

Atentados al orden constitucional y a la vida democrática (Reformas introducidas por la ley 23.077)

Por ALBERTO DANIEL PIOTTI

Procesor adjunto de Derecho Penal I (Parte General) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina.

y ALBERTO A. FERNANDEZ

Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Penal I (Parte General) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. — II. “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática”: de la Doctrina de la Seguridad Nacional a la ideología de la sistemática defensa del orden y los valores democráticos. — III. La figura básica del artículo 226, primera parte del Código Penal. — IV. Las figuras agravadas. — V. La amenaza de atentar contra el orden constitucional (artículo 226 bis del Código Penal). — VI. Consentimiento del atentado al orden constitucional y a la vida democrática. — VII. La agravante genérica del artículo 227 ter

del Código Penal. — VIII. Suspensión de la prescripción de delitos que atentan contra el orden constitucional y la vida democrática.

I. INTRODUCCION

Nuestra historia reciente, evidencia permanentes interrupciones del orden institucional. Desde 1930 hasta nuestros días, el poder político pareció debatirse en una suerte de juego pendular, entre democracias populares y gobiernos de facto emergentes de golpes de estado triunfantes (1).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) “La experiencia argentina ha demostrado que la quiebra del orden constitucional trae nefastas conse-

cuencias para la sociedad en su conjunto, consecuencias que incluyen el desconocimiento generalizado de los derechos esenciales a la dignidad humana, la imposición de un oscurantismo cultural y educativo, la transferen-

Esta realidad política, con la indudable colaboración de fallos jurisprudenciales más atentos a sumarse al carro triunfador de los usurpadores del poder que a cumplir su misión específica (2); superó con el paso de los años la vigencia misma de la ley represora de ese tipo de conductas.

La irrupción en los últimos años de lo que ha dado en llamarse "fenómeno guerrillero", nos enfrentó a una modalidad diferente de hacer peligrar el esquema normativo-institucional sobre el que se asienta nuestro poder.

Ante este cuadro bastante desalentador por cierto, la sociedad argentina, en un intento por buscar nuevas formas legales capaces de garantizar la vigencia del orden constitucional, dio vida a la que ha dado en llamar "Ley de defensa de la vida democrática" (3).

A continuación, hemos de abocarnos al estudio de las modificaciones que la citada ley operó en el Capítulo I del Título X del Libro Segundo del Código Penal al que se ha titulado ahora "Atentados al orden constitucional y a la vida democrática".

cia de recursos económicos de los sectores más débiles de la población en beneficio de grupos privilegiados, el desprestigio internacional del país y la consiguiente pérdida de su influencia en la comunidad internacional. Por lo tanto, la tentativa de desconocer la voluntad del pueblo, violando lo dispuesto en la Constitución Nacional para la designación de autoridades y la sanción de normas, constituye uno de los más graves crímenes que pueden cometerse contra los derechos de los individuos y los intereses del país" (Mensaje del Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de "Ley de defensa de la democracia", diciembre 13 de 1983).

(2) Desde 1930 hasta 1983 ha sido innumerable la jurisprudencia de nuestros tribunales que le han reconocido legitimidad a los gobiernos de facto. Consecuencia de ello, ha sido que jamás prosperaron acciones penales contra los usurpadores del poder. "En ese lapso de inestabilidad y de irrupción permanente de las fuerzas armadas en la vida político-institucional del país no han sido hechos delictivos de carácter individual los que motivaron esta desgraciada situación" (del Diputado Montserrat, en "Diario de Sesiones...", 2 y 3 de febrero de 1984, pág. 1116).

II. "ATENTADOS AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y A LA VIDA DEMOCRÁTICA": DE LA DOCTRINA A LA SEGURIDAD NACIONAL A LA IDEOLOGÍA DE LA SISTEMÁTICA DEFENSA DEL ORDEN Y LOS VALORES DEMOCRÁTICOS

La ley 23.077 (ADLA, XLIV-C, 3677) ha modificado el acápite del Capítulo I del Título X del Libro Segundo del Código Penal. De este modo, la expresión "rebelión" ha sido variada por la de "atentados al orden constitucional y a la vida democrática" (4).

La alteración operada, aun cuando a la vista de algún presuroso lector no ha ocasionado sustanciales transformaciones, implica un novedoso avance que debe ser puesto de relieve.

Así, y en primer término, ha dado fin —en alguna medida al desorden legislativo que en la materia imperaba (5) fijando límites

(3) Sancionada el 9/8/84; promulgada 22/8/84; B. O. 27/8/84.

(4) "Esta terminología —se refiere a la rebelión— debe ser también modificada y reemplazada por la de 'atentado al orden constitucional' con el fin de privar a esta aberrante conducta de la connotación heroica y romántica que posee el término 'rebelión'" (del Mensaje del Poder Ejecutivo nacional, citado).

(5) BAIGUN, David, en su "Comentario de la ley 20.840", aparecido en "Nuevo Pensamiento Penal", ps. 351 y sigs. Año 3, 1974) decía: "...¿Cuáles son los medios idóneos para alterar o suprimir el orden institucional y la paz social —fuera de la previsión del art. 226 del Cód. Penal— que no importe al mismo tiempo una lesión de bienes jurídicos protegidos en la ley penal? Difícil será encontrarle repuesta adecuada... Y es que la contradicción insoslayable proviene —como ya anticipamos— de que se redacta un tipo penal a partir del principio de exclusión en lugar de dibujar claramente —como se hace en todos los sistemas penales— el modelo de conducta punible". Compartimos plenamente la opinión expuesta, sin perjuicio de lo cual, dejamos en

precisos para la correcta represión de este tipo de delitos. En segundo lugar, se reitera como bien jurídico al "orden constitucional" (6), elevándose a tal condición a "la vida democrática", lo que constituye de por sí un beneficioso y oportuno redimensionamiento de estos valores (7). Pero por sobre dichos aspectos, importantes por cierto, sobresale uno de mayor trascendencia aún: el sistema instaurado ha restringido notablemente la influencia que sobre el plexo legal penal ejercía la denominada "Doctrina de la Seguridad Nacional".

Ninguna duda cabe que los bienes jurídicos tutelados, guardan cierto grado de interrelación en virtud de las formas en que coexisten. Todo parece indicar que en la medida en que el "orden constitucional" no se quiebre, "la vida democrática" no será vulnerada. Sin embargo, el propio articulado

demuestra con palmaria claridad que ello no es absoluto, ya que la violación de uno de los bienes mencionados, no implica necesariamente la transgresión del otro (8). Se quiere significar así, que nos encontramos ante dos bienes jurídicos distintos que sólo reconocen una misma naturaleza (9).

"Orden constitucional", es el armonioso funcionamiento de los órganos institucionalizados por nuestra Constitución. Hasta hoy, el Código Penal en su estructura originaria admitía la existencia de dicho bien jurídico al rotular el Título X del Libro Segundo (10).

Más difícil resulta fijar un concepto que permita aproximarnos a la sustancia misma de la expresión "vida democrática", toda vez que cualquier definición que se intente, estará imbuida de un alto contenido de subjetividad (11). Aún así, y en un intento

claro que entre ambas normas legales (art. 1º, ley 20.840 y el art. 226, Cód. Penal) se planteaba un concurso aparente de leyes que se resolvía aplicando el criterio de subsidiariedad.

(6) En efecto; el Título X del Libro Segundo del Código Penal reprimía (y lo sigue haciendo) delitos que atentan contra "el poder público y el orden constitucional". La Cámara de Senadores, al tratar la ley de la que ahora nos ocupamos, propició el reemplazo de la expresión "rebelión" por la de "atentados contra la vida democrática". "De este modo, se evita duplicar la referencia al orden constitucional, contenida en la sanción de Diputados, dado que ya está inserta en el Título X" (del Senador Fernando de la Rúa en la sesión del 30 de mayo de 1984, "Diario de Sesiones...", p. 407). Pese a ello, la Cámara de Diputados en su sesión del 5 de julio de 1984, mantuvo la "duplicidad" cuestionada. "Se estima de mejor comprensión el texto de la sanción originaria, desde que la expresión 'atentados al orden constitucional y a la vida democrática' comprende en su totalidad el bien jurídico protegido" (del Diputado Cortese, "Diario de Sesiones...", p. 2078). A nuestro juicio, la propuesta del Senado era la metodológicamente correcta.

(7) "La democracia y el orden constitucional deben tener elementos para defenderse. No es posible que una vez que hayamos restaurado en la República las instituciones democráticas, las dejemos inermes y ante la posibilidad del ataque de cualquier sector interno" (del Diputado Mosso, en la sesión del 2 y 3 de febrero

de 1984, "Diario de Sesiones...", p. 1104). Es oportuno para reafirmar lo dicho por nosotros, recordar las palabras del Diputado Cortese el 5 de julio de 1984, cuya lectura recomendamos en el "Diario de Sesiones..." p. 2075.

(8) El texto del nuevo art. 226 bis del Cód. Penal, corrobora lo dicho.

(9) El informe que acompañó a la ley en estudio en el ámbito de la Cámara de Diputados, expresa entre otras cosas: "...El Capítulo I (del Título X del Libro Segundo del Código Penal) prevé tipos penales que no sólo atentan contra la vida democrática, sino también contra el orden constitucional, como por ejemplo el alzarse en armas para cambiar la Constitución..." (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 5 de julio de 1984, p. 2065). Ello demuestra lo expuesto por nosotros.

(10) Tal como lo dijéramos precedentemente, el Título X del Libro Segundo del Código Penal, reprime delitos que atentan "contra el poder público y el orden constitucional". "Esta distinción quiere exclusivamente significar que se tutela, por una parte, al orden jurídico normativo en sí mismo y, por la otra, a los órganos que la Constitución misma crea como ejecutores de sus preceptos y guardianes de su cumplimiento" (SOLER, Sebastián, "Derecho penal argentino", t. V, ps. 61 y siguientes).

(11) Como bien señala Frederick M. Watkins, estamos viviendo en la era de la ideología, por lo que toda definición lleva ínsito el "aporte ideológico" ("La era de la ideología", p. 7).

por conseguirlo; podemos decir que la "vida democrática", como bien merecedor de protección legal, es el permanente respeto por el normal desarrollo y funcionamiento de los diversos poderes que interactúan cuando el sistema republicano de gobierno que fija nuestra ley fundamental, adquiere virtualidad (12).

Se marca entonces una evidente distinción entre ambos bienes jurídicos, pues mientras el primero ("orden constitucional") atiende al hecho objetivo-formal resultante de la vigencia de los tres poderes en los que se fundamenta el sistema republicano de gobierno, el segundo ("vida democrática") tiene en mira el hecho subjetivo-material consistente en la conducta ciudadana tendiente a la desestabilización de aquél. En esa inteligencia, la ley reprime ahora no sólo a

quien se "alza en armas para cambiar la Constitución...", sino también, al que "amenazare pública e idóneamente" la comisión de alguna de las acciones incriminadas en el nuevo art. 226.

Por lo demás, sólo resta hacer referencia a la mutación de la ideología que sobre el tema imperaba hasta hoy. En efecto; aunque el art. 226 del Cód. Penal en su versión originaria reprimía la conducta ya considerada disvaliosa por los constituyentes de 1853 (13), con la promulgación de la ley 20.840 (ADLA, XXXIV-D, 3333) (14) se "inyectó" a la materia una alta dosis de "principios" de la que ha dado en llamarse "Doctrina de la seguridad nacional" (15), la que en los últimos años logró esparcir sus "máximas" con singular rapidez en los distintos países de Latinoamérica (16).

(12) En el campo del derecho político se ha hecho referencia a la democracia como forma de vida. "...La república democrática para la forma de vida argentina constituye un valor de nuestro sistema cultural y animada por una creencia en su bondad como estilo de vida. Aunque con carácter universal a ello se refiere, quien como 'aspiración a una forma de vida', la define: 'es la creencia en que tal forma de vida es la mejor para toda la humanidad y la que mejor responde a la naturaleza humana y a la naturaleza del universo' (Ch. C. Maxey)" ("El poder político en la democracia representativa de la Nación Argentina. Supuestos y presupuestos", Héctor R. Orlandi, en Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, núm. 1, p. 41). Definiciones de esta naturaleza se han hecho varias en este campo del derecho, mas ninguna de ellas atendió a la "vida democrática" como bien jurídico, tal como intentamos hacerlo ahora. Por último, es necesario recalcar que la elevación a tal categoría jurídica de la "vida democrática", fue propiciada en el proyecto mayoritario de la Cámara de Diputados de la Nación (véase el informe pertinente reproducido en el "Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación", sesión del 2 y 3 de febrero de 1984, ps. 1092 y 1093).

(13) El art. 22 de la Constitución Nacional es suficientemente demostrativo de lo dicho.

(14) B. O. del 2/10/74; reformada por la ley 21.459 (ADLA, XXXIV-D, 3333; XXXVI-D, 2843), publicada en el B. O. del 24/11/76.

(15) "En los últimos años se afianza en nuestro continente la llamada doctrina de seguridad nacional, que es de hecho más una ideología que una doctrina. Está vinculada a un determinado modelo económico político, de características elitistas y verticalistas que suprime toda decisión amplia del pueblo de las decisiones políticas. Pretende incluso justificarse en ciertos países de Latino América como doctrina defensora de la civilización occidental y cristiana. Desarrolla un sistema represivo, en concordancia con su concepto de 'guerra permanente'. En algunos casos expresa una clara intencionalidad de protagonismo político" (Documento de Puebla de 1979, de la III Conferencia del Episcopado Latinoamericano, en "Reflexión sobre la violencia política", núm. 547). Sobre la "Doctrina de la Seguridad Nacional" puede verse también: CONBLIN, Joseph, "A ideología da Segurança Nacional", Civilização brasileira, 1980, Brasil; METHOL FERRE, Alberto, "Sobre la actual ideología de la Seguridad nacional", en "Geopolítica", Revista del Instituto de Estudios Geopolíticos de Buenos Aires, núms. 7 y 8.

(16) Las ideologías político-criminales del "peligrosismo" y del "retribucionismo", son "instrumentadas por las distintas formas políticas que dominan en el continente, es decir, por las estructuras políticas de la 'seguridad nacional' y por las constitucionales con representatividad popular, aunque en distinta forma y medida, puesto que en algún momento dinámico de estos procesos políticos, las estructuras generales y las ideologías político-criminales entran en conflicto" ("ZAFFARONI, Eugenio R., Criminalidad y desarrollo en Latinoamérica", en "Sistemas penales y Derechos

Con el dictado de la ley 23.077, han sido derogados los arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 10, 11 y 12 de la "ley de seguridad nacional", poniendo fin a la permanencia de aquella ideología. A cambio, mediante un sistema de mayor precisión en la tipificación de conductas y una más justa represión de las mismas, la ley sancionada ha logrado colmar el sistema legal-punitivo de un alto contenido democrático que hasta ayer no reconocía, y que últimamente, casi en forma imperiosa, ha reclamado el momento argentino (17).

III. LA FIGURA BASICA DEL ARTICULO 226 PRIMERA PARTE DEL CODIGO PENAL

Siguiendo la tónica de revalorizar como bienes jurídicos al "orden constitucional" y a la "vida democrática", la ley 23.077 ha

modificado los topes punitivos que la ley 20.642 (ADLA, XXXIV-A, 138) (18) había fijado para reprimir el delito del que ahora nos ocupamos.

La variación introducida, que ha mantenido a la prisión como especie de pena aplicable, ha elevado el monto mínimo de la punición en dos años (de tres a cinco) y el máximo en cinco años (de diez a quince).

La gravedad de la sanción, reafirmando lo expuesto en forma precedente, no responde a la orientación impresa a las últimas reformas del Código Penal (19), sino, muy por el contrario, a la necesidad de cumplir adecuadamente con los propósitos de prevención (general y específica) propios de toda pena (20).

Fuera de esta reforma, la ley ha dejado vigente tanto el medio comisivo del delito,

Humanos, p. 162 (primer informe)", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Depalma, Buenos Aires. Sobre la influencia de la Doctrina de la Seguridad Nacional en nuestra legislación, puede verse "El sigilo en la legislación y en los actos gubernamentales como capítulo de la doctrina de la Seguridad Nacional", ZAMORANO, Carlos M., en "La ideología de la Seguridad Nacional" ps. 27 y sigts. El Cid Editor, Buenos Aires, 1983. Sobre la influencia de la misma ideología en la legislación brasilera, puede verse "Lei da Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte", Nilo Batista, en Revista de Direito Penal e Criminologia, vol. 34, Editorial Forense, Río de Janeiro, Brasil, ps. 48 y siguientes.

(17) Es evidente que con la derogación de diversas leyes dictadas por el gobierno de facto ya depuesto, se ha pretendido "privar" a nuestra legislación penal de la naturaleza represiva que le era típica. Asimismo, en algunos casos, ciertas reformas al articulado mismo del Código, pretendieron darle mayor precisión descriptiva a la figura, y asegurar así la vigencia del principio de legalidad reconocido por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

(18) Sancionada el 25/1/74; promulgada el 28/1/74 (ADLA, XXXIV-A, 138); B. O. 29/1/75.

(19) Las reformas introducidas a la legislación penal en los últimos años han respondido, casi invariablemen-

te, a cierto criterio de política-criminal que ha considerado que mediante la imposición de penas más severas se previene más eficientemente el delito. Tal ha sido la tónica predominante en el dictado de las leyes núms. 17.567, 20.642, 20.771, 20.840, 21.338 (ADLA, XXVII-C, 2867; XXXIV-A, 138; XXXIV-D, 3312; 3333; XXXVI-B, 1113), etc. Ese modo de legislar, mereció las más duras críticas de ciertos sectores de la doctrina. Entre otros, ZAFFARONI, Eugenio R., en su "Manual de Derecho penal", p. 591, dice: "No se trata de aumentar o disminuir penas ni de limitarse a reformar un Código, sino, antes que nada, de investigar y planificar, de fijarse como objetivo la disminución de la criminalidad y sentarse por último a meditar y discutir seriamente los medios adecuados para ese fin... Fuera de este camino, toda solución simple es un embuste para salir del paso o para calmar farisaicamente la conciencia...".

(20) Del mensaje producido por el Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de ley, se deduce que al tiempo de elevar las penas del art. 226 del Cód. Penal, se tuvo presente que "...la tentativa de desconocer la voluntad del pueblo, violando lo dispuesto en la Constitución Nacional para la designación de autoridades, constituye uno de los más graves crímenes que pueden cometerse contra los derechos de los individuos y los intereses del país. Ello exige elevar la penalidad que el art. 226 del Cód. Penal prevé para el delito que denomina 'rebelión'".

como los móviles inspiradores del accionar del agente (21).

IV. LAS FIGURAS AGRAVADAS

IV.1. Por la finalidad del agente (artículo 226, segunda parte del Código Penal)

La ley 23.077, ha introducido al art. 226 del Cód. Penal un segundo párrafo (22).

Sin lugar a dudas, la modificación realizada resulta poco feliz, puesto que no ha podido evitar caer en reiteraciones y graves imprecisiones al describir las motivaciones que deben impulsar al agente en su accionar y que resultan provocadoras de la mayor sanción (23).

Obsérvese, en ese orden de ideas, que quien pretende "cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno", "suprimir la organización federal" o "eliminar la

división de poderes", busca finalmente el cambio de la Constitución, aunque esto pueda resultar el medio idóneo para concretar aquellos propósitos. De este modo, bien podría afirmarse que el legislador ha incurrido en una muy imprecisa agravación, ya que cuando previó la conducta de quien se alza en armas "para cambiar la Constitución" estaba tipificando el accionar de aquellos que pretendieran alcanzar esa alteración aunque sea en una de sus partes (24).

Igualmente, decimos que la redacción no es precisa, ya que no deja claro si el cambio de "modo permanente" que menciona, abarca sólo al "sistema democrático de gobierno" o comprende también a la "supresión de la organización federal" y la "eliminación de la división de poderes". El cuestionamiento surge a partir del momento en que al reprimir la "supresión o el menoscabo de la independencia económica de la Nación", lo hace —a modo de excepción— aunque "sea temporalmente" (25).

(21) Atendiendo a que el precepto del art. 226 del Cód. Penal no ha sufrido alteraciones, en honor a la brevedad, y con el propósito de no exceder los límites de este trabajo, remitimos a lo expuesto por SOLER, Sebastián, en "Derecho penal argentino", t. V, ps. 66 y sigts.; y NUÑEZ, Ricardo, "Derecho penal argentino", t. VI, ps. 29 y siguientes.

(22) "Es necesario agravar la conducta de quien se alza en armas no para producir un mero cambio de autoridades, sino para imponer por la fuerza principios ajenos a los que fundamentan el orden constitucional y nuestra organización social. En este caso, no sólo se intenta frustrar la voluntad del pueblo expresada en un acto electoral sino un modelo de sociedad que fue ratificado por diferentes generaciones de nuestro pueblo..." (del Mensaje del Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de la ley).

(23) Sobre la imprecisión de la redacción de la modificación a la 2ª parte del art. 226 del Cód. Penal, resultan sumamente ilustrativas las palabras producidas por el senador José H. Martiarena, en su trabajo "Protección del orden constitucional y la vida democrática", inserto en el "Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores" (30/5/84, ps. 540 y sigts.) a solicitud del Senador Rodríguez Saa. Allí se pone de relieve, entre otras cosas, lo siguiente: "...esta redacción...elude las dudas de interpretación que podrían surgir del concepto

de 'cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno', sobre todo teniendo en cuenta que el golpismo nunca invoca como propósito un cambio permanente del sistema democrático sino que siempre señala como pretexto la transitoriedad necesaria del golpe. Además, 'el sistema democrático' no es una expresión constitucional sino doctrinal, y puede dar lugar a interpretaciones interesadas para salvar a los golpistas según los fines que hayan invocado".

(24) En tal sentido, NUÑEZ, op. cit., t. VI, ps. 29 y sigts., y SOLER, op. cit., t. V, p. 68.

(25) Por nuestra parte, hubiésemos preferido la aprobación del texto propuesto por el Senador Martiarena, que decía: "El acto descrito en el párrafo anterior será penado con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta perpetua, en los siguientes casos: a) cuando quienes se hubieren alzado en armas, o terceras personas impuestas por ellos, ejerzan cualquiera de los poderes del gobierno nacional; b) cuando diera lugar a la supresión de la forma representativa, republicana y federal en cualquiera de los aspectos que al respecto establece la Constitución Nacional; c) cuando diera lugar a la abrogación de los derechos fundamentales de la persona humana". Este texto, bastante más claro que el finalmente sancionado (hoy vigente), incurre —aún así— en reiteraciones similares a las que aludiéramos oportunamente.

En nuestra opinión, consideramos que el término cuyo alcance llama a duda, califica solamente al "cambio del sistema democrático de gobierno", ya que si fuera de otro modo, la redacción hubiera sido distinta (26).

El primer agravante descripto por el precepto, consiste en el "cambio de modo permanente del sistema democrático de gobierno". Conforme a ello, debemos interpretar que el delito se califica, cuando el sujeto activo se alzará en armas con el propósito de alterar las funciones propias de la autoridad "cuya voluntad, la Constitución hace imputable al poder del Estado" (27).

Además, en este punto, la hermenéutica legal requiere la concurrencia de un elemento subjetivo de finalidad para la tipificación de la conducta disvaliosa, y que se traduce en la necesidad de que aquella alteración del sistema de gobierno, se realice con el fin de que perdure en el tiempo indefinidamente.

(26) Adviértase que si el cambio de "modo permanente" alcanzara a las demás agravantes, no podría hablarse de "suprimir", "eliminar" o "abrogar", términos que indican mucho más que un "cambio", transitorio o no.

(27) En tal sentido, FAYT, Carlos S., "Derecho político", p. 397. "El profesor alemán Lowenstein, y entre nosotros González Calderón, inspirándose en el autor de la teoría pura del derecho, clasifican las formas de gobierno actuales en autocracia y democracia, según que el derecho sea impuesto por la voluntad exclusiva y sin control de quienes desempeñan el poder público, o por la voluntad preponderante y adecuadamente controlada de organismos legislativos representativos del Estado y elegidos por el pueblo" (Linares Quintana, Segundo V., "Gobierno y administración de la República Argentina", t. I, p. 78).

(28) "El estado federal argentino se inserta en la teoría general del federalismo... él adecua el modelo típico pergeñado en los Estados Unidos de Norteamérica a las propias necesidades reconocidas en las tradiciones del país..." (QUIROGA LAVIE, Humberto, "Derecho constitucional", ps. 642 y sigts.). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tratado el alcance del régimen federal en algunas de sus decisiones (Fallos, t. 147, p. 249 y t. 154, p. 197).

(29) Así, LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., t. I, p. 289.

Asimismo, la norma ha considerado merecedora de una represión más severa, la conducta de aquel que perpetra un acto de rebeldía con el fin de "suprimir la organización federal" que como forma de estado nuestra ley básica ordena (28) y a consecuencia del cual coexisten y se coordinan dos órdenes jurídicos y políticos diferentes: uno central y otro local (29).

También se agrava la conducta por la intención de "eliminar la división de poderes" emergentes de nuestro sistema republicano de gobierno (30).

Cuando el ilícito se consuma con la finalidad de "abrogar los derechos fundamentales de la persona humana", la agravante también opera. Con esta innovación, consecuencia de la experiencia recientemente vivida por nuestro país (31), se tiende a lograr —en alguna medida— un mejor resguardo de la vigencia de los derechos humanos ante la eventualidad de un alzamiento político (32).

(30) "Nuestra Constitución Histórica proyectó en sus miras la inmutabilidad y estableció el 'régimen republicano' —representativo—, no solamente de gobierno sino de una forma de vida..." (ORLANDI, Héctor R., op. cit., p. 42).

(31) "Las grandes calamidades son siempre aleccionadoras, y sin duda el más terrible drama que en toda su historia sufrió la Nación durante el período que duró la dictadura militar iniciada en marzo de 1976 servirá para hacernos comprender que únicamente la democracia es capaz de preservar a un pueblo de semejante horror, que sólo ella puede mantener y salvar los sagrados y esenciales derechos de la criatura humana. Únicamente así podremos estar seguros de que nunca más en nuestra patria se repetirán hechos que nos han hecho trágicamente famosos en el mundo civilizado" (Prólogo del Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas). El mismo documento da cuenta de las violaciones a derechos humanos que padeció la población civil, con posterioridad al golpe militar de 1976. A lo largo del debate parlamentario el lector podrá corroborar que los legisladores tuvieron presente en su ánimo la experiencia vivida.

(32) "Un sistema penal que forma parte de una estructura jurídica realizadora de Derechos Humanos, debe ser la coronación normativa que tutela como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del

Por último, también se pena con más severidad el delito cuando se lleva a cabo para "suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación". En este caso, la norma abarca conductas ya previstas en la legislación penal argentina, tal como se desprende de los incs. a) y b) del art. 6° de la ley 20.840, inexplicablemente no derogados (33). Pese a ello, cabe expresar que el ánimo que impulsó al legislador a aplicar una sanción más gravosa en esta hipótesis, obedece a la intención de salvaguardar a la economía nacional del accionar de quien pueda colocarla en situación de dependencia respecto de otra potencia (34). Sin embargo, aunque la reforma evidencia que se ha tenido en cuenta "el momento político" (35), es necesario resaltar que resulta sumamente impreciso marcar los límites correctos de la agravante.

IV.2. Por la calidad del agente (artículo 226, tercer párrafo del Código Penal)

La última parte del art. 226 del Cód. Penal, reprime más gravemente a quienes

hombre en coexistencia... El defecto de los sistemas penales, en este orden, es decir, la falta de tutela de bienes, impuesta para la realización de los derechos humanos, es lo que caracterizaremos como ineficacia del sistema penal..." (Zaffaroni, "Sistemas penales y derechos humanos", ps. 26 y 27).

(33) En el trámite legislativo de la ley en examen, el Senado propició la derogación del art. 6°, junto a todos los demás que quedaron vigentes, de la ley 20.840. Son sumamente ilustrativas como fundamentos de tal propuesta, las palabras pronunciadas por el Senador Antonio T. Berhongaray que no reproducimos en honor a la brevedad, pero cuya lectura recomendamos muy especialmente en el "Diario de Sesiones del Senado de la Nación", sesión del 30/5/84, ps. 518 y sigts. Es necesario destacar que quienes propiciaron la vigencia del art. 6° de la ley 20.840, lo hicieron previendo la necesidad de castigar "ilícitos económicos" ocurridos en el período 1976/1983.

(34) "El término independencia, según Dabín, resulta el más apropiado para señalar el aspecto exterior de la soberanía, esto es, en el orden de las relaciones internacionales, donde no hay formalmente supremacía ni subordinación de un Estado a otro, sino igualdad" (Fayt, Carlos S., op., cit., p. 264).

cometieran alguna de las conductas ya analizadas teniendo "estado, empleo o asimilación militar". En tales casos, el mínimo de las penas se incrementarán en un tercio.

En esta ocasión el legislador ha considerado pertinente aumentar el mínimo punitivo atendiendo a la calidad del agente. A nuestro criterio, la calificante resulta acorde con la experiencia que históricamente hemos recogido. No es vano recordar, en esa inteligencia, que por la naturaleza misma de la acción básica incriminada, son precisamente los sujetos con "estado, empleo o asimilación militar", los que tienen más facilidad para llevar adelante el delito, debido, esencialmente, a que cuentan con las armas con las cuales alzarse (36).

Tienen "estado, empleo o asimilación militar", los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (37).

En lo atinente al agravamiento punitivo, el mismo se realizará atendiendo a las penas establecidas en los dos primeros párrafos del

(35) El endeudamiento externo de nuestro país, es evidentemente lo que han tenido en cuenta los legisladores al aprobar el texto modificatorio del que nos ocupamos. Así lo demuestran las palabras de los diputados Fapiano ("Diario de Sesiones...", sesión del 2 y 3/2/84, ps. 1130 y sigts.) y Perl ("Diario de Sesiones...", sesión del 5/7/84, p. 2081). Evidentemente, habría que preguntarse si los "planes económicos" que suelen acompañar a los gobiernos *de facto* emergentes de golpes de estado, son susceptibles de contralor judicial como "acto político", en lugar de ser analizado como "colaboración" con el golpe mismo.

(36) "Por último, se prevé un incremento en un tercio del mínimo de las penas establecidas en los párrafos anteriores cuando el hecho fuere perpetrado por quienes tuvieron estado, empleo o asimilación militar, para adecuar el texto a las normas vigentes del Código de Justicia Militar (ADLA, XI-A, 4), y por el mayor deber de disciplina que tiene el agente" (del Senador Fernando de la Rúa, "Diario de Sesiones...", sesión del día 30/5/84, ps. 495 y 496).

(37) Por lo tanto, quedan comprendidos en la norma los oficiales y suboficiales de la Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Servicio Penitenciario Federal.

art. 226, según sean las características de las acciones (38).

V. LA AMENAZA DE ATENTAR CONTRA EL ORDEN CONSTITUCIONAL (ARTICULO 226 BIS DEL CODIGO PENAL)

El nuevo art. 226 bis del Cód. Penal, castiga la mera amenaza de atentarse contra el orden constitucional. "Se ha estimado que la fórmula adoptada se ajusta mejor a la intención de penar adecuadamente conductas cuya virtualidad desestabilizadora de las instituciones es siempre de imprevisibles consecuencias" (39).

No se ha pretendido reprimir cualquier amenaza, sino sólo aquella que fuera "pública" e "idónea". Tampoco se trata de penar la tentativa, como en su momento acertadamente se dijo (40). Así, bien puede concluirse que lo realmente querido por el legislador, es lograr una correcta punición respecto de aquel que amenaza con cometer alguna de las conductas enumeradas en el art. 226 del Cód. Penal y cuenta con los medios necesarios para consumar el alzamiento armado.

(38) Ver nota 36.

(39) Del Senador De la Rúa, en "Diario de Sesiones...", sesión del 30/5/84, p. 496).

(40) "La gravedad de la tentativa de quebrar el orden constitucional es tal que se torna insoslayable penar las amenazas que impliquen una objetiva puesta en peligro del bien jurídico protegido" (del Mensaje del Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de la ley).

(41) En el caso de quien en privado anuncia levantarse en armas, su conducta estará exenta de responsabilidad hasta tanto, cuanto menos, tiene la acción que anticipara. En tal caso será responsable por la tentativa de quebrar el orden constitucional y la vida democrática, sobre la base del armónico juego de los arts. 42, 44 y 226 del Cód. Penal. En la segunda hipótesis (quien formula la proclama sin contar con los medios para hacerlo), resultará impune, siempre que no tenga ninguna influencia sobre quienes sí cuentan con tales medios. De ahí, que a nuestro juicio, un reciente

Reiteramos una vez más, que para que la amenaza que nos ocupa resulte punible, es necesario que la misma reúna las cualidades de "idoneidad" y "publicidad". De este modo, queda exento de responsabilidad penal el proceder de quien privadamente anuncia levantarse en armas o de quien formula tal proclama sin contar con los medios para lograrlo (41).

En este caso, la ley reprime tales procedimientos con penas de prisión que van de uno a cuatro años, lo que guarda coherencia con el sistema sancionatorio imperante en el capítulo del que ahora nos ocupamos.

VI. CONSENTIMIENTO DEL ATENTADO AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y A LA VIDA DEMOCRÁTICA

VI.1. Consentimiento prestado por miembros de alguno de los poderes del Estado nacional o de las provincias (42)

Durante muchos años, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que la "rebelión" era un delito instantáneo que se

episodio que hoy se ventila ante los tribunales federales, y que involucró a un sacerdote que ante diversos militares (muchos de ellos en actividad) proclamó la necesidad de "levantar las armas materiales" contra lo que denominó "la democracia pornográfica", quede circunscripto en los límites de la norma. Ello es así, pues la ley lo que quiere es garantizar la continuidad democrática frente al solo peligro de la "amenaza", que en términos políticos produce un claro "efecto desestabilizador". De ese modo, quien influye espiritualmente sobre quienes se levantan en armas, puede ser inculcado por el delito del que ahora nos ocupamos, pues su prédica puede tener entidad suficiente como para determinar el alzamiento mismo.

(42) "Es necesario extender la pena de los traidores a la patria que se fija para los miembros de los cuerpos legislativos que cooncedieran facultades extraordinarias a órganos ejecutivos al caso de los miembros de cualquiera de los tres poderes que consintieran, continuando por ejemplo en funciones, la fractura del orden

consumaba con el mero alzamiento armado, con total prescindencia del alcance de los objetivos fijados y del asentimiento de terceros (43). Tal criterio, erróneo a nuestro juicio, ha quedado virtualmente de lado con la modificación practicada (44).

Históricamente, ha quedado corroborado que todo golpe de Estado ha contado con el asentimiento de cierto sector "colaboracionista" que invariablemente contribuyó a que aquél logre consolidarse en el poder, y entre los cuales suelen destacarse elementos que cumplen funciones en el mismo régimen que se depone (45).

La hipótesis legal que ahora es objeto de nuestro estudio, prevé como acción punible el "consentimiento" tácito prestado por miembros de alguno de los tres poderes, a quienes han incurrido en algunas de las

conductas tipificadas por el art. 226 (46). Tal "consentimiento" se manifiesta en tres modos comisivos: a) la continuación de las funciones una vez consumada alguna de las conductas previstas y reprimidas por el art. 226; b) la asunción en alguna función en iguales circunstancias, y c) el hacer cumplir las medidas dispuestas por quienes usurparon el poder.

La ley aclara, que esos modos de manifestar el "consentimiento" deben ocurrir "luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos". Sin embargo, a nuestro juicio, tal acotación aparece como sobreabundante toda vez que cita supuestos ya previstos por el art. 226 (47).

"Continúa en funciones", aquel que habiéndolas asumido de acuerdo a la normativa legal, sigue ejerciéndolas al margen de las mismas (48).

constitucional. Esta conducta es, como resulta obvio, aún más grave que la que la Constitución prevé; la limitación de su descripción sólo se explica porque en el contexto histórico en que ella fue dictada no se había experimentado el tipo de aberraciones que vivió el país durante este siglo" (del Mensaje del Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de la ley).

(43) "Con respecto a este delito, la Corte Suprema ha aplicado reiteradamente el criterio de admitir como excusa el sometimiento al poder del rebelde y hasta ha disculpado ciertos servicios prestados a los rebeldes (C. S., V. ps. 101 y 155; VII, p. 42...)" (SOLER, Sebastián, op. cit., t. V, p. 69).

(44) Ahora, sin duda, el delito reconoce un sentido "plurisubjetivo", toda vez que difícilmente el alzamiento armado tenga éxito sin la anuencia de una parte de la ciudadanía que se preste a cubrir los cargos que se usurpan con el alzamiento armado. Este precisamente, es el criterio expresado por la jurisprudencia española al tratar el tan sonado caso del "Coronel Tejero: 'No es concebible un delito de rebelión militar perpetrado por una sola persona, sino que se trata de una infracción calificada necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal...'"

(45) "...todos sabemos que muchas veces en la quiebra del orden constitucional no se han movido por su sola voluntad las fuerzas armadas, sino que han sido

empujadas por civiles... y por las grietas abiertas en el debate estéril, se colaron las minorías del privilegio, utilizando a las fuerzas armadas como guardia pretoriana de sus intereses mezquinos para destruir nuestra libertad. Es decir, que también sería necesario para el futuro penar, como lo hace el proyecto, a estos civiles que han servido a los golpes de Estado que han devastado a nuestro país" (del diputado Zubiri, "Diario de Sesiones..." sesión del 2 y 3/2/84, p. 1109).

(46) Bien se hable de "consentimiento" que implica "permitir" o "tolerar". Si se hubiera hablado de "asentimiento", ello hubiese implicado "convenir con otro", acto positivo que no requiere la ley.

(47) La redacción hubiera sido más clara si dijera: "Serán reprimidos... los miembros de alguno de los poderes del Estado nacional o provincial que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el art. 226, continuando en sus funciones, asumiéndolas luego de ocurrido aquel proceder ilícito o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes".

(48) Sin lugar a dudas, la ley ha tenido presente la denominada "doctrina de facto", definida por Constaneau como "una regla o principio de derecho que, en primer lugar, justifica el reonomiento de la autoridad de los gobiernos establecidos y mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado, y se mantienen por la fuerza y las armas contra el gobierno

“Asume sus funciones”, quien acepta ejercer un cargo en el que ha sido investido por quien no ha contado con autoridad para ello (49).

Quedan también incursos en la norma, quienes con posterioridad a la comisión de alguna conducta atentatoria del orden constitucional y la vida democrática hacen cumplir las medidas dispuestas por quienes hayan usurpado alguno de los poderes públicos (50).

La pena aplicable es la misma que le corresponde según el art. 215 a los traidores a la patria (51), reducida en los términos del art. 46.

legítimo; en segundo lugar, cuando reconoce la existencia de, y protege de ataque colateral, corporaciones públicas o privadas que, aunque organizadas irregular o ilegalmente, so color de ley, abiertamente ejercitan los poderes y funciones de cuerpos regularmente creados; y, en tercer lugar, que confiere validez a los actos oficiales de personas que, so color de derecho o autoridad, ocupan cargos bajo los gobiernos o cuerpos mencionados anteriormente, o ejercitan legalmente cargos existentes de cualquier naturaleza, en los cuales el público o terceras personas están interesados, cuando el cumplimiento de tales actos oficiales es para el beneficio del público o terceras personas, y no para su ventaja personal” (Constantineau, Albert, “A Treatise on the factio doctrine”, ps. 3 y 4, Toronto, 1910). En el caso específico de quien continúa en funciones, se entenderá que habrá “legitimidad en el origen de las mismas, ilegitimidad en su ejercicio” (Ver BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de derecho constitucional Argentino”, p. 120). De ahí la punición de tal conducta, que finalmente acaba avalando el alzamiento armado.

(49) En este caso, habrá “ilegitimidad en el origen de las funciones”, que, igualmente que en la hipótesis anterior, acaba por consentir el alzamiento armado.

(50) Esta última aclaración también nos resulta inútil, puesto que el funcionario que hace cumplir las órdenes del usurpador, sólo puede hacerlo porque esté en funciones o porque las aceptó al tiempo de sobrevenir el alzamiento armado. De otro modo, la acción comisiva resulta de imposible realización.

(51) Como el Código Penal en su articulado, nada dice de la infamia de la que sí habla el art. 103 de la Constitución Nacional al expresar cuáles son los actos de “traición”, debe entenderse que en el caso del que ahora nos ocupamos, la pena aplicable tampoco ha de

Por último, sólo resta agregar que el artículo introducido aparece, dentro de la sistemática del Código Penal, como reiterativo, dado que ha especificado conductas participativas que bien podrían haberse omitido remitiendo a los principios generales que en la materia regulan los arts. 45 y sigts. del cuerpo normativo citado (52).

VI.2. Consentimiento prestado por otros funcionarios públicos

El supuesto que prevé el texto comentado, no es más que ampliatorio del primer párrafo de la misma norma legal (53). Se trata de una

ser “infamante” (ver “Derecho penal. Parte general” de ARGIBAY MOLINA, DAMIANOVICH, MORAS MON y VERGARA, t. II, ps. 85 y siguientes).

(52) El único óbice para que nuestro criterio prospere, radica en el hecho de que en la reforma, la acción de la que nos ocupamos ahora aparece como una modalidad del art. 227, cuando en verdad es una variante del art. 226, dado que castiga a quienes consienten un levantamiento armado, contrariamente a lo que ordena la “norma de conducta” que ha dado lugar a la sanción del art. 235, con el cual, éste 1^{er} párr. del art. 227 bis entre en clara colisión, esencialmente en el monto punitivo, el que sin lugar a dudas se muestra como exagerado en el caso del art. 227 bis. ¿Cómo se concibe que a los autores del alzamiento armado les corresponda pena de prisión de 5 a 15 años, y a los miembros de alguno de los poderes que lo consientan (que no son otra cosa que cómplices secundarios o encubridores, según sea el caso) les corresponda pena de prisión de 10 a 15 años o *reclusión* de 15 a 20 años? Sin lugar a dudas, tal despropósito es consecuencia de que la ubicación metodológica del delito es errada, ya que, en el caso de que aceptáramos su inclusión en el Código, debió haberse hecho tras tratar los delitos que atentan contra el orden constitucional y la vida democrática, como art. 226 ter.

(53) El 2^o y 3^{er} párr. del nuevo art. 227 bis del Cód. Penal, fueron introducidos por el proyecto aprobado por la Honorable Cámara de Senadores en su sesión del 30/5/84, aunque como art. 227 ter. “El art. 227 ter conmina con uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena a quienes en los casos previstos por los arts. 226 y 227 bis —o sea, quiebra del orden constitucional— aceptaren colaborar, continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto. Se efectúa aquí una

enumeración que conceptuamos taxativa, y que sólo intenta incriminar debida y acabadamente las actitudes "colaboracionistas" de agentes del Estado para con los grupos que quebrantan el orden institucional.

Por tales motivos, las críticas que efectuáramos en la nota 52, las hacemos extensivas al caso en examen.

VII. LA AGRAVANTE GENERICA DEL ARTICULO 227 TER DEL CODIGO PENAL

La variante normativa introducida, tiende a garantizar el orden constitucional frente a actos de "terrorismo" que, aunque impliquen el menoscabo de otros bienes jurídicos, tienen como fin último, el quebrantamiento del orden constitucional y la alteración de la vida democrática (54).

Estimamos pues que la inclusión de esta agravante "genérica" como hemos dado en

enumeración de los cargos comprendidos dentro del orden nacional, provincial y municipal... más allá de la norma la democracia se defiende con los comportamientos y las conductas" (del señor de la Rúa, "Diario de Sesiones...", sesión del 30/5/84, p. 496. Recomendamos la lectura de sus palabras que no reproducimos en honor a la brevedad).

(54) "El artículo... aumenta en un medio el máximo de la pena establecida para cualquier delito del Código Penal cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Es una causa de agravamiento. Por cierto, esta disposición no se aplica cuando la puesta en peligro de la vigencia de la Constitución sea elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate" (del senador de la Rúa, "Diario de sesiones...", sesión del 30/5/84, p. 497).

(55) "La asunción del gobierno constitucional traerá inmediatamente aparejada la derogación de las leyes 'antisubversivas' dictadas por el último gobierno constitucional y el régimen militar... La legislación que se proyecta parte de la base de que si bien el terrorismo es uno de los más serios flagelos contemporáneos para la estabilidad de instituciones democráticas debe ser tratado como una manifestación gravísima de delincuencia y no como una agresión a la que el Estado deba

llamarla, vuelve a la legislación nacional a los límites del "derecho penal liberal" en el que históricamente, como consecuencia de la influencia ejercida sobre nuestra Constitución, se ha enrolado nuestro ordenamiento (55).

Así, se ha vuelto a la concepción que indica la conveniencia de reprimir al terrorismo dentro del marco propio del Estado de derecho, y que, las "leyes antisubversivas" hasta hoy vigentes, indirectamente negaban (56).

VIII. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION DE DELITOS QUE ATENTAN CONTRA EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LA VIDA DEMOCRATICA (57)

La norma, que ha creado un caso específico de suspensión de la prescripción de la acción penal, y que ha encontrado —aparentemente— su fuente en el art. 20, inc. 3° de

responder con los mismos métodos y en el mismo plano de beligerancia" (del mensaje del Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de ley).

(56) "... las leyes sustantivas que se apliquen a estos casos no pueden apartarse de los principios del derecho penal liberal de la democracia que proscriben tipos penales imprecisos o incompletos, la punición de inclinaciones o rasgos de carácter en lugar del daño actual o potencial a terceros, cualquier tipo de responsabilidad de índole objetiva o vicaria o la imposición de penas inhumanas y desproporcionadas a la necesidad de prevenir daños de esa magnitud..." (del Mensaje del Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de ley).

(57) "Es... necesario declarar que la prescripción por los delitos de atentado al orden constitucional se suspende mientras continúe la quiebra del orden constitucional" (del Mensaje del Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de ley). En el proyecto originario, el párrafo que analizamos se encontraba ubicado como segundo apartado del art. 227 bis del Cód. Penal. Llegado el mismo al seno del Senado, éste corrigió la ubicación metodológica del tema, tratándolo en el capítulo destinado a la prescripción dentro de la parte general del Código.

la Constitución de Grecia (58), ha tenido por finalidad "evitar la burla que significaría que, por la interrupción del orden institucional y democrático, no pudiera aplicarse la

sanción prevista para el delito, que consiste precisamente en causar esa interrupción o suprimir la vigencia de la Constitución" (59).

(58) La citada norma dispone que todo acto de usurpación de la soberanía popular y de los poderes que emanen de ella será perseguido desde el restablecimiento del poder legítimo y la prescripción sólo empezará a correr a partir del restablecimiento.

(59) Del senador de la Rúa, "Diario de Sesiones...", sesión del 30/5/84, p. 495.