2° Congreso Jóvenes Penalistas (Fac. de Derecho y Cs. Sociales, U.N.C)

Algunas consideraciones del art. 41 del Código Penal Argentino

Sumario: Homicidio agravado por el uso de un arma de fuego (Art. 41 bis del C. Penal). Naturaleza de la norma: Interpretación. Aplicación. Constitucionalidad. Implicancias prácticas.-

Autores:
- Abog. L. Iván Vocos Brouwer de Koning (Universidad Blas Pascal, Córdoba, Adscripto de Derecho Penal II, U.N.C)
- Abog. Pablo A. Daruich (Universidad Nacional de Córdoba, Adscripto Derecho Penal II, U.N.C)

Correo Electrónico: ivanvocos@hotmail.com ; pablo_daruich@hotmail.com

Introducción

La agravante genérica prevista en al Art. 41 bis del C.P. C. Penal, sistematizada en el Libro Primero, Título V - rubricado "Imputabilidad", agrava la cuantía de la pena cuando algún delito de nuestro código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego. La aplicación de esta norma por parte de los jueces a suscitado en reiteradas ocasiones diferencias interpretativas-conceptuales, razón por la cual fue abordada e interpretada de manera poco unánime, razón por la cual, continúan produciéndose dudas y contradicciones al momento de subsumir este artículo del Código a la amplia casuística existente por estos días en nuestros Tribunales. Es por ello que advertimos, en relación a la temática propiciada en el presente, la misma debe ser abordada con la profundidad que merece, advirtiendo que en la actualidad, ante el creciente clamor popular de seguridad social, se suceden apresuradas reformas legislativas tendientes al agravamiento de las penas como respuesta al vertiginoso aumento de criminalidad. Por tal motivo, y haciendo frente al avance irracional del derecho penal –fenómeno de inflación penal-, es que postulamos una interpretación de las normas que rescate los principios que informan un derecho penal propio de un Estado Constitucional de Derecho: sólo una agravante específica para cada delito particular puede introducir una circunstancia típica agravante con la precisión que la Constitución exige, adelantando de esta manera nuestra opinión al respecto.

El art. 41 bis de nuestro Código Penal reza*: "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.*

Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentra contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate."

El problema de la aplicación de este artículo del Código Penal se suscita a partir de lo establecido en su segundo párrafo en cuanto veda la utilización de la agravante en aquellos tipos penales en donde ya se contempla –como elemento constitutivo o calificante- la circunstancia de "violencia o intimidación de las personas mediante el empleo de un arma de fuego".

El interrogante que se ha tratado de responder desde la doctrina y la jurisprudencia, a propósito de esta circunstancia descripta en la norma penal, es si la agravante también alcanza a todos aquellos delitos calificados como violentos y que contengan en su tipo penal el empleo de un "arma" (en sentido amplio); en otras palabras: ¿Es posible agravar dos veces un delito por el empleo de un "arma"?

A nivel jurisprudencial se ha tratado de solucionar la cuestión, una buena parte de ella se inclina por determinar que no es legal la aplicación de la agravante genérica prevista en la norma del artículo 41 bis en aquellos delitos que ya conllevan como agravante especial el empleo de "armas". Si aplicáramos la agravante genérica a los delitos que contienen en su tipo penal el empleo de un “Arma”, como el previsto en el artículo 166, inc. 2º del Código Penal, implica una violación palmaria del principio constitucional del "non bis in idem" .

Sin embargo no son pocos los tribunales que han considerado que la norma contenida en el art. 41 bis del C.P., en aquellos tipos penales que ya contemplan, como figura agravada, el empleo de armas de fuego, es absolutamente válida.

Parte de la doctrina nacional sostiene la posibilidad de aplicar la agravante contenida en el artículo 41 bis del C.P. aún en los casos donde el tipo penal ya prevé una agravación de la pena por el empleo de un arma. Así, por ejemplo, se ha dicho que "cabe también consignar que respecto a la norma que nos ocupa también se plasma el principio de progresividad, puesto que la legislación así ordenada parte del tipo básico del robo, para transcurrir en orden

de identidad, por el robo con armas –en sentido general-, para finalizar en el robo con armas de fuego, siendo éste último un elemento objetivo del tipo que además se constituye en un elemento normativo por imperio de la reglamentación de la ley de armas y explosivos". También se ha sostenido que esta agravante genérica "impactará en los delitos en los que la ley califica el hecho por empleo de "arma" desde que esa noción deberá entenderse que actúa para el caso de empleo de arma blanca o de fuego utilizado impropiamente".

Víctor Félix Reinaldi sostiene, a modo de conclusión, que "la agravante del art. 41 bis es aplicable a los delitos que en sus formas básicas o calificadas requieren el empleo de un "arma" sin especificar que debe tratarse de un "arma de fuego", que el ordenamiento penal argentino distingue una de otra, considerando a esta última de mayor gravedad. Ello no importa hacer una doble valoración de una misma circunstancia violatoria del principio *non bis in idem* sino aplicar un orden de progresividad.

El inconveniente suscitado en relación al máximo legal de la especie

El primer problema de interpretación se suscita a partir de lo dispuesto en el final del párrafo primero del artículo 41 bis del C.P., en cuanto veda la aplicación del aumento de la pena cuando se superare "el máximo legal de la especie de pena que corresponda".

Y este inconveniente aparece en razón de que, como es sabido por todos, la cuestión de la determinación del tope máximo de la pena temporal de prisión o reclusión actualmente se encuentra totalmente controvertida. Por ello, según cuál sea la postura dogmática que se asuma se podrá tornar inoperante o no el aumento en un tercio del máximo que dispone la norma penal puesta en estudio. Veamos cuáles son las posibilidades.

La doctrina asentada en el fallo "Manfredi" (C.N.C.P., Sala III, "MANFREDI, Luis Alberto y otro s/recurso de casación", c. 3182, rta. el 8/8/01) ha determinado que a partir de la incorporación del artículo 227 ter a nuestro catálogo de fondo (y su juego armónico con el art. 235) el máximo legal de la especie de pena de prisión o reclusión ha superado los veinticinco años que tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia mantenían como tope para concursos y unificaciones de pena, llevándolo, en consecuencia, a los treinta y siete años y seis meses .

En esta inteligencia, no cabe duda de que, por ejemplo, para el caso de un homicidio simple –art. 79 del C.P.- cuya pena fuera agravada por lo dispuesto en el art. 41 bis, pueda

sostenerse que el máximo legal de la escala penal para ese delito, resultante del aumento de un tercio, sea de *treinta y tres años y cuatro meses de prisión o reclusión*.

De tal forma, el aumento dispuesto por el mencionado artículo 41 bis resulta ser operativo, a pesar de que con su utilización se viole, en forma flagrante, el principio de proporcionalidad de las penas.

Una de las incongruencias que trae aparejada la inclusión del artículo 41 bis está íntimamente relacionada con la aplicación del instituto de la "libertad condicional" que se encuentra regulado en el artículo 13 de nuestro catálogo de fondo. Dedicaré los párrafos siguientes a demostrar esta cuestión.

Ya se ha dejado asentado que para la tesis que aquí denominamos "amplia" la escala penal del artículo 79 del C.P., luego de aplicarle la agravante genérica del art. 41 bis, puede ser establecida en los *33 años y 4 meses de prisión o reclusión*.

Para los seguidores de esta postura, esa ampliación de la escala punitiva no vulnera el principio de la proporcionalidad de las penas. Con un simple ejemplo se demostrará que sí.

Si un sujeto es condenado con el máximo de la pena dispuesta para el delito de homicidio simple (agravada por el art. 41 bis) para obtener su libertad condicional deberá cumplir con los dos tercios de esa condena (art. 13 del C.P.), es decir: *22 años, 1 mes, y 10 días de reclusión o prisión*. Si cambiamos la perspectiva y ahora ese mismo sujeto es condenado a la pena de reclusión o prisión perpetua, por ser considerado autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por utilizar un medio idóneo para crear un peligro común –art. 80 inc. 5º del C.P.-, para lograr su libertad condicional deberá cumplir con *20 años de prisión o reclusión* (art. 13 del C.P.).

Como es fácil advertir, si seguimos a la postura "amplia" nos encontramos con que es más conveniente para una persona sujeta a proceso recibir una condena de reclusión o prisión perpetua por la comisión de un homicidio calificado (en donde para matar se utilizó un medio idóneo para crear un peligro común), que la que pueda recibir por un homicidio simple –con la agravación genérica contenida en el art. 41 bis-, pues estaría cumpliendo *2 años, 1 mes y 10 días menos de prisión o reclusión*.

Otro de los problemas que trae aparejada esta insólita incorporación al Código Penal de la agravante genérica que nos ocupa, se da cuando se debe conformar la escala penal en

hechos que merecen encuadrarse dentro de las previsiones típicas de los delitos de homicidio simple agravado por el uso de un "arma de fuego" –en grado de tentativa- y el homicidio calificado que también ha quedado en calidad de tentativa.

En este sentido se puede afirmar que de aplicarse el art. 41 bis del C.P. en estos casos, la tentativa de homicidio simple será más severamente penada que la tentativa de un homicidio calificado. Veamos por qué.

Como es sabido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 79 de nuestro código sustantivo el delito de homicidio simple se reprime con una pena que va desde los ocho hasta los veinticinco años de prisión o reclusión.

Por otra parte, existe consenso jurisprudencial en cuanto a que la reducción establecida en el artículo 44 se debe realizar disminuyendo un tercio del máximo y la mitad del mínimo, consecuentemente la escala penal del delito de tentativa de homicidio simple tendrá como mínimo cuatro años y como máximo dieciséis años y fracción de meses de prisión o reclusión.

Ahora bien, si esa tentativa de homicidio simple fuera cometida utilizando un "arma de fuego" esa primigenia escala deberá ser aumentada en un tercio del mínimo y del máximo, tal como lo dispone el art. 41 bis. Por lo tanto, la misma irá desde los *cinco años y cuatro meses hasta los veintidós años y fracción de meses de prisión o reclusión.*

En este segmento del análisis es donde comienzan a surgir los problemas pues de acuerdo a lo establecido en los párrafos segundo y tercero del art. 44 la tentativa de homicidio calificado no se puede castigar en su máximo, sino hasta *veinte años de reclusión o quince años de prisión*.

De tal manera, como ya se había adelantado, en el actual sistema de nuestro Código Penal –art. 41 bis- se castiga más severamente la tentativa de homicidio simple que la tentativa de homicidio calificado .

<u>La postura de la plena aplicabilidad del art. 41 bis del Código Penal</u> (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba)

Se advierte en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal provincial, en los autos “Nieto”, s. 74 del 27/08/03 TSJ, Sala Penal, a partir de la interposición de recurso de casación -por parte de la defensa del imputado- en contra de la sentencia de la Cámara Séptima del

Crimen por la que se declara a Nieto autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 45, 79 y 41 bis del CP).

En relación con la agravante, la postura defensiva expresó dos líneas de pensamiento: en primer lugar, sostuvo que el art. 41 bis “contiene una circunstancia agravante genérica, con incidencia en la magnitud de la escala penal, a la cual el a quo debe apelar luego de calificar legalmente la conducta, al momento de individualizar la pena en el caso concreto”, y que “dentro de esta escala penal reformada por la incidencia de la agravante general del 41 bis del CP, el juez conserva su arbitrio” (textual del fallo); en segundo lugar, que dicha agravante general no resulta aplicable al delito de homicidio (art. 79 del C.P.). En relación a esto último expresa que el empleo de un arma de fuego como medio homicida no indica una mayor peligrosidad del autor del hecho, lo cual constituye el fundamento para considerar a una circunstancia como agravante a los fines de mensurar la pena concreta a imponer al sujeto (art. 41 CP). Agrega que “no se advierte que el empleo del arma de fuego, cuyo destino es ser utilizada para la agresión y la defensa, entrañe en el homicidio una mayor lesión al bien jurídico vida –por la extensión del daño causado, por la indefensión de la víctima o la creación de un riesgo que trascienda la esfera individual– o una mayor culpabilidad en el autor, que pueda ser valorada como índice negativo en el juicio de peligrosidad, realizado por el tribunal, al momento de individualizar la sanción".

El primero de los argumentos es rechazado por el Tribunal Superior de Justicia, en el entendimiento de que la regla del 41 bis no es una mera agravante general, sino la incorporación de una modalidad típica de ejecución (uso de arma de fuego) para los delitos violentos que no la contemplan. Se menciona en el fallo que la exposición de motivos justifica la técnica legislativa adoptada, alegando que era imposible modificar cada delito y que la ubicación de la norma permitiría su mejor sistematización. Se agrega que las razones de política criminal expuestas en dicha exposición se relacionan con la prevención general negativa de la delincuencia armada.

En efecto, precisa el máximo tribunal provincial, que la regla del art. 41 bis genera un tipo delictivo que está en relación de especialidad sólo con los tipos penales que no incluyan el empleo de armas, y siempre que sean delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas como modalidad de ejecución típica. En virtud de ello, quedan excluidos del ámbito de aplicación del 41 bis los delitos no dolosos, los delitos dolosos que no exijan violencia o intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas.

Con respecto al segundo de los argumentos, esto es, el referido a la aplicabilidad de la agravante específicamente al delito de homicidio simple (art. 79 del CP), consideró el máximo tribunal que a su respecto no se dan los supuestos de exclusión referidos, pues se trata de un delito doloso cuya acción típica exige violencia en contra de la víctima, y no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego. Se agrega que esa circunstancia tampoco resulta contemplada por ninguna de sus figuras calificadas, sean agravadas o atenuadas (art. 80, y 81, pto. 1 inc. a. C.P.). Por lo demás, se citan los antecedentes parlamentarios que hacen referencia al delito de homicidio como destinatario principal de esta agravante. Se agrega, finalmente, que "además de las razones de política criminal del legislador, resulta claro que cuando el autor de este delito emplea un arma de fuego como medio violento, ello le brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto (Reinaldi, op. cit., págs. 90, 95 y 103)".

Finalmente, y en fallo posterior el Superior Tribunal reiteró estos argumentos referidos a la agravante genérica del art. 41 bis, pero refiriéndolos a la figura del robo con armas del art. 166 inc. 2, anterior a la reforma que incorpora la agravante del robo con armas de fuego; en este caso, a diferencia del delito de homicidio, el máximo tribunal consideró inaplicable la agravante. Contrariamente, en otros fallos juzgó aplicable, con idénticos fundamentos, la agravante del art. 41 bis al delito de homicidio con motivo u ocasión de robo (art. 165 del CP).

<u>Postura contraria a la aplicación de la norma contenida en el artículo 41 bis del C.P</u> (Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba)

La Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba, en autos "Arce", auto Nº 306 del 26/6/09 (Dr. Gabriel Pérez Barberá, Dr. Francisco Horacio Gilardoni (voto conjunto), Dr. Carlos Alberto Salazar (voto en minoría) resolvió declarar la inconstitucionalidad de la agravante contenida en el art. 41 bis del código penal, por violación del principio de legalidad en su derivado de prohibición de leyes indeterminadas.

De manera preliminar el fallo bajo análisis precisa que si bien el máximo tribunal de la provincia se ha expedido sobre la aplicabilidad de la agravante genérica del art. 41 bis al delito de homicidio, el análisis que se efectúa no implica un apartamiento de lo allí resuelto, por tratarse la constitucionalidad del instituto de una cuestión sobre lo que aquél no se ha expedido. Además, se aclara que, aun con la interpretación del TSJ (que la considera una

circunstancia típica calificante o agravante de distintos tipos penales y abarcada por el dolo) la norma resulta inconstitucional por violación del principio de legalidad y su mandato de lex certa. No obstante ello, advertimos que los argumentos brindados sobre la temática propuesta implica un claro alejamiento de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia.

Según el voto mayoritario de los vocales Pérez Barberá y Gilardoni, de la interpretación sistemática de los distintos tipos penales, partiendo de la figura de disparo de arma de fuego del art. 104 del código penal, se deriva la inaplicabilidad de la agravante genérica del art. 41 bis al homicidio (lo que se hace extensivo a las lesiones graves y gravísimas). Se argumenta que si el delito de disparo implica, obviamente, el uso de arma de fuego, y es subsidiario al homicidio y a las lesiones graves y gravísimas, no puede concluirse sino que estos delitos, en sus tipos básicos, incluyen implícitamente el uso de ese tipo de arma.

Esta es –según los autores del voto– una tesis tan plausible como la que, efectuando una interpretación literal de los distintos artículos en juego, concluye lo contrario: si el homicidio y las lesiones graves y gravísimas no prevén expresamente el uso de arma de fuego como medio comisivo, pues entonces es aplicable la agravante genérica del 41 bis (tesis de la aplicabilidad, sostenida por el Dr. Salazar en su voto en minoría y por el TSJ Cba.).

En efecto, la Cámara de Acusación se vale de una argumentación diferente para concluir que el homicidio simple prevée como medio comisivo el uso de armas de fuego, optando por un análisis sistemático de las normas que parte del delito del disparo de arma de fuego del art. 104 (análisis por el que se excluye también a las lesiones graves y gravísimas de la aplicación del 41 bis). La inconstitucionalidad, en este caso, deviene no de la violación del principio de prohibición de doble valoración (transgresión implícita en la tesis de la inaplicabilidad adoptada por la cámara), sino de la falta de certeza de la agravante genérica por admitir interpretaciones igualmente razonables en pro y en contra de su aplicabilidad al homicidio y las lesiones.

Vale decir, que a diferencia de otros antecedentes jurisprudenciales, se centra en sólo una línea argumentativa para sostener la inaplicabilidad del 41 bis, que es el análisis sistemático de las normas a partir del art. 104 del CP (a diferencia del tribunal de Tierra del Fuego en autos “Vidal Yánez” del 5/11/03 y en “Fernández “ del 16/6/04 , por caso, que excediendo el tratamiento de la presente investigación, brinda varias razones para llegar a esa conclusión). Esa tesis de la inaplicabilidad es contrapuesta a la posición del Tribunal Superior

de Justicia de la Provincia de Córdoba, consideradas ambas plausibles, y de tal confrontación se deriva el carácter insalvablemente dudoso o incierto de la norma.

Así, mientras la Cámara de Acusación –por mayoría– considera "dificultosa" la determinación de los tipos penales a los que se aplica la agravante, el TSJ, en cambio, brinda claros criterios en base a los que considera, en definitiva, claramente aplicable la agravante al delito de homicidio, por encuadrarse esta figura típica en aquellos (se trata de un delito doloso, con violencia contra las personas, y no contempla el uso de arma).

Conclusión:

La postura que se expone en el voto mayoritario del fallo de la Cámara de Acusación, según nuestro parecer, es la que prima por ser dogmáticamente correcta.

Entendemos que la agravante genérica del 41 bis del C.P no es claramente aplicable al delito de homicidio; y no lo es, porque de una interpretación lógica y sistemática de las normas en juego se deduce que esta figura típica (y otras que no han sido contempladas en esta oportunidad) prevén el uso de arma de fuego como medio comisivo, afectándose así la prohibición de la doble valoración de una conducta bajo exámen (que es, precisamente, lo que intenta evitar el segundo párrafo del art. 41 bis).

En consecuencia, frente a dos tesis razonables sobre la aplicabilidad de la agravante, necesariamente se concluye que la extensión del 41 bis no es clara, precisa y determinada en el sentido en que lo exige el principio de determinación o de máxima taxatividad de la ley penal. Por ello, la inconstitucionalidad por violación del principio de legalidad surge de manera manifiesta, indiscutible e inevitable.

La falta de precisión del art. 41 bis se debe a la inadecuada técnica legislativa adoptada: el recurso a una agravante genérica. Con tal método no se enlaza o vincula de modo suficientemente estrecho la descripción de la agravante con el núcleo del tipo de la parte especial. La ley penal debe circunscribirse y bastarse a sí misma en la descripción de una conducta punible, sin requerir la intervención posterior del juez para la determinación exacta de lo punible, citando al prestigioso profesor Roxin.

En síntesis, se considera que toda agravante genérica implica una insuficiente determinación legal del hecho punible por la falta de una ligazón precisa entre agravante y tipicidad, afectando de esa forma el principio de determinación derivado del principio de legalidad. En otras palabras, una calificante genérica es incompatible con el principio de legalidad; sólo las agravantes específicas para cada delito en particular respetan la exigencia constitucional.

Bibliografía:

-BACIGALUPO, enrique “Principios Constitucionales del Derecho Penal” Ed. Hammurabi, Bs. As.

- BALCARCE, Fabián I., *“Armas, municiones y materiales peligrosos en el Código Penal (art. 189 bis”)*, Lerner, Córdoba, 2004, p. 76

- CREUS, Carlos *“Derecho penal, Parte especial”, Buenos Aires,1999, Ed. Astrea, t. II*

- CREUS, Carlos-BUOMPADRE,Jorge Eduardo *penal, Parte especial”, Buenos Aires,2007, Ed. Astrea, t. I*

- LAJE ANAYA, Justo-LAJE ROS, Cristóbal, "*Notas al Código Penal Argentino. Reformas 2000-2006"*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006.

- NÚÑEZ, Ricardo C., *“Derecho Penal Argentino”*, Lerner, Córdoba, 1971, t. VI

- REINALDI, Víctor F., *“Delincuencia armada”*, 2ª edición ampliada y actualizada, Mediterránea, Córdoba, 2004

-SANCINETTI, Marcelo “Derecho Penal-Blumberg”, y critica la falta de sistematización y racionalidad de las reformas (op. cit., p. 232).

-SANCINETTI, Marcelo A., Casos de Derecho penal. Parte general, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 233.

- ZAFFARONI, Eugenio R., Manual de derecho penal. Parte general, 6ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 137; Zaffaroni, Eugenio E. - Aliaga, Alejandro - Slokar, Alejandro, Derecho penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 112 y 113.