

Las agravantes estipuladas en los artículos 41 bis y 41 quater del CP
¿deben ser aplicadas conjuntamente?

Sebastián Leonetti[2]

“... que un criminal haya de ser castigado se sigue de su culpabilidad, y la severidad del castigo apropiado dependerá de la depravación de su acto...” [1]

El trabajo intenta exponer algunas reflexiones tendientes a justificar la aplicación conjunta de las agravantes del artículo 41 bis y 41 quater del Código Penal (lo intentaré pese al notable hecho de que me encuentro en franca minoría). En resumidas cuentas, trataré de sostener que, para el caso de que un mayor de 18 años cometa un delito haciendo uso de un arma de fuego y con la intervención de un menor de 18 años, la pena prevista para el delito base debe ser aumentada desde el monto original dos veces: una por la verificación del empleo de un arma de fuego, y otra por la verificación de la participación de un menor dentro de marco fáctico del delito de base. Si bien en la práctica judicial existe la posibilidad de que se llegue a la misma cuantía de pena aplicando lo que llamaré la teoría del concurso ideal, también existe la posibilidad de que se imponga una pena que se encuentre por debajo del mínimo legal para el caso de que se verifiquen las dos agravantes.

Para iniciar entiendo pertinente traer a colación un trabajo de Raul Elhart[3], quien planteó que la pregunta inicial se resuelve desde dos posiciones: por un lado, lo que él llamó 1- *La postura de la solución acumulativa* y, por otro lado, 2- *La posición del concurso ideal que entiende que las agravantes del art. 41 bis y 41 quater, cuando confluyen, conforman un concurso ideal.*

En su conclusión esgrimió que la *“... primera entiende que son acumulativas las agravantes sobre la escala penal. Es decir, que debe aumentarse dos tercios del mínimo (y dos tercios del máximo) de la escala correspondiente al tipo penal base. La fortaleza de esta posición se encuentra en que es el legislador el que tasó cuánto vale la agravante: tanto en el supuesto del 41 bis, como en el del 41 quater, el legislador determinó una magnitud para cada una de ellas consistente en un tercio del mínimo de la escala penal del tipo legal que se trate ...”*[4]. Me apoyaré en esta conclusión, ya que entiendo que posee la capacidad de revelar de la mejor manera posible la cuestión de estas agravantes genéricas.

Transcribiré las normas en cuestión:

ARTICULO 41 bis – Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

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

ARTICULO 41 quater – Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

Gabriel Bombini, al tratar el artículo 41bis CP sostiene que se trata *“... de una circunstancia de determinación prevista como factor general de agravamiento de la cuantificación punitiva por la mediación de violencia o intimidación contra las personas a través del empleo de arma de fuego...”* y que *“... los fundamentos esgrimidos en el debate parlamentario se centraron en la mayor protección de la vida y la integridad física frente al mayor poder vulnerante del arma...”*[5], por lo que entiende que el arma *“... deber ser utilizada en la comisión del hecho entre el comienzo de su ejecución y su consumación...”*[6].

En atención a lo anterior, puedo concluir que lo que se requiere es la verificación de los siguientes elementos para tornar operativa el agravante: 1- violencia o intimidación; 2- el arma debe ser utilizada contra las personas; 3- la utilización del arma haya generado un riesgo real y efectivo respecto de la vida o la integridad física. Sin estos requerimientos el agravante genérico no ingresa al juego típico de subsunción.

Lo que parece estar detrás de la implementación del agravante del 41 bis, es lisa y llanamente, penar más “fuertemente” todas las acciones delictuales con el uso de arma de fuego. En este sentido, sea que el tipo penal prevea específicamente el uso de arma de fuego (lo que excluye la aplicación del agravante del 41 bis del CP[7]) o por la aplicación del 41 bis CP, el uso de arma de fuego siempre agrava al tipo de base[8].

En relación a la agravante del 41 quater del CP, Bombini refiere que los “... fundamentos de introducción de esta norma se centraron en el mayor reproche de aquellos que utilizan a menores de edad para cometer a través de ellos, diversas conductas delictivas, y beneficiarse de su impunidad. Simultáneamente, de este modo se ha pretendido proteger a los jóvenes y niños de esa inserción en el despliegue de una conducta criminal...”[9].

Para tornar operativa este agravante, y al igual que en el caso anterior, se requiere que se den ciertas condiciones: 1- la utilización específica por parte del mayor de edad del menor de 18 años; 2- que el mayor de edad conozca la edad del menor.

Estas breves consideraciones me permiten concluir que cada una de las agravantes analizadas responde a ciertos intereses. Así, la primera está relacionada directamente con la forma en que se lleva a cabo el delito de base, esto es, se pune más gravemente la utilización del arma de fuego por el aumento de riesgo que implica para la vida o la integridad física. Como se mencionó, la finalidad del legislador es desalentar la comisión de cualquier delito con el uso de armas de fuego mediante el agravamiento genérico de la pena[10].

Ingresado a la otra agravante, los intereses del legislador no están dirigidos solo a la modalidad de la comisión del delito de base. En este sentido, la norma sanciona más gravemente al adulto (+18) que utilice a un menor (-18) para deslindar responsabilidad penal a sabiendas que el menor tiene un régimen penal privilegiado (L 22.278) o bien para directamente aprovecharse de la concurrencia del menor como coautor para facilitar la concreción del delito de base[11].

La jurisprudencia ha dicho que “... la norma sólo exige para su aplicación la “intervención” de un menor de edad, término que debe entenderse en el sentido amplio de participación pues el Título 7 del Libro Primero del mismo código así lo entiende atento al contenido de los artículos 45 y 46 allí incluido. Por otra parte, no surge del texto del artículo en trato la exigencia de que el mayor haya utilizado como instrumento al menor o que de alguna manera lo haya coaccionado pues acciones tales como “se valiere”, “sirviere” o “determinare” que aparecían en los proyectos legislativos, no se plasmaron finalmente en el texto que se aprobará...”[12].

La norma tiene otra finalidad: evitar que los mayores introduzcan a los menores de edad en conductas delictivas, cancelando el daño que implica(ría) para el desarrollo de los jóvenes en su proyecto de vida. En otras palabras, se busca evitar que los menores de edad tomen, desde temprana edad, la senda delictiva[13].

En resumidas cuentas, las normas tienen objetivos comunes (tienden a la concreción del resultado lesivo) y dispares (vinculados con la protección de los menores).

Acá es donde encuentro la forma de resolver la pregunta inicial inclinándome por la forma acumulativa. Trataré de justificar mi intuición en los párrafos siguientes, para ello ahondaré en cuestiones relacionadas con el disvalor de acción (y de resultado), las teorías de los concursos, el principio de culpabilidad, entre otras cuestiones.

Considero que, a esta altura de la dogmática penal, está fuera de discusión que tanto el disvalor de acción como el disvalor de resultado deben ser atemperados al momento de analizar la cuestión típica y fundamentalmente al momento de establecer las penas en cada caso en concreto.

En este sentido, Daniel Rafecas, luego de hacer una extensa y fundamentada exposición sostiene que lo que “... resulta inadmisibles, es la pretensión (...) de conformar un injusto penal tan solo con disvalor de resultado, dejando así de lado el disvalor de acción, lo cual llevaría a la mera atribución de resultados lesivos más allá de la voluntad del autor...”[14]; y agrega que “... no hay injusto, sino se satisfacen todas las exigencias positivas (propias de la tipicidad) y negativas (propias de antijuridicidad), por un lado, y si no existe en el caso, un mínimo de disvalor de resultado, así como también de disvalor de acción, ambos componentes indispensables para completar todo el disvalor de injusto...”[15].

En el entendimiento que las normas penales están dirigidas a motivar la conducta humana[16], es importante reconocer que en toda acción típica existe al menos: 1- una acción que haya provocado un resultado lesivo o la puesta en peligro respecto de un bien jurídico y, 2 - una conducta que, básicamente, se contradice con la normativa vigente y consecuentemente debe ser sancionada[17].

Si bien existen diferentes enfoques para explicar en qué consiste el disvalor de acción, solo haré una breve referencia al aclamado autor Marcelo Sancinetti, quien, en resumidísimas cuentas, expresa que “... *el valor social objetivo de aquello que se quiere proteger mediante la disuasión, como requisito de legitimación política del derecho penal, no impone ninguna consecuencia necesaria con relación al carácter constitutivo del disvalor de resultado...*”[18].

A grandes rasgos, este autor entiende que lo relevante en última instancia no es el resultado lesivo de la acción emprendida (el cual podrá tener cierta incidencia), sino la actitud antinormativa que se aprecia detrás de la acción del sujeto activo[19].

Como mencioné antes, las agravantes de los artículos 41 bis y 41 quater responden en su fundamentación tanto a cuestiones similares (relacionadas con la modalidad del hecho) como dispares (relacionadas con la protección de los menores). Esto implica que el legislador mediante la sanción de estas agravantes intenta *disuadir* al mayor de edad al menos en tres sentidos posibles: 1- usar armas de fuego en la comisión de un delito; 2- cometer delitos con la intervención de menores de edad; y 3- introducir a menores de edad en conductas delictivas.

La tercera de las finalidades no está dirigida a la protección de la vida o integridad física o a evitar el beneficio que acarrea encarar una acción criminal con el concurso de personas; por el contrario, su inclusión en el digesto penal encuentra razón de ser en proteger a los menores de edad. Es decir, y como ya fue expresado, se busca prevenir - mediante el agravamiento de la escala del delito de base - que los mayores “perviertan” a los menores de edad encaminándolos en el sendero delictual.

Ingresaré ahora a desagregar qué se entiende como agravante, y cómo este concepto opera en la esfera de la tipicidad. En el uso común del lenguaje agravar es “...*hacer algo más grave o molesto de lo que era...*”[20]. Es decir, casi como una verdad de perogrullo, lo buscado por el legislador nacional es precisamente imponer penas más severas a quienes cometan delitos agravados. Las conductas agravadas son, valga la redundancia, más graves que las conductas simples (tanto en el aspecto del disvalor de resultado como en relación al disvalor de acción).

Rusconi explica que las agravantes (y las atenuantes) forman “... *parte también del tipo objetivo, y con ello del alcance del dolo, aquellas circunstancias que el legislador ha tomado en cuenta para estipular relaciones de especialidad, que agravan o atenúan la pena, y que implican una definición expresa de una subclase, más específica, que forma parte del grupo básico pero que implican una situación, por ese mismo dato, más grave o más leve...*”[21].

Patricia Ziffer, quien dedicó mucho de su obra a dar fundamentos sólidos relativos a la determinación de las penas, revela que la “... *individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura mínima es “aplicación del derecho”. Esto significa que su corrección deber ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deber ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica...*”[22].

En este sendero, se sostiene que el “... *al art. 41 CP señala que se tendrán en cuenta para la determinación de la pena la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados (...) el injusto personal se manifiesta en la pena porque se le reconoce la agente un mínimo de autodeterminación o, lo que es lo mismo, una motivación dentro de un espacio de decisión en la situación concreta del hecho. Esta culpabilidad por el acto es la base de toda cuantificación penal, y como su fundamento radica en la valoración de ese ámbito de amplitud motivacional, no hay cuantificación posible sin un mínimo de autodeterminación...*”[23].

A los fines de este trabajo, y por su capital incidencia en el mismo, la inclusión del término culpabilidad merece un apartado.

Siempre dentro del análisis escalonado de la teoría del delito la culpabilidad es analizada luego de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad y es entendida “...*como un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de autodeterminación con que actuó. De ello se sigue el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación y que no*

puede hacerse en medida que supere su ámbito de autodeterminación ...”[24]. En otras palabras, la culpabilidad puede ser caracterizada como el nexo existente entre el individuo y su hecho típico.

No puede perderse de vista que la culpabilidad tiene una doble dimensión: 1- actúa como el presupuesto central de la posibilidad de aplicación de la pena, y 2- actúa en el marco de la individualización de la sanción a imponer. Vale decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad[25].

En este sentido, Rafecas es contundente al exponer que “... *ningún otro concepto está tan estrechamente ligado a la pena como el de culpabilidad: (...) se requiere aquí de una sintonía fina que asegure la armonía interna entre ambas cuestiones, máxime cuando (...) partimos de una fundamentación del castigo penal que se basa, precisamente, en la retribución del injusto en la medida de la culpabilidad del autor...*”[26].

Con todo lo anterior, estoy en condiciones de afirmar que la acción de introducir armas de fuego - en todos los delitos - y menores de edad en la empresa delictiva conlleva un gran disvalor de resultado y de acción. Lo que impacta de manera decisiva al momento de mensurar la culpabilidad y, por ende, en la pena a imponer en el caso concreto.

Otro aspecto relevante a analizar es el tema de los concursos. La doctrina más tradicional manifiesta que al autor que cometió un delito le corresponde una pena, y que solo cuando el sujeto realiza más de un delito puede merecer más de una pena^[27]. Y agrega que puede ocurrir que una conducta encuadre en más de un tipo penal, pero esa situación no autoriza a afirmar que el sujeto cometió varios hechos punibles pues, si sólo realizó una acción, no se le puede imputar más de un delito^[28].

Si bien sobre este particular se podría escribir largo y tendido, lo cierto es que alcanza con mencionar que: 1- si una conducta encuadra en más de un tipo penal por esta sola circunstancia no pasa a ser más de un delito, 2- cuando hay varias conductas que caen dentro del mismo o diferentes tipos penales habrá varios delitos. Conforme a estos principios, el Código Penal distingue claramente la solución que corresponde para los casos en que haya que penar varios delitos, lo que se llama concurso real, y la que corresponde al caso en que una conducta (un delito) resulta típica de varios tipos penales que se llama concurso ideal (porque concurren varios tipos en una misma conducta)^[29].

En esta línea, el problema fundamental consiste establecer cuándo debe valorarse lo actuado como una única conducta y cuándo como una pluralidad de conductas^[30].

Lo decisivo para que haya un concurso ideal es que exista una unidad de conducta y que la conducta controvierta varias normas penales^[31]. Maximiliano Rusconi haciendo gala del famoso adagio “... *lo bueno si es breve, dos veces bueno...*” concluye en que habrá “... *concurso ideal de delitos cuando una sola acción haya quebrantado más de una vez la ley penal, y concurso real cuando más de una acción hayan quebrantado más de una vez la ley penal...*”, y en que se “... *presenta un concurso ideal de delitos cuando el autor realiza a través de una sola acción (...) más de un tipo penal o incluso, el mismo tipo penal más de una vez...*”[32].

Estas consideraciones aportan lo necesario para preguntarse: ¿un mayor que comete un delito con un arma de fuego y la concurrencia de un menor realiza una acción o varias acciones? La respuesta es que comete una sola acción, no existe otra forma - o al menos yo no la advierto - de ver la cuestión.

Entonces: ¿cómo funciona las agravantes en este caso? ¿por qué se las debe tratar como un concurso ideal como aconseja la doctrina o la jurisprudencia, si lesiona un mismo y único tipo penal de base? Incluso, y llegando un poco más lejos, lo cierto es que a un mayor de edad que comete un delito en cuya tipificación ya esté contemplada el arma de fuego acompañado por un menor de edad si se le aplica el agravante del 41 quater[33]. Entonces: ¿por qué no aplicar la misma lógica, si en lo fáctico se verifican los dos presupuestos (arma de fuego y menor)?

Veamos un fallo de la Casación Penal Bonaerense.

“... Al instituir una escala penal más gravosa para los supuestos en que medien las circunstancias aludidas en los arts. 41 bis y quater del CP, la ley traslada tales circunstancias al nivel típico, como elementos objetivos, operando entonces como calificantes genéricas que incorporan a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades. Se trata de normas que proyectan sus efectos a una pluralidad de figuras delictivas previstas en la parte especial del código.

En el caso, ambas agravantes genéricas se relacionan con una única conducta humana, encuadrable en la figura penal del art. 165 del CP, sin que ninguna de ellas reclame exclusividad o desplace a la otra. Se genera entonces un concurso ideal entre un homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 165 y 41bis del CP) y un homicidio en ocasión de robo agravado por la intervención de menores de dieciocho años de edad (art. 165 y 41 quater del C.P.). Y en estos casos la ley penal vigente recurre al principio de absorción para determinar cuál será la escala penal aplicable (art. 54 del CP), contemplando la aplicación de sólo una de las escalas de las figuras que concurren (la mayor), y cuando el concurso ideal es entre delitos de igual pena no hay razones para abandonar ese principio y, respetando la prohibición de acumulación punitiva para el caso de ese tipo de concurso, deberá aplicarse sólo una de las escalas penales en juego.

Las agravantes en juego relevan dos circunstancias diferentes que agravan una única conducta típica, por lo que la manera de vincularlas es a través del art. 54 del CP que dispone aplicar en estos casos sólo la pena mayor, lo que deriva, en este caso, en el aumento de sólo un tercio del mínimo y del máximo, debiendo ponderarse la concurrencia de esa doble agravación recién para la individualización judicial de la pena, en el marco de los arts. 40 y 41 del CP.

Entonces, en función de la hermenéutica postulada y del juego armónico de los arts. 41 bis, 41 quáter, 54 y 165, todos del Código Penal, la escala penal dentro de la cual corresponderá calibrar la respuesta punitiva en el caso que nos ocupa tiene como mínimo la pena de 13 años y 4 meses de prisión y, como máximo, la pena de 33 años y 4 meses de prisión, mientras que aquella agravante genérica que no ingresa en el proceso aumentativo de la escala podrá ser computada como una circunstancia severizante en los términos de los artículos 40 y 41 del C.P...”[34].

En esta transcripción están los argumentos centrales para resolver la cuestión como si se tratará con un concurso ideal. Su punto de apoyo - según mi comprensión - está en la siguiente frase: *Se genera entonces un concurso ideal entre un homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 165 y 41bis del CP) y un homicidio en ocasión de robo agravado por la intervención de menores de dieciocho años de edad (art. 165 y 41 quater del C.P.).*

Esta forma de ver la cuestión es la que entiendo al menos problemática.

Siguiendo la idea rectora que las agravantes pasan a formar parte del tipo objetivo[35], lo cierto es que la acción típica del delito de base ahora está compuesta por un tipo penal básico al cual se le adicionan “todas” las circunstancias que lo agravan que sean conocidas por el sujeto activo. En este sentido, se sustenta en doctrina que “... el conocimiento debe recaer sobre todos los elementos del tipo objetivo - incluidas las circunstancias agravantes- y debe darse en el momento de la comisión del hecho...”[36]. Es decir, siempre estamos frente a la misma y única acción en lo que respecta a un tipo penal ahora agravado.

Ejemplos de esto pueden observarse en la forma en que se resuelven los homicidios agravados del artículo 80 del Código Penal. Es usual encontrar en la práctica jurídica calificaciones como las siguientes: homicidio doblemente agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía[37] cuando el caso presenta un único fallecido. Esto responde a que no parece sensato efectuar la siguiente calificación legal ante un solo fallecido: homicidio agravado por alevosía (CP 80 inciso 2) en concurso ideal con homicidio agravado por el concurso premeditado de personas (CP 80 inciso 6). En estos casos, según entiendo, hay claramente una única acción que termina con la vida de una persona y esa única acción lesiva es doblemente calificada en vista de su disvalor de resultado y por su disvalor de acción[38].

Lo mismo ocurre por caso con el delito de robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y banda y por ser vehículo dejado en la vía pública (CP 167 inciso 2 e inciso 4 en relación al 163 inciso 6). Nuevamente hay una única acción que se agrava doblemente. No hay ningún tipo de concurso, ni ideal, ni real.

Reitero la pregunta: ¿un mayor que comete un delito con un arma de fuego y la concurrencia de un menor realiza una acción o varias acciones? Claramente una acción. Ahora bien, si esto es así, debería suceder lo mismo que en los casos antes referidos en los supuestos en que un mayor de edad con un arma de fuego y, además, con la concurrencia de un menor de edad cometa cualquier delito de base.

Las razones para responder de la manera propuesta son producto de la conjunción de la teoría de los concursos (antes explicada), la idea de que los agravantes integran el tipo objetivo (ya referenciada) y el principio de culpabilidad como baremo para la imposición de pena.

En el caso de la Casación Bonaerense traído a colación el delito de base es homicidio en ocasión de robo. Esa es la figura de base a la cual se le “adiciona” el agravante del 41 bis o, siguiendo el razonamiento de los jueces, el agravante del 41 quater “... *Las agravantes en juego relevan dos circunstancias diferentes*

que agravan una única conducta típica por lo que la manera de vincularlas es a través del art. 54 del CP que dispone aplicar en estos casos sólo la pena mayor...”

El artículo 54 del CP expresa simplemente que: *Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.*

Según mi parecer, al estar en presencia de un único hecho, de una única conducta en términos fácticos y normativos, o de un único delito de base, la cuestión debe ser zanjada de la siguiente manera: delito de base (homicidio en ocasión de robo, por ejemplo) doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por la intervención de un menor. En apoyo de esto, puedo afirmar que el tipo penal ya no es simplemente el delito de base, es, ante la verificación de las agravantes, un tipo penal compuesto por “todas” las circunstancias agravantes conocidas por el autor que agravan el tipo penal (en el caso que no compete la existencia de arma de fuego y la presencia de un menor)[39]. Dicho de otro modo: un único tipo penal doblemente agravado por la “conurrencia conjunta” de dos agravantes distintas (con finalidades distintas) que representan cada una de ellas un disvalor de acción y de resultado mayor respecto del delito de base. Reitero, si es una es *una única conducta típica*, y los agravantes forman parte del núcleo típico, no hay razones para tratar el caso como un concurso ideal.

Las siguientes suposiciones fácticas entiendo que darán claridad a mi exposición:

1- al sujeto que comete un delito de base (homicidio en ocasión de robo, por caso) sin arma de fuego y sin la participación de un menor de edad, la escala punitiva comienza con el mínimo establecido en el tipo penal (10 años en nuestro ejemplo).

2- al sujeto que comete un delito de base (homicidio en ocasión de robo, por caso) con arma de fuego y sin la participación de un menor de edad, la escala punitiva comienza con el mínimo establecido en el tipo penal más un tercio (13 años y 3 meses en nuestro ejemplo).

3- al sujeto que comete un delito de base (homicidio en ocasión de robo, por caso) sin arma de fuego y con la participación de un menor de edad, la escala punitiva comienza con el mínimo establecido en el tipo penal más un tercio (13 años y 3 meses en nuestro ejemplo).

4- al sujeto que comete un delito de base (homicidio en ocasión de robo, por caso) con arma de fuego y con la participación de un menor de edad, la escala punitiva comienza con el mínimo establecido en el tipo penal más la suma sobre el mínimo de un tercio por cada agravante (16 años y 6 meses en nuestro ejemplo).

Como se puede observar de los supuestos analizados el aumento de las escalas penales responde en cada caso a cuestiones objetivas específicamente legisladas vinculadas con la verificación o no de las agravantes que están normativizadas justamente para agravar la escala punitiva del delito de base[40].

Cabría preguntarse: ¿por qué el sujeto del punto 4 es merecedor de la misma escala penal (en abstracto) que los sujetos de los puntos 2 y 3 cuando claramente su acción típica resulta demostrativa de un mayor disvalor de acción y de resultado?; o ¿por qué el sujeto del punto 4 es merecedor de la misma escala penal (en abstracto) que los sujetos de los puntos 2 y 3 cuando claramente su culpabilidad en comparación con la de los sujetos 2 y 3 es más reprochable?

No hay razones normativas (ni de ningún tipo) para hacer esa diferencia sin violentar la idea rectora de que los agravantes “conocidos por el autor” integran el tipo penal en caso de su verificación; o la idea de que estamos frente a una sola acción en términos fácticos y normativos que lesiona un único tipo penal doblemente agravado, o el derecho penal de acto que implica que el castigo penal es la retribución del injusto en la medida de la culpabilidad del autor.

Para concluir, y resumiendo los argumentos esgrimidos, entiendo que la pregunta inicial debe ser contestada afirmativamente. Esto es, para el caso de que se verifique las agravantes del 41 bis y de 41 quater debe modificarse la escala penal prevista para el delito dos veces (siempre partiendo de la escala del delito de base), ya que: 1- no se dan los requisitos del concurso ideal, 2- porque existen razones vinculadas a cómo funciona la tipicidad de las agravantes y 3- porque existen razones vinculadas con el principio de culpabilidad y su íntima relación con la individualización de la pena, la que no es una cuestión exclusiva de la discrecionalidad del juez, sino que es aplicación del derecho vigente.

Bibliografía

Elhart, Raúl <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/03/doctrina47456.pdf>

Fellini, Zulita. La problemática penal juvenil, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

Rafecas, Daniel. Derecho Penal sobre bases Constitucionales. Segunda edición. Didot. Buenos Aires. 2021.

Rawls, John. “Dos conceptos de reglas”. En Teoría sobre la ética a cargo de Philippa Foot. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición en español 1974. México. Traducción el español de Manuel Arbolí.

Righi, Esteban. Derecho Penal. El delito. El proceso y la pena. Hammurabi. 2005. Buenos Aires.

Riquert, Marcelo. Código Penal de la Nación comentado y anotado. Comentario a cargo de Gabriel Bombini. Buenos Aires 2018.

Rusconi, Maximiliano. Derecho Penal parte general. Ad-Hoc. 2007. Buenos Aires.

Rusconi, Maximiliano. Elementos de la Parte General del Derecho Penal. Hammurabi. 2024. Tercera edición. Buenos Aires.

Sancinetti, Marcelo. Teoría del Delito y disvalor de acción. Cuarta edición. Hammurabi. Buenos Aires. 2022.

Silva Sánchez, Jesús-María. Normas y acciones en Derecho Penal. Hammurabi. Buenos Aires. 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, EDIAR. 2005. Buenos Aires.

Ziffer, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Ad-Hoc. 2013. Segunda edición. Buenos Aires.

Notas

- [1] John Rawls “Dos conceptos de reglas”. En Teoría sobre la ética a cargo de Philippa Foot. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición en español 1974. México. Traducción el español de Manuel Arbolí. Página 212
- [2] Abogado egresado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Mar del Plata por la Facultad de Derecho. Docente adscripto de la mencionada casa de estudio. Funcionario del Poder Judicial de la Provincia de Buenos. Agradezco a mis compañeros y compañeras del Juzgado en el que trabajo, a mis compañeros y compañeras de Cátedra, a Eugenio Camadro y a Carla Jara Martínez.
- [3] <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/03/doctrina47456.pdf>
- [4] Raul Elhart texto mencionado.
- [5] Código Penal de la Nación comentado y anotado. Director Marcelo Riquert. Comentario a cargo de Gabriel Bombini. Buenos Aires 2018. Erreius. Página 298.
- [6] Bombini en la obra ya citada. Página 298.
- [7] Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate (41 bis segundo párrafo CP).
- [8] En esta línea de pensamiento se enrola la Suprema Corte de Justicia Bonaerense en la Causa P. 109.952 al sostener que “...comprobada la utilización de violencia o intimidación en las personas por el uso de armas de fuego, resulta procedente la aplicación de dicha agravante genérica respecto del art. 79 del citado cuerpo normativo, pues el ilícito contra la vida en su figura básica -de eso se trata en el caso- no contempla como parte constitutiva, ni mucho menos calificante, los dos elementos propios de dicha norma. La aplicación de dicha agravante, como lo señala el recurrente, se encuentra justificada en el sistema normativo por la mayor contundencia y poder de vulnerabilidad sobre las víctimas que se ejerce mediante las armas de fuego...”.
- [9] Bombini obra ya citada. Página 313.
- [10] Por eso se obtura la posibilidad de su aplicabilidad en los casos en que el tipo penal ya prevea dentro de su descripción típica la utilización de un arma de fuego.
- [11] Aquí caben las mismas conclusiones por las que se sanciona más gravemente un delito con la intervención de varios sujetos que el delito cometido en soledad, ya que la concreción del resultado es más factible con la intervención múltiple.
- [12] Sala III del Tribunal de Casación Penal, Causa 96232. Criterio convalidado por la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, Causa N° P. 111.446.
- [13] Todo el sistema de justicia penal juvenil tiene como nota particular procurar evitar el contacto de los menores con el sistema penal y, llegado el caso de que los menores tengan contacto con el sistema penal, se tiende a evitar que este contacto sea prolongado en el tiempo. También se establece que el contacto que el sistema penal tenga como finalidad brindar las herramientas necesarias al joven para que salga de la senda delictiva (CIDN). “...Se entiende por principio de especialidad el conjunto de políticas, normas y

procedimientos relativos al funcionamiento de la justicia juvenil, teniendo en cuenta las condiciones de un sujeto en desarrollo...” (Zulita Fellini, La problemática penal juvenil, Buenos Aires, Hammurabi, 2019. Página 253).

[14] Daniel Rafecas. Derecho Penal sobre bases Constitucionales. Segunda edición. Didot. Buenos Aires. 2021. Página 323.

[15] Daniel Rafecas, obra citada. Página 592.

[16] Presupuesto que entiendo necesario para poder sostener la existencia del Derecho Penal. Sobre este tema el texto de Daniel Rafecas es por demás esclarecedor. En el mismo sentido, Jesús-María Silva Sánchez. Normas y acciones en Derecho Penal. Hammurabi. Buenos Aires. 2003.

[17] Jesús-María Silva Sánchez. Normas y acciones en Derecho Penal. Hammurabi. Buenos Aires. 2003. Este autor en la nota 39 de la página 31 refiere que lo “...específico de la pena sería entonces, el modo en que esta produce la estabilización; pero paradójicamente, tal especificidad radica en la forma expresiva de la pena en cuanto a la gravedad de lo realizado (dimensión simbólica) y en la causación de un daño mayor a quien lo realizó (dimensión cognitiva) ...”.

[18] Marcelo Sancinetti. Teoría del Delito y disvalor de acción. Cuarta edición. Hammurabi. Buenos Aires. 2022. Página 99.

[19] Esta asunción conceptual trae aparejadas consecuencias relevantes en la relación a los distintos institutos de la tentativa. Tobías Schleider publicó un muy interesante trabajo de tesis sobre este punto llamado Acción y resultado (Didot. 2011).

[20] <https://dle.rae.es/agravar>. Diccionario de la lengua española. Vigésima primera edición.

[21] Maximiliano Rusconi, Derecho Penal parte general. Ad-Hoc. 2007. Buenos Aires. Página 233.

[22] Patricia Ziffer, Lineamientos de la determinación de la pena. Ad-Hoc. 2013. Segunda edición. Buenos Aires. Página 97.

[23] Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, EDIAR. 2005. Buenos Aires. Página 769-770.

[24] Eugenio Raúl Zaffaroni, obra citada. Página 508.

[25] Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Causa N° 12.911 (Jueces CARRAL - BORINSKY) 28/04/2011.

[26] Daniel Rafecas, obra citada. Página 593. Con cita de Roxin expresa que se afirma la culpabilidad cuando el autor “... estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, y (aún) le eran psíquicamente asequibles “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma ...”.

[27] Esteban Righi. Derecho Penal. El delito. El proceso y la pena. Hammurabi. 2005. Buenos Aires. Página 321.

[28] Esteban Righi, obra citada. Página 322.

[29] Zaffaroni, obra citada. Página 669.

[30] Zaffaroni, obra citada. Página 670.

[31] Zaffaroni, obra citada. Página 678.

[32] Maximiliano Rusconi. Elementos de la Parte General del Derecho Penal. Hammurabi. 2024. Tercera edición. Buenos Aires. Página 181.

[33] Pensemos en un robo agravado por el uso de arma (CP 166).

[34] Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores María Florencia Budiño y Carlos Ángel Natiello, Sala Quinta, causa 112.403.

[35] Algo que parece estar fuera de discusión. “... el tipo penal es una construcción que realiza el intérprete sobre la base de lo descrito en la ley, mientras que la tipicidad es la subsunción de una conducta en el marco de esa descripción...”. Maximiliano Rusconi Elementos de la parte general del Derecho Penal. Página 89.

[36] Maximiliano Rusconi. Elementos de la Parte General del Derecho Penal. Hammurabi. 2024. Tercera edición. Buenos Aires. Página 113.

[37] Causa 629 (registro interno n° 8488) del Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Dolores. Calificación que a la postre se modificó en la instancia de Casación quitando el agravante de alevosía por su inexistencia en el caso (causa 123.510 Sala Segunda Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires).

[38] Es importante aclarar que soy consciente de que en estos casos no habrá consecuencias al momento de la determinación de la pena por estar frente a supuestos de penas indivisibles, pero este no es el punto que intento demostrar.

[39] De la misma manera que un parricidio o un femicidio no es un homicidio simple.

[40] Como se dijo en el comienzo, en la práctica judicial existe la posibilidad de que se llegue a la misma cuantía de pena aplicando la pena que surge del concurso ideal y la posibilidad de que se imponga una pena que se encuentre por debajo del mínimo legal legislado para el caso de que se verifiquen las dos agravantes. El tópico de este trabajo es remarcar esta incongruencia.