

Crítica a la pura (sin) razón legislativa El nuevo art. 41 bis del Código Penal.

Ernesto Ferreira

Alumno de la Especialización en
Derecho Penal y Criminología*
Trabajo Final de Política Criminal

I. Introducción

En este trabajo abordaré el análisis de este nuevo artículo que fue incorporado al Código Penal por la ley 25.297 desde distintas perspectivas, a los efectos de detectar sus posibles falencias, con el objetivo de construir directivas político-criminales que por un lado, apunten a desentrañar su sentido y, por otro, suministren criterios que permitan justificar interpretaciones que puedan asignársele, como también para dar las razones que sustentarán una posible reforma al precepto o, bien, su lisa y llana derogación.

En una primera etapa enunciaré problemas político criminales vinculados con:

- a) el modo en que se construyó y justificó la norma en el ámbito legislativo.
- b) las deficiencias que presenta el texto vigente en relación con las características de los lenguajes naturales.
- c) especial énfasis intentaré desplegar en la exploración de posibles inconsistencias valorativas e irracionalidades que, en mi criterio, podrían derivarse de la inclusión de esta norma en el Código Penal, en el marco de un proceso de hiperinflación legislativa que ha reincidido en sancionar leyes análogas a la que aquí se estudia¹.

*Trabajo escrito con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.882 que modificara el art. 166 inc. 2º del C. Penal y de la ley 25.886 que modificara el art. 189 bis del C. Penal (N. de la R.).

¹ Ley 25.742 Sancionada: Junio 4 de 2003. Promulgada: Junio 19 de 2003. Publicada en B.O. 22/09/03.

ARTICULO 1º — Incorpórase como último párrafo del artículo 23 del Código Penal, el siguiente texto:

‘En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima.’

ARTICULO 2º — Incorpórase como artículo 41 ter del Código Penal, el siguiente:

‘Artículo 41 ter: Las escalas penales previstas en los artículos 142 bis y 170 de este Código **podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento.**

En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho (8) a quince (15) años.

d) reseñaré las diversas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias de las que ha sido objeto la norma en cuestión, comparando –entonces- los objetivos propuestos por los promotores de la norma y su incidencia real en el sistema jurídico vigente.

Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen.'

ARTICULO 3º — Sustitúyese el artículo 142 bis del Código Penal, por el siguiente:

'Artículo 142 bis: Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. **Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.**

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad.'

ARTICULO 4º — Sustitúyese el artículo 170 del Código Penal, por el siguiente:

'Artículo 170: Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. **Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.**

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad.'

ARTICULO 5º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

(Todos los destacados me pertenecen)

Ley. 25.767 –CODIGO PENAL. Modificación. Delitos. Intervención de menores de edad. Escala Penal: Incremento respecto de los mayores que hubieren participado.

Sancionada: Agosto 6 de 2003

Promulgada de Hecho: Agosto 29 de 2003

Publicación en el B.O.: 01/09/2003

ARTICULO 1º: Incorpórase como artículo 41 quater del Código Penal el siguiente:

Artículo 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 hubieran participado en el mismo**".

ARTICULO 2º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

(El destacado me pertenece).

En una segunda fase, sugeriré senderos interpretativos alternativos ante la incontrastable realidad de que el art. 41 bis del C.P. se encuentra vigente y es aplicado (o no) por los operadores jurídicos en los casos que se presentan cotidianamente. Intentaré evidenciar ventajas e inconvenientes de cada una de ellas.

Por último, seleccionaré la solución que considero más adecuada y postularé, en subsidio, otras que se pretende se erijan en directivas político-criminales en la interpretación y aplicación o desaplicación de esta norma, brindando las razones que las sustentan.

II Discusión, construcción y justificación del art. 41 bis en el Congreso Nacional.

Liminarmente, creo adecuado destacar que la transcripción textual de muchos pasajes de los fundamentos de la ley y de la discusión suscitada en el Senado de la Nación en torno al proyecto se justifica en el marco de este trabajo en cuenta de que, una de las hipótesis que pretendo demostrar es que el nuevo art. 41 bis del C.P. es uno de los ejemplos, no el único claro, del modo –irresponsable y casi azaroso- en que ven la luz las modificaciones al Código Penal durante estos últimos años.²

Como el título escogido para este trabajo lo indica, tal vez adelantando el sentido crítico de las reflexiones por venir, estimo que las razones explicitadas por los miembros proponentes del proyecto de ley en la discusión parlamentaria en ambas Cámaras del Congreso Nacional, como también el texto que –en definitiva- se aprobó, presenta serias objeciones desde distintas perspectivas.

Iniciaré el análisis de la cuestión compulsando los distintos proyectos que, sobre el tema, se barajaron en el Congreso de la Nación en el transcurso del trámite parlamentario que culminó en la sanción y promulgación de la ley 25.297.

Empero, será imprescindible –antes de ahondar en los vericuetos legislativos- dar cuenta del estado actual del vínculo siempre sinuoso entre la Política Criminal y la Dogmática Penal.

Se ha dicho, tal vez con excesivo optimismo, que: “...En primer lugar, la caída del muro que separa la dogmática de la política criminal, impone a la primera el carácter de ciencia práctica, la cual no puede, por tanto, desatender los datos que la realidad le aporta a la hora de construir el sistema categorial y conceptual del delito. En segundo lugar, la noción de pena y del Derecho Penal como un medio para satisfacer determinados objetivos

² “La continuidad democrática finisecular exhibe de ese modo una proliferación legislativa que transfiere responsabilidades a un Poder Judicial jaqueado por esta proliferación, la conflictividad social creciente, la ausencia de recursos y la incredulidad pública”, Domenech, Ernesto “Innovación y Política Criminal”, Anales de la Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P. Tomo XXXIII, pág. 111.

materiales obliga a una permanente labor de comprobación del cumplimiento efectivo de los mismos, así como a una atención a eventuales consecuencias no previstas o asumidas normativamente...”³.

Por otra parte, asumiendo la ambigüedad de la expresión “Política Criminal”⁴ e, instrumentalmente, asignándole el alcance semántico de resultar “un conjunto de directivas que emanan de un campo complejo”, una de tales directivas se vincula con el modo de interpretar un texto legal punitivo, a saber, el art. 41 bis del C.P., en cuenta de la selección, en el proceso de criminalización primaria, de bienes jurídicamente tutelables.

Comenzaremos entonces, por reseñar el modo en que la ley 25.297 se gestó.

Este abordaje inicial creo que se encuentra justificado si advertimos que: “...la politicidad de la ley es una cuestión obvia que, como todas las cuestiones obvias muchas veces suele ser difícil de percibir. Sin embargo los modos de producción de las leyes involucran a dos de los poderes del Estado –el Legislativo y el Ejecutivo- y los modos de validación de las leyes –la declaración de su constitucionalidad o inconstitucionalidad genérica o para el caso- y de su interpretación, al Poder Judicial. Las leyes penales, en especial, evidencian su importancia política y el poder que implican cuando la CN veda la iniciativa popular como forma de instituir las”⁵.

El proyecto de ley tuvo su inicio en la Cámara de Diputados de la Nación, bajo el Expediente N° 1763-D-1999.

Inicialmente, el texto propuesto era el siguiente: “Art. 41 bis. Cuando la violencia o intimidación contra las personas previstas en este Código para el delito o su agravamiento se produjeren mediante el empleo de armas de fuego, la escala penal se agravará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que éste pueda exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate”. Suscribían el proyecto los diputados Nilda Garré, Guillermo Aramburu, José Cafferata Nores, Melchor Cruchaga y Marcelo Vensentini.

Entonces, en virtud del objeto de este trabajo, creo conveniente citar textualmente algunos de los fundamentos esgrimidos por los legisladores que impulsaron el proyecto.

Así, consta en “Antecedentes Parlamentarios”⁶ que se pretendió justificar el proyecto en los siguientes términos:

³ Guirao, Rafael Alcacer, “Facticidad y Normatividad en derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica”. NDP. T. 1999-B, Ed. Del Puerto. Sección Doctrina. Bs. As. Pág. 389.

⁴ Tal como lo explica el Dr. Domenech en la Síntesis N° 1 “Política Criminal”. Publicación de la Secretaría de Posgrado. Págs. 4/5.

⁵ Domenech, Ernesto “Síntesis...”, op. cit., págs. 1/2.

⁶ T. 2001-A-L.L. Bs. As. 2001, págs. 161 y ssgtes. Deseo aclarar que la larga cita se justifica en virtud de que, ya en la génesis de la ley, se aprecian una serie de falacias no formales en los razonamientos de los intervinientes en el proceso legislativo, que puntualmente intentaremos demostrar, que creo que evidencian que –con ese basamento argumental- nada provechoso podía surgir en la consagración de ese texto al nivel de una norma penal.

“La sociedad reclama por vivir en paz y que las personas y sus bienes sean respetados. Quiere disfrutar de costumbres que humanizan la vida: salir a caminar, pasear por las calles, conversar con los vecinos, confiar en los otros. Por ello la inseguridad figura en las encuestas especializadas como una de las principales preocupaciones de la ciudadanía”.

En este primer párrafo creo que aparecen claras señales de alarma en relación con el modo en que se fija la agenda político-parlamentaria, desde que es evidente que la alusión a palabras con fuerte contenido emotivo como “paz” e “inseguridad” por citar sólo las más emblemáticas, inscriben el abordaje del problema en términos de un escenario bélico⁷. Y, como colofón, aparecen ignotas encuestas que vienen a darle actualidad, mérito y conveniencia al proyecto, con lo que –rápidamente- se pretende esgrimir el “clamor popular” como ariete convictivo, incurriendo en una clara falacia no formal de atinencia⁸ que Irving Copi denomina “argumentum ad populum” y que se define como “...el intento de ganar el asentimiento popular para una conclusión despertando las pasiones y el entusiasmo de la multitud. Es un recurso favorito del propagandista, del demagogo y del que pasa avisos. Enfrentado con la tarea de movilizar los sentimientos del público a favor o en contra de una medida determinada, el propagandista evitará el laborioso proceso de recurrir y presentar pruebas y argumentos racionales y recurrirá a los métodos más breves del argumentum ad populum...Pero la aceptación popular de una actitud no demuestra que sea razonable; el uso difundido de un producto no demuestra que éste sea satisfactorio; **el asentimiento general a una opinión no demuestra que sea verdadera...**”⁹ (lo destacado me pertenece).

“Observamos con gran preocupación las noticias de la última semana:

1. Tiroteos, asaltos con rehenes y muertes violentas, robos violentos contra casas y otros que también alcanzaron a políticos y jueces.

2. Convocatorias a consejos de seguridad tanto en el orden federal como en algunos provinciales.

3. Contradicción entre los funcionarios que manejan la información estadística sobre la criminalidad, ya que algunos dicen que los delitos crecen mientras que otros señalan tendencias decrecientes en el último año.”

“Todo esto acrecienta la confusión y la angustia de la ciudadanía”.

“La “ola de delitos” que denuncian los medios masivos de comunicación no deja a nadie al margen, nos involucra a todos, nos angustia y nos desespera por diferentes

⁷ Esta reflexión estimo que es atinente a todos los fundamentos expuestos en el trámite parlamentario que aluden a esta problemática.

⁸ Las falacias de atinencia se caracterizan, según Copi, porque las premisas de los razonamientos carecen de atinencia lógica con respecto a sus conclusiones y, por ende, son incapaces de establecer su verdad.

intereses y motivaciones. El más legítimo de estos intereses es la necesidad de vivir en paz, de convivir pacíficamente. Esto es lo que guía a la mayoría de la sociedad que pide “seguridad ya”. En contraste con esta legítima pretensión está el más espurio de los intereses que es, simple y llanamente, ganar votos a costa de mentir, crear falsas expectativas, frustrar y provocar más violencia. Es alarmante que un intendente bonaerense que lanza su candidatura a gobernador de la provincia de Buenos Aires con apoyo del presidente de la Nación declare que algunos delincuentes tengan que ir a buscar los derechos humanos a Costa Rica (ver “Clarín” 11.4.99, página 37 en “Textuales”). En la Argentina se puede y se debe combatir el delito sin necesidad de apartarse del orden legal.”

Este párrafo ahonda el escozor. Parecería que el fundamento empírico del proyecto son “las noticias de la última semana”, asumiendo –sin cuestionamiento alguno- que ello “acrecienta la confusión y la angustia”. Lo que no queda claro –en mi modo de ver- en el razonamiento de los proponentes es si, tales efectos en la psiquis social son el resultado de los hechos que se relatan en los “mass media” o si –por el contrario- deben atribuirse al modo en que se transmiten las noticias. Víctor Irurzun y Liliana Rivas nos alertan en cuanto a que “...los medios manipulan la opinión pública –respondiendo a intereses privados, intereses de grupos económicos o políticos- que deforman la realidad creando expectativas distorsionadas y generando descreimiento en el sistema penal...”. Aluden también a que los “mass media” resultan instrumentos de control social informal que: “...alientan una construcción social de la criminalidad destinada a perpetuar relaciones de poder y su manejo frente a otros problemas sociales. Así, a través de las llamadas “campañas de ley y orden” se obtiene consenso para la creación y aplicación de leyes cada vez más represivas que responden a cuestiones coyunturales que no pueden ser resueltas desde el marco punitivo. A través de un trato parcial y altamente emocional del aumento de la delincuencia se genera una “cultura del miedo” que agrava el sentimiento de inseguridad ciudadana mucho más allá del real incremento de la violencia criminal... La comunicación es una instancia de control social. Los medios de comunicación de masas realizan un control selectivo respecto de los estratos sociales más vulnerables y refuerzan las desigualdades sociales a través de una construcción subjetiva de la criminalidad que moldea la percepción social del fenómeno, condicionando la reacción social”.¹⁰

Parecería que esta disquisición poco importa, pues –inmediatamente- se alude a un adversario político al que –bien o mal- se denosta, con lo que los proyectistas se

⁹ Copi, Irving M., “Introducción a la lógica”, Ed. Universitaria de Bs. As., págs. 89/91.

¹⁰ Irurzun, Víctor J. y Rivas, Liliana A. “El impacto de los medios de comunicación en el proceso penal y en la construcción social del delito”. Págs. 14/15. Material de estudio provisto en el curso de la Especialización.

autoadjudican la calidad de, parafraseando los términos utilizados, “combatientes legales y racionales del delito”.

No abundaré en otras críticas posibles a este segmento de los fundamentos, que podrían hacerse con justicia, pues ello importaría desviarnos del objeto de este trabajo.¹¹

“La solución al problema de la inseguridad no se logra con la famosa “mano dura” simbólica o real que algunos pregonan o con “escuadrones civiles armados” repartiendo justicia por mano propia y a su antojo. Cuando cunde el miedo las recetas esquemáticas reemplazan a los juicios racionales. Pero la solución está en una mayor eficiencia de la prevención policial, en la investigación de los delitos y la represión de los delincuentes a cargo de la justicia penal”.

Aquí da comienzo una sucesión de generalidades que –en rigor- no fundamentan el proyecto de ley, pues la discusión sobre el punto simplemente es reemplazada por declamaciones en las que se destaca la adjudicación de “racionalidad” que, como veremos, lejos está de plasmarse en el texto legal propuesto.

“Enfrentar la eficiencia con el respeto a las garantías constitucionales es una opción falsa. Se debe ser eficiente garantizando además los derechos de los ciudadanos”

“La violencia es multicausal. La pobreza, por sí sola, no genera violencia. Lo que sí genera y reproduce la violencia es la inequidad social, el desempleo, la deserción escolar, la falta de contención familiar, la anomia social, la cultura individualista y consumista, la intolerancia, la discriminación. Es imposible combatir la violencia sin contemplar soluciones a esos problemas con acciones preventivas y variados programas sociales que enfoquen a los distintos sectores en riesgo.”

Esto aparece como una continuación de lo anterior. Una vez que se ha identificado al enemigo (“la violencia” y los falsos profetas de la “mano dura”, etc.), aparecen las referencias a una batería de causas de la violencia –lo que permite salvar la buena conciencia “progresista”, que –evidentemente- los autores del proyecto se interesan por preservar discursivamente¹².

¹¹ Sin embargo, no puedo dejar pasar la referencia que se efectúa a que los delitos “...también alcanzaron a políticos y jueces...”, pues ello parecería movilizar la vocación legislativa, lo cual exime de otros comentarios, desde que podría dudarse con justicia acerca de si responde a una inquietud vinculada con la supuesta desazón del ciudadano “no juez” y “no político” o si, en cambio, es el fruto de un “instinto” de autodefensa sectario.

¹² Dice Edgardo Alberto Donna en su corrosivo y pesimista prólogo a su obra “Delitos contra la integridad sexual” Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2000. “...Ser progresista no es una cuestión terminológica, ni siquiera ideológica, (esto podría ser discutible, agrego por mi parte) sino que, en estas épocas que corren, **lo primero que se requiere es tener una fuerte base de conocimientos, sin los cuales se puede terminar siendo un reaccionario, ya que como no se saben los efectos de las cosas que se ponen en práctica, se termina, en muchos casos, desatando tormentas, por el solo hecho de decir que se es el dueño del desastre. Y decimos desastre porque no se dominan los efectos, y cuando se intenta ese dominio, ya es tarde....**” (lo destacado me pertenece).

“Pero también es indudable que hay que reformular profundamente los segmentos institucionales involucrados en el sistema de seguridad: Político, policial, judicial, penitenciario, académico, científico, comunicacional.”

Siguen las generalidades...

“La seguridad debe ser asumida como política de Estado con una asignación clara de rumbo para cada uno de sus actores públicos (fuerzas de seguridad, jueces, servicio penitenciario, escuelas de derecho, etcétera) y con la construcción de una relación transparente entre poder político, fuerzas de seguridad y comunidad, comunicando con alta difusión que los esfuerzos serán ostensibles pero los resultados a mediano y largo plazo”.

Un clásico de nuestro tiempo: la alusión a la “política de Estado” como carta de presentación que garantizaría –falsamente claro- la conveniencia, perfección técnica y oportunidad de cualquier iniciativa legislativa que se pretende el inicio de una serie de medidas a las que se bautiza como “política de Estado”. Esta alusión tiene componentes casi demiúrgicos. Mágicamente, todo lo que pueda cobijarse bajo ese manto debe ser aceptado, alabado, ponderado como positivo....

“Las acciones principales que deben acompañar a la presente iniciativa y que deben desarrollarse conjuntamente en los distintos segmentos del sistema de seguridad conforman una batería de medidas...”

Seguidamente, se hace referencia a una serie de reformas legales vinculadas al aumento de penas para la portación ilegal de armas de fuego, herramientas legales destinadas a restringir los permisos de portación, evitar el tráfico y el mercado negro de armas de fuego, etc., ninguna de las cuales, por su imprecisión y vaguedad, fructificó.

Centraremos el interés en la referencia que se efectúa en el considerando c) relativa a la –supuesta- necesidad de “Aumentar la pena mínima del robo con armas de fuego, para lograr mayor severidad en los casos de tentativa, a través de modificaciones en el Código Penal y en el régimen excarcelatorio del Código Procesal Penal para ese delito. Restringir las posibilidades del otorgamiento del beneficio de la excarcelación para delitos de robo por efracción...”.

Aquí es donde, cual punta del ovillo, aparece la verdadera máscara del proyectista. Obsérvese que, sin eufemismos, se admite expresamente que uno de los objetivos del propiciado aumento de la pena es la de restringir la excarcelación para ciertos delitos.

Creo que esto constituye una grave confusión, pues supone reconocer que –por vía del aumento de las sanciones penales- se pretende ampliar los casos en que habrán de dictarse prisiones preventivas en procesos en los que se imputen tales ilícitos.

Pues bien, ello implica, lisa y llanamente, amén de una injerencia en materia propia de la legislación provincial, desconocer las diferencias esenciales que presenta tal medida de coerción personal (la más grave de la batería prevista en los ordenamientos procesales) y la pena. Parece conveniente acudir a Julio Maier en este aspecto, cuando sostiene que: "...Si el Derecho Penal actual problematiza la privación de libertad como reacción frente al comportamiento desviado, con cuánta más razón el Derecho Procesal debe cuestionarla como medio de evitar que se frustren los fines del procedimiento si, como declama, la persona a quien se aplica es reputada aún inocente hasta que una sentencia firme no la declare culpable y lo someta a una pena...". Aún más claramente, el mismo autor sostiene que: "...la posibilidad jurídica de encarcelar preventivamente, en nuestro derecho, queda reducida a casos de absoluta necesidad para proteger los fines que el mismo procedimiento persigue y, aún dentro de ellos, sólo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de libertad, menos perjudicial para el imputado. Estamos en presencia de uno de estos casos, con evidencia, cuando es posible fundar racionalmente que el imputado con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual (peligro de fuga) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica (peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria); para evitar esos peligros es admisible encarcelar preventivamente, siempre y cuando la misma seguridad, en el caso concreto, no pueda ser alcanzada racionalmente por otro medio menos gravoso..."¹³.

Debe advertirse también que la doctrina procesal más moderna cuestiona severamente los criterios "objetivistas" que pretendieron erigir a la "pena en expectativa" como presunción "iuris et de iure" de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia y/o entorpecerá la investigación, aún cuando ese fuera el criterio adoptado por la C.S.J.N. en la causa "Todres", pues ese camino argumental culmina en la consagración de una pena anticipada que se aplica a un habitante de la Nación respecto del cual no se ha destruido la presunción de inocencia de la que goza hasta el dictado de una sentencia condenatoria firme.¹⁴

Claro que, inmediatamente –pese a la endeblez y gravedad de uno de los pocos fundamentos pertinentes (por fuera de su acierto o desacierto) con los que se pretende justificar el texto legal que se propone- se reasume un discurso "políticamente correcto" y se alude a que: "El aumento de las penalidades en forma generalizadas no siempre es el

¹³ Maier, Julio. "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I-B, Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1989, pág. 154. Maier, Julio. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Fundamentos. Ed. del Puerto. Bs. As. 1996, 2º ed. págs. 522/523.

¹⁴ In extenso Morín, Daniel. "Crisis de las pautas objetivas que limitan la libertad durante el proceso penal. A propósito del fallo "Vicario" de la Sala I de la C.N.C.P." publicado en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación 1". Ed. Ad-Hoc. 2001, págs. 433/469.

remedio a la inseguridad como en forma maniquea se propone desde algunos sectores, pero es evidente que en esta coyuntura son necesarias algunas reformas que den solución a un problema muy específico como lo son los delitos tentados o consumados con armas de fuego. Algunas estadísticas elaboradas sobre series cronológicas de 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 de robo”.

No reiteraré lo ya dicho, que aquí es plenamente pertinente. Sin embargo, deseo puntualizar que la ligereza con la que se alude a: “...Algunas estadísticas...”, sin citar fuentes, metodologías ni mucho menos porcentajes o resultados concretos, demuestran que –en este caso- la pretendida presunción de “razonabilidad del legislador” debe ponerse en crisis, pues si el fundamento empírico que se cita es tan endeble, la discusión parlamentaria estaba condenada a la mediocridad, por la exclusiva (i) responsabilidad de quienes impulsaron la nefasta iniciativa.

No debe olvidarse, además, que en párrafos anteriores vimos cómo los impulsores del proyecto argumentaban que existía “Contradicción entre los funcionarios que manejan la información estadística sobre la criminalidad, ya que algunos dicen que los delitos crecen mientras que otros señalan tendencias decrecientes en el último año”, con lo que, al no evidenciarse las razones por las cuales las propias y enigmáticas estadísticas invocadas no adolecen de la misma sospecha de incerteza que aquéllas, no cabe sino concluir en que tampoco éstas merecen crédito. Ante tal ligereza y falta de rigor metodológico no queda más que la perplejidad...

“Para la Alianza la seguridad es una vieja preocupación, desprovista de oportunismos circunstanciales. Lo hemos demostrado presentando al respecto y desde hace tiempo numerosos proyectos en el Congreso Nacional y en las Legislaturas Provinciales.”

“Desde la Alianza sostenemos que es un tema de todos los sectores y que debe ser tratado como política de Estado, con continuidad y responsabilidad. La ausencia de una política de Estado para esta cuestión es lo que nos ha llevado a esta grave situación de inseguridad. Por eso, en lo inmediato, proponemos este proyecto de ley, sin perjuicio de reiterar que el problema requiere políticas integrales y la remoción de las causas profundas para lograr resultados. Hay que ser duros con el crimen y duros con las causas del crimen”.

“En razón de todo lo expuesto solicitamos a nuestros pares la aprobación de este proyecto de ley”.

El colofón de la propuesta aparece como una evidencia más de lo que hasta aquí venimos sosteniendo: se vuelve a invocar a la mágica “Política de Estado”, se alude a otras medidas legislativas, pero –en definitiva- sólo se propone el aumento de las penas.

Entiendo que la ácida crítica que Lois Wacquant dirige a razonamientos como el que aquí analizamos resulta plenamente pertinente. Veamos por qué: “...En esta cita se reúnen todos los ingredientes del simulacro de ciencia política que hace las delicias de los tecnócratas de los gabinetes ministeriales y las páginas de “debate y opinión” de los grandes diarios: un dato inicial que no está comprobado en absoluto (“crecimiento inexorable”¹⁵) pero sobre el cual se sostiene que trastorna hasta a los “especialistas” (no se dice cuáles, y con razón¹⁶); una categoría de la concepción burocrática (“violencia urbana”¹⁷) en la que cualquiera puede incluir lo que le convenga, habida cuenta que no corresponde prácticamente a nada; un sondeo¹⁸ que no mide mucho más que la actividad del instituto que lo realiza; y una serie de falsas alternativas que responden a una lógica de intervención burocrática (represión o prevención)¹⁹ que el investigador se propone resolver, cuando en realidad ya están resueltas en filigrana en la cuestión planteada. Todo lo que sigue, especie de catálogo de los tópicos norteamericanos sobre Francia, y franceses sobre los Estados Unidos, permitirá “in fine” presentar como un camino intermedio, conforme a la razón (de Estado) la deriva penal propiciada por el gobierno socialista en el poder²⁰, so pena de precipitarse en el desastre...^{21»22}.

La solitaria disidencia del diputado Quinzio no pudo detener el “progreso” del proyecto. Los fundamentos de esta discrepancia creo que son –en general- acertados, pues se hacen cargo, precisamente, de los aspectos silenciados por quienes impulsaron la inclusión del art. 41 bis del C. Penal.

El diputado Quinzio consideró que: “...la incorporación de agravantes genéricas conllevan necesaria e irremediablemente un desbalanceo general en los marcos punitivos, creando una situación de injusticia, aplicando penas más altas en algunos delitos, que comparándolos con otros más graves, contienen un “inferior” disvalor de ilícito”.

“...Ello porque en no todos los bienes jurídicos que el Código protege por medio de la amenaza de una sanción penal el grado de ilícito es necesariamente mayor por utilizar un arma de fuego... Vayamos al caso de un homicidio en el que el autor dispone de un arma de fuego y de un bate de béisbol para dar muerte a la infortunada víctima. Si el autor deja el

¹⁵ “Ola de delitos”. “Tendencia creciente”.

¹⁶ “Políticos y jueces”.

¹⁷ “Inseguridad”.

¹⁸ “Encuestas especializadas”, “Algunas estadísticas”.

¹⁹ “mano dura” vs. “garantías constitucionales”.

²⁰ “Alianza” en la oposición en aquel momento.

²¹ “escuadrones civiles armados, repartiendo justicia por mano propia y a su antojo. Cuando cunde el miedo las recetas esquemáticas reemplazan a los juicios racionales”.

²² Wacquant, Lois. “Las cárceles de la miseria”. Ed. Manantial, Buenos Aires, 2000, pág. 64. El simple ejercicio ensayado en las citas anteriores, de cambiar algunos conceptos incluidos en este párrafo por los que se aluden en los fundamentos del proyecto evidencian que –aún cuando el pronóstico pueda parecer arriesgado- el autor citado dirigiría la misma crítica, o aún más ácida reconvencción, a nuestros legisladores.

arma de fuego para evitar la aplicación de la agravante y le da a la víctima con el bate varios golpes hasta partirle el cráneo, parece claro entonces que en este caso no produce un daño mayor que si le pegara un tiro. Incluso esta forma de morir puede ser menos dolorosa para la víctima...”.

“...Con el ejemplo del homicidio intento dejar en claro por qué no hay que poner agravantes genéricas. **Porque de este modo el legislador no se toma el trabajo de vincular de modo más estricto a la decisión punitiva con el disvalor del hecho concreto...**”.

“...Si los proyectistas interpretaron que había algún tipo penal de la parte especial que justificaba la incorporación de la agravante “utilización de un arma de fuego”, entonces la reforma debería haber incorporado en cada uno de los tipos penales que aún no tenían una forma agravada por el uso de un arma de fuego, y no una norma que incluya a todos los tipos penales; peor aún es la situación al advertir que la mayoría de las conductas típicas descritas por el Código de fondo ya tienen una agravante referida al empleo de arma de fuego...” con una justísima²³ nota en la que se manifestaba: “Déjese de lado la inconsecuencia en la que el proyecto originario derivaba, en tanto en muchos casos valoraba doblemente la utilización del arma de fuego. Por ejemplo: el empleo de arma de fuego agrava el robo simple, y luego el proyecto agravaba nuevamente el tipo penal por la misma circunstancia, violando la prohibición de doble valoración”.

Al aludir a los delitos en particular, el diputado Quinzio descarta que el artículo propuesto sea aplicable con relación al homicidio, señalando además que las amenazas, las coacciones y los delitos contra la integridad sexual ya tienen incorporada la agravante. Se refirió también a otros delitos en los que la utilización del arma de fuego forma parte de la descripción típica (duelo, abuso de armas) y destacó la inoperancia de la propuesta en una serie de casos (arts. 172, 175 bis, 109 a 117, 176 y 180, 181, 182 y 183 del C.P.).

Postuló que la única figura que podría verse afectada por la modificación sería la extorsión (art. 168 y ssgtes. del C.P.), señalando –empero- que “...la extorsión ya tiene una pena suficientemente grave (cinco a diez años de reclusión o prisión) que no tendría sentido en convertir en aún más grave, llevándola más o menos a una escala de casi siete años a unos trece años y tres meses de prisión o reclusión, superando esta escala el mínimo del robo con armas, siendo que éste es un hecho más violento...”.

En definitiva, en una intervención que es –en mi criterio- la única que en la Cámara de Diputados instaló la discusión en el terreno adecuado al analizar las consecuencias

²³ Excepto por la inadvertencia de que el robo se agrava por el empleo de “armas” y no –exclusivamente- por el empleo de las “de fuego”.

axiológicas, sistemáticas y pragmáticas de la inclusión del texto que en definitiva se aprobó, señaló que: **“...Un agravante genérico de esta clase es desafortunado pero además, no hace ninguna falta en los casos sintomáticos. La reforma propuesta sólo puede tener “efectos” simbólicos en la comunidad, engegueda con la idea mítica de que muchas penas multiplicadas serían el reaseguro de una vida llena de felicidad. Pero, de hecho, esta reforma no produciría ningún beneficio...”**²⁴ (lo destacado me pertenece y evidencia la necesidad de evitar alusiones tales como “el Legislador pretendió, etc.” pues –de ese modo- se silencian las divergencias que se suscitan en el marco de un cuerpo colegiado, tal como la que planteó el diputado Quinzio y que, desafortunadamente, no fue atendida).

Otro antecedente de la norma consagrada por la ley 25.297 es el proyecto presentado por los diputados Carlos Álvarez y Graciela Fernández Meijide. En lo que aquí interesa, el art. 12 de tal iniciativa proponía la incorporación al art. 41 del C.P. del siguiente párrafo: “La utilización de armas de fuego, aunque no se efectúen disparos, para facilitar la comisión de un delito, sustraerse a la acción de la autoridad, eludir sus investigaciones o hacer desaparecer u ocultar rastros, pruebas o instrumentos del delito, será considerada circunstancia agravante en todos los casos en que no forme parte del tipo objetivo del delito. Si el sujeto carece de permiso de tenencia del o de las armas empleadas, la pena a aplicar no será inferior en un tercio al máximo de la escala”.

Los fundamentos de esta iniciativa, que no alcanzó sanción legislativa, aluden a: “...La crisis de seguridad pública, motivada, entre otras cosas, por el aumento de índices delictuales...”, especificando que: “...La profusa utilización de armas de fuego para la concreción de hechos delictivos o para la simple defensa de la integridad física de un ciudadano, es una realidad cotidiana que obliga a una adecuación permanente de la normativa que rige estos actos...”.

Como en el proyecto anterior, aparece evidente en este caso, que los impulsores de la iniciativa, por fuera de las diferencias que presenta la formulación del texto legal que auspician, incurren en los mismos defectos, desde que dan por cierto lo que precisamente debe ser verificado, y –a partir de allí- extraen conclusiones y proyectan mutaciones al Código Penal. No parece admisible que los fundamentos fácticos con los que se pretende ornamentar la conveniencia de una modificación legal se tengan como sucesos “públicos y notorios” que releven de probarlos a quienes los afirman.

Por su parte, el diputado Obarrio propuso sustituir el párrafo tercero del art. 26 del Código Penal en los siguientes términos: “En ningún caso podrá disponerse el beneficio

²⁴ Advertencia casi profética: como se verá más adelante, los pronunciamientos jurisdiccionales que se han producido –hasta el momento- en la Cámara de Casación Nacional le han dado la razón al diputado Quinzio.

cuando el delito que se juzga haya sido cometido mediante la utilización de armas de fuego de cualquier tipo y calibre, independientemente de que las mismas hayan sido o no activadas en el hecho. Tampoco procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación”.

La iniciativa tampoco prosperó. Basta para atribuirle los mismos defectos argumentales que a los anteriores, la cita del primer párrafo de sus fundamentos: “La creciente ola de delitos violentos de los que resultamos víctimas los ciudadanos de nuestro país, ha llegado en estos días a extremos tales que ha provocado un clamor popular que pide a las autoridades la implementación de medidas urgentes a fin de solucionar dicha situación...”. Sin embargo, el estilo es más “crudo”, por llamarlo de alguna manera. Aquí ya no hay invocaciones a “políticas de Estado”, ni a la “multicausalidad de la violencia”, etc. Por el contrario, el “clamor popular” y la “urgencia” conducen a que el diputado llegue a sostener que las alternativas ante el “flagelo” son: “...la creación o modificación de normas legales o bien la implementación de operativos de seguridad mediante las respectivas fuerzas de seguridad...”²⁵.

Al intentar dar razones de la modificación al régimen de la condenación condicional, el diputado Obarrio sostiene que: “...Este beneficio para el delincuente resulta sin lugar a dudas generador de riesgo cierto para sus conciudadanos... Se debe prevenir, evitar la reiteración. Quien utilizó un arma de fuego para amedrentar a su víctima y así poder cometer el ilícito es altamente probable que devuelto a la libertad reincida en esa conducta. Las estadísticas criminales de estos días otorgan verosimilitud a esta sentencia. Si alguien así no lo creyere deberá al menos coincidir conmigo en que sobre el derecho del delincuente de acceder a un beneficio legal deben prevalecer los de toda la sociedad que ha logrado detenerlo y lo que espera es una adecuada recuperación del individuo para su posterior reinserción social y no una liberación casi automática que ponga en riesgo los bienes, la libertad y la vida de los ciudadanos. Es una realidad que personas que delinquieron utilizando armas de fuego y fueron liberadas por concesión del beneficio, terminaron –en otro ilícito- con la vida de un semejante...”²⁷.

Estas aparentes razones son, en verdad, un catálogo de falacias no formales. La alta probabilidad de reiteración delictual es sustentada en estadísticas criminales que ni siquiera se explicitan. Peor aún, se admite la endeblez del argumento y se replica que deben prevalecer los derechos de la sociedad frente al derecho del “delincuente”. No pretendo iniciar una extensa exposición acerca de las razones por las que resulta inadmisibles

²⁵ Se vislumbra aquí el germen de los actuales reclamos por la “saturación” de las calles con fuerzas de seguridad.

enfrentar los derechos de la sociedad en contra de los del imputado, pero creo que este párrafo trae a la memoria crudas reminiscencias del decimonónico positivismo criminológico y su idea fuerza de la “defensa social” como fundamento de las medidas represivas, que – aparentemente- ya se encuentra superado por nuestra “ciencia penal”. De esta iniciativa a desempolvar de los archivos del Congreso Nacional los proyectos de estado peligroso sin delito, media un paso...

Por otra parte, la falacia de “accidente inverso” (generalización apresurada) se advierte claramente desde que se postula la exclusión de la condenación condicional cuando el delito haya sido cometido mediante la utilización de armas de fuego, sobre la base de presuntas “estadísticas criminales de estos días”²⁸ que evidenciarían que algunos condenados bajo esta modalidad cometieron otros ilícitos, pero ello no demuestra que la reiteración se debiera a la suspensión del cumplimiento efectivo de la pena, con lo que se incurre, en el mismo párrafo, en otra falacia no formal, a saber: la causa falsa, pues se toma como causa de un efecto algo que no es su causa real, pues el diputado no se encarga de fundamentar esa pretendida relación condena condicional - reiteración delictiva. Y como remate de la falaz argumentación, se alude a la esperanza que la sociedad tiene en la “reinserción social” desentendiéndose –en absoluto- de la eficacia o ineficacia de la prisionización por cortos períodos a esos fines y, en general, de atender a la problemática que se suscita con relación a si la pena privativa de libertad cumple efectivamente, o no, ese pretendido cometido “resocializador”²⁹.

Para concluir con la crítica a esta iniciativa que felizmente no prosperó, parece absolutamente inadecuada prohibir en general la aplicación de un instituto como el de la condenación condicional para determinados supuestos en abstracto, pues ello supone negar la singularidad de cada caso, pretendiendo establecer un principio rígido que –por eso mismo- no atiende a las realidades únicas e irrepetibles de cada persona humana en conflicto –por primera vez- con la ley penal de la que deriva una condena con los caracteres previstos en el art. 26 del C.P.

Después de este repaso por las vicisitudes que el proyecto tuvo en la Cámara de Diputados es pertinente señalar que –en definitiva- recibió media sanción en la sesión del

²⁷ “Antecedentes Parlamentarios”, op. cit, pág. 177.

²⁸ Me permito inferir que, conforme el clima general en que se suscitaron las iniciativas, parecería que más que a “estadísticas criminales” el diputado se refiere a las noticias de las páginas policiales de los periódicos.

²⁹ No pretendo aquí desarrollar las distintas teorías justificantes de la pena y las críticas de las que son objeto. Sólo advierto que el legislador parece enrolarse en una teoría de la prevención especial positiva sin exponer datos o razones que avalen que, en nuestro ámbito, la pena responda a las expectativas postuladas desde esa perspectiva teórica. Parecería, más bien, que se alude a ese cometido de reinserción social, para matizar – mínimamente- un discurso que presenta a la pena como una venganza de la sociedad contra el delincuente que debe –todavía más- endurecerse en aras de la “defensa social”.

día 24 de noviembre de 1999, aprobándose en general y en particular **sin disidencias ni observaciones y sin debate**, el proyecto de la diputada Garré y otros, sobre la incorporación del art. 41 bis al Código Penal³⁰, aún cuando –en rigor- el texto que se remitió al Senado no es idéntico al proyecto originario pues –en definitiva- se aprobó el siguiente:

Art. 41 bis: Cuando alguno de los delitos previstos en este código se cometa 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 de la especie de pena que corresponda.

Esta 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.

El dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del Senado³¹ fundamentó el dictamen por el se solicitaba la aprobación del proyecto, con alusiones a “las noticias” que se leen o miran para: “...dar cuenta de la situación en que vivimos todos los argentinos. La sociedad no tiene paz...”, etc. (el etc. se utiliza para no reiterar las mismas generalidades que ya he transcrito al mencionar los fundamentos del proyecto en Diputados). También se inscribe el “problema de la inseguridad” en un escenario bélico pues se pretende que: “...**los delincuentes se den cuenta que dijimos basta, y que con las herramientas jurídicas vamos a combatirlos...**”.

El dictamen pretende que el proyecto: “...reúne todos los requisitos para que en forma racional pueda ser utilizado...” interpretando que: “...En primer lugar exige que el hecho que se comete sea en forma dolosa, es decir con intención de cometer el hecho con violencia o intimidación...”³².

“...También como elemento del tipo, el mismo debe ser realizado con un arma de fuego, no aplicándose esta agravante para los delitos que ya poseen este elemento constitutivo o calificante, es decir ante todo busca la razonabilidad para que no sea una represión excesiva por parte del Estado. Considero que debemos dar una solución rápida y eficaz, y con la sanción de este proyecto daríamos una respuesta a la sociedad que nos ruega para que puedan vivir con seguridad...”.

Quienes firman el dictamen sólo aluden al texto legal que proponen, pero no se hacen cargo de las consecuencias sistemáticas que podría generar en el Código Penal,

³⁰ “Antecedentes Parlamentarios”, op. cit. pág. 177.

³¹ Suscripto por los senadores Agúndez, Maglietti, Genoud, Mikkelsen-Loth y Carbonell.

pues el tema siquiera se aborda en los fundamentos. E inmediatamente se intenta zanjar la discusión pretendiendo "...una solución rápida y eficaz..." para dar respuesta a la sociedad, asumiendo –sin exponer las razones- que la sanción del proyecto redundará en que los habitantes "...puedan vivir con seguridad...".

El Senador Yoma, por su parte, propuso que se incorporara como art. 166 bis del C.P., el siguiente texto: "En los casos del art. 166 inc. 2º se aplicará reclusión o prisión de 7 a 17 años si el robo se cometiera con un arma idónea para producir la muerte o las lesiones previstas en los arts. 90 y 91".

Fundamentó su proyecto –en particular- en la: "...necesidad de contrarrestar y lograr disminuir la creciente proliferación de los delitos de robo cometidos con el uso de armas, que elevan notablemente el riesgo que corre la vida y la integridad física en esa clase de acciones...", incrementándose la reacción penal: "...en el caso de que el arma utilizada fuese idónea para poner en riesgo la vida humana o causar lesiones graves o gravísimas...".

Más adelante veremos las virtudes o defectos de esta propuesta. En este acápite sólo me interesa destacar que, por fuera de que el Senador Yoma incurrió en las mismas falencias argumentales que sus colegas, al menos intentó circunscribir la modificación legislativa a una de las figuras penales que –conforme se lee en los fundamentos de los restantes proyectos- era uno de los ilícitos que más preocupaciones despertaba en los legisladores y el que se pretendía "combatir" con más "dureza".

Hubo también una propuesta del Senador Cafiero vinculada a la instauración de un figura penal en la que se asignaba responsabilidad de este carácter a los titulares de la patria potestad, guarda o tenencia de un menor de dieciséis años de edad que se encontrara bajo su custodia, cuando –por negligencia o imprudencia- permitiera a éste apoderarse de un arma de fuego o cualquiera de los materiales previstos en el vigente art. 189 bis, primer párrafo del C.P., facultándose a que se agravara el máximo de la pena hasta el doble si se pusiera en peligro la vida o se causara la muerte de alguna persona. El impulsor de la iniciativa no fundamentó el proyecto y su propuesta no alcanzó a ser aprobada.

En el debate suscitado en la Cámara de Senadores, el miembro informante, Senador Agúndez, previa reseña de los antecedentes, intentó justificar la reforma aludiendo –al fin- a estadísticas concretas. Sin embargo, sus razones apuntan –en realidad- a justificar la propuesta en relación con el delito de homicidio. Se intercala en la fundamentación, una referencia a un "Plan de Desarme Civil", luego se alude a que el bien jurídico protegido es la

³² Petición de principio: se toma como premisa del razonamiento la misma conclusión que se pretende probar sin que ello encuentre basamento en el texto cuya aprobación se propicia, por fuera de que la interpretación del

vida y se mencionan los delitos de homicidio, lesiones (leves, graves y gravísimas), la privación ilegal de la libertad, los apremios ilegales, la extorsión y un enigmático “etc.”, como el ámbito de aplicación de la nueva norma.

Algunas inconsecuencias: si el bien jurídico a tutelar es la “vida”, las únicas referencias que se justifican son aquéllas vinculadas con el homicidio y, para ser generosos con el exponente, las distintas clases de lesiones. La alusión a las figuras de apremios ilegales y la extorsión aparecen claramente inatingentes, pues el bien jurídico que allí se tutela es la libertad y la propiedad, respectivamente, aún cuando –vale reconocerlo– los apremios ilegales lesionan también la salud (física o psíquica) del sujeto pasivo.

Párrafo aparte merece la aparente razón expuesta por el Senador Agúndez en cuanto a que: “...Algunos critican por qué está en la Parte General. Evidentemente, el calificante genérico y el bien jurídico tutelado así lo permiten. Por lo tanto, no veo cuál es la imposibilidad de ponerlo en la Parte General. Hace poco tiempo modificamos las penas cuando el delito de violación se cometía haciendo uso de armas. **No podemos modificar delito por delito. Por eso me parece más conveniente, para una mejor sistematización, que sea tratado en la Parte General...**”.

El fundamento no resiste el menor análisis serio. No se explica por qué no se puede modificar: “...delito por delito...”. La genérica alusión al carácter agravante y al bien jurídico protegido –que como vimos aporta más oscuridad que otra cosa– en modo alguno aparece sustentando las razones de sistematicidad que se pretenden como justificantes de su inclusión en la Parte General. Parecería que, por el contrario, se ha producido una renuncia expresa al análisis particular lo cual refuerza –en mi modo de ver– las fisuras que presenta aquél apotegma relativo a la “razonabilidad del legislador”, en el caso de la reforma que analizamos.

Las intervenciones del Senador Sergnese y –sobre todo– del Senador Pardo, intentaron llamar la atención acerca de la inconveniencia de la sanción del proyecto.

El primero de los nombrados sostuvo que: “...En realidad un Código es –o por lo menos debería serlo– un cuerpo orgánico, integral y coherente en todas sus disposiciones, manteniendo siempre la proporcionalidad entre las penas previstas y los bienes jurídicos protegidos en cada caso. Con las numerosas modificaciones que hemos hecho teniendo en cuenta, principalmente, demandas sociales particulares de cada época, lo único que hemos logrado fue distorsionar este sistema...”.

Aún cuando pudiera criticársele que se afirme que las únicas razones que quitan organicidad y coherencia al Código sean las últimas modificaciones, lo cierto es que resulta

loable el reconocimiento que este legislador efectúa en orden a que las reformas se han motorizado a partir de demandas sociales que han ido en desmedro de los caracteres que postula para el Código y que era tiempo de rectificar ese camino equivocado.

Por su parte, el Senador Pardo llama la atención en un aspecto central que he intentado evidenciar con lo escrito hasta este momento a saber: “...El delito tiene como respuesta jurídica esa grave sanción llamada pena; y la pena, en un derecho penal respetuoso de la Constitución, un derecho penal del hecho –art. 18-, tiene su medida en la gravedad del hecho. En otras palabras, y para decirlo en lenguaje técnico jurídico penal: la medida de la pena está determinada por la magnitud del injusto y de la culpabilidad del actor. Toda pena que vaya más allá de ello es inconstitucional.”

“Hago estas reflexiones porque el proyecto en consideración introduce en nuestro Código Penal el art. 41 bis y es sabido que el artículo 41, como el propuesto, consagran las reglas para determinación de la pena en el caso concreto. **Me preocupa que en los fundamentos de la norma propuesta no se hagan consideraciones de este tipo, y tal silencio hace pensar que el legislador puede incrementar penas sin límite alguno...**”³³.

Empero, el senador Pardo tampoco resulta exceptuado de las críticas desde que, tal vez apremiado por los tiempos parlamentarios, hizo alusión a que el incremento de las penas estaba justificado y que era necesario exponer las razones que conducían a la introducción del art. 41 bis, pero por una razón o por otra, el tema quedó silenciado, dado que, tal como surge de los “Antecedentes Parlamentarios”³⁴, el debate concluyó abruptamente, pues luego de un intercambio de pareceres entre los Senadores Cafiero y Agundez –que nada tenía que ver con el tema en discusión- el proyecto fue aprobado en general.

La postrera intervención del Senador Pardo se vinculó con la aplicación del art. 41 bis a las leyes especiales. Ejemplificó con las leyes de la violencia en el deporte, ley electoral, ley contra la discriminación y solicitó que de la cuestión quedara constancia como “voluntad del legislador”, si la urgencia en sancionar la ley impedía la modificación.

La respuesta del Senador Agúndez es concisa y hueca: “Así se tiene que interpretar porque éste es un Código en su integridad”. Ante la tibia respuesta de Pardo: “La doctrina lo dice”, se le espetó “La Comisión no va a aceptar modificaciones y pido que se vote en forma inmediata”, cerrándose el debate con la intervención del Presidente del Senado, Senador

³³ Ya vimos que los fundamentos expuestos por quienes impulsaron el proyecto adolecían de toda clase de falencias argumentales, que bien pueden sintetizarse –en algún sentido- con la observación efectuada por este legislador.

³⁴ Op. cit., pág. 186.

Genoud en cuanto a que “No se ha aceptado la modificación. De todos modos, quedan sus palabras como fuente de interpretación del derecho”.

De este modo, clausurando la discusión sin dar razones que no sean la urgencia por sancionar la ley, concluyó el debate y el proyecto se hizo ley, sancionada el día 09/08/2000, promulgada el 20/09/2000 y publicada en el Boletín Oficial el día 22 del mismo mes y año.

Si como tal como lo sostiene Atienza: “...podría decirse que la perspectiva del legislador es la del arquitecto que diseña los planos para conformar de una determinada manera la realidad social; mientras que la del juez –y en general, la perspectiva de los órganos aplicadores del Derecho es la de quien tiene que ejecutar el proyecto e ir resolviendo, de acuerdo con las instrucciones ahí contenidas, los diversos problemas que plantea su puesta en práctica...”³⁵ entonces, con las falencias que presenta el “cálculo” y “proyecto” de los “planos”, que antes reseñamos, no parece que la “construcción de la norma” soporte la más leve brisa.

III. IDENTIFICACIÓN Y DIAGNOSTICO DE PROBLEMAS. EL ART. 41 BIS FRENTE A LOS DISTINTOS NIVELES DE RACIONALIDAD (LINGÜÍSTICA, JURÍDICO-FORMAL, PRAGMÁTICA Y ETICA).

Luego de este –admito- extenso, aunque revelador, repaso del trámite parlamentario de la ley 25.297, abordaré el análisis de los distintos niveles de racionalidad de la norma incorporada al Código Penal, siguiendo los criterios establecidos por Manuel Atienza en su obra “Tras la justicia”.

Empero, antes de ingresar en ese terreno, resulta pertinente delimitar los aspectos del artículo en cuestión que –en mi criterio- aparecen como más relevantes en cuenta de las consecuencias que su aplicación genera, sin perjuicio de otras cuestiones conexas que se desarrollarán en el transcurso de las reflexiones derivadas de los interrogantes formulados.

- a) ¿Cuál es el ámbito normativo en que este precepto cobra aplicación?, es decir, ¿se aplica al catálogo de delitos comprendidos en la parte especial del Código Penal o comprende también las figuras previstas en las leyes especiales.?
- b) ¿Qué significado debe asignársele a los términos “violencia”, “intimidación”, “arma de fuego”, y a la frase: “...contra las personas mediante el empleo de un...”? ¿Cómo debe interpretarse la disyunción “o” que conecta los términos “violencia”, “intimidación”?
- c) ¿Es obligatoria la elevación, en un tercio, de los mínimos y los máximos previstos en la escala penal del delito de que se trate, cuando concurre alguna de las circunstancias previstas como agravantes?

³⁵ Atienza, Manuel. “Tras la Justicia” Ed. Ariel 1993, Barcelona, España, 1993, pág. 187.

- d) En caso de que la elevación de los mínimos y los máximos resulte obligatoria, ¿qué consecuencias sistemáticas y valorativas podrían generarse en relación con su inclusión en un conjunto normativo que prevé institutos tales como la libertad condicional, la tentativa y la participación, como también en el ámbito de la prescripción de la acción y de la pena? y, además, ¿es posible que, por vía de la aplicación del art. 41 bis, se arribe a una escala que, en su máximo, supere los 25 años de prisión o reclusión?.
- e) ¿Es pertinente el debate relativo a si la nueva norma establece un nuevo tipo penal (particular) o, en cambio, constituye una agravante genérica?.
- f) ¿Qué consecuencias genera en relación con la determinación judicial de la pena, en cuenta de algunos criterios jurisprudenciales relativos al “punto de ingreso” en la escala penal de que se trate?.
- g) ¿Cuál es el alcance del segundo párrafo del art. 41 bis como excepción a la aplicación de la modificación de los mínimos y máximos?. Casos problemáticos.

III. 1. Racionalidad lingüística: el análisis de la norma desde este nivel supone ver a la legislación: “...como un proceso de comunicación, y la ley como una serie de enunciados –el mensaje o contenido de la comunicación- que deben ser suficientemente claros, de manera que no contengan términos o frases ambiguas (que puedan interpretarse de más de una forma) o conceptos intolerablemente vagos (esto es que generen una incertidumbre excesiva en cuanto a la determinación de su campo de aplicación)...”³⁶.

Recordemos, una vez más, el texto vigente del art. 41 bis: ***Cuando alguno de los delitos previstos en este código se cometa 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 de la especie de pena que corresponda.***

Esta 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.

Abordemos ahora algunos de los problemas derivados de la utilización de palabras que puedan resultar ambiguas o vagas.

No abundaré en el análisis de la posible ambigüedad de la palabra “delitos”, que podría significar tanto el “supuesto de hecho concreto” que se subsuma en alguna de las figuras penales previstas en el ordenamiento jurídico, o bien al “supuesto de hecho legal” atrapado por los tipos penales. Creo que, en el contexto en que se incorpora la frase, debe

³⁶ Atienza, Manuel. Op. cit., pág. 201.

estarse por la segunda alternativa planteada, desde que la referencia a la escala penal autoriza a considerar que se alude a las figuras penales en abstracto, las que –con la modificación de la escala prevista en el artículo, si se verifica alguna de las circunstancias relevadas en la norma- se aplicarán –de corresponder- al caso concreto, siempre que –claro está- no sea operativa la “cláusula de exclusión” del último párrafo.

Otro problema vinculado a la utilización del lenguaje es la referencia que se efectúa a los: “...delitos previstos en este **Código**...” (lo destacado me pertenece). Una lectura literal y restrictiva del precepto nos conduciría a limitar su ámbito de aplicación a las figuras previstas en la Parte Especial del Código Penal. Sin embargo, el art. 4 del C.P., parece indicar otro camino hermenéutico, conforme el tenor literal del mismo en cuanto a que: “...Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos en las leyes especiales...”, salvo disposición en contrario. Ello es independiente de otra cuestión –que veremos más adelante- vinculada al carácter de agravante genérica o de tipo penal genérico que puede asignársele al art. 41 bis.

El siguiente problema está vinculado a la “fuerza de las oraciones”³⁷ desde que pese a que del contexto en que se encuentra el verbo (“se elevará”), parecería que: “...se trata de una orden y no de una profecía...”³⁸, no se utiliza el modo imperativo “deberá elevarse”, lo que deja abierta una pequeña hendidura a la inexorable aplicación de la norma que exploraremos más adelante.

Analicemos ahora los supuestos en los que operaría, en principio, la variación de la escala.

Se prevé, por una lado a la “violencia”, por otro a la “intimidación”, respecto de ambas podría inferirse que se ejercen “contra las personas”, agregándose –inmediatamente-, “mediante el empleo de un arma de fuego”.

Veamos los inconvenientes que –desde la racionalidad lingüística- presenta esta enunciación:

1º) la utilización de la disyunción conectiva “o” entre “violencia”, “intimidación” plasma una ambigüedad por la equivocidad de la conexión sintáctica entre tales términos, pues no puede establecerse –desde la simple lectura del texto- si tiene una función de una disyunción excluyente (de modo que la modificación en la escala penal se produciría sólo si se verifican una de las alternativas que se mencionan, pero no la restante), o incluyente (la agravante operaría ora si sólo media “violencia”, si sólo media “intimidación” y –también- si aparecen ambas).

³⁷ Nino, Carlos Santiago. “Introducción al análisis del Derecho” Ed. Astrea. Bs. As., 1988, pág. 270.

³⁸ Carrió, Genaro R. “Notas sobre Derecho y Lenguaje”. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., Cuarta Edición, pág. 21.

Parecería que, acudiendo a una lectura contextual, la modificación en las escalas se produciría si media sólo violencia, sólo intimidación o ambas simultáneamente, aunque debe aclararse que estas son condiciones necesarias, pero no suficientes, para que la norma reclame aplicación.

2º) La ambigüedad sintáctica no culmina allí. Establezcamos por hipótesis que tanto la “violencia” como la “intimidación” se encuentran comprendidas. El siguiente problema se presenta cuando añadimos otra condición, a saber: “contra las personas”. Aquí no puede establecerse, sin adoptar una decisión que excede de la simple interpretación semántica y sintáctica, si ese direccionamiento del accionar se predica sólo de la “intimidación” o también de la “violencia”.

Debo admitir que esta ambigüedad es, en algún sentido, más aparente que real. Y ello es así por cuanto el significado de los términos “violencia” e “intimidación” no puede independizarse, pues no aparece en la norma ninguna definición expresa o “ad-hoc” que lo habilite, de la carga semántica que arrastran a partir de su utilización en otras normas del Código Penal en las que la violencia y la intimidación aparecen dirigidas contra las personas. (Vgr: art. 164, la “violencia física contra las personas” como una de las modalidades del robo; art. 168, “la intimidación” como una de las modalidades de la extorsión, que se dirige al sujeto pasivo –una persona-.).

Asimismo, si advertimos los objetivos de los proponentes del proyecto, que hemos citado “in extenso”, veremos que uno de los principales resulta ser –precisamente- la problemática derivada de los delitos que afectan la integridad de las personas en los que se utilizan armas de fuego, lo cual creo que resulta una buena razón para descartar que se pretendiera una significación “nihilista” de los concepto “violencia” e “intimidación” (contra las personas, en ambos casos).

Creo pertinente, a esta altura referir –brevemente- las significaciones que la doctrina y su recepción en la jurisprudencia, le han asignado a los términos “violencia” e “intimidación” (en ambos casos contra “las personas”) al analizar algunos tipos penales en particular, consagrando esa “carga semántica” a la que antes he aludido y que –evidentemente- no puede obviarse al momento de abordar el examen del art. 41 bis del C.P., sin olvidar que tales modalidades vienen especificadas con el medio utilizado “armas de fuego”, a esos efectos.

Debe tenerse presente, entonces, la limitación que la referencia a esa específica modalidad de violencia o intimidación trae el precepto, como así también que podría aplicarse a otras figuras distintas a las del robo y la extorsión³⁹.

³⁹ El tema se desarrollará más adelante.

Según Tozzini: “La violencia consiste en el despliegue de que hace el ladrón de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química –entre las cuales el art. 78 ubica a los medios hipnótico o narcóticos-, real o simulada, ante una víctima que la vivencia como real, y que se utiliza para vencer física o psíquicamente, la resistencia que ésta pudiera oponer al apoderamiento”.

“Esta definición concuerda con la llamada *vis compulsiva o relativa*, que afecta a la libertad de opción del sujeto pasivo y que lo hace actuar con la voluntad coacta, entregando al ladrón o aceptando que éste se lleve la cosa que, *verbi gratia*, es de su propiedad. Pero también esta violencia puede actuar como *vis absoluta*, que, privando a la víctima de movimiento voluntario, la hace intervenir sin que medie de su parte acción humana alguna, como un instrumento inerte, tal y como ocurre si, por ejemplo, alguien es empujado por otro contra el escaparate de una tienda, que ésta así, rompe, lo que aquél aprovecha para sustraer efectos que estaban allí expuestos, en cuyo caso concurrirán en el robo los dos medios comisivos típicos del robo: la fuerza en las cosas y la violencia física en las personas... Vimos que la intimidación, como forma que puede revestir el apoderamiento en el robo, aparecía en los proyectos de 1891 (art. 199) y de 1906 (art. 179) y que fue suprimida del Proyecto de 1917 por González Roura, quien pretendió, de este modo, evitar de forma simple la confusión entre el robo y la extorsión, poniendo para el robo la violencia física y dejando la intimidación para la extorsión...Aquí debemos agregar que esta fórmula simplista no logró el propósito de evitar confusiones y superposiciones que tuvo su autor. Soler (204, ps. 247 a 250) señala que, en cambio, resultó contraproducente, pues al confundir violencia con el *acto físico de vencer materialmente* la resistencia de la víctima y arrebatarle así, la cosa, los hechos de violencia más graves, como son los que se realizan con el empleo de armas que se injertan a continuación en el hecho, no alcanzarían para configurar el robo, y pone el ejemplo de quien, para quitarle la cartera a una mujer la toma del brazo y, al no lograrlo, le pone enseguida un revólver en el pecho, que cometería robo, pero no por el empleo del arma⁴⁰, sino por haber sujetado del brazo a la víctima. Además, al olvidar que la acción en el robo es la de “apoderarse”, mientras que en la extorsión consiste en obligar a “entregar”, quedaría entre ambas una doble laguna, como se advierte en la acción de quitar mediante coacción, que no sería robo, por la clase de violencia utilizada, y no sería extorsión, por no haber entrega sino apoderamiento, y, a la inversa, hacerse entregar mediante violencia física no sería extorsión, debido al medio empleado, y no sería robo, porque no habría sustracción...”⁴¹.

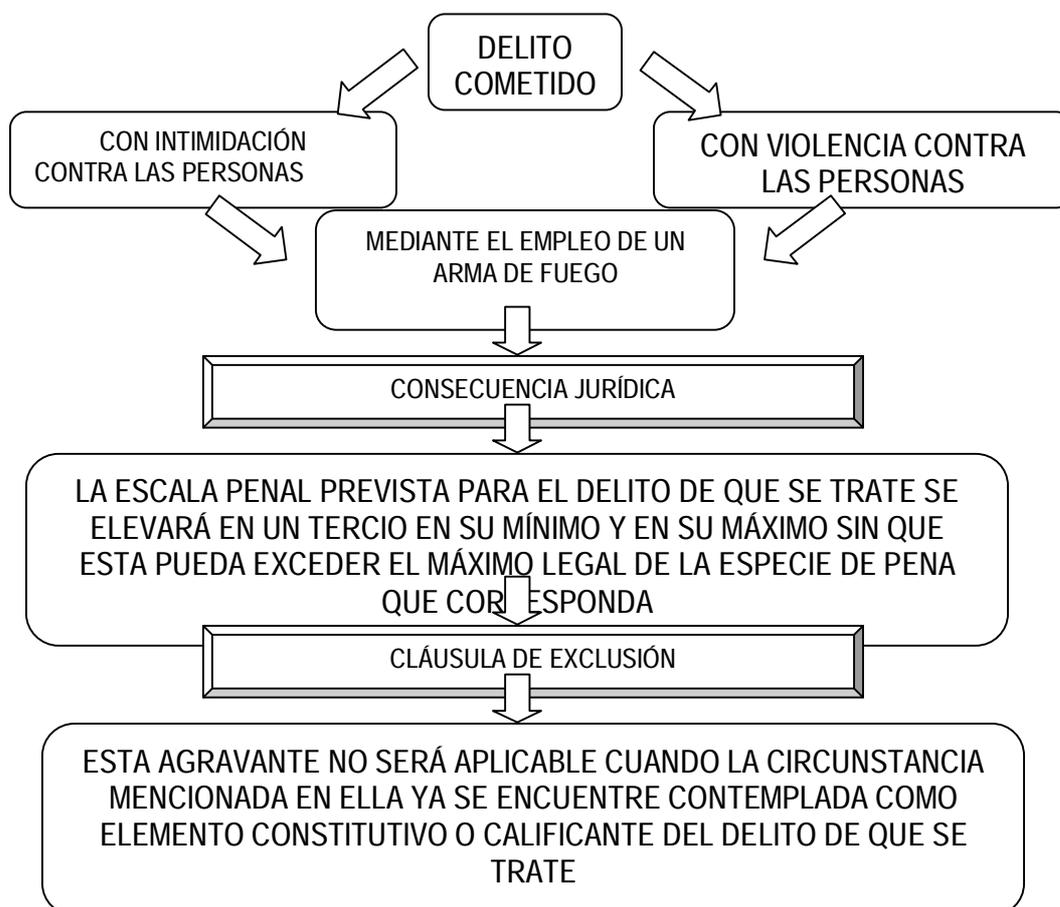
⁴⁰ Agravado en los términos del art. 166 inc. 2º del C.P., podría agregarse, dando por cierto que el arma es tal.

⁴¹ Tozzini, Carlos A. “Los Delitos de Hurto y Robo”. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1995. Págs. 256/257.

Núñez, por su parte, define el concepto de violencia que requiere el delito de robo con armas como el "...despliegue de una energía física, humana o de otra índole, real o simulada ante la víctima que la cree real, y que, para vencer su resistencia a la sustracción, ejerce el ladrón sobre otra persona o en contra de ella, como son, por ejemplo el disparo de arma y la amenaza a mano armada. La amenaza con arma a una persona para apoderarse de la cosa ajena no es una simple intimidación, sino que constituye el despliegue de una energía física que, aunque no obre sobre el cuerpo de la víctima, se dirige contra ella y, por su poder material, vence su resistencia..."⁴²

3º) Por otra parte, la norma suma un nuevo requisito a saber, "mediante el empleo de un arma de fuego". La construcción sintáctica de la oración también es ambigua pues podría dudarse acerca de si ese empleo califica únicamente a la "intimidación contra las personas" o comprende –también- a la "violencia contra las personas". La lectura del contexto en que se inscribe este nuevo requisito parece conducir a una interpretación que, esquemáticamente y en conjunto, podría presentarse de la siguiente manera.

Requisitos de aplicabilidad del art. 41 bis:



⁴² Núñez, Ricardo. "Tratado de Derecho Penal" Ed. Lerner, Córdoba 1988, T. IV, págs. 223/224.

4º) La consecuencia jurídica prevista para los casos en que se reúnan todos estos requisitos es la elevación de los mínimos y de los máximos de la escala penal en un tercio, aclarándose inmediatamente que ésta no puede exceder el máximo de especie que corresponda. Como veremos en otro nivel de análisis de la racionalidad de este precepto, este aspecto de la norma roza el espinoso tema relativo a cuál es el máximo de pena temporal que puede aplicarse según la normativa penal vigente. En este nivel de racionalidad, sólo destacaremos que la referencia al máximo de la especie de pena puede interpretarse, al menos, en dos sentidos: a) como el monto punitivo máximo expresamente consagrado en alguna de las figuras de la parte especial. Ej: 25 años de prisión o reclusión en el art. 79 del C.P. b) como un monto punitivo máximo resultante de las derivaciones que implica la aplicación de los arts. 227 ter y 235 del C.P.⁴³

5º) Un concepto vago⁴⁴ es el que se consagra con la utilización de las palabras “armas de fuego”, desde que aquí se reedita el contrapunto entre las denominadas tesis objetiva vs. tesis subjetiva, que no reproduciré pero que –en mi modo de ver- pone demasiado énfasis en la definición de “arma” y de “arma de fuego”, cuando parecería que lo verdaderamente relevante es determinar qué justifica –valorativamente- el agravamiento del robo (traducido en una ampliación de la escala penal)⁴⁵.

Marina Soberano adopta una posición tajante en este punto, sin que pueda dejar de señalarse que ello se corresponde con una asunción de una postura que excede la simple interpretación semántica. Al analizar este aspecto del art. 41 bis sostiene que: “...Esa violencia o intimidación, que debe darse en el curso del delito de que se trate, tiene que incluir el efectivo empleo de un arma de fuego idónea (apta para el disparo y cargada con munición apta para sus fines específicos), en virtud **de que el mayor contenido de injusto**

⁴³ Los cálculos matemáticos que permiten esas normas “en su juego armónico” con las restantes son variados. Puede arribarse a un máximo de 37 años y 6 meses, de 50 años o de hasta 75 años, según el alcance que se les asigne.

⁴⁴ Por la ya clásica discusión que se suscita sobre las condiciones que debe reunir un “adminículo” para ser “arma” y, en particular “arma de fuego”. Prefiero hablar de vaguedad en el término “arma”, desde que, si bien nadie dudaría que una ametralladora en buen funcionamiento con municiones aptas es una poderosa arma, no parece poder asegurarse que una bolsa de nylon resistente –si se la utiliza para asfixiar- o un bate de béisbol –si se lo utiliza para golpear una cabeza y no una pelota en ese deporte- no lo sean. Empero, esa misma ametralladora sin sus cartuchos, difícilmente sea eficaz para poner en riesgo la integridad física de un semejante, sin que aparezcan contingencias similares que puedan afectar la eficacia, a esos efectos, de la bolsa de nylon o el bate de béisbol.

⁴⁵ Concretamente, en el problemático caso de las “armas de fuego” la discusión debería transitar por hacerse cargo de establecer si el bien jurídico tutelado, amén de la propiedad, es la integridad física de la propia víctima o de un tercero, puesta en riesgo por la utilización de un arma fuego (que sólo se justificaría, salvo en los casos de utilización impropia, por su aptitud coyuntural tanto en su funcionamiento específico como en su carga) o si el fundamento transita por otro carril, a saber: que el agravamiento de la escala se sustenta en el mayor temor y la menor resistencia que la víctima opone al robo, en virtud del medio escogido (con lo que la aptitud coyuntural del arma de fuego carecería de relevancia, pues la protección de la integridad física de la víctima o de terceros no aparecería como dirimente). La discusión se extrapola luego a otras figura en la que se aluda a “armas” como elemento del tipo, ej: art. 119 d) según ley 25.087 y el comentario de Donna al respecto en “Delitos contra la integridad sexual”. Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000, págs. 89/90.

del hecho deriva del peligro concreto corrido por la víctima. Es decir, no basta con su tenencia o portación, sino que el arma, sea o no utilizada para su fin específico (disparar), debe ser como mínimo exhibida o blandida con el objeto de intimidar a la víctima...”⁴⁶ (lo destacado me pertenece y evidencia que, aún compartiendo la conclusión, puede detectarse que aquí se presenta una prescripción, con una fuerte carga de valoración que no se explicita, bajo el ropaje de una descripción)²⁶

6º) La “cláusula de exclusión”. El último párrafo del art. 41 bis, que no estaba previsto en el proyecto originario, genera una serie de inconvenientes que se examinarán aquí y en los restantes niveles de análisis de racionalidad.

Desde el punto de vista lingüístico, aparece un primer error de técnica legislativa cuando se alude a “la circunstancia” que ya se encuentre comprendida como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate como contingencia que excluye la aplicación de la norma, cuando en rigor –conforme el esquema que hemos propuesto– aparecen dos circunstancias⁴⁸ como habilitantes de su aplicación.

Otro problema semántico es el alcance que podría asignársele a los conceptos de “elemento constitutivo” y “elemento calificante” del delito de que se trate.

Aquí resulta ineludible el análisis de las figuras en particular, cuyas escalas podrían verse afectadas –por la elevación de sus mínimos y máximos– por la norma que aquí se trata, tarea que el operador jurídico deberá emprender en cada caso concreto.

No pretendo ensayar un catálogo de los tipos penales que quedarían involucrados⁴⁹, sino que –en cambio– se trata de examinar la conveniencia o no de la subsistencia del

⁴⁶ Soberano, Marina. “El art. 41 bis del C.P. o la venganza del principio de legalidad”. Nueva Doctrina Penal. T-2002-A, Bs. As. Del Puerto, 2002. Sección Jurisprudencia, págs. 240/241. En el mismo sentido Alejandro W. Slokar en su comentario al art. 41 bis en la obra. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. T.2, arts. 35-78, Parte General. Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2002, págs 97/98.

²⁶ Ello se evidencia si advertimos que la redacción del art. 41 bis se ha utilizado, por el contrario, por quienes sustentan la “tesis subjetiva” en la interpretación del art. 166 inc. 2º: En tal sentido se ha dicho que “...Y esto (en referencia a los argumentos clásicos de esa postura hermenéutica), que ya parecía a mi entender claro desde que se introdujo la figura al código, resulta hoy reafirmado por el art. 41 bis –ley 25.297–, en cuanto establece que si “...alguno de los delitos previstos en éste Código se cometiere 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. La 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.”.

“Con independencia de si resulta o no posible incrementar en base a ésta norma la pena del robo calificado por el empleo de armas cuando éstas sean de fuego, la citada disposición deja en claro que en la sistemática de nuestro código el uso de aquellas agrava el ilícito no sólo por la violencia física sino también por la extrema intimidación que tienen el poder de producir” (extraído del voto en minoría del Dr. Celesia en Causa N° 10019 “Ministerio Público Fiscal s/recurso de casación”. Sent. 05/08/03. Reg. 477. el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires).

⁴⁸ Y hasta una tercera si concurriera violencia contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego e intimidación contra las personas con igual medio.

⁴⁹ Este tipo de “catálogos”, más o menos exhaustivos, se encuentran en los trabajos de Marina Soberano y Alejandro Slokar que antes citamos y también en “Algo más sobre participación y dolo eventual. La desconcertante agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal”. Nota a fallo de Gustavo Garibaldi. en La

artículo y de encontrar alternativas interpretativas distintas a las que se han ensayado hasta el momento, tal como veremos más adelante, sin perjuicio de que –en ese sendero argumental- haré referencia a problemáticas vinculadas con algunas figuras en particular.

Sin que, con el catálogo antes expuesto, pretenda haber agotado los problemas vinculados con este nivel de racionalidad, abordaremos ahora el siguiente nivel de análisis.

III. 2. Racionalidad jurídico-formal:

Según Atienza: “...legislar racionalmente significa hacerlo respetando los criterios de forma y de contenido establecidos por el propio ordenamiento jurídico y procurando que la nueva ley se integre armónicamente en el mismo. Esa exigencia de sistematicidad, por otro lado, puede contemplarse tanto desde un punto de vista interno (esto es, considerando únicamente la ley en cuestión o el campo concreto que regula), como externo (considerando también el resto de las reglas y principios del ordenamiento jurídico, y en particular, las de jerarquía superior, las normas constitucionales). En la medida que una ley sea **sistemática**, (no deje vacíos de regulación –o **lagunas**-, ni genere tampoco contradicciones –**antinomias**-), se puede decir también que produce seguridad: cada cual puede prever –en términos normativos- las consecuencias de su conducta o las de la ajena...”⁵⁰.

Desde el punto de vista de sistematicidad interna, el art. 41 bis presenta serias objeciones. Veamos por qué.

1º) La ley 25.297 introduce un cambio significativo⁵¹ en el sistema de graduación de las penas divisibles vigente (arts. 40 y 41 del C.P.), que se caracterizó⁵², hasta ahora, entre otras particularidades señaladas por la doctrina⁵³ por la enumeración “...de algunos de los posibles factores a tener en cuenta al fijar la pena, sin pretender agotarlos, y **sin establecer**

Ley. T. 2002-E, págs. 515/523, en “El nuevo art. 41 bis del Código Penal. Un cambio sustancial en el sistema de graduación de la pena”, Javier Imahorn. La Ley, t. 2001-A, págs. 917/919, en “Análisis de la ley 25.297. El artículo 41 bis del Código Penal de la Nación, su importancia en la parte general del Código y su incidencia sobre la parte especial”, D.J., 2002, I, págs. 791/795, Roberto A. Durán y María Fernanda Poggi y, sin pretender agotar la referencia a otros trabajos sobre el tema, en, “Algo más sobre la aplicación de la agravante genérica contenida en el artículo 41 bis del Código Penal” de Guillermo Enrique Friele, Suplemento de Jurisprudencia Penal N° 79. Nota a fallo. Revista Jurídica La Ley, 03/03/03. Págs. 21/30.

⁵⁰ Atienza, Manuel. Op. cit., págs. 209/210.

⁵¹ Parece excesivo hablar, en este caso, de un cambio de “paradigma” (en el sentido que Thomas Khun le asigna a este término) pues la modificación de la norma no viene respaldada, ni remotamente, en ningún cuerpo teórico diverso que buscara legitimar la aplicación de la ley a través de un modo enunciado de interpretación. A excepción de las voces disidentes en ambas Cámaras, la cuestión fue –simplemente- soslayada, negándose directamente el debate sobre el tema por “la urgencia en sancionar la ley”. Por otra parte, la sanción de las leyes 25.742 y 25.767 (ver su texto en la nota 1) que introdujeron modificaciones al C.P. confirma, en mi modo de ver, este aserto, desde que no guardan ninguna coherencia entre sí. Nótese que la primera de las leyes mencionadas se refiere, esencialmente, a delitos en particular y establece una “atenuante específica” tabulada para ellos (de carácter facultativo), amén de consecuencias en la propiedad de quien interviene en alguno de esos delitos, en tanto que la segunda incorpora una “agravante genérica” al estilo del art. 41 bis, pero sin “cláusula de exclusión” y sin siquiera preocuparse por establecer que la pena resultante no puede superar el máximo legal de la especie de que se trate. Más que de un nuevo “paradigma”, parecería que se trata de esquizofrenia.

⁵² Con sus virtudes y defectos, tal problemática supera los límites de este trabajo.

de antemano si ellos configuran atenuantes y agravantes y en qué medida agravan o atenúan la pena. El juez no recibe ninguna directiva explícita que lo guíe en cuanto a cómo deben ser valorados esos factores. **Para determinarlo se deberá recurrir al caso concreto** y orientarse a partir de otras pautas sistemáticas que permitan una interpretación coherente. **Aquellas circunstancias cuya prefijación, por una u otra razón, al legislador le parece ineludible, se encuentran tipificadas en los tipos particulares como agravantes, y para ellas sí se determina en qué medida agravan o atenúan, a través de un marco especial particular**⁵⁴. Las demás, imposibles de prever en su totalidad o en su peso, quedan “abiertas”. **Esta técnica legislativa, lejos de ser criticable, permite incorporar en la determinación de la pena numerosas circunstancias que pueden resultar decisivas para una pena “individualizada” y cuyo carácter atenuante o agravante sólo puede ser decidido frente a un hecho particular,** y que por su diversidad no pueden ser previstas eficientemente...⁵⁵ (todos los destacados me pertenecen).

Por fuera de que se siguió este camino con la incorporación del art. 41 ter y quater al Código Penal, entiendo que el inconveniente de racionalidad jurídico-formal más grave que acarrea este método azaroso de hacer convivir circunstancias no predeterminadas en un sentido diminuyente o severizante (a establecerse en el caso concreto) con otras que no sólo traen prefijado el sentido, sino que –derechamente- modifican la escala penal en abstracto, repercuten en otros institutos previstos en la parte general del Código Penal⁵⁶.

Veamos algunos ejemplos que sustentan este aserto:

a) la tentativa: si convenimos en que la reducción de la escala penal del tipo penal en abstracto resultante del juego de los arts. 42 y 44 del C.P. para el caso de las penas privativas de libertad temporales importa disminuir la mitad del mínimo y un tercio del

⁵³ Un análisis exhaustivo de los antecedentes de los arts. 40 y 41 del C.P. se encuentra en Zaffaroni, Alagia, Slokar. “Derecho Penal – Parte General”. Ed. Ediar. Bs. As. 2000. Págs. 989/995.

⁵⁴ Vimos en la reseña del trámite parlamentario, que la voluntad mayoritaria de los legisladores abandonó este sendero de sensatez y se guió por aquella “máxima” de rapidez y economía de tiempos y razonamientos que plasmó el Senador Agúndez con su célebre: “...**No podemos modificar delito por delito. Por eso me parece más conveniente, para una mejor sistematización, que sea tratado en la Parte General...**”. Evidentemente, el legislador olvidó o no se interesó por un rotundo mentís a esa irresponsable afirmación, a saber, a título de ejemplo, el art. 107 del C.P. (según texto de la ley 24.410) instituyó una calificante del abandono de persona, (aumentando –también- en un tercio el maximum y el minimum de las penas establecidas en el art. 106) “...cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos, o por el cónyuge...”. No corresponde aquí indagar en las razones de este precepto (aunque, sin esfuerzo, se advierte que se agrava el reproche al abandono de persona en razón de su comisión en el marco del núcleo familiar del que se derivan deberes de solidaridad y asistencia mutua), pero –insisto- más allá de las justificaciones a este precepto, no es cierto que no pueda analizarse cada figura penal en particular para establecer si merece una modificación en su escala penal.

⁵⁵ Ziffer, Patricia S. “Lineamientos de la determinación de la pena”. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 1996, pág. 101.

⁵⁶ Por otra parte, tales modificaciones podrían obedecer a que ya no se deposita la confianza en el Juzgador para determinar el monto punitivo más adecuado al caso, sino que se pretende asegurar un aumento –o una disminución- en la sanción de al menos un tercio. Esto evidencia –en mi criterio- que se desconfía de los Jueces

máximo²⁷, nos encontraremos con que, si luego de esta reducción, operara la elevación del mínimo y del máximo en un tercio prevista en el art. 41 bis, el máximo resultante para un delito tentado (supongamos el problemático caso del homicidio) al que se aplique la norma bajo examen, sería idéntico al del delito consumado. Y, evidentemente, tal parificación por la sola elección de un medio comisivo específico –violencia o intimidación contra las personas empleando un arma de fuego- aparece irracional desde la lógica interna del Código Penal.

b) la participación: el mismo problema se presenta en los casos del art. 46. La escala penal correspondiente a la participación secundaria tendría –en su máximo- la misma pena que la autoría o la participación primaria por el simple hecho de que el cómplice del art. 46 tome parte de un plan criminal en el que medie: “...violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego...”.

c) El máximo legal de la especie de pena de prisión o reclusión: otro inconveniente de racionalidad jurídico formal interna (que a su vez se conjuga con uno de racionalidad jurídico formal externa) se presenta a partir de lo dispuesto en el final del primer párrafo del art. 41 bis, que impide la aplicación del aumento del máximo de la escala penal cuando se superara el de la especie de pena correspondiente.

La cuestión es sumamente compleja (involucra también otros institutos, como la libertad condicional) y ha suscitado disputas jurisprudenciales aún vigentes.

En el ámbito de la Casación Nacional, la sala III en la causa N° 3182 “Manfredi, Luis Alberto y otro s/recurso de casación”, Sent. del 08/08/01, determinó que a partir de la incorporación del art. 227 ter por la ley 23.077, el máximo legal de la especie de pena de prisión o reclusión ha superado los veinticinco años que tradicionalmente se sostenían como tope para los casos de concurso (art. 55 del C.P.) y unificaciones de pena (art. 58 del C.P.), ampliándolo a los treinta y siete años y seis meses.

Inmediatamente aparece el problema del homicidio simple que se comete empleando un arma de fuego. Si el máximo de la escala prevista en el art. 79 del C.P. se agravara conforme lo prevé el art. 41 bis, llegaríamos a una pena (posible) de treinta y tres años y cuatro meses de prisión o reclusión⁵⁸.

a la hora de concretar las políticas de “combate” contra el “flagelo” de la “inseguridad” y entonces, se pretende estrechar el margen de decisión con pautas de individualización imperativas.

²⁷ Cf. Fallo Plenario de la Casación Nacional “Villarino, Martín” del 21/04/94. Las restantes posturas están reseñadas, en, por ejemplo, Zaffaroni, Slokar, Alagia. Op. cit. Págs. 956/960.

⁵⁸ El ejemplo es claramente demostrativo de las inconsecuencias que provoca la incorporación del art. 41 bis a toda la economía del Código Penal y que generaliza, por su “voracidad” (“...alguno de los delitos...”) los problemas que ya existían en relación con los arts. 227 ter y 235 del C.P., pues en este último caso los inconvenientes aparecían –en general- en los casos de concurso y unificación de penas.

Creo, sin embargo, que podría sostenerse⁵⁹ que es difícil pretender agravar un homicidio por aplicación del art. 41 bis, dado que parece improbable que –empleando un arma de fuego- se dé muerte a otro sin ejercer violencia contra las personas, circunstancia que –al resultar un elemento constitutivo del tipo- pondría en funcionamiento la cláusula de exclusión, sin que sobre reiterar aquí la aguda observación del diputado Quinzio en cuanto a que la figura del homicidio ya tiene incluida la seguridad del daño mayor imaginable contra las personas (la muerte) y, entonces, el hecho no podría ser agravado porque exista un gran “peligro” por el arma de fuego.

Pero retomando el problema del máximo de la especie de pena privativa de libertad temporal, debe destacarse que la Sala II de la C.N.C.P. en causa N° 3863 “Franco, Hugo Norberto s/recurso de casación”, Sent. del 18/09/02, postuló una solución contraria a la de la Sala III, estableciendo que el tope sigue siendo veinticinco años de prisión o reclusión. El mismo camino ha seguido la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires, por mayoría, en la causa N° 9061 “Zelada Cuello” en el que el Dr. Celesia efectuó un exhaustivo análisis sistemático (de racionalidad jurídico-formal interna –en los términos de Atienza-). Creo pertinente transcribir los tramos esenciales de ese voto, pues evidencia con claridad las consecuencias asistemáticas a las que conducen las modificaciones legislativas apresuradas: *“Si bien resulta esencial para la aplicación de las reglas del art. 55 del C.P. que el Sentenciante recurra a la pena más alta que contenga la parte especial a fin de determinar el máximo de la especie punitiva aplicable, a saber el art. 79 del CP., la interpretación que, respecto del art. 227 ter de la ley 23.077, expone el a quo cuando eleva el tope punitivo del fallo en crisis -según los fundamentos de la causa nro. 3182 “Manfredi, Luis Alberto” de la Casación Nacional- a 37 años y seis meses de reclusión, aparece reñida con los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad mínima de la pena, subvirtiendo la sistemática del Código, toda vez que transforma a la reclusión y prisión perpetuas en una punición de menor gravedad que las penas privativas de libertad divisibles en razón del tiempo vulnerando lo prescripto en los arts. 5, 6 y 57, lo que contraría la lógica diferencia cuantitativa que existe entre una y otra categoría punitiva.*

Por otro lado, y desde un análisis teleológico sistemático de la norma, no creo que la intención del legislador, al introducir el art. 227 ter, haya sido la de aumentar la penalidad máxima privativa de libertad en un monto que trascienda los veinticinco años, tal como parece observar el Tribunal de mérito.

⁵⁹ En consonancia con lo expuesto por el diputado Quinzio, por Guillermo Enrique Freile “Algo más...”, op. cit., pág. 28 (nota 29) y por Gustavo Garibaldi en “Algo más...”, op. cit., págs. 521/522.

Y ello es así no solo porque la evolución legislativa posterior a la sanción de la ley 23.077 –ver leyes 23.184, 23.592, 23.737- confirmó la vigencia que, desde 1921, mantiene al monto de veinticinco años como techo máximo de las penas divisibles, sino que, ya en la misma exposición de motivos –D. Ses. Dip, p.118- del año 1984, que se hizo respecto de la ley en cuestión, se destacó que uno de los defectos que se quiso evitar fue el establecimiento de “...**penas excesivamente altas y rígidas que conducen, en algunos casos, a manifiestas injusticias, y en otros, a una considerable resistencia de los jueces a imponerlas...**”; términos éstos que fueron refrendados por el diputado Zubiri al analizar el proyecto y que se condicen con las especiales circunstancias del retorno al sistema democrático de gobierno, en el cual se sancionara el precepto aludido.

Adviértase, sin embargo, que los parámetros definitorios que deslegitiman lo resuelto por el Juzgador de grado, **resultan ser las graves incongruencias que genera, en la sistemática del Código Penal, la interpretación aquí cuestionada por la defensa, ya que trastoca gravemente la armonía de las sanciones previstas por numerosos institutos penales de un modo absolutamente disfuncional.**

La **libertad condicional**, por ejemplo, que según el art. 13 del CP., podrá concederse para los condenados a reclusión o prisión perpetua a los veinte años, solo resultaría alcanzable para los condenados a una pena temporal de treinta y siete años y seis meses de prisión o reclusión a los dos tercios de la condena, es decir a los veinticinco años, lo cual traería aparejado que un condenado a una pena perpetua recuperaría su libertad antes que alguien que hubiera padecido una pena privativa de libertad divisible, patentizando así un incordio a toda armonización lógica de los preceptos.

En tal sentido, se patentiza aún mas la contrariedad antes reseñada, si se tiene en cuenta que un condenado a reclusión o prisión perpetua podría cumplimentar su pena a los veinticinco años, veinte más cinco, mientras que un condenado a la pena temporal máxima aludida recién en ese momento podría pedir la libertad condicional.

Así también quedaría modificada la escala penal de la **tentativa** que, según lo dispuesto en el art. 44 del C.P., reduce la sanción para los delitos conminados con reclusión perpetua de quince a veinte años y para los de prisión perpetua de diez a quince años, los cuales resultarían inferiores si se los compara con los veinticinco años que resultan de la reducción de un tercio, del monto punitivo en crisis, según el criterio de disminución de la pena de la tentativa consagrado en esta Sala.

Algo similar sucedería con las reglas punitivas de la **participación**, en lo que al cómplice secundario se refiere, cuya escala penal, atento lo normado en el art. 46 del C.P., es igual a la de la tentativa, resultando entonces que un cómplice secundario sancionado

con prisión o reclusión perpetuas cargaría con una pena inferior que el que padeciera una pena temporal divisible.

Otro tanto ocurriría con la estructura de las penas de **inhabilitación absoluta perpetua e inhabilitación especial perpetua**.

En cuanto a la primera el condenado puede recuperar el pleno uso y goce de los derechos y capacidades de las que fuera privado si cumple con las condiciones establecidas en el art. 20 ter del C.P. durante el término de diez años, mientras que, para el condenado a la temporal del monto en cuestión, al exigírsele el cumplimiento de la mitad del plazo, deberían transcurrir dieciocho años y nueve meses. Lo mismo se verifica con relación a la segunda de las penas aludidas ya que la inhabilitación especial perpetua se levanta una vez agotadas las condiciones del art. 20 ter, cinco años, en contraposición a lo que sucedería con la inhabilitación especial temporal que, según la interpretación del a quo, sería de dieciocho años y nueve meses.

Así las cosas, y en razón de las falencias irreductibles que demuestra la hermenéutica precedentemente desarrollada, **no encuentro asistemático afirmar que el dispositivo previsto por el art. 227 ter se refiere a las escalas penales que no llegan a veinticinco años, toda vez que la norma constituye una agravante genérica, en virtud de que no fija conducta alguna ni establece su correspondiente pena, sino que, por el contrario, solo se encuentra erróneamente ubicada en la parte especial del código, lo cual no altera su naturaleza de norma general y circunscribe su aplicación a los delitos del título que la contiene.** (todos los destacados me pertenecen).

Y aún cuando, con acierto, el voto minoritario del Dr. Hortel⁶⁰ destacara que –aún antes de la incorporación del art. 227 ter, el Código contenía disposiciones asistemáticas, lo

⁶⁰ En su medulosa disidencia, este Magistrado destaca, en lo que aquí interesa, que: “...Si bien puede darse el caso que de la reducción de las penas perpetuas para los delitos tentados o para el caso de los copartícipes, resulte un plazo inferior a las penas divisibles, dicha incongruencia radica en la propia indeterminación de las penas perpetuas, razón por la cual no resulta arbitrario que el legislador haya optado por establecer los plazos que surgen de los arts. 44 y 46 del C.P.

Sin perjuicio de ello, fijar –como hace la mayoría en este pronunciamiento- un máximo de la pena privativa de la libertad en veinticinco años también podría resultar asistemático con institutos de la parte general.

Nótese al respecto que la coherencia entre la pena de la tentativa de un delito reprimido con pena temporal con la pena de la tentativa de un delito sancionado con pena perpetua, dependerá de la teoría que adopte el juzgador para efectuar la reducción prevista en el primer párrafo del art. 44 del Código Penal.

El tope punitivo identificado por mis distinguidos colegas, también resultará incompatible con el régimen legal de la pena de inhabilitación, sea ésta absoluta o especial.

Al respecto el art. 20 ter dispone: “El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituído al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquella, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible. El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua...”.

En la misma falta de sistematicidad incurre la regulación de la pena de inhabilitación especial, toda vez que el condenado a inhabilitación especial temporal de 25 años estaría en condiciones de recuperar el uso y goce de los derechos a los doce años y seis, es decir siete años y seis meses más tarde que si la inhabilitación especial fuere perpetua.

cierto es que no parece adecuado sumar otras, tales como las que resultarían de admitir que la agravación del máximo, en un tercio, prevista en el art. 41 bis, resultara otro posible supuesto en que se franquee la valla de los 25 años de prisión o reclusión, con las consecuencias ya reseñadas.

De otra parte, si una de los objetivos de la racionalidad jurídico-formal es dotar de seguridad jurídica al sistema, tal como lo sostiene Atienza, no menos cierto es que: "...cualquier imputado por la comisión de alguno de los delitos mencionados en el párrafo anterior⁶¹ (en donde se puede aplicar la agravante genérica del art. 41 bis) deberá encomendarse a Dios –o a quien sea- ya que según cuál sea la interpretación⁶², sobre la determinación del máximo de la especie (pena de reclusión o prisión), que realice el operador del sistema penal que deba decidir sobre su situación procesal podrá ser condenado con una pena de hasta 33 años y 4 meses de prisión o reclusión –si comulga con la tesis “amplia”- o, en su defecto, a 25 años del mismo tipo de pena –si comulga con la tesis “restrictiva”-. Demás está en decir que este juego de azar no puede ser tolerado por un sistema penal que forma parte de un Estado Social de Derecho, pues, de tal manera, se estaría violando el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) que contiene un mandato de certeza respecto a la escala penal que se debe aplicar en el caso concreto. Por tanto la punibilidad no estaría “legalmente predeterminada” antes del hecho, sino que ofrecería la alternativa de dos máximos diversos”⁶³

Breve digresión: Caracterización del art. 41 bis.

Tipo penal constitutivo de una calificante genérica vs. Agravante genérica

Marina Soberano⁶⁴ sostiene que sólo las circunstancias enunciadas en el art. 41 del C.P. pueden ser consideradas como agravantes genéricas.

En tal sentido sostiene que el concepto de agravante genérica va a depender de cuán amplia o restringida sea la definición que se adopte respecto de este término. Entiende que “agravante genérica” es aquella que, encontrándose o no en la parte general del código,

La misma incongruencia se verifica respecto de la prescripción de la pena. Sobre el particular el art. 65 inc. 3º dispone que la pena temporal prescribe en un tiempo igual a la condena, mientras que los incisos 1º y 2º de la misma norma establecen un plazo de veinte años. En consecuencia una pena de 25 años de reclusión o prisión resultaría –siguiendo la línea de los votos que me preceden- más gravosa que una pena perpetua.

⁶¹ El articulista menciona: Abuso Deshonesto agravado por el resultado muerte (art. 124), Privación Ilegítima de la libertad agravada por ser el sujeto pasivo mujer o menor de 18 años de edad (art. 142 bis, y en los casos de los incs. 2º y 3º antes de la reforma de la ley 25.742), Tortura (art. 144 ter) u Homicidio en ocasión de Robo (art. 165).

⁶² El reciente fallo de la Sala I del T.C.P. Bs. As. en Causa N° 2929, “Ríos, Gregorio y otros s/recurso de casación”. Sent. 13/11/03. Reg. 916, reedita en el ámbito provincial las discrepancias de la Casación Nacional y torna aplicable –también- a nuestro fuero aquello de encomendarse “a Dios o a quien sea” (tal vez al empleado judicial que practique el sorteo entre las Salas, si prescindimos de alusiones a entes trascendentales).

⁶³ Friele, “Algo más...” op. cit. Pág. 28. Estas reflexiones adelantan un aspecto central de lo que diremos al examinar la racionalidad jurídico-formal externa del art. 41 bis.

describe elementos flexibles no constitutivos ni cualificadores de un tipo penal, que inciden sólo en la culpabilidad del sujeto por el hecho cometido, y que permiten al juzgador evaluar el hecho dentro de la escala penal fijada para éste en la parte especial del código (y leyes especiales, por aplicación del art. 4 del Código Penal).

Agrega que si las agravantes propiamente dichas pertenecen al ámbito de la culpabilidad, se infiere entonces de ello que se vinculan primordialmente con las necesidades de prevención especial. En tanto que los elementos calificantes –que inscribe en el ámbito del tipo- responden a las necesidades de prevención general, subordinando estos fines de la pena a “principios limitadores como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización”.

Postula entonces que resultan agravantes genéricas las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren una mayor peligrosidad (a un lado las discusiones acerca del alcance de este término) y la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, sin descartar la totalidad de los restantes elementos enunciados en el art. 41 (a excepción de “las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes”). Soberano entiende que todos estos son claros ejemplos que, teniendo como límite máximo de la pena la culpabilidad por el hecho, permiten establecer la gravedad del ilícito culpable, determinándose –por el juez- en el caso concreto si deben funcionar como minorantes o severizantes, con la limitación derivada de la prohibición de doble valoración.

Refiere que los arts. 20 bis y 22 bis, cuyos supuestos de hecho considera que deben verificarse al nivel de la tipicidad, se tornan aplicables si –conjugados con un tipo especial- el juez decide su aplicación, concluyendo en que no pueden ser entendidos como agravantes genéricas, aún cuando geográficamente se encuentren ubicados en la parte general del Código.

En el mismo sentido, sostiene que el art. 227 ter, que conduciría a un aumento de toda especie de pena en un medio del máximo de cualquier delito cuando la acción contribuya en poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, supone la comprobación –a nivel de la tipicidad- acerca de si la acción contribuyó o no a ese fin.

En definitiva, postula que las agravantes genéricas propiamente dichas que surgen del art. 41 del C.P, (establecidas en el caso concreto por el juez) inciden en el marco de la escala penal fijada para el delito de que se trata, destacando que las agravantes (y atenuantes) no modifican la escala penal, dado que sólo dan parámetros de guía al Juzgador sobre la mayor o menor peligrosidad del hecho y del autor.

⁶⁴ En el artículo al que alude la cita 43.

En virtud de lo expuesto, caracteriza al art. 41 bis como una **calificante específica aplicable genéricamente a todas las figuras de la parte especial**, a excepción de aquellas que contemplan como parte constitutiva o calificante los dos elementos propios de dicha norma (violencia o intimidación en las personas conformadas por el uso de armas de fuego). Deriva de ello que **la norma funciona como un concurso aparente de leyes respecto de las figuras de la parte especial a las cuales pueda aplicarse**.

Por último, comparando el art. 41 bis con los arts. 20 bis y 22 bis los diferencia en base a que éstos dos últimos pretenden complementar la especie de pena que ya está prevista para el delito de que se trate, con la inhabilitación (art. 20 bis) y con la multa (art. 22 bis). Asimismo, destaca –con énfasis– que en ambos artículos el legislador se dirige al juez otorgándole la facultad de aplicar o no las especies de inhabilitación y multa. Que, en cambio, el art. 41 bis importa una obligación para el juez, una nueva tabulación de la pena privativa de libertad que debe respetar ante la comprobación objetiva de la utilización de violencia o intimidación en las personas por el uso de armas de fuego.

Debe reconocerse que la autora admite que la clasificación que propicia puede ser juzgada como arbitraria, explicando que el sentido de la construcción es mostrar la incoherencia a la que se conduce el Código Penal gracias al “ímpetu reformista”.

Entiendo que, por fuera de la discusión dogmática que introduce Soberano, las consecuencias prácticas a las que arriba suponen reconocer un amplio ámbito de aplicación de la norma que podría evitarse mediante otras técnicas interpretativas. Y ello es así por cuanto la concepción del art. 41 bis como un tipo penal (muy “peculiar” pues carece de verbo típico –al que se accede sólo por remisión– y sin escala penal predeterminada, a la que se arriba por el mismo camino) conduce a que se apliquen a su respecto toda la construcción dogmática derivada de las relaciones entre los tipos penales entre sí y entre un hecho y varias figuras penales (teoría de los concursos –real, ideal y aparente–).

Adviértase que la autora descarta la aplicación del art. 41 bis respecto de las figuras de abuso de armas (art. 104), la tenencia de armas de guerra y portación de armas de uso civil (art. 189 bis), la asociación ilícita destinada a cometer delitos que contribuyan a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional cuando la asociación disponga de armas de guerra (art. 210 bis, inc. d), y otras similares y la figura del duelo, por aplicación del segundo párrafo de la norma en cuestión

Empero, del extenso listado de figuras a las que sí considera comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 41 bis, se infiere que (si advertimos los objetivos manifestados por los autores de la ley) las consecuencias –insospechadas por quienes propiciaron y aprobaron el proyecto– del camino hermenéutico escogido por Soberano vienen a extender

—en mucho— los objetivos propuestos, lo cual no parece razonable (admito que estas consideraciones son más propias del análisis de la racionalidad pragmática y ética, pero me pareció pertinente adelantar algunas consideraciones a esta altura).

Y ello se acentúa si nos percatamos de que uno de los casos sintomáticos que los impulsores del proyecto pretendieron “combatir” (“el robo agravado por el empleo de armas”) no estaría comprendido, según Soberano, en el ámbito del art. 41 bis, por aplicación de la “cláusula de exclusión” contenida en el segundo párrafo del precepto.

Por fuera de estas consideraciones, no podemos sino compartir la conclusión final de Soberano en cuanto a dejar en manos del lector “...la decisión sobre si el nacimiento del art. 41 bis confirma la falta o errónea comunicación entre los agentes encargados de realizar la política criminal del país; demuestra la influencia del principio de legalidad sobre alguna mente que, ante la inminente promulgación de la ley, **frustró los objetivos legisferantes en forma encubierta**; o conduce a la conclusión de que se trata de una ley que no ha tenido otro objetivo que el de un **puro acto demagógico de poder...**” (lo destacado me pertenece, y me impulsa a propiciar otras soluciones al problema suscitado —la derogación de la norma—, en su defecto, a la exploración de caminos interpretativos que reduzcan su ámbito de aplicación al mínimo).

Una complicación más, en algún sentido periférica al planteo central de este trabajo, se aduna a lo que hasta aquí se ha expuesto. La Sala I del T.C.P.B.A consagró —en la causa N° 3204 “López, Juan Carlos y López, Jesús Nazareno s/rec. de Casación” por remisión al precedente “Guazzi” (N° 1633 del 17/12/00)— como pauta la fijación del punto de partida de la ameritación judicial **en la semisuma de los extremos de la sanción amenazada y correlativo corrimiento hacia los extremos de la escala sea por la concurrencia de circunstancias atenuantes, sea por la incidencia de agravantes**, con lo que —en casos como el homicidio simple— resultará ineludible —si se mantiene este criterio— establecer el máximo de la especie de pena aplicable (que ya se postuló, también en esa Sala, como superando la “valla” de los 25 años), para —entonces— proceder a aplicar ese mecanismo de “ingreso en la escala penal”.

La Sala II del T.C.P.B.A., en cambio, sostiene en términos generales, una postura clásica en el sentido de que —salvo absurdo o arbitrariedad— la valoración de la sanción depende de una serie de elementos y apreciaciones de hecho que sólo pueden ser evaluados por el juez del debate, con lo que —si bien no resultaría imprescindible establecer el máximo aludido aún cuando se aplicara el art. 41 bis al caso del homicidio simple, ello presenta el inconveniente de que —salvo en el caso de que se aplicara una pena mayor a 25

años⁶⁵- aparecería un término de la escala penal aplicable oculta, lo que redundaría en que – en definitiva- el órgano jurisdiccional de que se trate mantenga “en las sombras” un segmento del ejercicio de su función.

Racionalidad jurídico formal externa:

Desde este punto de vista, el precepto en cuestión podría presentar serios inconvenientes vinculados a las normas constitucionales a partir de las cuales se han desarrollado posturas relativas a los límites impuestos al legislador en orden a la previsión – en abstracto- de conminación penal, cuando su monto no se corresponde con la magnitud del injusto y la culpabilidad del autor por el hecho ilícito cometido.

Por otra parte, parecería que la interpretación que postula que dadas las condiciones de aplicación del art. 41 bis, la modificación de la escala resultaría obligatoria para el juez, también lastimaría este principio desde que –la agravación de la pena- aún cuando se impusiera el mínimo resultante, bien podría resultar excesiva –en el caso concreto- y contrario al principio de que la pena debe corresponderse con la culpabilidad por el hecho.

La inclusión del art. 41 bis, dota de actualidad el planteo de Zaffaroni (resultaría absolutamente inabarcable –en el marco de este, ya extenso, trabajo, reseñar los múltiples fundamentos sistemáticos, argumentales, valorativos, sociales y políticos, entre otros- que el autor señala en apoyo de esta postura) con relación al carácter “indicativo” de los mínimos, postulando que: “...El principio constitucional de humanidad de la pena emerge de la CN y de los tratados internacionales, siendo destinatarios de sus normas tanto las agencias políticas como las judiciales. Por ende, no puede ser violado ni en las programaciones abstractas de la criminalización primaria ni en las decisiones personalizadas de la criminalización secundaria. La jurisdicción no puede decir el derecho (juris dicere) diciendo lo antijurídico, y las agencias políticas no pueden obligar a los jueces a que digan lo contrario de lo preceptuado por la CN. El derecho a ser tratado como ser humano no puede alterarse mediante las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 de la CN). Los mínimos de las escalas penales tienen un mero valor indicativo, que cede frente a imperativos constitucionales e internacionales...” y además: “...en cualquier caso de menor culpabilidad, cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate, diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal debe apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho...”⁶⁶.

⁶⁵ Que sería censurada en virtud del criterio sustentado en Causa N° 9061 “Zelada Cuello...”.

⁶⁶ Zaffaroni, Alagia, Slokar, op cit., págs. 126/127 y 955.

Es que, tal como lo hemos expuesto antes, este nuevo artículo predetermina el carácter agravante de la circunstancia relevada, con lo que inaugura una ruptura –en la línea del art. 227 ter del C.P.⁶⁷.- con el clásico esquema del Código Penal de mantener indefinida – en abstracto- si las circunstancias contempladas revisten el carácter de diminuyente o severizante. Siempre se sostuvo que esta característica era una virtud de la normativa vigente, al permitir direccionar en un sentido u otro, tales contingencias de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, atribuyendo –entonces- un rol preponderante al Juzgador en la siempre difícil tarea de expresar en cantidades numéricas el reproche correspondiente a la magnitud del injusto y la culpabilidad del autor.

La norma introducida por ley 25.297, transita por otro camino. No sólo establece claramente –por sus efectos sobre la escala penal- que la circunstancia es agravante, sino que –también- parecería como inexorablemente aumentativa, en un tercio en el mínimo y en el máximo, de la escala aplicable. Puede ocurrir, sin embargo, que esa severidad –que en su límite inferior el precepto garantiza- aparezca –en el caso concreto- como inadecuada, con lo que se presentan claramente delineados los problemas vinculados a la racionalidad valorativa e, indirectamente, a la racionalidad pragmática.

III. 3. Racionalidad pragmática y teleológica.

En la racionalidad pragmática “...se trata...de que la conducta de los destinatarios (autoridades y particulares) se adecue a lo prescripto en las leyes; esto es que las leyes no sean sólo enunciados lingüísticos o directivas –normas- formalmente válidas, sino también Derecho en acción; **Derecho eficaz...**”⁶⁸

En tanto que en la teleológica: “...las leyes no son otra cosa que instrumentos para alcanzar determinados objetivos sociales...”⁶⁹.

Estimo conveniente tratar ambos niveles en forma conjunta, pues –en el caso de la norma objeto de este trabajo- se encuentran íntimamente vinculados.

Ya hemos visto, in extenso, los objetivos postulados por los legisladores que impulsaron y sancionaron la ley 25.297.

⁶⁷ No sorprende la casi literal identidad con el art. 41 bis.

⁶⁸ Atienza, Manuel. Op cit. Pág. 218.

⁶⁹ Atienza, Manuel. Op. cit. Pág. 223. El mismo autor sostiene (págs. 226/227) que muchas veces los objetivos o fines sociales de las normas no son claros ya que junto con las intenciones manifiestas suelen convivir objetivos no declarados (funciones latentes). Ya hemos dicho y hemos dado las razones por las cuales compartimos la idea de los legisladores que intentaron frenar el proyecto. Lo destacable de los antecedentes parlamentarios de la ley 25.297 es que todas las funciones de la ley aparecen manifiestas (excepto, tal vez, las que buscaban captar electores), pues como vimos in extenso, no hay ninguna “reserva mental” en relación con objetivos que van más allá de la reforma penal, tales como dar respuesta a los reclamos sociales, elevar la sensación de seguridad, limitar la excarcelación. Parecería que el único efecto positivo de las “emergencias” es que provocan raptos de sinceridad.

Si repasamos la reacción jurisdiccional ante la incorporación del art. 41 bis (la relativa novedad del precepto impide extraer conclusiones definitivas en relación con todas las figuras penales posiblemente afectadas) al C.P., advertiremos que uno de los casos sintomáticos “el robo agravado por el empleo de armas” ha sido rechazado, habiendo tomado postura al respecto –en el sentido de no aplicar la norma en los casos del art. 166 inc.2º-, al menos tres de las Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal⁷⁰, lo cual –en el ámbito de la justicia nacional- generará sus efectos en las instancias inferiores en las que –en general- seguramente se seguirá ese criterio.

En el fallo “Mariano Molina” la Sala I, comienza por señalar que: “...las agravaciones dispuestas lo han sido sin transgresión manifiesta a los principios de proporcionalidad de la pena o de prohibición del exceso que constriñen la libertad del legislador según doctrina de la Corte Suprema (Fallos 314:424)...”⁷¹. Seguidamente, admite que: “...el legislador pudo válidamente decir que el robo sería sancionado con una pena determinada, que ésta se elevaría si se cometiera con armas, y que la sanción se aumentaría aún más si esas armas fueran de fuego⁷². Y no podría verse ahí un problema de doble agravación, como el que ha venido a introducir el agraviado.”

“Pero en rigor, el tema traído no habrá de ser confundido con cuestiones de aquella índole porque, en puridad, lo que deberá establecerse es si la violencia o intimidación llevada a cabo mediante el empleo de un arma de fuego había sido previamente contemplado por el codificador como constitutivo o calificante del delito de que se trate. Este y no otro es el punto al que habrá de ceñirse el análisis porque ese es el recaudo previsto en el segundo párrafo del art. 41 bis del Código Penal”⁷³.

Así, delimitada la cuestión: “...el caso se resolverá sin esfuerzo en la medida en que el art. 166 inc. 2º define como figura agravada, la comisión del robo con armas, y entre ellas, siempre se han considerado incluidas las armas de fuego, sin que esta afirmación necesite mayor desarrollo...”, con lo que se va adelantando que se aplicará “la cláusula de exclusión” contenida en el segundo párrafo del art. 41 bis, agregándose que: “...el recorrido de la parte

⁷⁰ Sala I Causa N° 3955 “Mariano Molina, Andrés s/recurso de casación”, Sent. del 16 de mayo de 2002, Sala II Causa “Garay, Marcos J. s/ recurso de casación” del 10 de junio de 2002 y Sala IV, Causa “Aldera, Yamil s/recurso de casación” del 30 de septiembre de 2002.

⁷¹ El tema se soslaya, sin advertir las consecuencias sistemáticas aquí analizadas en la racionalidad jurídica formal.

⁷² Con algún matiz, esa era la línea que seguía el proyecto del Senador Yoma.

⁷³ Aquí aparece claramente un ejemplo de lo que sostiene Nino en cuanto a que: “...En nuestro ámbito, los jueces son en general, marcadamente renuentes a admitir explícitamente que, en muchas ocasiones, deciden bajo la influencia de consideraciones de índole pragmática acerca de las consecuencias sociales de cada una de las soluciones posibles...” y también “...El hecho de que se mantenga en un plano no reconocido la actividad de los jueces de reelaborar las normas jurídicas generales hace difícil el control público de sus decisiones y de los criterios axiológicos en que las fundamentan...”. (Carlos Santiago Nino. Op. cit. Págs. 298/299), pues al reducir el

especial del Código Penal permite el hallazgo de una sola disposición que contempla el empleo de arma de fuego contra las personas como elemento constitutivo de la figura (art. 104 del Código Penal). De lo que se sigue que suponer que el segundo párrafo del art. 41 bis ha sido introducido, sólo para regir, dudosamente, sobre el art. 104 del Código Penal, es tanto como interpretar la excepción de manera cuasi derogatoria, tornándola inoperante, todo lo cual equivale a decir en contra o en prescindencia de sus términos, lo que constituiría una causal definida de arbitrariedad (C.S.J.N. Fallos 311:2314...).

Con previa cita de los principios de vigencia y unidad sistemática, se concluye en que: "...ha sido el propio legislador el que, al formular el texto legal ha frustrado su aparente intención de que fueran más severamente penados los robos con armas de fuego o de impedir la excarcelación de los imputados cuando esos delitos quedaran en grado de tentativa...", se hace lugar, por unanimidad, al agravio casatorio.

Por su parte, la Sala II del mismo Tribunal, en causa "Garay, Marcos...", previa reseña de los trabajos doctrinarios sobre el punto, decidió que: "...Si bien podría entenderse que la reforma introducida por la ley 25.297 trata de brindar una tutela mayor a los bienes jurídicos vulnerados mediante el uso de armas de fuego, debo advertir que su aplicación se torna improcedente cuando la agravante ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate (art. 41 bis, segundo párrafo del C.P.)".

"Tengo para mí que la intención del legislador al introducir ese párrafo fue efectuar una verdadera prohibición al juez, quien de tal forma se encuentra impedido de aplicar la nueva agravante a aquellas figuras en las cuales el arma de fuego se encuentre presente como elemento constitutivo o calificante."

Seguidamente, se citó el precedente "Molina" de la Sala I y se concluyó en que: "...para sortear la dificultad exegética que plantea el dictado de la ley 25.297...es necesario tener presente uno de los principios fundamentales en materia de interpretación de la ley –el sistemático- en virtud del cual la misma debe interpretarse en correlación con todo el texto de la ley y con el resto de los preceptos que integran el ordenamiento jurídico. **La inconsecuencia o la falta de previsión no se deben suponer en el legislador** y por esto cabe reconocer como principio que las leyes se deben interpretar siempre evitando darles un sentido que ponga sus disposiciones en pugna..." (lo destacado me pertenece)⁷⁴.

En definitiva, se hizo lugar al agravio casatorio, aún cuando, en razón del número de ilícitos atribuidos, se mantuvo el monto de pena originalmente impuesto.

ámbito de la discusión al nivel jurídico formal interno, el Tribunal se refugia en las herramientas lógicas de interpretación, pero no explicita criterios éticos.

⁷⁴ Creo que, al menos en el caso de la ley 25.297, conforme lo he intentado demostrar hasta aquí, este principio, elevado a la categoría de "brocardo", es inaplicable.

Por su parte, la Sala IV en la causa “Aldera, Yamil s/recurso de casación”, resolvió, por mayoría, en un sentido similar a los anteriores⁷⁵.

La mayoría, conformada por los Dres. Mitchel y Berraz de Vidal, entendió que el art. 41 bis resultaba inaplicable en relación al tipo penal previsto en el art. 166 inc. 2º del C.P., por considerar que: “...el robo agravado por el uso de arma, contiene por su naturaleza, como elementos típicos la violencia y la intimidación mediante el empleo de un arma, a los efectos de lograr el desapoderamiento. Así, no se comete dicho ilícito sin la presencia de tales elementos, y la utilización del arma de fuego constituye en sí una calificante del art. 164 del mismo cuerpo legal, con la consecuente elevación de la escala penal.”

“Por ello de ningún modo procede en el caso la aplicación del art. 41 bis a la hora de graduar la pena, toda vez que lo contrario implicaría una clara violación al principio ne bis in ídem, provocándose un doble reproche –en este caso, dos veces la misma agravante–, por una idéntica conducta delictiva”.

La voz disidente en este pronunciamiento, encarnada por el Dr. Hornos, acudió –en primer término- a un fallo de la C.S.J.N. en el sentido de que “la primera regla de interpretación de las leyes es “darle pleno efecto a la intención del legislador” y que “la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley”⁷⁶ y, resumidamente, sostuvo que no se encuentra afectado el principio non bis in ídem, dado que el legislador había dispuesto que la sanción prevista para el delito de robo con armas, se agrave aún más cuando esas armas fueran de fuego, particularizándosela como elemento objetivo de una agravante mayor, en virtud de que su poder vulnerante es mucho más potente...”⁷⁷.

Sin pretender agotar el tema de los diversos métodos de interpretación de las normas que aparecen en estos pronunciamientos jurisdiccionales, creo pertinente traer a colación aquí la distinción que Albin Eser y Björn Buckhardt⁷⁸ efectúan, ante el problema de la “voluntad del legislador”, entre la interpretación teleológica subjetiva que, en definitiva, se complementa con el método histórico (ese es el camino que, aparentemente, sigue el magistrado en disidencia) y la interpretación teleológica objetiva (a la que, en algún sentido y muy limitadamente, parecen adscribirse los restantes jueces).

⁷⁵ Debe destacarse que, en este caso, la Sala IV de la C.N.C.P. asumió una postura “intervencionista”, que no es común en el ámbito del recurso de casación. Nótese que en el voto del Dr. Mitchel (que hizo mayoría) se establece sobre el punto: “...debiéndose en consecuencia subsanar el defecto favor rei, **aún cuando no se trata de un agravio traído a estudio por la defensa**” (lo destacado me pertenece).

⁷⁶ Acudiendo a los Antecedentes Parlamentarios en el desarrollo de su voto.

⁷⁷ En estos términos es que se reproduce el debate en el ámbito doctrinario. La jurisprudencia anterior a los fallos de las Salas II y IV que se cita en el trabajo de Soberano, hace pie –fundamentalmente- en el argumento del Dr. Hornos.

⁷⁸ Eser, Albin y Burkhardt, Björn. “Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias”. Ed. Colex. 1995. Madrid.

Respecto a la interpretación teleológica subjetiva, los autores antes citados señalan que: "...Según ésta, se trata de hallar lo que ha querido decir o bien cuál ha sido la intención del legislador histórico concreto al emplear el concepto en cuestión..."⁷⁹ Creo que tal caracterización se complementa con las apreciaciones que efectúan con relación al método histórico en cuanto a que: "...para esclarecer la voluntad del legislador se debe tener en cuenta tanto el contexto histórico, en cuyo marco tuvo lugar la ley, como la génesis legislativa... La fuente de interpretación la constituyen los llamados materiales legislativos (los proyectos de leyes, las actas parlamentarias, "Diario de Sesiones", y las exposiciones de motivos)..." para concluir en que: "...Dada la pluralidad de personas que intervienen en el proceso legislativo, la imposibilidad de establecer aquella persona cuya opinión ha de ser orientativa, desvirtúa en gran medida el método histórico..."⁸⁰

En cuanto a la interpretación teleológica-objetiva, Eser y Buckhardt resaltan dos aspectos: "...De acuerdo con la idea griega de telos (finalidad) se trata de hallar la finalidad básica de la regulación de la ley y del significado de la palabra correspondiente con aquella finalidad –en este sentido existe una coincidencia con la interpretación teleológica-subjetiva...-. Sin embargo, al contrario de ésta, aquí no se trata de la voluntad subjetiva del legislador histórico, sino más bien de la finalidad del contenido ("razonable") objetivo de la ley: es decir, de establecer los intereses en cuestión (o del conflicto de intereses) y de su mejor solución dentro de las respectivas consideraciones del caso...", citando seguidamente una sentencia del Tribunal Federal Supremo Alemán en el sentido de que: "...Ninguna ley admite ser entendida de tal manera que su aplicación quede restringida sólo a los casos... tenidos en cuenta por el legislador en el momento de su sanción; la ley no es letra muerta, sino un espíritu vivo que pretende continuar desarrollándose de acuerdo al avance de las circunstancias de la vida y adaptándose adecuadamente mientras que no se rompa el molde, en el cual fue vertida..."⁸¹.

En definitiva, aún utilizando las herramientas hermenéuticas de la doctrina prevaleciente en la C.N.C.P., podríamos agregar que el robo con armas es uno de los

⁷⁹ Eser-Buckhardt. Op. cit. Pág. 24.

⁸⁰ Eser-Buckhardt. Op. cit. Pág. 25. Adviértase que estos autores también aluden a la "concepción político-criminal general", sin que estos desarrollos se encuentren presentes en los pronunciamientos que hemos analizado. Ya hemos aludido a las resistencias que –tradicionalmente- generan este tipo de reflexiones en nuestros jueces.

⁸¹ Eser-Buckhardt. Op. cit. Pág. 26. La afirmación vinculada a que este camino fue seguido por la mayoría de los integrantes de la C.N.C.P. "muy limitadamente" se justifica en cuanto no se advierte en el desarrollo de los sufragios respectivos el análisis del "conflicto de intereses" ni de la "mejor solución" que, reclamarían adentrarse en el ámbito de la racionalidad ética del art. 41 bis del C.P., desechado por todos los magistrados en cuestión. Por otra parte, tampoco podemos encandilarnos con el párrafo que he citado del Tribunal Supremo Alemán pues la "espiritualización" que efectúan de la ley responde –en mi modo de ver- a una de las tradiciones jurídicas romano-canónicas más elaboradas en materia penal, con lo que no sorprende que la norma se consagre al nivel de un "organismo viviente".

delitos a los que alude el segundo párrafo de la norma aludida, por cuanto incluye dentro de la calificante de comisión con armas la violencia contra las personas ejercida por medio de la utilización de un arma de fuego, sin que pueda interpretarse que aquella exclusión se refiere solamente al caso en que se contemple como elemento constitutivo o calificante la específica utilización de un arma de este tipo para realizar la violencia o intimidación, puesto que si así fuera la disposición establecería una excepción para un único supuesto respecto del cual sería además innecesaria.

Solamente el art. 104 del C.P. contempla como elemento típico el ejercicio de violencia o intimidación con específica referencia a un arma de fuego y, en ese supuesto, la disposición sería innecesaria porque aparecería evidente la imposibilidad de ponderar nuevamente la exacta circunstancia que aparece desvalorada en el tipo si la genérica calificante no incorpora ninguna particularidad que justifique un mayor disvalor de la conducta, pues lo contrario supondría incurrir en la transgresión de la prohibición de doble desvaloración, prohibición ésta que –en verdad- no necesitaba de una norma expresa que la consagrara.

Por otra parte, el art. 41 bis se ha aplicado (tuve acceso a, al menos, dos sentencias en tal sentido)⁸² en relación con el delito de “Homicidio Simple”. Ya hemos visto las consecuencias asistemáticas a las que conduce y a la ineludible definición que, en estos supuestos, debería formularse acerca de cuál es el máximo legal de la pena.

Sin embargo, en el análisis del asunto desde los niveles de racionalidad que aquí se pretende, creo que resulta sumamente útil detenerse en el fallo del Tribunal de Mar del Plata citado en la nota. Como consideración técnico jurídica, podría relevarse que, en lo que aquí interesa se dijo –simplemente- “Resulta ser agravante típica, la utilización y portación de un arma de fuego con mira telescópica, que sentenció de muerte a González, debe considerarse como circunstancia de agravación de la pena, ello en cuanto acrecentó la ofensividad de la acción antijurídica, disminuyendo las posibilidades de defensa (art. 41 bis del C.P.)...”. Pero más allá de definiciones, destaco que en este proceso se impuso una pena de 11 años de prisión (se partió de una escala alterada por el art. 41 bis) aún cuando se ponderaron como atenuantes, amén de la ausencia de antecedentes penales y el excelente concepto vecinal y familiar, una circunstancia que –en mi criterio- resulta mucho más relevante. Dijo el Tribunal que debía computarse como diminuyente “El equivocado

⁸² Causa “Sandoval, Raúl” de la Cámara Penal de Rafaela, Sent. 11/04/02, argumentándose que el homicidio se produjo mediante la utilización de un arma de fuego, presupuesto ajeno al tipo penal y por ello contemplado como agravante y Causa N° 792 “T., Hugo Raúl” del Tribunal en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata. Sent. 21/12/01.

temor que T. pudo haber sentido ante la discusión con G.⁸³, ello ante el pedido de intervención de su hija... Pero esta acción de sobre protección si bien atenúa la pena, de ninguna manera excusa al imputado...”⁸⁴. Debemos destacar que el conflicto penal suscitado en ese proceso se originó a partir de una discusión entre vecinos, que culminó con la muerte de uno de los participantes en un escenario algo confuso en el que ambos se encontraban armados, aún cuando se dio por acreditado el carácter de agresor del imputado. Pero, por fuera de ello, lo que me interesa destacar es que la aplicación del art. 41 bis supuso un rígido aumento del mínimo de la escala penal que, tal vez, no se adecuaba a las particularidades del concreto episodio, el que, por lo demás, no respondía a los parámetros que los legisladores tuvieron en cuenta al sancionar este proyecto⁸⁵.

De otra parte, la idea de limitar la excarcelación en el caso de tentativa de robo (agravados por el empleo de armas y por efracción, tal como lo postularon los impulsores del proyecto en la Cámara de Diputados) tampoco depende –directamente- de la inclusión del nuevo precepto, sino que –en cambio- está condicionada por la interpretación de los regímenes procesales respectivos en las jurisdicciones correspondientes⁸⁶

Y, aún asumiendo los falsos postulados relativos a la “inseguridad”, tampoco aparece como alcanzado el objetivo propuesto, desde que una rápida mirada a los “mass media” que tanto influyeron en la gestación de la ley, permite sostener que el mensaje originado desde los mismos en nada ha variado –en relación con tal “sensación” de inseguridad- y, por el contrario, los agoreros de la emergencia y la desazón se han multiplicado pese a la sanción de la ley. En resumen, aún desde una óptica meramente simbólica y aún cuando se asuma la más cerril ética consecuencialista⁸⁷ (despojada de todo factor deóntico), tampoco se aprecia que se haya alcanzado “más felicidad” (si se interpreta ese término en el sentido de “más sensación de seguridad”) a partir de la inclusión del art. 41 bis del C.P.

⁸³ ¿Justificante putativa?. ¿Error de prohibición indirecto vencible o invencible?. El tema siquiera fue tratado en el fallo.

⁸⁴ Reforzando lo aquí expuesto, cabe destacar que en otro pasaje del fallo se sostuvo que “...Esta señora, -por la hija del imputado-, a cuyo haber debe cargarse gran parte de lo acontecido, **dado que innecesariamente envolvió a su padre con sus intrigas vecinales, haciéndolo participe en una historia en la que nunca debió haber intervenido...**” (lo destacado me pertenece).

⁸⁵ Lo que demuestra, una vez más, la inconveniencia de pautas de agravación –también de atenuación- rígidas.

⁸⁶ En el trabajo de Marina Soberano se intenta demostrar la innecesariedad del artículo 41 bis a esos efectos, por vía de la referencia a los regímenes excarcelatorios vigentes en la Pcia. de Bs. As. (después de la sanción de la ley 12.405) y del C.P.P. de Nación. Podría criticarse –en el análisis de la articulista- la omisión del tema vinculado a la validez constitucional de la referida ley provincial, pues sus reflexiones responden a criterios de eficacia mensurados sobre la base del único factor que podría denominarse “imposición de encarcelamiento preventivo”, pero lo cierto es que no le falta razón en cuanto a que no resultaba necesario incorporar esta reforma si es que el objetivo era limitar la excarcelación en las zonas “de conflicto”. (Capital Federal y Pcia. de Buenos Aires).

⁸⁷ Un análisis de las distintas teorías éticas puede encontrarse en Farrell, Martín D. “Sobre la ética de la autodefensa”. NDP. Secc. Doctrina. Págs. 443/465.

III. 4. Racionalidad ética.

Según Atienza "...aquí se trataría de ver si los contenidos normativos y los fines de las leyes pueden justificarse éticamente..."⁸⁸.

No creo pertinente reiterar aquí lo reseñado en el transcurso de los restantes acápites.

Cabría enfatizar que:

1. No puede confundirse la regulación de la valoración de los bienes jurídicos por parte del legislador (que, aún con imperfecciones, se traduce en las escalas penales) con el régimen de las medidas de coerción procesal de carácter personal, sin incurrir en una inconciliable contraposición con la presunción de inocencia que, además de encontrarse positivizado, art. 18 de la C.N., es también un valor consagrado en los estados democráticos de derecho.

2. No pueden establecerse aumentos automáticos y abstractos de las escalas penales, pues ello –amén de las asistematicidades que genera- importa desnaturalizar el "caso concreto" e inscribirlo en una abstracción. Es que, en definitiva, se culminaría en la acentuación del fenómeno que padecemos en relación con los mínimos desarrollos que se aprecian en relación con la "individualización y determinación de la pena". En el ámbito ético, creo que ello conduce a la cosificación del imputado de carne y hueso y en su transformación en un medio para obtener fines transpersonalistas que el Estado pretende fijar (Defensa Social, "sensación de seguridad", "reafirmación del derecho y negación del delito", etc.) incurriendo en un peligroso acercamiento con los sistemas totalitarios que la humanidad ha sufrido en el siglo XX (Casos paradigmáticos resultan el nacionalsocialismo alemán, el fascismo italiano y el stalinismo soviético)⁸⁹.

3. El nivel de discrepancias que genera la norma transforma en intolerablemente azarosa la resolución de los casos, lo que lastima el derecho de igualdad ante la ley. (art. 16 de la C.N., que es –también- un valor) y la seguridad jurídica.

4. Es inadmisibles que los legisladores impulsen reformas con tal grado de imprevisión sobre sus consecuencias. Peor aún, es lamentable que no se discutan los argumentos

⁸⁸ Atienza, Manuel. Op. cit. Pág. 229.

⁸⁹ Si dejamos a un lado tales excesos totalitarios y ponemos nuestra atención en las teorías legitimantes de la pena en su versión de la prevención general (positiva o negativa) resulta pertinente señalar que Lesch critica: "...que no tienden a restablecer el orden perturbado por el hecho, sino a establecer en la configuración psíquica de los restantes miembros de la sociedad contraestímulos que los aparten de delinquir, tratando por tanto al autor no como sujeto, sino como objeto de un interés definido heterónomamente, **como mero instrumento de un mecanismo de motivación, e incurriendo con ello en el riesgo de graves desproporcionalidades entre culpabilidad o daño social y quantum de la pena...**" (lo destacado me pertenece). "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs" por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá en Jakobs, Gunther "Estudios de Derecho Penal" UAM Ediciones, Editorial Civitas S.A. Paracuellos de Jarama (Madrid) 1997, pág. 21 (nota 12).

contrarios y se imponga –simplemente- la lógica de la “urgencia”. En definitiva, si la etapa de producción de las normas es tan deficiente, parecería que es hora de poner en discusión –a nivel axiológico- aquél postulado relativo a que: “...no puede presumirse la imprevisión del legislador...”. “...La elevada cuota de irresponsabilidad que se pone de manifiesto en el debate del Senado, donde recurrentemente se reclama paciencia y se invita a los legisladores a que permanezcan en sus bancas para integrar el quórum y escuchar a los oradores, dista de una seria discusión democrática. A este respecto, sólo cabe señalar entonces que el principio de limitación máxima de la respuesta contingente indica que cuando las reformas legales punitivas se establezcan sin amplio debate, consulta y elaboración responsable, es deber de las agencias jurídicas extremar el celo en el análisis y crítica limitativa del texto legal”⁹⁰.

IV. PROPUESTAS DE DIRECTIVAS DE POLÍTICA CRIMINAL. JUSTIFICACIÓN.

En este tramo del trabajo señalaré las soluciones que, en mi criterio, podrían resolver las problemáticas señaladas⁹¹.

Creo que la alternativa más adecuada es la derogación lisa y llana de la norma desde que tanto los fines manifiestos como los latentes que pudieran encontrarse⁹², son inadmisibles desde una perspectiva axiológica, tal como he intentado demostrar en el análisis de la racionalidad ética.

Asimismo, los inconvenientes sistemáticos (estudiados al nivel de la racionalidad jurídica interna y externa), pragmáticos y teleológicos, que también se han destacado, son de tal entidad que sólo la supresión de la norma conduciría a despejarlos por completo.

Y aún asumiendo que la limitación de la circulación de armas de fuego sea un fin admisible desde una perspectiva axiológica, lo cierto es que la irresponsabilidad de los legisladores ha conducido a la instrumentación de un medio que no es el más idóneo⁹³ a

⁹⁰ Slokar,. op. cit., pág. 93. Creo que esta directiva debe incorporarse en este nivel de racionalidad pues es una toma de posición evidentemente valorativa, aún cuando se pretenda –con inteligencia- derivarla, también, de los textos constitucionales e internacionales vigentes.

⁹¹ Vale reiterar aquí que Guirao sostiene: “...la noción de la pena y del derecho penal como un medio para satisfacer determinados objetivos materiales obliga a una permanente labor de comprobación del cumplimiento efectivo de los mismos, así como a una atención a eventuales consecuencias no previstas o asumidas normativamente...”. Op. cit. Pág. 389.

⁹² Ya mencionamos la “sinceridad” fruto de la emergencia que embargó a los legisladores.

⁹³ Remito al inicio de este trabajo en el segmento de la discusión legislativa en que uno de los intervinientes hizo referencia a un “Plan de Desarme Civil”, al pasar, sin demasiado interés y que no fructificó en ninguna medida concreta. Sobre el particular, nótese que las iniciativas (no penales) que se han implementado en nuestro país a esos fines, tales como los canjes de armas por alimentos o vestimenta, etc., sin que pueda idealizárselos como panaceas, han quedado limitados a inquietudes particulares de individuos u organizaciones no gubernamentales. Podría explorarse desde el Estado, como alternativa a la respuesta penal, una política que se articule con esos individuos y organizaciones con el objetivo de lograr quitar de circulación las armas de fuego, en especial del “circuito informal”. Como ejemplo de estas iniciativas individuales puede mencionarse el caso de Lidia Ortiz de Burry “...abuela platense que cobró notoriedad cambiando armas por comida en barrios platenses con fama de bravos por iniciativa propia...” (fuente Diario “El día”, 20 de enero de 2002. www.eldia.com.ar).

esos efectos, si advertimos que la ínsita selectividad del sistema penal conduce a una respuesta espasmódica.

“El poder punitivo no resuelve los conflictos porque deja a una parte (la víctima) fuera de su modelo. Como máximo, puede aspirar a suspenderlos, dejando que el tiempo los disuelva, lo que dista mucho de ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto (lo petrifica) y la dinámica social, que continúa su curso, lo erosiona hasta disolverlo. Un número exagerado de formaciones pétreas, puesto en el camino de la dinámica social, tiene el efecto de alterar su curso y de generar peligrosas represas...”⁹⁴.

De otra parte, también analizamos que según la jurisprudencia del C.N.C.P, el art. 41 bis no resulta aplicable en uno de los “casos sintomáticos” (art. 166 inc. 2º del C.P.).

Empero, asumiendo que la coyuntura que nos toca vivir difícilmente permita que un proyecto derogatorio alcance consenso en el Congreso Nacional, exploraré la construcción de otras directivas político-criminales para “controlar los daños” que el art. 41 bis produce⁹⁵.

Una primera alternativa sería complementar la derogación con la modificación de las escalas penales de algunos delitos en particular. En tal sentido, el proyecto del Senador Yoma –propiciando la incorporación de un art. 166 bis- es un sendero posible.

Sin embargo, entiendo que ello supondría aceptar la lógica imperante en cuanto a que la “inseguridad” se “combate” con el aumento de las penas. Por otra parte, el texto propuesto por Yoma conduciría, tal vez, a consagrar el definitivo “triumfo” de la tesis subjetiva, desde que, probablemente, se interpretaría que el art. 166 inc. 2º atraparía, en la nueva formulación, los casos de armas (de fuego) no aptas para el disparo, y/o descargadas, y/o con defectos en su munición, empleadas en el robo. Tampoco se me escapa que la elección del mínimo por parte del Senador Yoma (7 años de reclusión o prisión) aparece, aunque no se explicita, como claramente direccionado a restringir la excarcelación en los casos de tentativa (y ya vimos que este objetivo se encuentra reñido con la racionalidad jurídico formal y con la racionalidad ética).

Otra alternativa posible sería, derogar el art. 41 bis e incorporar al art. 41 una referencia que complemente: “...los medios empleados para ejecutarla...” y que aluda “...en particular, la utilización de armas de fuego...” con lo que desaparecerían los inconvenientes

⁹⁴ Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., pág. 5. Agrego, por mi parte, que –aún si no se compartiera el planteo íntegro de estos autores-, si esas “formaciones pétreas” se construyen con un material tan irracional como lo es el art. 41 bis, la consecuencia es más grave. Se ha dicho que debe propiciarse “no un mejor derecho penal, sino algo mejor que el derecho penal”.

⁹⁵ Guillermo Yacobucci sostiene que: “...las posibilidades de éxito de las medidas adoptadas no pueden ser dejadas de lado en la ponderación. La poca probabilidad de éxito es un elemento negativo que ha de tenerse en cuenta por cuanto en ese caso **serán mayores los males que se producen por la frustración del cometido que los bienes hipotéticos a obtener, aunque éstos sean, claro está, justos...**” (lo destacado me pertenece). Extraído de “El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”. Ed. Abaco. Bs. As. 2002, pág. 339.

analizados en los distintos niveles de racionalidad en relación con la determinación de la pena.

No escapa al presente análisis que cualquiera de las alternativas derogatorias propuestas generaría un gran número de planteos de acciones de revisión (en el ámbito provincial, por la vía del art. 467 inc. 5º del C.P.P.), mas estimo que la “recarga de trabajo” que este camino supondría para el Tribunal de Casación Penal –en el ámbito de la Pcia. de Buenos Aires- no es argumento suficiente para descartarlo, pues –conforme hemos intentado demostrarlo- existen razones de mayor entidad que lo aconsejan⁹⁶. Asimismo, cuanto menos se demore en instrumentar la derogación, menor será la incidencia que, en este sentido, tendrá en la administración de justicia.

Una tercera posibilidad es, de no mediar la derogación propiciada, interpretar la “cláusula de exclusión”, en un sentido tan amplio que conduzca a la inoperancia de la norma⁹⁷. Ya hemos explorado ese camino con relación al delito de homicidio simple, que “mutatis mutandi”, podría ser extrapolado a los demás supuestos.

Otra posibilidad es interpretar el precepto en el sentido de que la agravación de la escala penal no es imperativa sino facultativa para el juez, argumentando en tal sentido a partir de la ambigüedad que deriva de la utilización del verbo “ser” conjugado en tiempo futuro y no en modo imperativo. Con ello, al menos, podría atenderse a las peculiaridades de los casos concretos en los que el “aumento automático” conduzca a una pena reñida con la magnitud del injusto y la culpabilidad por el hecho. Debo decir que no abrigo demasiadas esperanzas de que se dé una interpretación en el sentido propiciado desde que –aún cuando ello respete la resistencia semántica de los términos utilizados en el precepto- hemos visto que, contextualmente, parece más probable que se le asigne un significado imperativo, tal como surge de los pronunciamientos jurisdiccionales examinados.

El camino más espinoso, que seguramente será intentado por la Defensa en los casos en que se pretenda aplicar el art. 41 bis a casos concretos, será la postulación de la inconstitucionalidad del precepto, en cuenta del control jurisdiccional difuso que, a esos

⁹⁶ La derogación por ley 24.721 (B.O. 18/11/96), en lo que aquí interesa, del art. 38 del decreto 6582/58 y la incorporación del inc. 6º al art. 163 del C.P. (comprendido en los casos del inc. 4º del art. 167) generó el mismo fenómeno que aquí se augura y no parece que pueda adjudicársele la responsabilidad por el presunto “colapso” de la administración de justicia provincial.

⁹⁷ Al caracterizar la “inoperancia de ciertas normas jurídicas” Nino explica que: “...sí plantean problemas de interpretación los casos de normas que no pueden ser aplicadas por razones independientes de su aceptación o su rechazo. **En esos casos generalmente surge la preocupación por asignar a esas normas un significado distinto del original, proveniente de la preocupación, por parte de jueces y juristas....de que el legislador no pudo haber dictado normas imposibles de aplicar...**”. Op. cit. Pág. 289 (lo destacado me pertenece y se evidencia en las sentencias y la doctrina que se ha esforzado por encontrar casos en que el art. 41 bis, se aplique sin hesitación, vid, por todos, el de Marina Soberano). Retomando los conceptos de Nino, podríamos decir que, al menos si fijamos nuestra atención en uno de los objetivos (agravar el robo con armas) de los

efectos, surge de la Ley Fundamental de la Nación y de la adopción por parte de nuestra C.S.J.N. de la doctrina emergente del célebre caso “Marbury vs. Madison” de la Corte Suprema de los EE.UU. del año 1802.

En ese difícil sendero, cuyo éxito estará condicionado por las peculiaridades del caso concreto, bien podría alegarse que la norma en cuestión es incompatible con los principios de proporcionalidad y razonabilidad derivados de los arts. 28 y 33 de la C.N. y del art. 5 inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22)⁹⁸.

En tal sentido, es menester argumentar que, siguiendo a Juan Cianciardo, la finalidad del principio de proporcionalidad es evitar que el medio utilizado por el Estado para la consecución de un fin de interés general sea desproporcionado. En tal sentido, sostiene el autor de cita que: “...la proporcionalidad es utilizada como un test de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales”⁹⁹.

Si advertimos que el art. 28 de la C.N. establece que: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”¹⁰⁰, podría argumentarse que –en materia penal- el principio de proporcionalidad se encuentra asentado en dos presupuestos.

Uno formal, constituido por el principio de legalidad que exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por ley. Y otro material que implica su justificación teleológica y axiológica, es decir, que aquellas medidas tiendan a la consecución de fines legítimos.

En relación con los requisitos de las medidas limitativas exigidas por este principio, encontramos en primer lugar los extrínsecos (exigencia de judicialidad, es decir que su imposición debe haber sido determinada por un órgano jurisdiccional y exigencia de motivación, con el objeto de evitar arbitrariedades y de permitir un adecuado control de los órganos superiores) y los intrínsecos, que son los que cobran mayor relevancia a los efectos

impulsores del proyecto, el art. 41 bis se tornaría inaplicable por la propia contradicción -en sí misma- entre el primer y el segundo párrafo.

⁹⁸ Ya vimos que en la causa “Mariano Molina” de la Sala I de la C.N.C.P. se adelantó un criterio general desestimatorio, lo que justifica la afirmación que realicé en orden a lo “espinoso” del planteo, pues en cuenta de la gravedad institucional que supone poner en discusión la legitimidad de una norma dictada por el Congreso Nacional, los tribunales son –en general- reacios a inaplicarlas con fundamentos constitucionales.

⁹⁹ Cianciardo, Juan. “El principio de proporcionalidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”. Ed. Abaco, pág. 14)

¹⁰⁰ Haciendo pie en un año precedente de la C.S.J.N. (Fallos 142:81 del año 1924) podría sostenerse que el Congreso sólo se encuentra investido de la facultad de sancionar y establecer aquellas disposiciones que sean razonables y convenientes.

de brindar las razones que podrían conducir a la inconstitucionalidad –en algún caso concreto- del art. 41 bis.

Me explayaré, en este punto, con relación a los principios intrínsecos antes enunciados.

Cianciardo sostiene que el principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios que se deducen de su definición como limitativas de la intervención estatal en los derechos fundamentales: a) idoneidad, b) indispensabilidad y c) proporcionalidad, lo que genera un juicio o análisis que podría expresarse en los siguientes términos: el medio ha de ser adecuado en relación con el fin; necesario –el más moderado- respecto de todos los medios igualmente eficaces y proporcionado en la ecuación costos - beneficios y en el respeto del contenido de los derechos involucrados¹⁰¹.

Aplicando estos conceptos al análisis del art. 41 bis (ya hemos examinado los objetivos presuntamente perseguidos por los legisladores), si bien podría reconocerse que es facultad exclusiva del Congreso de la Nación “...la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente...” (Fallos 314:424), no puede olvidarse que conforme los sostiene Bidart Campos “...la política criminal y la legislación penal deben responder al principio constitucional de razonabilidad...”¹⁰².

Hemos visto, en acápites anteriores, las consecuencias inaceptables que –en los distintos niveles de racionalidad estudiados- genera el art. 41 bis. Sin perjuicio de ello, para adelantarse a un contra argumento que pudiera poner énfasis en la legitimidad social de la medida y en que –esencialmente- la política criminal es facultad del poder legislativo¹⁰³, continuaremos con el análisis a la luz de los restantes principios.

¹⁰¹ Néstor Sagués argumenta que la razonabilidad supone la averiguación judicial de un acierto mínimo en cuanto a los medios escogidos por el legislador para determinados fines y su congruencia con los valores constitucionales en juego. Superado este nivel, el Poder Judicial “no debe proseguir para señalarle al legislador cuál es el mejor acierto o la mejor correspondencia”, citado a través de Yacobucci op. cit. pág. 337. Por mi parte, estimo que esta postura doctrinaria bien puede informar el criterio desestimatorio de los planteos constitucionales que puedan hacerse respecto del art. 41 bis, pues bien podría pronosticarse que –tal como ha ocurrido hasta el momento- los tribunales critiquen el texto legal pero, en definitiva, se escuden en la división de poderes prevista constitucionalmente para evitar la descalificación de la norma como incompatible con la Ley Fundamental. Ello vendría a evidenciar que, en una tradición jurídica romano-canónica como la nuestra, en los términos definidos por Merryman, los argumentos sirven en un sentido o en otro, pues siempre será “sistemáticamente” posible diferenciar el caso que se presenta (en el que no se “desea” declarar la inconstitucionalidad, utilizo el verbo “desear” ex profeso) del que se cite como precedente, sobre la base de alguna diferencia “conceptual” o derivada de alguna “abstracción” o “principio”. Y esto no significa sostener que –si no se deroga la norma tal como lo he propuesto- todos los planteos de inconstitucionalidad deban tener favorable acogida, sino que –en cambio- intenta “pronosticar” con algún fundamento los obstáculos que encontrará quien pretenda tal solución.

¹⁰² Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel E., “Más sentencias de la Corte en el marco de su activismo judicial: La declaración de inconstitucionalidad de una pena”, ED 134-202.

¹⁰³ Simplificando el argumento que puede esgrimirse en contra de lo aquí afirmado, podría agregarse que se trata de una “cuestión política no justiciable” y atiborrarnos de citas de la C.S.J.N. en tal sentido.

En cuanto a la necesidad de la medida, ya hemos visto que el art. 41 del C.P. enumeraba entre los factores a tener en cuenta para la individualización de la pena "...los medios empleados para ejecutarla...", como también las derivaciones de una alteración compulsiva de las escalas penales. Podría concluirse, entonces en algún caso concreto, que el art. 41 bis resulta innecesario y entonces, inaplicarlo.

Tomemos el caso de un homicidio simple (pues ya hemos visto que existe jurisprudencia que aplica el art. 41 bis junto con el art. 79 del C.P.). Entiendo que –en casos particulares- la utilización de un arma de fuego puede ser agravante o atenuante. Téngase presentes que un disparo de arma de fuego puede ocasionar menos sufrimiento a la víctima. (este argumento fue sostenido, con sagacidad, por el diputado Quinzio en la discusión parlamentaria, tal como lo hemos reseñado al comienzo de este trabajo).

Con el art. 41 bis, un juez que tenga ante sí un caso en el que –precisamente- surgiera esta contingencia, es decir, que el autor del homicidio haya escogido una pistola (apta en su funcionamiento y carga) pese a contar con otro medio para ejecutar la conducta matadora que generara más sufrimiento y que no fuera un arma de fuego, -vgr.: rociando con nafta a la víctima e iniciando inmediatamente la ignición- sin llegar al ensañamiento previsto en el inc. 2º del art. 80 del C.P.¹⁰⁴ se encontraría obligado a la elevación del mínimo y el máximo de la escala penal. Si, como antes vimos, la aplicación del art. 41 brindase una solución más adecuada (pues cabría considerar la posibilidad de no computar la utilización del arma de fuego en ningún sentido por resultar neutro, o en el mejor de los casos, como atenuante), entonces el art. 41 bis en ese –admito- peculiar caso, resultaría inconstitucional por irrazonable.

Respecto al tercer subprincipio, la pregunta que debe responderse es cuál es el derecho fundamental que se encuentra en juego, para luego analizar si su restricción es razonable o no. En este sentido, podría argumentarse que la norma fundamental que se ve alterada es la dignidad humana (Art. 5 inc. 2 de la C.A.D.H.), por la imposición de una pena superior a la que correspondería en relación con la magnitud del injusto y la culpabilidad por el hecho (que podría presentarse ante la aplicación automática del art. 41 bis). Aún cuando difícilmente este argumento sea recepcionado por nuestros tribunales, podría contrargumentarse contra tal resistencia que el art. 41 bis resulta irrazonable pues no se ha fundamentado la elevación de los mínimos y máximos imponibles en el caso del homicidio

¹⁰⁴ Supongamos que no mediara el elemento subjetivo distinto del dolo que esa figura exige, conforme Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., págs. 517/518.

simple (que pasaría de 8 años a 10 años y 8 meses de prisión o reclusión, en su mínimo y de 25 años a 33 años y 4 meses de prisión o reclusión en su máximo)¹⁰⁵.

En un caso concreto, la elevación obligatoria de los marcos penales podría devenir en la imposición de una pena cruel por exceder los límites de la culpabilidad y lesividad por el acto mismo, conforme la hipótesis que ensayamos antes. (conf. Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Necochea del 10/09/02, Expte N° 245-1338, caratulado “López, Marcelo Ezequiel s/Robo Agravado”, publicado en www.diariojudicial.com.ar).

Desde otro punto de vista, también debe considerarse que podría llegarse a la situación de que un homicidio simple (cometido empleando un arma de fuego para provocar la muerte) en el que el bien jurídico protegido es la vida humana¹⁰⁶ merezca la imposición de una pena mínima mayor que para el caso de un Homicidio en ocasión de Robo (con un arma blanca), en el que se vulneran dos bienes jurídicos (vida y propiedad)¹⁰⁷.

Tal escenario podría conducir a que cobre aplicación lo expuesto por la C.S.J.N. en cuanto a que se pondría de relieve un “...ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado...” (Fallos 312:826).¹⁰⁸

V. CONSIDERACIONES FINALES

En primer término deseo dejar establecido que me he permitido flexibilizar, en algún sentido, el tratamiento de la problemática escogida en relación con los distintos niveles de racionalidad expuestos por Atienza, en virtud de la íntima implicancia que guardaba la crítica de la disposición vigente con las directivas político-criminales aquí propuestas.

¹⁰⁵ Dejando al margen, por un momento, la discusión acerca del máximo de la pena aplicable a la que ya hemos hecho referencia.

¹⁰⁶ Mayores precisiones sobre el punto nos alejarían del sentido de esta referencia.

¹⁰⁷ La Sala II del T.C.P.B.A sostiene que “...El art. 165 del código sustantivo prescribe un Robo Calificado que, como tal, debe ser vinculado, cuando sea menester del caso, con el art. 42 del Código Penal. Su ubicación sistemática –a continuación del tipo básico del art. 164 del C.P. y en el mismo capítulo- así lo indica.”

“Los tipos previstos en la “parte especial” del Código Penal describen acciones consumadas que, sin que existan motivos que lo impidan, deben ser directamente relacionadas con las extensiones de los tipos previstos en la “parte general” del mismo código, como ocurre con la del art. 42 del Código Penal”.

“El homicidio que contiene el Robo Calificado del art. 165 del C.P. constituye un elemento normativo del tipo y no puede aceptarse que se tenga por consumado un robo que en realidad fue tentado, por el solo hecho de haberse perfeccionado no la acción sustractora, sino un elemento normativo de la figura en cuestión” (Conf. Causa N° 4693 “Ramírez”. Sent. 04/03/03. Reg. 16, Causa N° 5242 “Moyano”. Sent. 26/09/02. Reg. N° 598 y Causa N° 5003, “Romero”. Sent. 25/06/02, Reg. N° 394 entre otras)..”.

Y entonces, si la consumación del homicidio no impide que, respecto del art. 165 del C.P. se aplique la reducción prevista en el art. 42 del mismo texto legal, si el robo quedó en grado de conato, el desbalance de las reacciones penales ante los supuestos que aquí se barajan se acentúa aún más.

¹⁰⁸ Si el art. 41 bis del C.P., no se derogara ni se interpretara limitativamente, siguiendo alguna de las directivas que he esbozado u otras, tampoco puede caerse en la declaración de inconstitucionalidad en serie, desde que esta herramienta es útil si se la emplea con inteligencia, atendiendo al caso particular. De lo contrario, incurriríamos en la misma abstracción, pero en sentido inverso. En concreto, creo que si encontráramos un caso

Las conclusiones se han expuesto, en relación con cada problema planteado, al dar tratamiento al mismo, con lo que resultaría inadecuado reiterarlas aquí.

Sólo me resta solicitar anticipadas excusas por la extensión del trabajo¹⁰⁹ y señalar que resulta imperativo difundir un mensaje que lleve mesura a quienes tienen sobre sí la responsabilidad de legislar y juzgar, ante los embates de un “supuesto consenso” vinculado a que la solución “mágica” al “problema de la inseguridad” pasa por, para decirlo simplificado, más penas, más prisión preventiva, menos excarcelaciones, más intervención en los derechos fundamentales, más –en definitiva- violencia estatal enmascarada a través de las formas jurídicas¹¹⁰.

En el mismo sentido, y a modo de corolario, deseo expresar que, aún cuando esto resulte –tal vez- recurrir a una utilización emotiva del lenguaje –que asumo- como también una toma de posición valorativa –de la que también me hago cargo- debe rechazarse firmemente la concepción política que influye evidentemente en nuestros legisladores en la actualidad¹¹¹ y que inscribe la problemática del delito en clave de “conflicto bélico” desde que: “...por vía de la absolutización del valor seguridad tiene el efecto de profundizar sin límite alguno lo que el poder punitivo provoca inexorablemente, que es el debilitamiento de los vínculos sociales horizontales (solidaridad, simpatía) y el reforzamiento de los verticales (autoridad, disciplina)...”¹¹².

en que el aumento automático fuera irrazonable (inconstitucional), tal contingencia no implicará –necesariamente- que lo mismo deba resolverse en todos los demás supuestos.

¹⁰⁹ Reconozco que, en algún momento, me sentí desbordado por las múltiples cuestiones (penales y no penales, jurídicas y no jurídicas) a las que implícita o explícitamente hacía referencia, prefiriendo entonces, adoptar alguna postura instrumental en ese aspecto, para retomar el cauce original del trabajo.

¹¹⁰ “En materia de los fines del Derecho Penal, debe rechazarse la sola atención a la racionalidad utilitarista y su lógica instrumental, asumiéndose la racionalidad valorativa no sólo como corrector de lo anterior, sino también como “telos” del Derecho Penal; en otras palabras, el fin del Derecho Penal no puede ser sólo la protección de los ciudadanos frente a los potenciales delincuentes, sino también la protección de éstos- de todos los ciudadanos- frente a la violencia emanada del poder estatal, orientándose la construcción dogmática y la aplicación jurídica a partir de la ponderación del permanente conflicto entre ambos fines...” Guirao, op. cit. Pág. 430.

¹¹¹ Sin olvidar tampoco la influencia de la imposición de tal agenda por los “mass media”.

¹¹² Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit. pág. 17.

Bibliografía

- Antecedentes Parlamentarios. T. 2001-A-L.L. Bs. As. 2001.
- Atienza, Manuel, “Tras la Justicia”, Ed. Ariel 1993, Barcelona España, 1993.
- Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel E, “Más sentencias de la Corte en el marco de su activismo judicial: La declaración de inconstitucionalidad de una pena”, ED 134-202.
- Carrió, Genaro R. “Notas sobre Derechoo y Lenguaje”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs .As, Cuarta Edición.
- Cianciardo, Juan, “El principio de proporcionalidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”. Ed. Abaco.
- Copi, Irving M. “Introducción a la lógica”. Ed. Universitaria de Bs. As.
- Domenech, Ernesto E., Síntesis N° 1 “Política Criminal”. Publicación de la Secretaría de Posgrado.
- Domenech, Ernesto E., “Innovación y Política Criminal”. Anales de la Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P. Tomo XXXIII.
- Donna, Edgardo Alberto, “Delitos contra la integridad sexual”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2000.
- Durán, Roberto A. y Poggi, María Fernanda, “Análisis de la ley 25.297. El artículo 41 bis del Código Penal de la Nación, su importancia en la parte general del Código y su incidencia sobre la parte especial”, D.J., 2002, I, págs. 791/795.
- Eser, Albin y Burkhardt, Bjorn, “Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias”. Ed. Colex. 1995. Madrid.
- Farell, Martín D., “Sobre la ética de la autodefensa”. NDP. Secc. Doctrina.
- Friele, Guillermo Enrique, “Algo más sobre la aplicación de la agravante genérica contenida en el artículo 41 bis del Código Penal”. Suplemento de Jurisprudencia Penal N° 79. Nota a fallo. Revista Jurídica La Ley 03/03/03.
- Garibaldi, Gustavo, “Algo más sobre participación y dolo eventual. La desconcertante agravante genérica del artículo 41 bis del código Penal” en La Ley, T. 2002-E, págs. 515/523.
- Guirao, Rafael Alcacer, “Facticidad y Normatividad en derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica”. NDP. T. 1999-B, Ed. Del Puerto. Sección Doctrina. Bs. As.
- Imahorn, Javier, “El nuevo art. 41 bis del Código Penal. Un cambio sustancial en el sistema de graduación de la pena”. La Ley, t. 2001-A, págs. 917/919.

Irurzun, Víctor J. y Rivas, Liliana A., “El impacto de los medios de comunicación en el proceso penal y en la construcción social del delito”. Material provisto en el curso de la Especialización.

Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal Argentino”. Tomo I-B, Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1989.

Maier, Julio. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Fundamentos. Ed. del Puerto. Bs. As. 1996, 2da. edición.

Merryman, John Henry. “La tradición jurídica romano-canónica”. F.C.E. México.

Morín, Daniel. “Crisis de las pautas objetivas que limitan la libertad durante el proceso penal. A propósito del fallo “Vicario” de la Sala I de la C.N.C.P.” publicado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación 1”. Ed. Ad-Hoc. 2001.

Nino, Carlos Santiago, “Introducción al análisis del Derecho” Ed. Astrea. Bs. As., 1988.

Núñez, Ricardo “Tratado de Derecho Penal” Ed. Lerner, Córdoba 1988, T. IV.

Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos J y Cancio Meliá, Manuel; “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs” en Jakobs, Gunther “Estudios de Derecho Penal” UAM Ediciones, Editorial Civitas S.A. Paracuellos de Jarama (Madrid) 1997.

Soberano, Marina, “El art. 41 bis del C.P. o la venganza del principio de legalidad”. Nueva Doctrina Penal. T-2002-A, Bs. As. Del Puerto, 2002. Sección Jurisprudencia, págs. 240/241.

Slokar, Alejandro W. Comentario al art. 41 bis en la obra. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” T.2, arts. 35-78, Parte General. Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2002.

Tozzini, Carlos A., “Los Delitos de Hurto y Robo”. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1995.

Yacobucci, Guillermo, “El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”. Ed. Abaco. Bs. As. 2002.

Waququant, Lois, “Las cárceles de la miseria”. Ed. Manantial, Buenos Aires, 2000.

Zaffaroni, Alagia, Slokar. “Derecho Penal – Parte General” Ed. Ediar. Bs. As. 2000.

Ziffer, Patricia S. “Lineamientos de la determinación de la pena”. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 1996.

Zipf, Heinz, “Introducción a la política criminal”, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1979.