

# El delito de « atentado al orden constitucional y la vida democrática » y la reforma de la constitución nacional

David Baigún

## 1. Introducción

La reciente modificación de la Constitución nacional ha introducido, en el art. 36, algunos de los denominados delitos « contra los poderes públicos y el orden constitucional » previstos por el Código Penal en el título X; se trata de un proceso inverso al habitual, pues es generalmente la cláusula constitucional la que sirve de plataforma para la ley penal.

Es sabido que la ley penal argentina se construyó originariamente, en este ámbito, sobre la base del sistema federal previendo, de una parte, el alzamiento contra el gobierno nacional –rebelión- y, de la otra, el alzamiento contra las autoridades provinciales –sedición-. En 1984, la ley 23.077 (sancionada el 9 de agosto) sustituyó el nombre de “rebelión”, adscrito como epígrafe del capítulo I, por el de “atentados al orden constitucional y a la vida democrática” e incorpora algunos agregados a este capítulo I: el parágrafo segundo del art. 226, que es una circunstancia agravante del alzamiento, cuando éste se hiciera con el “fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de los poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación”; el parágrafo tercero del mismo artículo, una agravante mayor cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieron estado militar, el art. 227 bis, que se refiere al consentimiento de la consumación (p. 44) de los hechos descritos en el art. 226, por parte de los miembros de alguno de los poderes del Estado nacional o de las provincias, ya sea “continuando en sus funciones, o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos”, ya sea “haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes, con especificación, además, de los casos en que la colaboración a través de la continuación o asunción, en determinados cargos, importa la comisión del delito”; y, por último, el art. 227 ter, que establece una agravante genérica para cualquier delito cuando “la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución nacional”.

Cabe anotar, por lo que se verá más adelante respecto del art. 36 de la Constitución, que la ley 23.077 dispone que el “curso de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los arts. 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional (art. 67, 3er párrafo, del Código Penal).

Sin duda que la sanción de la ley 23.077 introdujo un nuevo esquema en el Código Penal; el capítulo I, que antes abarcaba bajo rúbrica “rebelión” el alzamiento militar y la concesión de poderes tiránicos<sup>1</sup>, registra ahora otra dimensión: el alzamiento –con los perfiles que le impone la agravante- se categoriza como atentado al orden constitucional y entran en escena dos modalidades de la conducta del atentado; el consentimiento de la quiebra del orden institucional y la asunción de funciones después del hecho de fuerza, aunque ambas podrían agruparse bajo el denominador común de colaboración.

Excede los objetivos de este trabajo el análisis de algunas incongruencias intrasistemáticas de la reforma del Código Penal; por ello no nos detenemos en el hecho de que el concepto “vida democrática”, incluido en el epígrafe “orden constitucional y vidas democrática”, que reemplaza a

---

1 Dejamos a un lado el art. 228, «conocido como violación del patronato», porque su presencia algo forzada en este capítulo del título X del Código Penal, obedece a razones históricas distintas.

“rebelión”, también abarca a la sedición y el motín contemplados en el capítulo II<sup>2</sup>, o en la circunstancia de que el art. 226 fue redactado como un delito con resultado de peligro, que (p. 45) se agota con el solo alzamiento, mientras que el art. 227 bis, que se remite a los hechos descritos en el art. 226, diseña para definir el consentimiento, la conducta de los colaboradores con un resultado de daño, es decir, ya triunfante el alzamiento en armas, producido el quebrantamiento institucional, sin olvidar, por último, la desigualdad de penas entre los autores del atentado (art. 226) y los que usurpan o consienten (art. 227 bis), cuestión a la cual nos referiremos más adelante.

Nos proponemos, en este análisis, determinar si la cláusula del nuevo art. 36 de la Constitución admite sin exabruptos las disposiciones incorporadas por la ley de “Defensa de la democracia” (ley 23.077) o si, al contrario, este proceso cronológico inverso obligará al legislador a revisar nuevamente la ley penal en esta materia, para ajustarla a la Constitución.

## 2. El nuevo art. 36

### A) Determinación del presupuesto

El texto del artículo dice: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

“Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitación 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”.

(p. 46) Salvo los dos últimos párrafos, los restantes se hallan íntimamente vinculados con los tipos penales diagramados por la ley 23.077. Sin duda que el primero actúa como presupuesto decisivo, pues los siguientes se construyen a partir de su formulación. Se trata, como se señaló en la Convención Nacional Constituyente, de una norma autoreferente, que “pretende fundamentar su validez en ella misma<sup>3</sup> y que tiene precedentes en la historia constitucional contemporánea; lo que importa es dejar en claro su interpretación en cuanto se relaciona con las conductas penales”.

Comencemos por la cláusula del primer párrafo, en referencia al vocablo “imperio”, puesto que el art. 226 del Código Penal lo alude de modo implícito al formular los propósitos del alzamiento (“para cambiar la Constitución (...) o impedir el libre ejercicio de sus facultades constitucionales (...)”) o al especificar la finalidad de la agravante (“ con el fin de (...) suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana (...)”) y, de modo

---

2 Así lo señala Isidora de Benedetti en «Doctrina Penal», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 733, en Ley 23.77 : *Análisis de las reformas al Código Penal*.

3 Jorge de la Rúa, «Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente», 12a reunión 3º sesión ordinaria, 19/24 de julio de 1994, p. 1435.

expreso, en el art. 227 bis, al determinar que la asunción –usurpación de funciones- se realiza luego de “modificada por la fuerza la Constitución (...)”.

Pareciera que “imperio” es sinónimo de vigencia<sup>4</sup>, especialmente si se advierte que el nuevo art. 36 se refiere a la eventualidad de una interrupción de su observancia, pero la declaración posterior de que los actos interruptivos “serán insanablemente nulos”, es decir, sin posibilidad alguna de adquirir juridicidad futura, está diciendo también que el término “imperio” es sinónimo de legitimidad, de genuinidad de su fuente o, dicho con otra terminología, que la única (p. 47) norma constitucional reconocida es la que emana del poder constituyente, no obstante que en la realidad pueda ser “derogada” o “abrogada”. Este significado omnicomprensivo ahuyenta la posibilidad de que las autoridades surgidas de un movimiento de fuerza dicten una norma complementaria de la Constitución que proclame, no obstante, la subsistencia de la ley fundamental; en este ejemplo hipotético, el “imperio” queda igualmente afectado. Es, por otra parte, el esquema contundente adoptado por la Constitución reformada: sepultar para siempre el sistema binario de excepcionalidad institucional y Estado de derecho, que tantas decepciones ha generado en nuestros juristas<sup>5</sup>.

Como vimos, el párrafo primero establece que la interrupción de la observancia de la Constitución debe producirse por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Está fuera de duda que la locución “actos de fuerza” es comprensiva del “alzamiento en armas” previsto por el art. 226 del Código Penal, que define el núcleo del tipo de atentado, por lo cual carece de trascendencia un análisis confrontativo de las dos expresiones; interesa, en cambio, que nos detengamos en la fórmula orden institucional y sistema democrático, ya que como se ha señalado, el epígrafe I del título X se denomina “atentados al orden constitucional y a la vida democrática”, es decir, con una ligera variante en cuanto a los términos: institucional por constitucional y sistema por vida (democrática).

La fórmula “orden institucional” figura ya en la propuesta de la Comisión de redacción de la Convención, originada en los despachos 2 y 3 de la Comisión de participación democrática y no suscitó objeción alguna en el debate correspondiente de la Convención. Se trata, por tanto, de determinar si el vocablo “institucional”, usada por el texto de la ley 23.077 en la definición del atentado y que ya figuraba en el encabezamiento del título X como identificación del bien jurídico; la relevancia de esta confrontación reside en que, como es sabido, el bien jurídico protegido actúa en los casos límites (p. 48) como elemento metatípico de interpretación, complementario del tipo o modelo legal.

La expresión “orden constitucional” tiene larga tradición en nuestro ámbito penal; proviene del Proyecto de 1891, que recogió, a su vez, los lineamientos de la ley 49, matriz de la división entre rebelión y sedición; prácticamente hay coincidencia unánime en que orden constitucional es sinónimo del funcionamiento normal, sobre la base de los principios de soberanía del pueblo, forma representativa y división de poderes<sup>6</sup>. No resulta sencillo, por consiguiente, hallar una distinción entre este concepto de vieja data y la forma ahora adoptada, sobre todo si se advierte a el orden institucional y no cualquier otro; de haberse incluido la afectación instituciones que se hallan fuera del marco formal de la Constitución, la frase hubiera debido agotarse en “actos de fuerza”, si ésta era la

---

4 Aquí, la acepción de vigencia es igual a la de eficacia, en el sentido de normas aplicadas, cumplidas y acatadas. Es el significado que le asigna el constituyente Jorge de la Rúa, según se lee en p. 1436 del «Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente» 12° reunión, 3° sesión ordinaria, 19/20 de julio de 1994. Por otra parte, es muy vasto el campo teórico donde se analizan los conceptos de vigencia, eficacia, efectividad, validez y legitimidad. Por razones de espacio, debemos prescindir de la referencia. En la esfera del derecho constitucional se puede tomar como orientación del problema la obra de Germán Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Ed. Ediar, Bs.A., 1989, t. 1, ps. 44 y ss.

5 Conviene recordar la acordada del 10 de setiembre de 1930, de la Corte Suprema, que legitima el golpe de Estado del 6 de ese mismo mes como punto de partida de la llamada doctrina del gobierno *de facto*. De las vicisitudes de la jurisprudencia a partir de esa decisión, da cuenta el debate en la Convención Nacional Constituyente recientemente celebrada.

6 Sebastián Soler. *Derecho penal argentino*, 3° reimposición. Ed. Ediar, Bs. As, 1956, t. V, ps. 70 y ss, quien distingue claramente «orden constitucional» de «poderes públicos», primer módulo del bien jurídico protegido y que se define como los órganos creados por la Constitución « como ejecutores de sus preceptos y guardianes de su cumplimiento, una cosa son los órganos y otra el funcionamiento de las instituciones.

idea subyacente, bastaba para abarcarlas la locución “sistema democrático”. No parece entonces que la interpretación de la ley penal debe sufrir alguna variante por la diferencia apuntada.

Algo similar ocurre con el parangón entre “vida” y “sistema”, pero en sentido inverso: “sistema” parece más acotado que “vida”. El concepto de “vida democrática” no registra antecedentes en la legislación penal argentina. La expresión que figuraba en el mensaje del Poder Ejecutivo acompañando la fórmula “atentado al orden constitucional”, fue examinada con mayor profundidad en el debate de Senadores, aunque es bueno aclarar que poco se precisó sobre su significación. Fue la noción de democracia –identificada con “vida democrática”– el objeto del análisis del miembro informante, quien, en líneas generales, siguió los lineamientos de la doctrina contemporánea que engloba en una unidad categorial sistema constitucional y democracia<sup>7</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho penal, no dejó muy en claro (p. 49) cuáles eran los componentes del bien jurídico protegido, pues al referirse a la protección o defensa de la democracia incluyó el “terrorismo subversivo” –parificando a los golpes de Estado y a la conspiración– como uno de los medios violentos de agresión, cuando el propio proyecto que dio origen a la ley 23.077, desplaza este comportamiento al título de los delitos contra el orden público mediante tipificación de las asociaciones ilícitas especiales<sup>8</sup>.

Queda, pues, al intérprete, la obligación de elaborar el concepto de “vida democrática” partiendo de la intención del legislador –extraída de expresiones dispersas y no muy prolijas– y, fundamentalmente, del sistema del Código Penal, tal cual ha quedado estrictamente después de su modificación.

Digamos, en primer lugar, que nos parece acertado identificar “vida democrática” con democracia, tal cual lo proclamó el miembro informante del Senado; la cuestión reside en determinar qué aspectos de la democracia quedan abarcados, pues ya algunos pertenecen, por definición, al ámbito del orden constitucional. Para Norberto Bobbio, uno de los doctrinarios más autorizados de nuestra época, el significado preponderante de democracia se refleja en el conjunto de reglas (las llamadas reglas del juego) que permiten la más amplia y segura participación de los ciudadanos en las decisiones políticas, es decir, en las que interesan a la colectividad; son las reglas que se refieren a la existencia del sufragio universal, sin discriminaciones, tanto para expresar la opinión directamente como para elegir a quienes la expresan, la igualdad en el voto, la formación libre de opinión dentro del sistema competitivo entre grupos políticos, la existencia de alternativas reales, la vigencia del principio de la mayoría para la adopción de decisiones colectivas y la salvaguardia de los derechos de la minoría, particularmente del derecho a transformarse en mayoría en igualdad de condiciones<sup>9</sup>. Como lo reconoce el autor que transcribimos, estas reglas no agotan el contenido del concepto de democracia, pero esta (p. 50) establecen el mínimo insuperable para que se pueda hablar de sistema democrático.

No escapará al lector que las reglas enumeradas por Bobbio también son componentes del funcionamiento normal de las instituciones establecidas por la Constitución nacional, aunque enfocadas desde el plano de los sujetos, de los ciudadanos como integrantes de la democracia política. Lo que importa es determinar si, amén de esta consideración como ciudadano, la democracia debe extenderse a la esfera social, donde –como lo señala Bobbio en otro de sus trabajos<sup>10</sup>– “el individuo es tomado en cuenta en la multiplicidad de sus status...de padre y de hijo, de cónyuge, de empresario y de trabajador, de enseñante y de estudiante, de médico y de enfermo, de oficial y de soldado, (...) de productor y consumidor, de gestor de servicios públicos y de usuario, etc”; con otra terminología, se trata de la “ampliación de formas de poder ascendente, que había ocupado hasta

---

7 Fernando de la Rúa, «Diario de Sesiones del Senado». 30/5/84. P. 498.

8 La lógica del razonamiento del senador de la Rúa debió llevarlo a proponer la incorporación de esta conducta entre los delitos contra el orden constitucional, sobre todo si se advierte que el tipo del art. 210 bis requiere que la acción contribuya a «poner en peligro la vigencia de la Constitución nacional».

9 Norberto Bobbio, *Qué alternativas a la democracia representativa?*, en *Marxismo y el Estado*, Barcelona 1978, ps. 49/50.

10 Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad*, Breviarios Fondo de Cultura Económica, México, 1989. P. 219.

ahora casi exclusivamente el campo de la gran sociedad política, al campo de la sociedad civil en sus diversas articulaciones, desde la escuela hasta la fábrica (...)<sup>11</sup>.

Va de suyo que la adopción de esta óptica dependerá de la valoración teórica que se acoja; para nosotros, el concepto de “vida democrática” debe incluir no sólo el reconocimiento del ciudadano como sujeto actuante de la sociedad política, sino también la presencia del proceso democrático en las diferentes instituciones sociales, la familia, la escuela, la empresa, los servicios públicos; dicho de otro modo, así como el concepto de orden constitucional no es formal, sino también material, ocurre cosa idéntica con el de democracia, el modelo deseado es aquel que más se aproxima a la vigencia de la igualdad, no sólo jurídica sino social y económica.

Dijimos antes que la elaboración del concepto de vida democrática” puede apoyarse en la intención del legislador y en disposiciones expresas del Código Penal. En referencia al primero, si bien las menciones son dispersas y asistemáticas, hay que recordar la innovación del miembro informante del Senado al “progreso espectacular de la igualdad y de la justicia social (...), los derechos de los trabajadores y la participación de todo el pueblo en la cosa pública, como una de **(p. 51)** las vertientes del sistema republicano y democrático”<sup>12</sup>. En cuanto a la letra expresa del Código Penal, baste apuntar que el art. 226, en su nueva redacción, alude a la abrogación de los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los fines del atentado, y nada impide, sin caer en la interpretación extensiva, que se incluya dentro de la acepción de los derechos emergentes de las relaciones sociales (instituciones, familia, productor-consumidor, etc.). “Vida democrática”, por tanto, puede ser categorizada como sinónimo de democracia con las dos connotaciones apuntadas: participación del ciudadano en la esfera política y reconocimiento de los derechos surgidos de la esfera social, con lo cual adquiere entidad autónoma pero no separable, en su confrontación con la fórmula “orden constitucional” que la acompaña.

Esta interpretación del texto de la ley penal puede ser captada, sin forcejeos, por la letra del art. 36 de la Constitución nacional; si bien el vocablo “sistema” exhibe límites más precisos que el de “vida”, los contenidos son homólogos e intercambiables. La letra del art. 36 no podrá ser invocada como una frontera restrictiva del concepto de vida democrática.

### ***B) Los comportamientos delictivos***

Como anticipamos, los párrafos segundo y tercero definen los comportamientos delictivos, la calidad de los autores y las sanciones previstas.

Nos parece superfluo examinar, en primer lugar, la naturaleza de la conducta-eje incorporada al art. 36 de la Constitución nacional y de las dos modalidades establecidas, no sólo por la preexistencia de la ley 23.077, sino también por las vicisitudes habidas durante el proceso de elaboración del texto constitucional.

El segundo párrafo comienza diciendo: “sus autores serán pasibles de la sanción (...)”, en directa referencia a quienes interrumpieren la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. En el proyecto de la Comisión de redacción se ponía, a continuación de “sus autores”, la expresión “incurrirán en el delito de sedición”, con lo cual se definía la **(p. 52)** naturaleza de la conducta; pero las objeciones surgidas durante el debate<sup>13</sup> convencieron a los representantes de la mayoría de la necesidad de eliminarla proponiendo el texto que figurara ahora en el art. 36.<sup>14</sup>

---

11 Idem. P. 219.

12 «Diario de Sesiones del Senado», 30/5/84, p. 498.

13 Ver «Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente», antes citado, ps. 1457 y ss.

14 Idem. P. 1490.

En verdad, la observación era justa. No sólo el art. 109 de la Constitución enmarca la sedición dentro de los actos hostiles entre provincias, sino que el art. 229 del Código Penal prevé expresamente el alzamiento en armas para cambiar la Constitución local y las demás acciones homólogas del atentado- antes rebelión- (art. 266); sin duda que la enmienda hubiera quedado perfeccionada de haberse incido el atentado como definición del delito, pues se compaginaba con el esquema adoptado por el actual sistema penal.

Sin embargo, la ausencia de esa mención no es óbice para afirmar que el comportamiento nodal del art. 36 es el atentado contra el orden constitucional, tipificado de manera más laxa por el art. 226 del Código Penal; atentado es sinónimo de ataque, de agresión y tiene su precedente en el Proyecto del Código Penal de 1906, cuyo art. 244 preveía el atentado contra la Constitución, recogido por el Proyecto del 1917, matriz del Código Penal de 1921.

La falta de espacio nos obliga a soslayar un problema de interpretación que no escapará al lector; la redacción del párrafo segundo del art. 36 de la Constitución nacional en su conexión con el primero parece marginar de la categoría constitucional al delito de sedición, no obstante que el párrafo tercero, sobre el cual volveremos, asimila a los usurpadores y consentidores en las provincias a los de igual condición en el ámbito nacional. Esta incongruencia deberá ser superada es obvio, mediante una interpretación sistemática de la Constitución, pues resulta contrario a la voluntad de la ley suprema responsabilizar con sanciones de mayor gravedad a los usurpadores y consentidores en la esfera provincial que a los autores del atentado en esta misma área (como veremos más adelante, el párrafo segundo establece la pena del art. 29 de la Constitución, que remite a la sanción para los traidores a la patria –prisión o reclusión perpetua-, la inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos y la exclusión de los beneficios del indulto y conmutación de penas).

**(p. 53)** Hemos señalado antes que son dos las modalidades del atentado; amén de los autores del acto de fuerza –los sujetos activos-, el art. 36 contempla expresamente la calidad de usurpador y, en forma implícita, la de consentidor. Usurpa quien asume funciones en el nuevo status producido por el acto de fuerza, operado el quebrantamiento, o quien las ejerce sin el nombramiento. En cambio, consiente permanece en sus funciones, aceptando oficialmente la continuidad u obedeciendo las directivas de los autores del acto de fuerza; en verdad, se trata de un perfil de la usurpación porque la función se ejerce a partir del acto insanablemente nulo, que marca la línea divisoria entre lo legítimo y lo que no lo es; de aquí que la calidad de consentidor resulta acogida implícitamente por el art. 36, incorporada en la descripción del usurpador. Es, por otra parte, reflejo especular del diagrama adoptado por el Código Penal, después de la reforma de la ley 23.077; el art. 227 bis distingue claramente las dos calidades, parificando las sanciones, tanto en el caso de los miembros de algunos de los poderes del Estado nacional o de las provincias (primer párrafo), como en el supuesto de los funcionarios especificados en el segundo párrafo.

Pero, más allá de la digresión dogmática, la nota relevante está dada por el carácter de delito permanente que registra el atentado y sus dos modalidades. En efecto, cuando el resultado del delito o de su estado consumativo se sostiene, aunque no se repitan nuevamente todos los componentes típicos –como ocurre en el delito continuado- estamos en presencia del delito permanente<sup>15</sup>; es cierto que el ejercicio de la función en la usurpación o en el consentimiento acercan estas conductas al delito continuado; pero es exacto también –y esto es lo trascendente- que las consecuencias de que habla el art. 36 se mantienen sin interrupción, lesionando repetidamente el bien jurídico protegido, mientras no cese la permanencia del gobierno de fuerza.

Las inferencias que se extraen de esta formulación no son insignificantes; la antijuricidad como constante permite, no sólo ejercer la resistencia –reconocida expresamente como derecho del ciudadano en el art. 36 (cuarto párrafo)-, sino las restantes causas de justificación que se adecuen a la situación concreta (legítima defensa, ejercicio legítimo **(p. 54)** de un derecho); no se nos escapa que esta afirmación se aproxima a la ficción en tanto existan las autoridades de facto, pero puede servir de apoyo para la etapa posterior al cese del resultado típico, o sea, una vez recuperado el Estado de derecho.

---

15 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*. Ed. Ediar. Bs. As. 1982, t. IV. P. 545.

El art. 36 determina, asimismo, la imprescriptibilidad de las acciones civiles y penales derivadas de la comisión del delito de atentado y sus modalidades. La decisión equivale a la equiparación de estos comportamientos y de los delitos de lesa humanidad, al tiempo que se compagina más racionalmente con la naturaleza permanente del resultado. \$En materia penal –de la acción civil no nos ocupamos por razones de espacio- la ley 23.077 introdujo un agregado en el art. 67 del Código Penal, disponiendo la suspensión del curso de la prescripción “hasta el restablecimiento del orden constitucional” (parágrafo tercero). La norma constitucional modificada ahora este criterio al imponer la imprescriptibilidad; es tal vez el acto más impactante del art. 36 en que se varía, sustancialmente, un criterio de política criminal, con el mandato visible de adecuar la ley penal al nuevo enfoque.

En cuanto a las sanciones, la Convención Nacional Constituyente ha innovado respecto de la línea trazada por la Constitución de 1853, en su art. 29 (la conocida concesión de poderes tiránicos) se establece que corresponde la pena de los “infames traidores a la patria”, y como bien dice Nuñez<sup>16</sup>, la remisión supone, por un lado, la nota de infamia propia de la traición (art. 103, en la anterior redacción de la Constitución) y, por el otro, la aplicación de la pena para el delito de traición, en síntesis, deja para el Código Penal la especificación de las sanciones<sup>17</sup>.

El nuevo art. 36 de la Constitución nacional hace también una remisión a la sanción del art. 29, pero agrega específicamente la inhabilitación a perpetuidad para los cargos públicos y la exclusión de los beneficios del indulto y de la conmutación de pena, que si bien son disposiciones de rango constitucional (art. 99, inc. 5, de la actual redacción), actúan directamente como causas que cancelan la punibilidad. Como se observa, la norma limita las atribuciones del Poder Ejecutivo, pero no se extiende hasta la esfera del legislativo, **(p. 55)** de modo tal que deja abierta la compuerta de la amnistía, facultad exclusiva del Congreso<sup>18</sup>.

Ya hemos adelantado que en lo que concierne a las penas, el esquema del Código Penal registra una contradicción intrasistémica, el art. 226 establece como pena máxima para los autores del atentado la prisión de ocho a veinticinco años – primera agravante-, incrementada en un tercio cuando “las personas tuvieren estado, empleo o asimilación militar” (tercer parágrafo); en cambio, el consentimiento de la consumación de los hechos por parte de un miembro de alguno de los tres poderes o la usurpación de funciones acarrea prisión o reclusión perpetua, por envío al art. 215 del Código Penal; no necesitamos insistir en que la disposición desconoce el principio de proporcionalidad al valorar de modo más benigno el hecho consecuente que su núcleo generador.

El art. 36 de la Constitución iguala las sanciones para los autores del atentado y los sujetos activos de las dos modalidades y utiliza la misma vara para las condiciones que cancelan la punibilidad; desautoriza, así, el criterio seguido por la ley penal e impone una rectificación para el futuro.

### 3. Conclusiones.

El interrogante que planteamos en un comienzo acerca de eventuales cambios en la legislación penal como resultado de la incorporación del delito constitucional de atentado, tiene ya respuesta, aunque nuestras reflexiones deban ser calificadas sólo como prefacio de un análisis más profundo que deberá abordarse en el futuro.

a. El delito descrito por el art. 36 de la Constitución nacional es el denominado “atentado al orden constitucional”, aunque el texto no haya recogido este nombre; las dos modalidades son la usurpación de funciones y el consentimiento del atentado, variante esta última que se halla incluida dentro de la fórmula de la anterior.

---

16 Ricardo C. Nuñez, Derecho penal argentino, t. IV. Ed. Lerner, p. 320

17 El art. 215. Que prevé la traición calificada.

18 C.S. de la Nación, «La Ley», t. 82. P. 225.

b. La formulación del art. 36 actúa a modo de categoría genérica frente a las conductas del Código Penal previstas en el título X, aunque técnicamente encierra todos los componentes de un tipo penal.

**(p. 56)** c) La prelación de la norma constitucional obra como mandato sobre la legislación penal; la necesidad de la parificación de las penas para los autores del delito de atentado (art. 226) y los autores de la usurpación y el consentimiento (art. 227 bis) es una consecuencia insoslayable de este principio; del mismo modo, el tercer párrafo del art. 67 del Código Penal deberá contener la cláusula de imprescriptibilidad de la acción penal en sustitución de la actual, que suspende su curso.