

0428-PE-03

(P.E.-428/03)

Buenos Aires, 3 de diciembre de 2003.

Al Honorable Congreso de la Nación.

Tengo el agrado de dirigirme a vuestra honorabilidad con el objeto de someter a su consideración un proyecto de ley tendiente a modificar el artículo 166 del Código Penal.

Con la sanción de la ley 25.297 en agosto de 2000, se introdujo, como artículo 41 bis del Código Penal, una agravante genérica de la pena para todos los delitos cometidos con armas de fuego.

Se trata de la consagración legislativa de una iniciativa con la que se pretendió dar respuestas al marcado aumento de los índices criminales, paralelo a la creciente violencia de los delitos. En particular, se tuvo en cuenta la evidencia sobre el uso indiscriminado de armas de fuego, con la secuela de homicidios y lesiones que traía aparejada su mayor letalidad.

Sin embargo, la reforma, prevista como una modificación a los parámetros de graduación de la escala penal, tropezó a poco de su vigencia con problemas comunes a otros dispositivos legales análogos, así como con obstáculos vinculados a sus objetivos específicos.

Entre los primeros, la norma en cuestión enfrentó reparos similares, sobre la determinación del máximo legal de la especie de pena que corresponda, a los que diera lugar la cláusula general del artículo 227 ter del Código Penal –agravamiento para todos los delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional–.

Por otra parte, los alcances del artículo 41 bis fueron enseguida discutidos en razón de la aclaración de su segundo párrafo, que exceptuaba de la agravante a todos los delitos que contemplaran el arma de fuego “como elemento constitutivo o calificante” de los mismos. Surgieron así dos posturas encontradas, reflejadas en antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. Una de ellas, respaldada por la Cámara Nacional de Casación Penal (104.808, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, 2002/09/30 “Aldera, Yamil s/recurso de casación”, publicado en el suplemento penal del diario “La Ley” del 28/11/02), consideró que aquella agravante no resultaba aplicable a la figura del artículo 166, inciso 2 del Código Penal, porque el uso de un arma de fuego debía tenerse por incluido en los elementos del tipo, como una de las especies de “arma”. De lo contrario se violaría el principio constitucional del *ne bis in idem*. En definitiva, se afirmó que los tribunales estaban obligados a resolver a favor del imputado la duda que generaba la aplicación de la agravante a la figura del robo con armas o su exclusión con arreglo a lo previsto en la segunda parte del artículo 41 bis.

Como argumentos contrarios a la posición arriba reseñada (incluyendo un voto en disidencia en el fallo anteriormente mencionado), se sostuvo que el Código Penal, en la interpretación armónica de ambos artículos 41, bis y 166, inciso 2, establece una relación de especificidad y de punición progresiva. Así, se indicó que, frente a la decisión clara del legislador de agravar las penas en aquellos delitos que se cometan mediante intimidación o violencia contra las personas con la utilización de armas de fuego –y no cualquier arma–, la norma introducida con la ley 25.297 resulta aplicable a todos los casos en que esté contemplado el uso de armas genéricamente. La cadena progresiva, en el caso del robo, partiría entonces del tipo básico del artículo 164, para avanzar luego al robo con armas en sentido general, finalizando en el robo con armas de fuego, “particularizado como modalidad específica de la agravante ‘arma’, al constituirse en una agravante especial, aún mayor” (del voto del doctor Gustavo M. Hornos en el fallo citado).

En tales condiciones, la modificación que este proyecto propone como segundo párrafo del artículo 166, inciso 2, del Código Penal, sigue la letra del artículo 41 bis hoy vigente y resuelve definitivamente la controversia. De esta manera se ratifica el criterio progresivo para las agravantes del robo, quedando expresamente establecido que el uso de un arma de fuego implica una escala penal más severa que la aparejada por la utilización de cualquier otro tipo de arma, resultante esta vez de una figura calificada específica en lugar de una confusa pauta genérica de agravamiento.

El proyecto, entonces, no sólo termina con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, circunstancia relevante dentro de una adecuada técnica legislativa, sino que también confirma una clara política criminal, encaminada a una mejor protección de los bienes jurídicos en juego. Es que, en definitiva, no puede caber duda alguna sobre el mayor estado de indefensión y peligro que conlleva el uso de armas de fuego, cuya letalidad imposibilita toda reacción de las víctimas y es causa eficiente de la gran mayoría de los homicidios cometidos en ocasión de un robo.

Finalmente, debe destacarse que la escala penal resultante guarda la debida proporción y habilita una graduación razonable siguiendo los parámetros del artículo 41 del Código Penal. En el caso de la tentativa, hipótesis a la que queda reducida –debido a las exigencias jurisprudenciales sobre la prueba de la aptitud del arma– la mayor parte de los supuestos en los que se aplica la figura calificada del artículo 166, el mínimo sería de 3 años y 4 meses de reclusión o prisión, llegando la escala a los 13 años y 4 meses de máximo. No sería susceptible de

condena de ejecución condicional.

Para el delito consumado, la escala penal queda entre un mínimo y máximo de 6 años y 8 meses y 20 años de reclusión o prisión. Con el mínimo, la libertad condicional se otorgaría a los 4 años y medio.

El proyecto se complementa con el agregado del tercer párrafo al inciso 2 del artículo 166, referido a las hipótesis de robo cometido con un arma de fuego de idoneidad no acreditada por ningún medio de prueba, o con un arma de utilería.

De esta manera se remedia un vacío legal, convirtiéndose en robo calificado (con la misma escala penal intermedia de las agravantes del artículo 167 del Código Penal) los casos de la doctrina derivada del plenario “Costa” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, e incluso la más moderna –y más amplia– interpretación sostenida sobre la cuestión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que el uso de un arma de fuego idónea pudiera probarse por elementos de juicio, indicios y derivaciones lógicas de pura y sana crítica, alternativos a los estrictos caminos establecidos en el histórico plenario de la Cámara del Crimen de la Capital Federal.

Dios guarde a vuestra honorabilidad.

Mensaje 1.174

Néstor Kirchner.

Alberto A. Fernández. – Gustavo O. Beliz.

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º – Sustitúyese el artículo 166 del Código Penal por el siguiente: Artículo 166: Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.
2. Si el robo se cometiere con armas, o en despojado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Sí se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

Art. 2º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Néstor Kirchner.

Alberto A. Fernández. – Gustavo O. Beliz.

–A la Comisión de Justicia y Asuntos Penales.