



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

NUEVO DICTAMEN SOBRE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 41 BIS EN RELACIÓN A LA FIGURA DEL ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS –ART. 166 INC. 2º CONF. REDACCIÓN ANTERIOR A LA LEY 25.882.-

Causa P. 94.194, caratulada “S. A. M. S/ Recurso de Casación” - Dictamen suscripto por la Doctora María del Carmen Falbo el 13 de diciembre de 2007.

FUNDAMENTOS: se reafirma la postura de esta Procuración General en torno a la aplicabilidad del artículo 41 bis del Código Penal en los casos de robo agravado por el uso de arma (artículo 166 inc. 2º de dicho cuerpo legal, texto anterior a la ley 25.882). Se adicionan al antiguo dictamen como fundamentos para sostener el remedio traído por la Sra. Fiscal de Casación Adjunta, los antecedentes parlamentarios de la ley 25.297 y, asimismo, se cuestionan diversos aspectos de la sentencia casatoria en crisis.



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

"S. A. M. S/ Recurso de Casación"

P. 94.194

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA:

La Sala II del Tribunal de Casación Penal casó parcialmente la sentencia de grado y modificó el monto de pena impuesto, al declarar la inaplicabilidad del artículo 41 bis del Código Penal en el caso, por lo que condenó a S. A. M. a seis años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable del delito de robo agravado por el uso de armas (texto anterior a la ley 25.882). Artículos 448, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal (v. fs. 42/51 vta.).

Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la señora Fiscal Adjunto por ante el Tribunal de Casación (v. fs. 62/67 vta.).

Denuncia la inobservancia del artículo 41 bis del Código Penal.

En lo sustancial, la impugnante afirma que lo previsto en aquella norma constituye una agravante calificativa genérica que se aplica a los tipos penales que requieren como medio comisivo violencia o intimidación contra las personas, siendo un elemento objetivo de carácter normativo del tipo calificado. Asimismo agregó que el sentido de la agravante radica en la mayor indefensión del bien, la mayor intimidación sufrida por parte de la víctima y el mayor peligro corrido por ésta con un objeto como un arma de fuego.

Continúa manifestando la quejosa que del propio Código Penal surge la relación de género a especie (refiriéndose a la aplicación de la norma en cuestión para supuestos como el previsto por el artículo 166 inc. 2 del mismo cuerpo normativo) en cuanto al concepto de arma, pudiendo ser éstas en sentido lato (armas blancas e impropias) y las de fuego propiamente dichas y que cuando el legislador quiso sancionar específicamente el uso de este tipo de objetos lo hizo.

Advierte que la interpretación de la norma bajo análisis que hace el tribunal casatorio, importa tornar inaplicable el artículo 41 bis de la ley fonal para aquellas figuras delictivas que contuvieran como elemento constitutivo o calificante el uso de un arma.

Finalmente, aduce que no resulta eficaz para resistir la interpretación propiciada, el argumento sentencial que sostiene que el segundo párrafo del artículo 41 bis del Código Penal resultaría operativo sólo respecto de la figura prevista en el artículo 104 del Código de fondo. En ese sentido, señala que: "En primer lugar, porque resultando aplicables las disposiciones de la Parte general del CP, por imperio del artículo 4, a los delitos previstos en leyes especiales, en tanto no dispusiesen lo contrario, es evidente que el ámbito de aplicación de la regla de excepción no se agota, ni podría agotarse, en la figura del abuso de armas"; para luego continuar manifestando que: "En segundo lugar, porque el razonamiento contenido en el fallo que impugno y en el cual se sustenta la referida exclusión, resulta lógicamente inválido, toda vez



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

que incurre en una falacia de ambigüedad ('falacia de composición', cfr. Copi, I., Introducción a la lógica, Eudeba, Buenos Aires, 1986, pág. 82) al pretender que resulta aplicable al género 'armas', la limitación o exclusión que el segundo párrafo del artículo 41 bis del CP, prevé para la especie 'armas de fuego'" (v fs. 66).

He de propiciar el sostenimiento del remedio extraordinario traído.

I. En el presente caso, el encasillamiento legal adoptado (robo agravado por el uso de armas, que arriba firme a esta instancia extraordinaria) se rige por el texto del artículo 166 inciso 2º del Código Penal, según ley 20.642. Ello así, en razón que la modificación introducida a esa normativa por la ley 25.882 no resulta ser más benigna (artículo 2 del Código Penal), al haberse acreditado en autos la aptitud para el disparo tanto del arma como de las municiones secuestradas (v. fs. 36/37 del expediente principal).

En este contexto, la queja debe prosperar pues, a criterio de esta Procuración General, el agravamiento de la sanción que prevé el artículo 41 bis del código sustantivo es de aplicación respecto de todos aquellos ilícitos que no pre-vean como requisito típico, específico y concreto el uso de violencia o intimidación con armas de fuego.

En la controversia, al encasillarse el evento dentro de las previsiones del artículo 166 inciso 2º del Código Penal, según texto anterior a la ley 25.882, no hay obstáculo constitucional ni legal alguno para la aplicación de la agravante general del artículo 41 bis; ya que el tipo aplicable sólo refiere la utilización de armas como modo específico de ejercer violencia o intimidación, pero en ningún momento exige para su configuración que el adminículo sea uno de aquellos catalogados como de fuego.

No resulta un dato menor advertir, en este sentido, que cada vez que el legislador quiso referirse concretamente a algún tipo especial de armas, como podrían ser las de fuego, lo hizo con total claridad, tal como sucede por ejemplo en la ley 24.192 relativa a la violencia en espectáculos públicos y, sin ir más lejos, también en la reciente reforma introducida por la ya mencionada ley 25.882.

Pero en el caso del artículo 166 inciso segundo según redacción anterior a la ley 25.882, es claro que la circunstancia de que se usare o no un arma de fuego no aparecía contemplada como constitutiva o agravante del tipo, al punto que, en ese marco, era enteramente válido y posible ponderar esa particularidad no contenida en la configuración de la ilicitud como pauta agravante de la pena en el marco de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Desde la promulgación de la ley 25.297 y hasta la vigencia de la ley 25.882, en cambio, aquella agravante genérica que antes sólo era invocable para la determinación judicial de la pena, pasó a tener relevancia típica mediante el dispositivo general del artículo 41 bis de la ley fonal que, de algún modo, vino a tornar obligatorio y uniforme aquel incremento del monto punitivo.



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

No es posible entonces afirmar, como lo ha hecho el Tribunal "a quo", que el artículo 166 inc. 2º ya contemplaba como circunstancia agravante el uso de armas de fuego y mucho menos que el segundo párrafo del artículo 41 bis del Código Penal tiene por virtualidad excluir la agravante del primer párrafo en el caso del robo con ese tipo de adminículo. Ello así, pues de esa manera –y como luego se desarrollará– no sólo se desconoce la letra de la ley sino que, además, se incurre en la autocontradicción de asignar a dos disposiciones idénticas en su extensión conceptual dos alcances diametralmente opuestos.

II. Para clarificar la postura que se sustenta, resulta ilustrativo acudir a los fundamentos dados por el legislador al momento de sancionar la norma bajo análisis.

En primer lugar, cabe destacar que uno de los antecedentes de la ley 25.297 fue un proyecto del Senador Jorge Yoma, en el que se proponía una escala legal de siete a diecisiete años cuando en los casos del artículo 166 inciso 2º del Código Penal (texto anterior a la ley 25.882) el robo se cometiere con un arma idónea para producir la muerte o las lesiones previstas en los artículos 90 y 91 de la ley fonal (ver Antecedentes Parlamentarios 2001-A, pag. 180); proyecto que fue dejado de lado no porque los legisladores que concurrieron a sancionar la ley 25.297 no compartieran su inspiración sino, antes bien, porque se estimó que esta última sustituía y ampliaba el criterio que animaba esa propuesta de reforma.

En segundo término, también resultan reveladores de la voluntad del legislador, en cuanto a la aplicación de la mencionada agravante a los casos de robo con arma, los fundamentos dados por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara Baja, integrada por los diputados Guillermo Aramburu, Dámaso Larraburu, Arnaldo Estrada, José Cafferata Nores, Nilda Garré, entre otros.

Allí se sostuvo que se observaba con gran preocupación los "Tiroteos, asaltos con rehenes y muertes violentas, robos violentos contra casas y otros que también alcanzaron a políticos y jueces" (v. Antecedentes Parlamentarios 2001-A, pág. 164), así como que la iniciativa presentada debía ser acompañada por una "batería de medidas" entre las que se incluía el aumento de "la pena mínima de robo con armas de fuego, para lograr una mayor severidad en los casos de tentativa..." (v. ob. cit., pág. 165).

También se expuso que "... los últimos años muestran una tendencia creciente de delitos cometidos en el conurbano bonaerense, en particular robos con armas de fuego y homicidios como consecuencia del robo" (v. ob. cit., pág 165/166).

Similares argumentos pueden encontrarse en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del Senado de la Nación, que actuara en la ocasión como cámara revisora. Allí se expuso, entre otras consideraciones, que: "Basta con leer o mirar las noticias para darnos cuenta de la situación en que vivimos, todos los argentinos. La sociedad no tiene paz, no pueden disfrutar de las calles por el miedo que les da al salir y que sean víctimas de un robo y que su vida cambie radicalmente (...) Las palabras tiroteos, asaltos, muertes violentas,



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

rehenes ya son de uso común y cotidianos”; para culminar sosteniendo que: “Es sabido que el modus operandi de los delincuentes se lleva a cabo con el uso de armas de fuego y por ello es que tenemos que atacar esta metodología delictiva para que la vida y la integridad física estén más protegidas y los que cometen estos hechos estén en las cárceles, por ello incrementamos la reacción penal en el caso de que estos hechos estén realizados con armas” (v. ob. cit., pág. 179/180).

III. Asimismo, a la hora de debatir la sanción de la ley 25.882, también los dichos del legislador resultan reveladores de la intención del mismo al momento de sancionar la ley 25.297. En esos debates, el mismo cuerpo deliberativo manifestó con meridiana claridad que el artículo 41 bis del Código de fondo había sido erróneamente interpretado por la jurisprudencia dominante, en el sentido que no se aplicaba al robo con armas y que dicha ley sería una especie de norma interpretativa de la anterior.

En relación al punto, en el mensaje del Poder Ejecutivo por el cual se presentaba el proyecto de ley de mención, se adujo que: “Así, se indicó que, frente a la decisión clara del legislador de agravar las penas en aquellos delitos que se cometan mediante intimidación o violencia contra las personas con la utilización de armas de fuego -y no cualquier arma- la norma introducida por la Ley Nº 25.297 resulta aplicable a todos los casos en que esté contemplado el uso de armas genéricamente. La cadena progresiva, en el caso de robo, partiría entonces del tipo básico del artículo 164, para avanzar luego al robo con armas en sentido general, finalizando en el robo con armas de fuego...”; concluyendo luego que: “En tales condiciones, la modificación que este proyecto propone como segundo párrafo del artículo 166, inciso 2º del Código Penal, sigue la letra del artículo 41 bis hoy vigente y resuelve definitivamente la controversia. De esta manera se ratifica el criterio progresivo para las agravantes del robo, quedando expresamente establecido que el uso de un arma de fuego implica una escala penal más severa que la aparejada por la utilización de cualquier otro tipo de arma...” (v. Antecedentes Parlamentarios 2004-A, pag. 816).

En esa línea de pensamiento, aparecen los dichos del diputado Fayad al producirse los debates en la Cámara Baja del Honorable Congreso de la Nación. Allí expuso que: “Lo que intenta este proyecto, según el mensaje del Poder Ejecutivo, es aclarar definitivamente una controversia para que este artículo funcione armónicamente con lo reglado por el artículo 41 bis del Código Penal, que establece un agravante genérico cuando se utilizan armas de fuego (...) Creo que tal como se expresa en el mensaje elevado por el Poder Ejecutivo, y así lo tomó el Senado, el objetivo es que funcionen estos dos artículos en forma armoniosa, lo que no ha sido lamentablemente la interpretación que la jurisprudencia ha tenido, que no fue coincidente” (v. ob. cit., pág 841/842).



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

IV. Tampoco resulta desdeñable considerar algunos extremos que trae consigo la sentencia en crisis, tal como cuando en ella se dice que del segundo párrafo de la norma bajo análisis: "resulta la exclusión de su ámbito de aplicación de los tipos que como el art. 166 inc. 2º, permiten incluir en la agravante la violencia o intimidación con un arma de fuego". Dicha argumentación soslaya que la mentada disposición se refiere a la circunstancia descripta en el párrafo primero, es decir, violencia o intimidación contra las personas mediante el uso de un arma de fuego, circunstancia que el propio fallo se encarga de precisar que no es igual sino distinta a la contenida en el artículo 166 inciso 2º de la ley fondal. Dichas afirmaciones, en el contexto expuesto, aparecerían como autocontradictorias, pues asignan a un idéntico texto legal (el de los párrafos primero y segundo del artículo 41 bis, en tanto el segundo remite llanamente al primero) alcances totalmente diferentes y hasta opuestos.

V. También resulta criticable el argumento si se quiere "cuantitativo" del Tribunal "a quo", según el cual la excepción del segundo párrafo de la normativa analizada, si se atiende al criterio sostenido por el órgano juzgador de grado, sólo acabaría siendo operativa respecto del tipo penal contenido en el artículo 104 del Código de fondo.

En ese aspecto, cabe observar, por un lado, que las disposiciones legales de la parte general del Código Penal tienden a dotar de coherencia y armonía al sistema y que, de ese modo, tienen pleno sentido y razón de ser por fuera de la cantidad de supuestos a los que se puedan aplicar.

Como segunda cuestión, resulta necesario destacar que los supuestos contemplados en la parte especial del mencionado cuerpo legal pueden variar – y de hecho lo hacen- de modo tal que surjan, a partir de dichos cambios, nuevos casos de aplicación del segundo párrafo del artículo 41 bis. Sin ir más lejos, es lo que ha sucedido con la sanción de la ley 25.882 que, ahora, impide la aplicación del artículo 41 bis también en los robos cometidos con el uso de armas de fuego.

Asimismo, se comparte con la recurrente que, por imperio del artículo 4 del Código Penal, la aplicación de la mentada regla de excepción se extiende también a los delitos previstos en leyes especiales, por lo que los supuestos de operatividad de la misma no se agota en el Código Penal ni con la figura del abuso de armas.

En ese sentido, resultan reveladoras las palabras del Senador Pardo en el debate de la ley que introdujo la norma analizada. Allí, el nombrado sostuvo que: "... es nuestra responsabilidad dejar bien en claro que el artículo que se pretende introducir también agrava los delitos cuando fuesen cometidos con armas de fuego en las tipificaciones de las leyes especiales...", para luego proponer una modificación al proyecto original de modo tal que no quedasen dudas de la aplicación de la norma a dichas leyes especiales. A continuación expuso que: "Si la urgencia en la sanción de esta ley no permite esta modificación (...) propongo que se deje constancia de la



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

voluntad del legislador de alcanzar su aplicación a los delitos estipulados en las leyes especiales..." (v. Antecedentes Parlamentarios, 2001-A, pág. 186). Si bien la modificación no fue aceptada, el Presidente de la Cámara Alta dejó en claro que: "De todos modos, quedan sus palabras como fuente de interpretación del derecho" (v. ob. cit., pág. 187).

Surge entonces, con meridiana claridad y como ya fuera expuesto, que el alcance de la regla de excepción contenida en el artículo 41 bis del Código Penal se extiende también -en su aplicación excluyente de agravación- a toda ley penal especial en las que se contemple, como elemento constitutivo o severizante de sanción, el uso de un arma de fuego.

Y en ese marco, si esta línea argumental fuese válida, ya no se trataría de un único supuesto de operatividad de la excluyente.

VI. Tampoco se comparte la idea de que el alcance que se postula en el recurso- y que aquí se acompaña- torne superfluo e innecesario el precepto del segundo párrafo del artículo 41 bis. Ello así, toda vez que de no existir el mismo, bien podría interpretarse que mediante la introducción del primer párrafo la voluntad del legislador fue introducir un incremento general de penas, aún en los casos en que el uso de violencia o intimidación con armas de fuego se encontrara ya prevista como circunstancia constitutiva o calificante del delito, sin que pueda afirmarse que, de ese modo, se violenta la prohibición de doble punición.

VII. Por último, cabe realizar una aclaración respecto de lo que aparece como el fundamento central de la sentencia atacada. Allí se expresa que "... no puede abrigarse ninguna duda respecto de que la calificante del apoderamiento ilegítimo violento contenida en el artículo 166 inciso 2º incluye dentro del género 'arma' la especie 'arma de fuego'" (v. fs. 48).

Si bien es cierto que el concepto genérico incluye al específico, la ley no hace referencia en el segundo párrafo a esa "relación de inclusión" pues, de ese modo, la agravante terminaría por ser inaplicable en todos los casos, en tanto no hay hecho alguno que deje de ser delito por la circunstancia de que se emplee violencia o intimidación con armas de fuego o, lo que es igual, no hay figura delictiva alguna que no incluya dentro del concepto genérico de violencia o intimidación, como modo posible de comisión, la que se ejerce específicamente con armas de fuego.

En ese sentido, resulta claro que el artículo 166 inciso 2º de la ley fundal incluía dentro de su descripción típica a los robos cometidos con armas de fuego, pero, lo que es para el caso determinante, no "relevaba" esta última particularidad como circunstancia constitutiva o agravante de la tipicidad. La diferencia entre "incluir" y "relevar" o "contemplar" como constitutiva del tipo o severizante de sanción puede advertirse claramente comparando la anterior y la novedosa redacción de la norma arriba citada.

En consecuencia, y por fuera de las consideraciones que pudieran hacerse en torno a la



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

conveniencia u oportunidad de la decisión legislativa en crisis, lo cierto es que tanto el sentido literal del artículo 41 bis como la lectura de sus antecedentes parlamentarios y los de la ley 25.882, que de algún modo es interpretativa de la 25.297, imponen el acogimiento del recurso y la parcial modificación de la sentencia atacada.

Por lo expuesto, considero que V.E. debe acoger el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por la señora Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación y revocar la sentencia atacada, restableciendo la sanción punitiva originariamente impuesta al imputado de autos (artículo 496 primer párrafo del Código Procesal Penal).

Tal es mi dictamen.

La Plata, de diciembre de 2007.

MARÍA DEL CARMEN FALBO

**PROCURADORA GENERAL
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA PROVINCIA DE BS AS**