

# ¿Son acumulables las agravantes de los arts. 41 bis y 41 quater del Código Penal?

Por Raúl Elhart<sup>1</sup>

## I. Presentación y el asunto a considerar

La cuestión de este trabajo se refiere a considerar las dos posiciones dominantes acerca de cómo operan sobre la escala penal las agravantes previstas en los artículos 41 bis y 41 quater del CP, cuando confluyen en un mismo hecho.

Más específicamente y a modo de ejemplo: se plantea cómo debe conformarse el mínimo de la escala penal del homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP) cuando el homicidio se produjo mediante un disparo de arma de fuego, y, a su vez, se trató de un suceso en el que intervinieron mayores de dieciocho años de edad junto a, al menos, un menor de edad.

No ingresaré en la labranza en considerar aspectos largamente discutidos, como lo son si el tipo del homicidio simple incluye en su configuración el modo de causar la muerte mediante un arma de fuego y por ello se impide la aplicación de la agravante del art. 41 bis, dado que la jurisprudencia en definitiva se ha inclinado, y estimo con razón (esa ya es mi posición en reiterados precedentes), en cuanto a que es de aplicación la agravante mentada al tipo penal del art. 79 CP<sup>2</sup> (lo mismo ocurre con el art. 165 CP<sup>3</sup>).

Tampoco consideraré aquí la cuestión acerca de que el art. 41 quater CP refiere a menores de dieciocho años de edad que intervengan con mayores de dicha edad, porque ya se ha definido -a mi ver- que por mayores se entiende la imputabilidad plena penal, y por menores quienes tengan menos de dieciocho años de edad (incluidos los inimputables: menores de dieciséis años de edad)<sup>4</sup>.

De igual modo no trataré aquí otro aspecto largamente discutido: tal como era de prever, y de acuerdo a la literalidad de la norma del art. 41 quater CP, en definitiva se trata de comprobar si junto al mayor de dieciocho años de edad intervino un menor de edad. La norma no establece otras exigencias teleológicas<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Juez en lo penal. Doctor en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Penal y Criminología.

<sup>2</sup> "Las muertes cometidas dolosamente y 'sin armas' no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas -de cualquier especie- no forma necesaria y excluyentemente parte del núcleo de la figura del artículo 79 del código de fondo. En función de ello, la decisión legislativa que impone un agravamiento de pena en virtud de la modalidad comisiva -art. 41 bis del C.P.- resulta asimilarse a la "ratio legis" de los agravamientos contemplados en los incisos 2º (veneno, vocablo que en su acepción básica también alude a un elemento con potencialidad mortal), 5º y 6º del artículo 80 del Código Penal, por lo que la aplicación del artículo 41bis, a la figura del artículo 79, ambos, del Código Penal, no resulta violatoria de garantía constitucional alguna." (TC0003 LP 17288 RSD-439-8 S 27/03/2008 Juez Borinsky - Carátula: J. ,S. F. s/Recurso de casación - Magistrados Votantes: Borinsky - Violini - Tribunal Origen: TR0100NE).

<sup>3</sup> "En tanto la norma del art. 165 del Código Penal no posee relevado en su núcleo típico la utilización de armas de fuego, la complementación con la calificante del art. 41 bis del Código Penal es legalmente posible." (SCBA LP p 126496 S 07/12/2016 Juez Kogan. Carátula: Buceta, Marcos Ariel s/Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley - causa 60789 del Tribunal de Casación Penal (bonaerense) Sala IV. Magistrados Votantes: Kogan-Soria-de Lázzari-Genoud - Tribunal Origen: TC0004LP).

<sup>4</sup> En ese sentido se expidió, con fecha 16 de diciembre de dos mil catorce, la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (voto de los doctores Mahiques y Mancini), en la causa N° 66.116, caratulada "Domínguez, Lautaro Miguel s/ recurso de casación".

<sup>5</sup> Al respecto, por todos, ver resolutorio de fecha 9 de abril de 2014, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en causa P. 111.446, "Roldán, Jorge Armando. Fiscal Adjunto Tribunal de Casación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 38.330 seguida a Flores, Jonathan Gabriel. Tribunal de Casación -Sala I-" y su acumulada P. 111.944,

Como fuere, y aunque tales aspectos sigan siendo discutidos en sus diversas aristas, el tema que referiré es la composición de la escala penal cuando se comprobaron con certeza ambas agravantes (arts. 41 bis y 41 quater).

## **II. La postura de la solución acumulativa**

La primera solución es la que entiende que son acumulativas las agravantes de la escala penal.

Es decir, que debe aumentarse dos tercios del mínimo (y dos tercios del máximo) de la escala correspondiente al tipo penal base.

En el caso del homicidio simple del art. 79 CP, se aplicaría un incremento de dos tercios de ocho años, es decir que el mínimo de la escala se incrementaría en sesenta y cuatro meses, esto es, cinco años y cuatro meses, alcanzando entonces el mínimo los trece años y cuatro meses de prisión.

Hago hincapié en el mínimo, pese a que la agravante incrementa tanto mínimos como máximos, porque según mi apreciación en los órganos de juicio, así como en fiscalías y defensorías de juicio, hay una tendencia a admitir que el punto de ingreso de la graduación de la pena es a partir del mínimo de la escala penal, no obstante que tal posición no es admitida por los tribunales de mayor jerarquía<sup>6</sup>.

No es pensable que además de acumulativas resulten calculables de modo progresivo: es decir, que primero se aumente el mínimo penal en un tercio, lo cual arrojaría diez años y ocho meses de prisión (en el caso del homicidio simple), y luego que sobre esa magnitud se añada un tercio de la misma (esto es: un tercio de diez años y ocho meses).

Las posiciones que se han verificado en jurisprudencia, y de modo reiterado, apuntan como máximo a una acumulación de las dos agravantes sobre el mínimo del delito en cuestión (aquí: en el ejemplo el homicidio simple).

O para graficar el asunto, si se tratase de homicidio en ocasión de robo, siendo el mínimo de diez años de prisión, por aplicación acumulativa de los dos tercios del mínimo (es decir: un tercio por cada agravante) se llegaría a un mínimo de dieciséis años y ocho meses de prisión.

La fortaleza de esta posición se encuentra en que es el legislador el que tasó cuánto vale la agravante: tanto en el supuesto del 41 bis, como en el del 41 quater; el legislador determinó una magnitud para cada una de ellas consistente en un tercio del mínimo de la escala penal del tipo legal que se trate.

Lógicamente siempre me refiero a cuando la agravante sea admisible, por ejemplo respecto del 41 bis que no esté contemplada en el tipo penal como lo sería en el robo agravado por el empleo de armas de fuego. Y en el caso del art. 41 quater que haya sido admitida por el Tribunal interviniente según las comprobaciones que estime necesarias.

Cabe preguntarse entonces cuál es la debilidad. O si en tal interpretación existe un punto a discutir.

La debilidad emerge de la interpretación que entra en pugna, que entiende que se trata de un concurso ideal. Veamos.

## **III. Posición que entiende que las agravantes del art. 41 bis y 41 quater, cuando confluyen, conforman un concurso ideal**

---

"Flores, Jonathan Gabriel. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nº 38.330 Tribunal de Casación -Sala I-".

<sup>6</sup> Elhart, Raúl, Modelo de individualización judicial de la pena. Especificaciones para el fuero Penal del Joven (Revista Pensamiento Penal - Edición 196 - 17/11/2014).

Desde que respectivamente fueron instauradas ambas agravantes surgió el posible entendimiento de que se tratara, cuando confluían ambas, de un concurso ideal.

Explicación: así como cuando un robo simple se agrava por haber sido cometido en poblado y banda, y, además porque uno de los integrantes empleó un arma de utilería, también podría entenderse de igual forma la confluencia de ambas agravantes (41 bis y quater).

En el caso del robo, se trataría de un concurso ideal de robo en poblado y banda con robo cometido con arma de utilería.

Ya se advertirá que en este caso del robo, el mínimo de la escala se lleva hasta tres años de prisión, no obstante que hay dos circunstancias que agravan el robo base (robo simple), y, en una interpretación correcta, se trataría a fines de calibrar la pena de tomar una de las agravantes para establecer el mínimo de tres años de prisión y la restante debería ser ponderada como agravante según el juez y en el caso concreto.

En igual sentido, o en esa lógica, en el caso del homicidio simple, de confluir ambas agravantes (41 bis y 41 quater CP) se trataría de un concurso ideal: homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en concurso ideal con homicidio agravado por la intervención de menor de dieciocho años de edad<sup>7</sup>.

Entonces resultaría que el mínimo de la escala se mantiene en diez años y ocho meses de prisión por una de las agravantes, por ejemplo, el empleo de arma de fuego, y, por la restante, la judicatura calibraría un incremento que no necesariamente deber ser otro tercio del mínimo de la escala base.

Claro, se advierte que por un lado se aparta la prevalencia de la calibración del legislador que ponderó la intervención de un menor de edad en un tercio del mínimo, y se la reemplaza por la calibración del juez.

Pero por otro lado, no se hace otra cosa que cuando hay concurso ideal y concurren varias agravantes como por ejemplo el párrafo cuarto del art. 119 CP.

Y la fortaleza de esta posición se encuentra en que se elabora una interpretación sistemática en el contexto de la obligada respuesta punitiva única.

Y además, el art. 54 CP establece que cuando concurren dos tipos penales se aplica el que prevea la pena más grave, y siendo ambos de igual gravedad entonces se aplicará ese mínimo y ese máximo (que son idénticos).

Y por técnica de graduación de la pena, no podrá dejarse de tener en cuenta el concurso ideal, y esa porción del hecho, por ejemplo, intervención del menor, habrá de ser apreciada por el juez o tribunal a efectos de establecer que magnitud añade, sin que ésta sea obligatoriamente la de otro tercio del mínimo.

Por otro andarivel, si bien no es cuestión del poder judicial, sino del legislador, no puede dejar de notarse que la agravación del mínimo (y del máximo) cuando concurren las dos agravantes, se extrema: en el homicidio en ocasión de robo, pasa de diez años a casi diecisiete años; un incremento notable.

Pero allende estos aspectos valorativos, interpreto que esta segunda solución es viable asimismo y tiene sus puntos fuertes, y es a su vez consecuente con el resto de la acumulación de agravantes en otros delitos cuando ellas confluyen.

De allí que la sistematización, si es llamada a ser fundamento de esta interpretación, se debe afincar en tal aspecto más que en la valorativa de que el

---

<sup>7</sup> Un fallo medular que sostiene esta posición, se dictó por sentencia número: ochenta y nueve, de fecha veintitrés del mes de abril de dos mil trece, por poarte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, presidida por la doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, en los autos "F.S.A. p.s.a. homicidio agravado en grado de tentativa –Recurso de Casación–" (Expte. "F", 41/2010), con motivo del recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada de Turno 3º (reemplazante) de Villa María, Dra. Silvina C. Muñoz, a favor del imputado S.A.F., en contra de la Sentencia número veintisiete, del diez de septiembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal y de Acusación de Villa María.

mínimo se incrementaría demasiado, ya que ese aspecto es un asunto propio de la competencia del legislador, mientras que el juez fija pena dentro de la escala continua (Dreher) que es establecida, sin que ello implique la imposibilidad de una interpretación sistemática como la que esta solución propicia.

En cuanto a que cuando se dan por comprobadas ambas agravantes las mismas deben ingresar en la composición de la pena, no hay mayores discusiones.

Con esto quiero decir que no sería correcto decir que porque ingresa una, la otra no tiene virtualidad de peso en la ponderación de la pena.

Es un error entender que cuando hay concurso ideal, amén del art. 54 CP que establece que se aplica la que fija pena mayor, deba excluirse de la ponderación el resto de tipicidad legal de la figura remanente.

El art. 54, refiere a la escala penal por interpretación, pero de ninguna manera excluye, ni debe excluir, el resto de tipicidad que debe ser ponderada a los fines exclusivos de establecer la pena correcta (petición del acuse mediante).

Es que caso contrario cuando concurre un solo tipo penal, por ejemplo robo en poblado y banda, se estaría igualando tal situación con el caso en que concurren en forma ideal robo en poblado y banda (reitero: en concurso ideal) con robo con el empleo de arma de utilería: es decir, en algún lugar, a fin de calibrar la pena, debe ingresar ese plus de infracción fáctica espejada en la tipicidad del concurso ideal.

Lo mismo sucede cuando ingresan las dos agravantes en cuestión: de seguirse la solución del concurso ideal, una de las agravantes fungirá para establecer el piso (y el máximo) y la otra deberá de alguna manera ser ponderada por el juez para espejar lo comprobado.

No ha habido dudas sobre esta cuestión, me refiero a que sea cual fuere la solución (acumulativa o la del concurso ideal) ambas agravantes ingresan a ser ponderadas.

En tal sentido, se expidió la Suprema Corte de Justicia bonaerense en sentencia del 13 de agosto de 2014, en la causa P. 117.092, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en causa nº 32.781. Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a Cristian Fiorín y Agustín Veloso".

## IV. Conclusiones

(a) En definitiva, como anticipé al inicio hay dos posiciones sobre la cuestión planteada. La primera entiende que son acumulativas las agravantes sobre la escala penal. Es decir, que debe aumentarse dos tercios del mínimo (y dos tercios del máximo) de la escala correspondiente al tipo penal base. La fortaleza de esta posición se encuentra en que es el legislador el que tasó cuánto vale la agravante: tanto en el supuesto del 41 bis, como en el del 41 quater, el legislador determinó una magnitud para cada una de ellas consistente en un tercio del mínimo de la escala penal del tipo legal que se trate

(b) La segunda posición, consiste en que se trata de un concurso ideal. Así como cuando un robo simple se agrava por haber sido cometido en poblado y banda, y, además porque uno de los integrantes empleó un arma de utilería, también podría entenderse de igual forma la confluencia de ambas agravantes. En el caso del robo, se trataría de un concurso ideal de robo en poblado y banda con robo cometido con arma de utilería. Ya se advertirá que en este caso del robo, el mínimo de la escala se lleva hasta tres años de prisión, no obstante que hay dos circunstancias que agravan el robo base (robo simple), y, en una interpretación correcta, se trataría a fines de calibrar la pena de tomar una de las agravantes

para establecer el mínimo de tres años y la restante debería ser ponderada como agravante según el juez y en el caso concreto. En igual sentido, o en esa lógica, en el caso del homicidio simple, de confluir ambas agravantes (41 bis y 41 quater CP) se trataría de un concurso ideal: homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en concurso ideal con homicidio agravado por la intervención de menor de dieciocho años de edad. Entonces resultaría que el mínimo de la escala se mantiene en diez años y ocho meses de prisión por una de las agravantes, por ejemplo, el empleo de arma de fuego, y, por la restante la judicatura calibraría un incremento que no necesariamente deber ser otro tercio del mínimo de la escala base (de ocho años del homicidio).