

## **AGRAVANTES**

**a) COBRO DEL RESCATE. Jurisprudencia. Doctrina**

**b) REFORMA DE LA LEY 25.742**

**1) VÍCTIMA MUJER EMBARAZADA. MENOR DE DIECIOCHO. MAYOR DE 70 AÑOS.**

**2) VÍCTIMA ASCENDIENTE. HERMANO. CÓNYUGE. CONVIVIENTE. INDIVIDUO QUE SE DEBA RESPETO PARTICULAR.**

**3) LESIONES GRAVES O GRAVÍSIMAS**

**4) VÍCTIMA DISCAPACITADA. ENFERMA. QUE NO PUEDA VALERSE POR SI MISMA.**

**5) AUTOR FUNCIONARIO PÚBLICO O MIEMBRO DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD O INTELIGENCIA**

**6) PARTICIPACIÓN DE TRES O MÁS PERSONAS**

**7) MUERTE DE LA VÍCTIMA, COMO CONSECUENCIA NO QUERIDA POR EL AUTOR**

**8) MUERTE DE LA VÍCTIMA INTENCIONAL**

**c) 41 BIS CÓDIGO PENAL. AGRAVANTE POR EL USO DE ARMAS**

**1) EXCLUSIÓN DEL AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 41 BIS CP CUANDO CONCORRE CON LA FIGURA DE ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMAS (166 CP)**

**2) PERICIA Y SECUESTRO DE LAS ARMAS PARA CONFIGURACION DEL AGRAVANTE**

**d) 41 QUATER CÓDIGO PENAL. AGRAVANTE POR LA INTERVENCIÓN DE MENORES DE DIECIOCHO AÑOS.**

### **a) COBRO DEL RESCATE**

La última parte de los artículos 142 bis y 170 CP, prevén un agravante para el caso de que los autores logren su propósito. En el caso del secuestro, concretamente, éste consiste en el cobro del rescate.

|  |
|--|
| “Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años”. |
|--|

### **Jurisprudencia**

**COBRO DEL RESCATE. Tribunal Oral Federal de La Plata, causa n° 2378/06 “Meng Gui Yan s/secuestro extorsivo”. Rta. el 20-04-07.**

La privación de la libertad con fines extorsivos concretados al obtenerse la entrega de dinero y oro, encuadra en el tipo penal del art. 170 del C.P. en su forma agravada, justamente por haberse concretado el rescate.

**INAPLICABILIDAD DEL AGRAVANTE. Tribunal Oral en lo Criminal n° 19 Capital Federal, caratulada “Delea, Héctor Gustavo s/secuestro extorsivo”**

**Rta. el 13-06-05.**

La circunstancia de que en este caso no se haya obtenido el rescate hace que la pena no se agrave.

**SECUESTRO DEL BOTÍN. IMPOSIBILIDAD DE APLICAR AGRAVANTE. Tribunal Oral Federal n° 2 de Capital Federal “Mansilla, Mariano y otros s/secuestro extorsivo.”**

**Rta. el 14-09-05.**

La circunstancia de que el dinero haya sido recuperado por los funcionarios policiales impidió que se configurara la agravante de la parte final del art. 170 del código de fondo, pues este delito se consuma con el secuestro de la persona, independientemente de la lesión patrimonial.”

**SECUESTRO DEL BOTÍN. IMPOSIBILIDAD DE APLICAR AGRAVANTE. C. Nac. Crim. y Corr. De Capital Federal, sala 7ª, 9/6/1986 - Rodríguez, J. C.**

Encuadra en la figura de secuestro extorsivo la conducta del procesado que mantuvo secuestradas a la denunciante y su hija hasta que se pagó el rescate, debiendo descartarse la agravación enunciada por la parte final del art. 170 CPen., toda vez que el operativo montado culminó con la detención del procesado y el secuestro del botín, o sea que el encausado no logró el propósito que se impuso al tomar como rehenes a las damnificadas. El secuestro del botín impide tener por configurada la agravante de la parte final del art. 170 CPen

**APLICACIÓN DEL AGRAVANTE A LOS COAUTORES DETENIDOS ANTES DEL PAGO DEL RESCATE. Trib. Oral Crim. San Martín, n. 3, 15/10/2003 - Bettiga, Cristian M. Á. y otros, causas 1131 y 1302**

Si se consiguió cobrar el rescate, la circunstancia de que quienes tuvieron intervención en la privación de la libertad de la víctima hubieran sido detenidos con anterioridad al pago de la suma requerida no impide considerarlos coautores del delito, que se consumó en su totalidad, de modo que corresponde aplicarles la agravante que prevé la segunda parte de la norma. El caso fortuito, o el buen desempeño de los preventores, que culminó con la detención de los imputados, no puede cercenar el delito que en definitiva se perpetró ni jugar a favor de ellos al tiempo de calificar su conducta.

**SUMA MENOR A LA EXIGIDA. CONFIGURACION DEL AGRAVANTE. Trib. Oral Crim. Capital Federal, n. 10, 26/5/2003 - Icaza Vázquez, S., c. 1442, JPBA 123-36-110).**

Es de aplicación la agravante a que alude el párr. 2º art. 170 CPen. si el propósito de obtener una suma dineraria para liberar a la víctima fue conseguido por los encausados, aun cuando lo recibido fue inferior a lo primigeniamente solicitado por ellos; pues el tipo se satisface simplemente cuando la víctima de la extorsión se desprende de los bienes que componen el precio reclamado y éste ingresa en la esfera de disposición del agente.

**CONSTITUCIONALIDAD DEL AGRAVANTE POR COBRO DE RESCATE. Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 de la Capital Federal, causa 1871, caratulada, Zidar, Ricardo Martín s/secuestro extorsivo.” Rta. el 09-11-04**

No se advierte que la mentada disposición del código de fondo, que agrava la pena para el caso en que “el autor logre su propósito” suponga un exceso del legislador en desmedro de garantía constitucional alguna, y que conduzca a su invalidez constitucional.

(La defensa había solicitado la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 170 del CP., en cuanto agrava el mínimo de la sanción allí prevista, para los casos en que el autor lograre el propósito, sosteniendo que ello afectaba el orden jerárquico de los derechos o bienes jurídicos tutelados, que según la postura del Dr. Ekmedjian, el patrimonio figura en los últimos lugares. Entendió que el mínimo de ocho años previsto en la norma era inconstitucional, por cuanto en el capítulo de resguardo a la vida se tutela el homicidio con la misma pena mínima. “Manifestó que el tribunal debía apartarse de esa norma, tomar como pena mínima para el delito cometido por su asistido la de cinco años y valorar la sanción a imponer a su asistido de conformidad con los parámetros de los artículos 40 y 41 del CPPN).

## **Doctrina**

**Fillia Julio César, Las recientes modificaciones al delito de secuestro coactivo (ley 25.742), LL 2004-A, 1163**

La afectación de la propiedad sólo se produce cuando el autor de dicha afectación toma posesión del bien que sustrae o del que se apodera, encontrándose en condiciones de efectuar actos dispositivos sobre el mismo lejos de la esfera de custodia de la víctima. Por lo dicho, creemos que no alcanza para que opere el agravante, aunque parezca injusto para el que efectúa el pago y que sufre un verdadero perjuicio, con que la víctima pierda la tenencia de sus bienes o dinero dado en rescate si ello no entra en la órbita de real posesión de quien lo exigiera mediante extorsión.

**Creus Carlos, Derecho Penal Parte Especial, TI, p.459, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999**

No alcanza a llenar el tipo la sola circunstancia de que la víctima de la extorsión se haya desprendido de los bienes que componen ese precio si ellos no han ingresado en la esfera de disposición del agente o del tercero; en este último caso no se pasa de la figura básica; la agravada se consume con la ocupación de los bienes por aquellos.

## **b) REFORMA DE LA LEY 25.742**

A partir de la reforma de la ley 25.742 –promulgada el 19 de junio de 2003- se incorporaron nuevos agravantes para los artículos 142 bis y 170.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión, en los siguientes supuestos:

### **1) VÍCTIMA MUJER EMBARAZADA. MENOR DE DIECIOCHO. MAYOR DE 70 AÑOS.**

|  |
|--|
| 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. |
|--|

#### **VICTIMA MENOR DE DIECIOCHO AÑOS. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nro.4683, “FACA y otros s/recurso de casación”, 7/03/05, registro 6383**

El artículo 142 bis, inciso 1 del C.P. -incluso con la modificación operada por la ley 25.742, sancionada el 4 de junio de 2003, y promulgada el 19 de junio de ese año- agrava el delito previsto en el primer párrafo de esa disposición, cuando la víctima fuese un menor de dieciocho años de edad. Agravante que tiene fundamento en la calidad de la víctima, que, en este caso, por su minoría de edad, se encuentra en una especial situación de inferioridad frente al sujeto activo, lo que conlleva a una mayor facilidad, a un especial aseguramiento en la ejecución del hecho, y significa un mayor desvalor de acción del comportamiento del autor.

En el caso, y tal como surge de la lectura de la sentencia recurrida, ha resultado demostrado que, con la finalidad precedentemente remarcada, el imputado retuvo como rehén -entre otros- a la menor -de catorce años de edad-, conociendo y queriendo ese hecho, por lo que se han configurado en el caso tanto el tipo objetivo como el subjetivo de la agravante en cuestión.

#### **VICTIMA MUJER EMBARAZADA. RETROACTIVIDAD LEY PENAL MÁS BENIGNA. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa nro.5938, “Diharce Marcelino y otros s/recurso de casación”, 22/12/05, registro 1151.05.3**

Si bien al momento del hecho se encontraba vigente el agravante del inciso 1° del 142 bis para el caso en que la víctima fuera mujer, lo cierto es que la reforma no incluyó en el tipo penal idéntico supuesto, pues se circunscribió a “mujer embarazada”.

Ahora bien, establecido que en la nueva redacción ya no se contempla la condición exclusiva de mujer de la víctima como agravante, advertimos entonces que analizada la conducta enrostrada a los imputados en el *sub iudice*, si se hubiese cometido en vigencia de la nueva norma no hubiese sido encuadrable en una privación ilegítima de la libertad calificada por el inciso 1°. Ello sin perjuicio de subsistir -subyacente- la figura genérica o simple, que se encuentra contenida en el primer párrafo del artículo 142 bis. Hasta aquí, lo que tiene que ver con el inciso 1°.

#### **Laje Anaya Justo, Atentados contra la libertad, robo con armas y otros delitos, p.,43, Ed. Alveroni, Córdoba, 2005.**

El embarazo de la mujer debe ser notorio, o por lo menos constarle al autor. Si se trata de un menor de dieciocho años o un mayor de setenta, no se requiere que deba obrarse a sabiendas, basta el dolo eventual

## **2) VÍCTIMA ASCENDIENTE. HERMANO. CÓNYUGE. CONVIVIENTE. INDIVIDUO QUE SE DEBA RESPETO PARTICULAR**

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.

### **Fillia Julio César, Las recientes modificaciones al delito de secuestro coactivo (ley 25.742), LL 2004-A, 1163**

Con respecto al agravante que configuraría la comisión del hecho contra alguna persona a quien se deba "respeto particular", entendemos que se repite una fórmula ya utilizada en la versión modificada que peca de imprecisa toda vez que resulta al menos dificultoso determinar quiénes ingresarían en esa categoría. A fin de limar su imprecisión, podríamos remontarnos a las exposiciones de Fontán Balestra o Nuñez, quienes califican de abstracta esta condición e incluyen en ella al maestro o tutor.

### **3) LESIONES GRAVES O GRAVÍSIMAS**

3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.

#### **LESIONES GRAVÍSIMAS PARA FACILITAR OTRO DELITO (ARTÍCULO 80 INC. 7 CP) Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1, en causa 935, caratulada Sommaruga, Adrián Gustavo s/secuestro extorsivo” (caso Strajman- hecho anterior a la reforma). Rta. el 27-09-04.**

La acción típica desplegada por los coautores encuadra en el agravante previsto en el inciso 7mo. Del art. 80, es decir la amputación del dedo de la víctima tuvo por objeto facilitar, consumir, o asegurar los resultados de otro delito –el secuestro extorsivo-. “El hecho que nos ocupa encuadra en lo que se ha dado a llamar “conexidad final”, el fin de cometer la lesión grave atacando el bien jurídico de la integridad física es rebajado por los criminales al punto de servirse de la amputación del dedo para “otra finalidad” cual es obtener el pago del rescate muy superior al que habían percibido la noche anterior.”

#### **LESIONES GRAVES. C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 21/11/1995 - Puccio, Arquímedes R. y otros, JA 1996-II-269**

Las lesiones graves inferidas al sujeto pasivo concurren en forma ideal con el secuestro extorsivo de que fue víctima, puesto que las mismas no fueron infligidas mediante una voluntad autónoma con respecto a la del secuestro, como hubiese sido la de aprovechar la situación fáctica creada por la privación de libertad para golpear corporalmente o violar a la víctima secuestrada, sin perjuicio de que deban tomarse en cuenta como mayor injusto al efectuar el juicio de punibilidad. Las secuelas psíquicas son prácticamente coetáneas de la consumación y casi inherentes a este delito, aunque también, y en el moderado trastorno en la marcha, que ocurrió como consecuencia de la necesidad de asegurar a la víctima y, de este modo, lograr la continuidad del delito permanente hasta el logro efectivo del rescate. El delito del art. 170 CPen. y las lesiones graves ocasionadas a la víctima concurren realmente entre sí, pues los autores han actuado en forma tal que las lesiones producidas cobran independencia respecto del hecho principal; ello es así, dado que atar con una cadena a la víctima, inmovilizándola a la cama, situación ésta que le causa lesiones que eran por demás previsibles, dada la edad del sujeto pasivo. Pudiéndose observar que el hecho se habría podido llevar a cabo sin ningún tipo de problemas manteniendo a la víctima en el sótano, que estaba con llave, con una mínima posibilidad de movimiento, evitándose de esa manera las lesiones luego producidas -Del voto en disidencia parcial del Dr. Donna-..

#### **4) VÍCTIMA DISCAPACITADA. ENFERMA. QUE NO PUEDA VALERSE POR SI MISMA**

4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

#### **5) AUTOR FUNCIONARIO PÚBLICO O MIEMBRO DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD O INTELIGENCIA**

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.

#### **Cámara del Crimen, Sala I, “S, ABR, s/secuestro extorsivo”, 29/4/92 (hecho anterior a la reforma de la ley 25.742)**

Los argumentos de la defensa para que se disminuya la sanción impuesta a su asistido por un secuestro extorsivo, basada en que este perteneció a organismos del ejército y que combatió en la lucha antiterrorista, se vuelven en contra del procesado si se atiende a que los jefes de ambos bandos en tal lucha, fueron condenados por la justicia argentina y que una persona de su cultura, que perteneció a organismos del Estado y que como tal, según se afirma, controló la moral del personal policial, se hace acreedora a un mayor reproche de culpabilidad, si se considera que esta es normativa.

## **6) PARTICIPACIÓN DE TRES O MÁS PERSONAS**

6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

### **CRITERIO AMPLIO PARA INTERPRETAR LA PARTICIPACION EN EL HECHO. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, "Salinas Gerardo D y otros s/rec. Casación", rta. 5/12/2006. La Ley, 03/05/2007**

Al respecto, se ha dicho que "la norma hace referencia a la participación en el hecho, por lo que entendemos que no cabe hacer distinciones entre autoría, coautoría, instigación participación primaria o secundaria. La norma se contenta con que al menos tres agentes encuadren, indistintamente, en alguna de esas categorías" (confr.: D'Alessio, Andrés José, Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, artículos 79 a 306, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 272, por remisión de pág. 450, nota al pie n° 435).

### **DIFERENCIA ENTRE PLURALIDAD DE SUJETOS (O BANDA) CON EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, "Salinas Gerardo D y otros s/rec. Casación", rta. 5/12/2006, La Ley, 03/05/2007**

El hecho de cometerse el delito por una pluralidad de sujetos no implica identificar la figura con la "asociación ilícita" que, como delito autónomo reprime el artículo 210 del C.P. Ciertamente es que la asociación ilícita involucra siempre la existencia de una participación de más de tres personas (banda), pero no a la inversa. Lo que caracteriza a la asociación ilícita es la expresión de voluntad para la comisión de uno o más delitos. Para que ello exista no es necesario que todos los conspiradores actúen juntos o simultáneamente, tampoco es necesario el conocimiento de la parte exacta que otro desempeña en el "iter criminis", ni es necesario que se conozcan entre sí; lo fundamental es el acuerdo que los une a todos de realizar conductas criminales. Lo característico de la banda es que, si bien hay actuación conjunta o sucesiva, el ánimo asociativo puede resultar del hecho mismo de la actuación con prescindencia de si la asociación ilícita se materializó antes del hecho delictuoso.

En el concepto de banda resulta indiferente que las tres o más personas que la integran pertenezcan o no a una asociación ilícita; la razón de la agravante (banda) tiene una larga tradición histórica y un cabal sentido punitivo, pues la intervención de varias personas asume por sí sola una particular gravedad por la mayor vulnerabilidad en que el grupo coloca al bien jurídico.

### **CONFIGURACIÓN DEL AGRAVANTE A PESAR DE COAUTORES POR EL MOMENTO NO INDIVIDUALIZADOS. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, "Salinas Gerardo D y otros s/rec. Casación", rta. 5/12/2006, La Ley, 03/05/2007**

No obsta para que se configure la agravante que algunas personas no hayan sido identificadas o sean consideradas inimputables, porque lo que tiene significación es el número y esta circunstancia se aprecia objetivamente

### **PARTICIPACIÓN DE TRES O MÁS PERSONAS. IRETROACTIVIDAD LEY PENAL. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa nro.5938, "Diharce Marcelino y otros s/recurso de casación", 22/12/05, registro 1151.05.3**

Las consideraciones vertidas sobre la posibilidad de aplicación de los agravantes contenidos en el inciso 1° de la nueva redacción, por ser la víctima mayor de setenta años, y el del inciso 6° por haberse acreditado que en el hecho intervinieron más de tres personas resultan inaceptables dentro de nuestro ordenamiento jurídico, si como se ha dicho, ninguno de estos elementos se encontraban contemplados en el tipo penal vigente al momento del hecho -conforme ley 20.642-, sino que fueron incorporados también por la ley 25.742. Nunca podría haberse aplicado retroactivamente una norma más perjudicial para el imputado.

**Laje Anaya Justo, Atentados contra la libertad, robo con armas y otros delitos, p.,25, Ed. Alveroni, Córdoba, 2005.**

“¿Cómo y en qué sentido debe interpretarse esta hipótesis? ¿Será que quienes participan en el hecho deben ser coautores? Pensamos que este modo de ver las cosas sería restrictivo, porque en efecto, la ley dice que el delito se califica cuando en el hecho hubieran tomado parte tres o más personas. Alude al hecho de que tres o más personas, han participado en el episodio delictivo. Por lo tanto, el régimen de la participación de los artículos 45 y 46, no ha experimentado modificación alguna.”

## **7) MUERTE DE LA VÍCTIMA, COMO CONSECUENCIA NO QUERIDA POR EL AUTOR**

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

### **Fillia Julio César, Las recientes modificaciones al delito de secuestro coactivo (ley 25.742), LL 2004-A, 1163**

La muerte debe resultar de la sustracción, retención u ocultamiento de la víctima y no de circunstancias ajenas a esta figura, puesto que de ser así no operarían como agravante de la misma sino como una acción independiente sujeta al régimen concursal.

### **Laje Anaya Justo, Atentados contra la libertad, robo con armas y otros delitos, p.,10, Ed. Alveroni, Córdoba, 2005.**

Entendemos que en este supuesto, queda comprendido un resultado preterintencional, como también cuando subjetivamente se hubiese obrado con **dolo eventual**, porque en ambos casos, el autor no quiere directamente el resultado.

## **8) MUERTE DE LA VÍCTIMA INTENCIONAL**

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

[Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa 27594 "Larrosa Chiazzaro, Carlos y otros s/procesamiento", 23 de marzo de 2009, reg. 29.654](#)

**Tribunal Oral Federal de La Pampa, c.10/08 "Cocaro Retamar s/secuestro extorsivo", rta.10/11/2008**

*"Que el señor Fiscal General entendió al momento de formular su alegato, que debían aplicarse las normas penales que sanciona el secuestro extorsivo seguido de muerte, en concurso ideal con homicidio con alevosía y criminis causa*

*Que comparto el encuadre solicitado. El imputado aprehendió indebidamente bajo amenazas, a Norberto Horacio Martín y lo retuvo contra su voluntad en forma violenta, con el objeto de pedir rescate. Atado de pies y manos y con una bolsa en su cabeza sujeta con una soga, le dio muerte con la utilización de un arma blanca mediante distintas maniobras punzo cortantes en el cuello de la víctima, heridas que produjeron su deceso por hemorragia severa. El acusado actuó con dolo directo, es decir con conocimiento y voluntad de la conducta ilícita que estaba llevando a cabo*

*Que es muy probable que el motivo que tuvo CÓCARO RETAMAR para dar muerte a Martín haya sido el conocimiento que de él tenía este último. Lo conocía, le había pedido trabajo con anterioridad, en una oportunidad y residía cerca de su domicilio. Claramente existió un ánimo de lucro en el accionar del acusado (conf.Barreiro, G.E. y otros, Secuestro Extorsivo, ed. La Roca, Bs. As., año 2005, págs. 72 y ss.). Que también actuó aquél con alevosía, atento a que utilizó medios (ató los pies del occiso con alambre y las manos con cables y sogas), modos y formas en la ejecución posterior, para asegurar el homicidio sin riesgo para el autor de las acciones que proceden de la defensa que pudiera hacer el ofendido (conf. Alberto Donna, Derecho Penal, parte especial, T.I, ed.Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2003, pág.99). Por último con conexión ideológica como causa final, con el fin de ocultar otro delito, en este caso dar muerte a la persona para que ésta no lo delate. Al decir de Soler, citado por Donna, se configura el hecho de matar "por no haber logrado el autor el fin propuesto al intentar otro delito". En este supuesto el acusado no pudo obtener la suma de dinero que solicitaba (autor cit., op.cit., pág. 112 y ss.).*

*Que coincido también que tales conductas deben concurrir idealmente, de acuerdo a lo previsto por el artículo 54 del Código Penal. En definitiva deben aplicarse los artículos 170, 4º párrafo y 80 inciso 2º y 7º, todos del Código Penal, que regulan las conductas anteriormente descriptas. (...)*

*En el subexamen también debe aplicarse el agravamiento "si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida" (art.170, cuarto párrafo, del Código Penal)*

*Tampoco queda duda alguna, según las prescripciones de los artículos 54 y 80, inciso 1º, del Código Penal que por la indefensión en que se encontró la víctima Norberto Horacio Martín, que el homicidio fue cometido con alevosía por Daniel Horacio Cócaro Retamar y además para "... facilitar, consumir u ocultar otro delito o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito" (criminis causa), por lo que queda atrapado su accionar en el inciso 7º del texto legal citado.*

*En síntesis, la conducta del imputado Daniel Horacio Cócaro Retamar está tipificada por el artículo 170 del Código Penal (secuestro extorsivo seguido de muerte) en concurso ideal (artículo 54 del Código Penal) con homicidio cometido con alevosía (artículo 80, inciso 2º del Código Penal) y crimins causa (artículo 80, inciso 7º, del Código Penal)",*

**INNECESARIEDAD DE COBRO DE RESCATE PARA APLICAR LA AGRAVANTE DE SECUESTRO SEGUIDO DE MUERTE. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata, c.4311 "White Francisco Guillermo s/secuestro", 14 de febrero de 2008**

*"Así también, se agravia la defensa del acriminado M. de que no ha sido un punto importante de la investigación el cobro del rescate, que no se ha establecido el rol de la persona identificada como "C." que trasladara al grupo en un coche negro, y que tampoco ha podido demostrar el a quo de qué modo sus pupilos L. y M. abandonaron el lugar donde dejaran abandonada a la víctima. A la primera cuestión, debe contestarse que, como bien*

*lo señala el juzgador en la resolución recurrida, cuando como en el caso de autos se produce la muerte del secuestrado por el accionar de sus autores, la diferencia entre que se haya cobrado o no el monto del recate carece de relevancia, toda vez que tal cuestión no se encuentra contemplada en el tipo penal asignado por el juzgador "... La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida", Art. 170, anteúltimo párrafo, del C.P. Por lo demás, la mención del sujeto apodado "C." por parte del acriminado G.en su injurada, y de que modo sus pupilos L. y M. dejaron el predio donde abandonaron a la víctima para no regresar mas, debe señalarse que tales disquisiciones carecen de la entidad necesaria para desvirtuar el cuadro cargoso que se desprende de las constancias de autos, y se muestran como un intento de la esforzada defensa técnica, para enervar el grado de responsabilidad asignado por el a quo. Por ultimo, y en punto al agravio basado en la participación criminal, en honor a la síntesis, estése a lo señalado en la primera parte del acápite II) de los presentes considerandos".*

**Laje Anaya Justo, Atentados contra la libertad, robo con armas y otros delitos, p.,10, Ed. Alveroni, Córdoba, 2005.**

La muerte es causada con intención, es decir, cuando se ha obrado con **dolo directo**, cuando se ha querido el resultado, y por ello se ha matado a la persona ofendida.

## c) 41 BIS CÓDIGO PENAL. AGRAVANTE POR EL USO DE ARMAS

### **ARTICULO 41 BIS CODIGO PENAL:**

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

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

### 1) EXCLUSION DEL AGRAVANTE DEL ARTICULO 41 BIS CP CUANDO CONCURRE CON LA FIGURA DE ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMAS (166 CP)

Cuando el secuestro extorsivo concurre con el delito de robo con armas, se excluye la aplicación del agravante del artículo 41 bis CP.

#### **VIOLACIÓN NE BIS IN IDEM. Tribunal Oral Federal La Plata, causa n° 2378/06, “Yan, Meng Gui s/secuestro extorsivo”. Rta. 20-04-07.**

“De las pruebas colectadas en autos surge palmariamente la responsabilidad del imputado en los hechos y corresponde encuadrar su conducta en la figura de secuestro extorsivo doblemente agravado por haberse obtenido el fin perseguido y por la participación de tres o mas personas, en **concurso real** con el delito de robo agravado por el uso de armas y en **concurso real** también con el delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (...) **se ha excluido** el agravante del **art. 41 bis del CP** a ambos imputados, por cuanto las dos figuras que concurren materialmente con la de secuestro extorsivo doblemente agravado por haber participado tres o más personas y por haberse obtenido el pago de rescate, **incluyen la calificación contenida en la figura de robo agravado** (Art. 166 inc. 2° del CP) y en la de tenencia de arma de uso civil sin autorización, de modo que la inclusión de una tercera agravante significaría la violación del principio **non bis in idem.**”

#### **Tribunal Oral en lo Criminal nro.4 de Morón, causa 2387 “Apestegua s/170”, rta.27/09/2006**

Conforme la actual posición del tribunal no es de aplicación al caso el artículo 41bis, incluido en el CP por ley 25.297, ya que conforme a la doctrina del Tribunal de Casación Penal Provincial “el robo con armas es uno de los delitos a los que alude el segundo párrafo de la norma citada, por cuanto incluye dentro de la calificante de comisión con armas la violencia 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” (causa 11964 Sala III del 2/3/04 entre otras y Cámara de Casación Penal en las causas 3955 y 3811 entre otras)

#### **Tribunal Oral Federal nro.1 de San Martín, “Gonzalez Maximiliano Damián s/170”, rta.20/04/2006**

O agravamos la figura del secuestro o la del robo por haber sido cometidos con armas, de lo contrario estamos agravando con las mismas armas dos tipos penales cometidos en la misma secuencia delictual. Esto amen de los reparos que produce la incorporación del artículo 41bis por ley 25.297, introduciendo agravantes genéricas que conllevan necesaria e irremediadamente a 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 valor de ilícito. Si los legisladores interpretaron que había algún tipo de la parte especial que justificaba la incorporación de la agravante “utilización de arma de fuego”, entonces la reforma debería haber incorporado en cada uno de los tipos penales, en particular, que aún no tenían una forma agravada por su comisión mediante el uso de armas de fuego, y no una norma que incluya a todos los tipos penales.

## 2) PERICIA Y SECUESTRO DE LAS ARMAS PARA CONFIGURACION DEL AGRAVANTE

En los casos en que el secuestro concorra con la figura de robo agravada por la utilización de armas de fuego; o resulte de aplicación el artículo 41 bis; se discute si es necesario o no el secuestro y peritación de las armas para aplicar el agravante.

### **INNECESARIEDAD DE SECUESTRO Y PERITACIÓN DE LAS ARMAS. Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata, Robledo, Cesar Ariel y otro s/secuestro extorsivo". Rta. 12-06-06.**

“Corresponde encuadrar la conducta de los encartados como constitutiva del **delito de secuestro extorsivo agravado por haber conseguido el fin propuesto** –pago de rescate- en **concurso real con robo agravado**, en carácter de coautores penalmente responsables (art. 170, 166 inc. 2° y 55 CP)”

En oportunidad del secuestro, los imputados sustrajeron a las víctimas y mediante la utilización de armas de fuego, el dinero que llevaban encima y efectos personales. **El robo es calificado por el uso de armas**, esta cuestión fue cuestionada por la defensa refiriendo que no hubo secuestro de armas siendo insuficiente a su criterio la prueba testimonial ante la falta de prueba de la idoneidad. Con respecto a esta cuestión el Tribunal entendió que “...en el caso de autos **la existencia de las armas ha sido acabadamente probada con los testimonios de ambas víctimas**, Ello así por cuanto tanto éstas han visto armas de fuego, describiendo incluso el primero de los nombrados en su declaración inicial ratificada en debate dos de las armas utilizadas en el hecho. La idoneidad para calificar el robo está dada en el caso por el contundente temor de muerte que la exhibición constante de las armas e incluso desde el comienzo al darle un culatazo a una de ellas que lo lastimó en la cabeza, infundió en ambas víctimas. De modo alguno en hechos como el de autos se requiere que además haya secuestro efectivo y eventual peritación de las armas”.

### **INNECESARIEDAD DE SECUESTRO Y PERITACION DE LAS ARMAS. Trib. Oral Crim. San Martín, n. 3, 30/12/2002 - Bettiga, Cristian M. Á. y otros, -por mayoría, conformada con los votos de las Dras. Lombardini y Paz de Abello-, causas 1084 y 1229.**

Habiéndose acreditado que en el secuestro extorsivo se utilizaron armas de fuego, tanto en el momento inicial como durante el cautiverio de la víctima, corresponde aplicar la agravante del art. 41 bis CPen. a todos los intervinientes, aunque dichas armas no hayan sido secuestradas y peritadas, pues existen elementos de convicción que permiten sostener que las mismas eran idóneas

### **ARMAS DESCARGADAS. Trib. Oral Crim. San Martín, n. 3, 15/10/2003 - Bettiga, Cristian M. Á. y otros, causas 1131 y 1302.**

Corresponde aplicar la agravante prevista en el art. 41 bis CPen. si las expresiones de los testigos "...me apuntó con un arma" o "...me mostraron un arma" son suficientemente claras para despejar cualquier duda sobre el elemento al que se referían, aun desconociendo si se trataba de un revólver o una pistola, ya que si no, la aplicación de la agravante que nos ocupa quedaría limitada a los hechos en que las víctimas son técnicamente capacitadas para distinguir el elemento intimidante, lo que no merece el más mínimo análisis. Por lo demás, la afirmación de que las armas estaban descargadas, en nada obsta para afirmar que en la conducta reprochada se utilizó un arma, ya que la cartuchería no modifica su calidad de tal.

## APLICACIÓN DEL AGRAVANTE. ARMA NO SECUESTRADA Y ACREDITACIÓN DEL DISPARO. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Aguilar, Claudio M", 23/8/2002, en La Ley 2003-B, 42. (si bien el hecho no se trató de un secuestro extorsivo, cabe mencionarse como precedente de otra interpretación para aplicar el agravante por el uso de armas)

En el particular caso de autos no afecta tal conclusión el hecho de no haberse secuestrado el arma, en tanto que el reproche se asienta en los coincidentes y plurales testimonios relacionados por el tribunal con ajustado criterio, así como el secuestro del proyectil de plomo que astillara el vidrio de la inmobiliaria ubicada en el camino de su fuga- alcanzan para tener por acreditado no solo el uso del arma sino su aptitud para el disparo, en tanto

que se logró verificar -por tratarse de un extremo apreciable a simple vista- que se trató de un arma de bajo calibre, de donde el mismo sólo podía provenir de la utilizada por el menor, pues las armas policiales cargan proyectiles encamisados.

Esta es, por otra parte, la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal -en un caso que guarda puntual similitud con el presente- al resolver in re "Juncal Gómez, Antonio s/ robo", Fallos 312:2526, donde sostuvo la Corte que aún cuando el arma empleada en un robo no haya sido incautada, la prueba de testigos es suficiente para acreditar que - efectivamente- un arma ha sido disparada y que por lo tanto tiene esa calidad a los fines de la circunstancia agravante prevista por el art. 166 inciso 2° del Código Penal.

**EXIGENCIA DE SECUESTRO Y PERITACION DE LAS ARMAS. Tribunal Oral en lo Criminal n° 13 de Capital Federal, causa n° 1309 "Ceballos, Carmelo Medina y otros s/secuestro extorsivo."Rta. 27-11-02.**

"Las conductas desplegadas por los imputados resultan constitutivas de los delitos de **robo simple en concurso real con el delito de secuestro extorsivo (art. 170 y 164 CP)**. En efecto, se acreditó con la certeza probatoria, que el imputado ingresó a la finca y, mediante la exhibición de un elemento que se asemejaba a un arma de fuego se apoderó ilegítimamente de varios elementos de valor y dinero (...) Asimismo, luego de completar la sustracción de los bienes, el imputado secuestró a la menor de su domicilio, para luego solicitar rescate por ella a sus respectivos padres. (...) Ante la imposibilidad del secuestro de ese elemento y su consecuente peritación, **se descarta la vía de aplicar la calificante** del robo establecida por el artículo 166 inc. 2do. del CP, de conformidad a la basta jurisprudencia de éste Tribunal, la cual comparte el criterio sostenido por el plenario "Costas, Héctor y otro." del 15-10-86, LL 1986 E 376."

**EXIGENCIA DE SECUESTRO Y PERITACION DE LAS ARMAS. Trib. Oral Crim. San Martín, n. 3, 30/12/2002 - Bettiga, Cristian M. Á. y otros, causas 1084 y 1229**

Al no haberse logrado el secuestro de las armas de fuego empleadas en el hecho, no puede válidamente aplicarse la agravante del art. 41 bis CPen., pues la razón de ser de la misma estriba en el concreto y real poder vulnerante de aquéllas -Del voto en disidencia del Dr. Días-

#### d) 41 QUATER CÓDIGO PENAL. AGRAVANTE POR LA INTERVENCIÓN DE MENORES DE DIECIOCHO AÑOS.

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

#### **INNECESARIEDAD DE UN DOLO ESPECÍFICO DEL ADULTO. Tribunal Oral Criminal Federal n° 2 causa “Surita, Luis Alejandro s/inf. Art. 170 del C.P.” Rta. el 20-02-07.**

El injusto se encuentra **doblemente calificado** pues rige el agravante establecido en el artículo 41 quater del código de fondo, que prevé un aumento en la escala penal aplicable cuando cualquiera de los delitos previstos por este código se cometiera con la **intervención de menores de dieciocho años de edad**. La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que “ la agravante del art. 41 quater, se satisface por la sola circunstancia –debidamente acreditada- de que un menor tomo parte en el hecho, sin que a tales fines resulte relevante la intencionalidad del coimputado mayor de descargar en el menor su responsabilidad penal; ello por cuanto el texto legal no hace referencia alguna ni puede inferirse válidamente del verbo típico seleccionado por el legislador- acerca de la necesidad de que se acredite un **dolo específico por parte del agente mayor de edad.**” (del voto del Dr. Madueño en causa n° 5450, caratulada “Umaño, Héctor Abel s/recurso de casación; en igual sentido Sala I causa n° 6587, caratulada “Silva, Gabriela Natalia Anabel s/recurso de casación y Sala III en causa n° 5849 caratulada “Pereyra, Cristian Raúl s/recurso de casación) (...) Para una mayor ilustración es conveniente conocer los fundamentos de la ley nro.25.767 –que introdujo la calificante-, y que fueran expresados en la carta dirigida por el legislador Víctor Fayad -coautor del proyecto *“EL presente proyecto de ley tiene como objetivo desalentar la utilización de menores para delinquir o su intervención en la comisión de delitos...se pretende hacer recaer el mayor peso de las sanciones sobre los que comprendiendo la criminalidad de sus actos cometen delitos exponiendo a los menores de los que se valen a graves y tal vez irreparables consecuencias”* (H.C.D.N., Expediente n| 3143-D-01).

#### **MENOR MAYOR DE DIECIOCHO AÑOS. Cámara Federal La Plata, Sala I, “Garín Martín vma 170”, rta.17/02/2004.**

El régimen penal de la minoridad (ley 22.278) en su artículo 1 establece la punibilidad para quienes hayan cumplido 18 años de edad, que si bien son considerados menores para dicho régimen a los fines de su alojamiento en los establecimientos especiales (arts.10 y 6), son los “mayores” a que se refiere el artículo 41 quater, son aquellos que han cumplido los 18 años de edad, con lo cual, corresponde aplicar dicha agravante en el caso”

#### **MENOR MAYOR DE VEINTIÚN AÑOS. ESPECIAL ELEMENTO SUBJETIVO. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, A MG y otros”, 6/5/2004, Voto del Dr. Gustavo Bruzzone (si bien el hecho no se trató de un secuestro extorsivo, cabe mencionarse como precedente de otra interpretación del 41 quater)**

Si bien los encausados eran menores en los términos de la primera parte de la normativa referida al momento de los sucesos, los otros dos imputados tenían, al momento de los hechos, dieciocho y diecinueve años, respectivamente, y la mayoría de edad en nuestro ordenamiento jurídico se alcanza a los veintiún años (conf. art. 126 CCiv.), por lo cual no puede considerárselos "mayores" ni afirmarse que su conducta también pueda ser incluida en el art. 41 quater CPen.

Además, conforme ha sostenido esta sala (causa 22346, in re "Umaño, Héctor A. s/procesamiento", del 15/12/2003, entre otras), cabe hacer notar que la finalidad que tuvo el legislador al producir esta agravante no fue la mera intervención de un menor en un hecho grupal, sino que la intervención del menor tuviera la finalidad de descargar la responsabilidad en él. Tal circunstancia tendrá que ser acreditada en cada caso, pero en especial en referencia al tipo subjetivo, por tratarse de un especial elemento subjetivo distintivo del dolo, cuestión que no se verificó en estos actuados.