisos políticos.

VIII. Referencias

- Arce Aggeo, Miguel Á & Báez Julio C. (2014), “Código Penal Comentado y Anotado”, Parte General. Tomo 1, Págs. 268-269. Buenos Aires: Ed. Cathedra Jurídica.
- Atienza, Manuel (1993) “Tras la justicia”, Capítulo Sexto: Nacionales y extranjeros las (sin) razones de una discriminación, págs. 182-247. Buenos Aires: Ed. Ariel.
- Centro de Información Judicial. Noticia publicada el 17 de julio del 2015, “Rechazan la competencia federal en una causa por ocupación de tierras en Chubut.” Disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-17124-Rechazan-la-competencia-federal-en-una-causa-por-ocupaci-n-de-tierras-en-Chubut.html>
- Código Penal Argentino.
- Constitución Nacional Argentina.
- Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación 63^a, continuación de la cuarta sesión extraordinaria, 8 de marzo de 1989. Disponible en https://www.hcdn.gov.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_20001_24000.html
- Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación 13^a reunión, 15 de diciembre del 2011. Págs. 118-184. Disponible en <https://www.hcdn.gov.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=1026&numVid=0>
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación 7^a reunión 5^o sesión ordinaria, 10 de junio de 1992. Págs. 842-872. Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.24192.Debate.Violencia.Espect%C3%A1culos.Deportivos.pdf>
- Diario Norte de Resistencia, Chaco. Noticia publicada el 8 de febrero del 2013, “Imputan por sedición a 100 personas involucradas en el

acuartelamiento policial de diciembre.” Disponible en <http://www.diarionorte.com/article/102204/imputan-por-sedicion-a-100-personas-involucradas-en-el-acuartelamiento-policial-de-diciembre>

- Fayt, Carlos S. (1998), “Derecho Político”. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Franceschetti, Gustavo (2012) “Doctrina del día: reflexiones político-criminales en torno a la ley que pune el terrorismo y financiación del terrorismo”. Revista de Derecho Penal de AbeledoPerrot. Disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2012/12/doctrina-del-dia-reflexiones-politico-criminales-en-torno-a-la-ley-que-pune-el-terrorismo-y-financiacion-del-terrorismo-1/>
- Gourvert, Juan F., “La ley 26.734 y la inclusión del Art. 41 quinquies: Glosas a un innecesario, inaplicable e ilegal desvarío punitivo”. Revista Pensamiento Penal. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33409-ley-26734-y-inclusion-del-art-41-quinquies-glosas-innecesario-inaplicable-e-ilegal>
- Jiménez Eduardo, García Minella Gabriela y Tazza Alejandro. “Defensa del Orden Constitucional y la Vida Democrática.”, Código Penal Comentado de Acceso Libre, Asociación Pensamiento Penal. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37789.pdf>
- Leiva Fernández, Luis (1996) “Checklisten”: una técnica contra la inflación legislativa. La Ley 1996-E, 1324.
- Ley 23.077. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28066/norma.htm>
- Massini, Carlos I. (2008), “Los Derechos Humanos y la Constitución Argentina reformada: Consideraciones en ocasión de un aniversario.” Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27923.pdf>

- Nader, Alejandra Andrea (2012), “Agravante del Art. 41 del Código Penal y el Principio de legalidad”, Revista In Iure, Año 2, Vol. 1, pp. 156-175, La Rioja, Argentina.
- Ossorio, Manuel (1984), Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Editorial Heliasta S.R.L.
- Real Academia Española en su versión digital disponible en <http://www.rae.es/>
- Romero Villanueva, Horacio J. (2018) “Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria anotados con jurisprudencia.” Octava edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional, Nota 643. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2011/PDF2011/TP2011/0008-PE-11.pdf>