

# AGRAVANTE DEL ART. 41 BIS DEL CÓDIGO PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

## **Ab. Alejandra Andrea Nader**

Abogada, Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España).  
Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha (España).  
Maestrando en Derecho y Argumentación de la Universidad Nacional de Córdoba.

### **Palabras claves:**

Agravante genérica; uso de arma de fuego; art. 41 bis C.P.; principio de legalidad; jurisprudencia.

### **Key words:**

Generic aggravating; use of a firearm; art. 41 Bis C. P. ; principle of legality; jurisprudence.

## **Resumen**

La introducción de la agravante genérica por el uso de arma de fuego al Código Penal Argentino, efectuada por el legislador mediante el artículo 41 bis, desató un gran conflicto en torno a la norma y su relación con el principio de legalidad y su derivado de *lex certa*. En el presente se procura realizar un examen de la cuestión a partir de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial existente al respecto.

## Abstract

The introduction of the generic aggravating for the use of a firearm to the Argentine Penal Code, made by the legislature through the article 41 bis, unleashed a great conflict around the standard and its relationship to the principle of legality and its derivative of *lex certa*. In the present efforts are made to conduct a review of the issue from the doctrinal interpretation and existing case law in this regard.

### I. Introducción

La Ley 25297 (B.O., 22/9/2000) incorporó el artículo 41 bis al Código Penal Argentino, agregándose con él una agravante genérica de la pena, por la cual se aumentan en un tercio el mínimo y el máximo de las escalas penales de los delitos cuando fueren cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego.

En cuanto a las razones de la sanción de esta calificante, la doctrina afirmó que se tuvo en miras la especial protección que merecen los bienes jurídicos vida e integridad física frente al mayor poder vulnerante que presentan las armas de fuego, las cuales provocan un peligro superior a cualquier otra arma.

En este trabajo se propone el análisis de la norma desde su contacto (o falta de él) con el principio de legalidad y su derivado de *lex certa*. Para ello, comenzaremos la exposición refiriéndonos brevemente al contexto político y social en que se sancionó la ley, repasaremos los conceptos de los principios de legalidad y certeza, para luego adentrarnos en el análisis que realiza la doctrina y culminar con la opinión de los Tribunales en torno a la existencia o no de la determinación de los delitos atrapados por el art. 41 bis en general, y en relación al delito de homicidio en particular.

## II. Texto del artículo 41 bis del Código 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 del máximo legal 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.***

## III. Contexto Político Social de la Reforma

La ley que introdujo la agravante por el uso de arma de fuego al Código Penal se sancionó, como otras leyes, en respuesta a la demanda de seguridad de la ciudadanía y frente a la presión que ejercían los medios de comunicación que recogían las protestas de la población.

Al respecto se ha señalado que la inseguridad que motivó esta reforma no existía con igual magnitud en todas las ciudades de Argentina, sino más que nada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires, y atendió en especial a las estadísticas que mostraban el creciente número de robos cometidos con arma de fuego como los homicidios en ocasión de robo.

No obstante ello, la reforma se concretó y no con la mejor técnica legislativa como veremos más adelante, lo cual generó y sigue generando aún hoy serios problemas de interpretación.

#### IV. Principio de Legalidad. *Lex certa*

El principio de legalidad constituye desde la Revolución Francesa el pilar del Derecho penal moderno y postulado básico del Estado de Derecho. En las primeras décadas del siglo XIX fue formulado por Feuerbach en latín como *nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale* (no hay delito ni pena sin previa ley penal), y encuentra recepción en nuestro sistema argentino en el artículo 18 de la Constitución Nacional al decir "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*"

Este principio de legalidad incluye la exigencia de *lex certa*, esto es, que las normas penales deben ser claras y precisas para saber a qué atenerse, deben establecer con suficiente grado de certeza las conductas que constituyan delito (tipicidad) y la pena aplicable. Este principio de determinación (certeza o taxatividad también) le exige al legislador que formule la ley penal con la máxima precisión evitando así las cláusulas legales difusas o indeterminadas.

En este marco ubicamos la cuestión de constitucionalidad de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal que vamos a tratar, pues por su carácter general es que su texto resulta poco claro e impreciso y ha generado dudas respecto de su aplicabilidad a los delitos en particular. Así, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia a lo largo de estos años se han brindado muy dispares soluciones.

Sancinetti (2006:231) expresa "*si el juez tiene que adivinar a qué tipos penales se vincula realmente la agravante, es porque no se cumple con la lex certa sin más ni más, es decir, que esa regulación es contraria al principio de legalidad*".

Por su lado, Reinaldi (2004a:218) opina que

*...la crítica ha pecado, muchas veces, de exagerada, pese a reconocer que pudo haberse legislado mejor. Así, cuando se la considera violatoria del principio de legalidad, que exige una lex certa no se repara en que, al incorporarse una agravante genérica*

*se exige un doble encuadramiento típico –el previsto en el delito compatible con una comisión violenta o intimidatoria mediante el empleo de un arma de fuego- y precisa la escala penal –la contemplada para ese delito más un tercio en su mínimo y en su máximo-, ya se satisfacen las exigencias de aquel principio.*

## V. Doctrina

Aquí veremos la elaboración de los doctrinarios respecto de cuáles delitos se encuentran atrapados por la norma en análisis. Seguiremos fundamentalmente en la exposición a Reinaldi (2004a:215).

*Regla 1: Se aplica a los delitos contemplados en el Código Penal y leyes complementarias y por aplicación del art. 4, a los delitos especiales cuya comisión no resultare incompatible con el empleo de violencia o intimidación contra las personas con un arma de fuego.*

Esta primera regla exige que el delito cometido sea compatible con el empleo de violencia o intimidación en contra de las personas mediante el uso de un arma de fuego. No resulta suficiente la portación o tenencia del arma, debe haber violencia física o moral causada por el efectivo uso del arma de fuego.

No es compatible, por ejemplo, el delito de estafa (art. 172 C.P.), el cual se realiza mediante ardid o engaño, si lo son los delitos de homicidio (art. 79 C.P.) y homicidio con motivo u ocasión de robo (art. 165 C.P.).

También son compatibles, entre otros, los delitos de evasión (art. 280 C.P.) o los atentados contra la autoridad (art. 237 C.P.), los cuales expresamente exigen para su configuración la violencia o intimidación, e inclusive delitos como la violación de domicilio (art. 150 C.P.) que no exige el empleo de violencia o intimidación pero estas modalidades de comisión no obstaculizan la configuración del tipo.

Excepción de la regla: el segundo párrafo del art. 41 bis establece que la agravante no será aplicable cuando se prevea como elemento constitutivo o calificante del tipo la utilización violenta o intimidante de un arma de fuego. Por lo tanto, no se aplica la agravante al delito previsto en art. 104 C.P. el cual exige para su configuración un disparo de arma de fuego contra una persona sin hierirla, o aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave. Tampoco se aplica al delito de robo previsto en el art. 166 inc. 2 párrafo 1 C.P. dado que exige el uso de un arma de fuego calificando de este modo el robo así cometido y elevando la escala penal.

*Regla 2: Se aplica a los delitos que se cometieron con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego cuando podía cometérselos con otro tipo de armas o prescindiendo de ellas.*

Explica Reinaldi (2004a:228):

*El fundamento de la agravante se halla en el hecho de haberse valido su autor de un medio como el arma de fuego, con alto poder letal o lesivo, que lanza proyectiles a distancia con sólo presionar el gatillo con un dedo, lo cual priva a la víctima de la posibilidad de defenderse<sup>1</sup>, a diferencia de otros medios que se utilizan prácticamente cuerpo a cuerpo, lo que, a la par que brindan alguna posibilidad defensiva a la víctima, hacen correr al victimario algún riesgo.*

En este sentido sería aplicable la agravante a los delitos de lesiones graves y gravísimas (arts. 90 y 91 C.P.), homicidio (art. 79 C.P.), homicidio con motivo u ocasión de robo (art. 165 C.P.). En relación a este último delito Laje Anaya<sup>2</sup> se manifiesta en contra (citado en Reinaldi, 2004a:227).

Por su parte, D'Alessio (2005) expone que es discutida la aplicación de la agravante a la figura del homicidio desde que dicho delito ya incluye la seguridad del daño mayor imaginable en las personas (la muerte).

---

<sup>1</sup> Por ello la agravante no se extiende a las armas de fuego utilizadas en forma impropia.

<sup>2</sup> Laje Anaya, J., *El Homicidio... en la Doctrina Judicial Argentina*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, p. 259.

*Regla 3: Se aplica a las modalidades delictivas violentas por el empleo de armas en sentido amplio.*

Se agravan los delitos para cuya configuración es necesario el uso de armas cuando no se especifique que sean armas de fuego, como el delito de abuso sexual cometido con armas (art. 119, párrafo 4 inc. d C.P.), el atentado y resistencia contra la autoridad con armas (art. 238 inc. 1 C.P.), las amenazas y coacciones (arts. 149 bis y 149 ter inc. 1 C.P.).

*Regla 4: Se aplica a delitos dolosos.*

Ello es así debido a que se ha deseado castigar con más severidad los delitos cometidos mediante el empleo intencional de armas de fuego, lo cual es incompatible con la culpa.

*Regla 5: Se aplica en los casos que el arma de fuego es operativa.*

Lo que significa que el arma debe ser apta para disparar, que debe estar cargada y que las municiones también deben resultar aptas. No abarca ni la portación ni la tenencia ni el uso del arma de fuego en forma impropia como así tampoco el arma de juguete o descargada. Esto es porque la agravante tiene como razón el mayor contenido de injusto del hecho que deriva del peligro concreto para la víctima, por lo que el peligro debe ser real y efectivo respecto de su vida o salud.

*Regla 6: la agravante no se aplicará cuando la pena prevista para esta excediera el máximo legal de la especie de pena de que se trate.*

Advierte De la Rúa<sup>3</sup> (citado por Barberá de Riso, 2002) que para parte de la doctrina no funcionaría la agravante en el caso del homicidio, "pues el límite impuesto por la última parte del primer párrafo del art. 41 bis superaría el monto de la especie de pena que se trata, cuyo máximo está determinado por la pena del art. 79 C.P.", para luego manifestar la autora estar de acuerdo con su aplicación.

En relación a los homicidios calificados, dice Reinaldi (2004a:223) que no es aplicable la agravante debido a que un aumento de la escala penal en un

---

<sup>3</sup> De la Rúa, J., *Código Penal Argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 1000, nro. 25.

tercio es incompatible con una pena como la de reclusión o prisión perpetua prevista para ellos<sup>4</sup>, excepto cuando al homicidio calificado se aplica la escala del homicidio simple por haberse admitido circunstancias de atenuación (art. 80 último párrafo C.P.).

## VI. Jurisprudencia. El caso del Homicidio

Los Tribunales han interpretado la norma en cuestión de diversas maneras, a continuación haremos referencia a algunos fallos.

En los autos "**Nieto Víctor Hugo p.s.a. Homicidio, etc. -Recurso de Casación**", el *Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*, a través de la Sala Penal y mediante Sentencia Número Setenta y Cuatro del veintisiete de agosto de dos mil tres, dice en relación a la naturaleza jurídica del art. 41 bis del C.P. y a sus consecuencias dogmáticas, que la regla no es una mera agravante general, sino que la repercusión sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en los delitos de la Parte Especial y las leyes complementarias, se produce por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquéllos.

Señala que durante el debate parlamentario el Senador Agúndez, justificando la técnica legislativa adoptada, sostuvo, por un lado, que resultaba imposible modificar delito por delito, y que dicha ubicación de la norma en cuestión iba a permitir su mejor sistematización ("*Anteceds. Parlams. La Ley 2001-A, p. 184*") y, por el otro, que las razones de política criminal proporcionadas se conectan principalmente con la prevención general negativa de la delincuencia armada, tanto para disuadir la tenencia de tantas armas de fuego, como para reprimir con mayor severidad porque endurece las penas, levantando los mínimos.

---

<sup>4</sup> Reinaldi cita el voto del Dr. Spinka en la Sentencia de la Cámara Novena del Crimen de la ciudad de Córdoba en la causa "Mercado".

Indica que la ventaja dogmática que reporta situar la regla de tal manera se relaciona con el principio de culpabilidad, ya que como es sabido éste debe alcanzar a los elementos del tipo; y también con la participación criminal y la consecuente exigencia que el dolo de los que no intervienen como autor o co-autores incluya esa modalidad típica (el fallo cita "*en tal sentido, Barberá de Riso, María Cristina, "Arma de fuego y política criminal - su empleo, un enfoque crítico-. El agravamiento dentro del sistema", Pensamiento Penal y Criminológico, Edit. Mediterránea, Córdoba, Año III - 2002-, n° 5, ps. 106*"). Expone que tales consecuencias no resultarían posibles si el art. 41 bis se limitase a introducir una circunstancia agravante sin conexión con los tipos objetivos.

Explica que siguiendo tal razonamiento cabe sostener que la regla del art. 41 bis del C.P. actuará generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que éstos no incluyan el empleo de armas, y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas como modalidad de ejecución típica.

En consecuencia, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de esta agravante los delitos no dolosos, los delitos dolosos que no exijan violencia o intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas<sup>5</sup>.

Más adelante responde a la pregunta: ¿Es posible aplicar el art. 41 bis del C.P. al delito de homicidio simple? Y responde que observando que, respecto de la figura del homicidio simple (art. 79 C.P.) no se dan los

---

<sup>5</sup> El Alto Cuerpo sigue el mismo criterio en los autos "Lezcano, José Luis p.s.a. homicidio simple-Recurso de casación", Sentencia Número Ciento Dos del diecisiete de octubre de dos mil tres; "Ceballos Murúa, Nicolás Ramón p.s.a. homicidio-Recurso de casación", Sentencia Número Ciento Quince del primero de diciembre de dos mil tres; "Márquez, Cristian Ariel y otros p.s.a. homicidio simple, etc.-Recurso de casación", Sentencia Número Sesenta del siete de julio de dos mil cuatro; "Mercado, Franco Augusto p.s.a. homicidio en ocasión de robo, etc.-Recurso de casación", Sentencia Número Ciento Ocho del once de octubre de dos mil cinco; "Agüero, Franco Sebastián p.s.a. homicidio-Recurso de casación", Sentencia Número Ciento Seis del veintiseis de octubre de dos mil cuatro.

supuestos de exclusión aludidos en el párrafo anterior, pues se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima, y la figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego (el fallo cita "en similar sentido, Reinaldi, op. cit<sup>1</sup>., pág. 95; Laje Anaya, Justo, "El art. 41 bis del Código Penal y las andanzas del diablo -Ley n° 25.297-", S.J. n° 1318, 23/11/2000, p. 641")

Agrega que, además, la mentada circunstancia tampoco resulta contemplada por ninguna de sus figuras calificadas (agravadas o atenuadas) (art. 80, y 81, pto. 1 inc. a. C.P.).

Dice que de este modo lo entendió el legislador al fundamentar la inclusión de la norma en cuestión al Código Penal en las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego, y reproduce las palabras del Senador Agúndez: "Uno de los delitos fundamentales considerado es el delito mayor... el homicidio... En el delito de homicidio con armas de fuego (las) penas se aumentan en esta ley..." (el fallo cita "Anteceds. Parlams. supra cits., pág. 183").

Adita que a más de las razones de política criminal del legislador, resulta claro que cuando el autor de este delito emplea un arma de fuego como medio violento, ello le brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto<sup>6</sup>.

Otra opinión expresa el *Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos*, mediante Sentencia pronunciada en los autos "**Clari, Gaspar M. p.s.a. Homicidio -Recurso de casación**" con fecha 16 de junio de dos mil cuatro, en la que se dice que sólo es posible considerar que la utilización de un arma de fuego no determina *per se* un agravamiento de la respuesta punitiva, sino sólo cuando ello hubiera importado una violencia innecesaria, suplementaria, sumatoria a la sancionada por el ilícito respectivo, lo que impone su examen en cada suceso en particular. En este caso, se sostiene

---

<sup>6</sup> El Tribunal sigue el mismo criterio en los autos Lezcano, Ceballos, Márquez, Agüero (ver cita 13).

que la aplicación de la norma no es automática, analizando caso por caso si el uso del arma de fuego significó una violencia innecesaria y adicional a la prevista por el tipo del que se trate, es decir, no debe aplicarse la norma solamente porque el ilícito se cometió con un arma de fuego.

El mismo Tribunal dictó Sentencia en los autos "**Wasinger, Luis Miguel p.s.a. Homicidio Simple -Recurso de casación**" con fecha 13 de abril de dos mil cinco, y el Sr. Vocal Dr. Miguel Augusto Carlín recuerda que, tal como sostuvo en los autos Clari –reseñados anteriormente-, entiende que no se avizora que la utilización del arma de fuego importara una mayor carga de violencia que justificara la aplicación de la agravante punitiva a la conducta prevista en la norma básica (art. 79 C.P.).

Explica que el homicidio es un delito que entraña en si mismo una fuerte violencia ya que se consume nada menos que con el quite de la vida a un semejante.

Considera que el art. 41 bis no puede agravar la fuerza demoledora de la vida de la víctima, que ya es propia del ilícito del art. 79 del C.P., sino cuando la operación sea realizada con un ejercicio de la "vis absoluta" o "la vis compulsiva" que implique en el desenvolvimiento del obrar del autor un adicional que se suma a la dañosidad de la conducta propia de la figura que quiere agravar, en el caso, al homicidio.

Refiere que se ha dicho que el legislador penal ha dejado "en blanco" ciertos aspectos referidos a los modos a partir de los cuales se podrían cometer los delitos que prevé. Resume que la norma puede esquematizarse así: "no matarás, luego, si lo haces, sufrirás una pena". Explica que ese es el esquema de una norma penal regular y que de allí no surge el modo, el cómo, de comisión del verbo típico.

Luego, dice que la posibilidad que tiene el magistrado de elegir una sanción que fluctúe en la escala penal determinada para el delito entre el mínimo y el máximo, deberá ajustarse a los dispositivos legales que el mismo código le provea. Expone que tal dispositivo ya existía en el Código Penal Argentino, es el contenido en el art. 40 del C.P. cuando se refiere a la naturaleza de los medios empleados.

Seguidamente, plantea que la función que aparentemente tendría el cuestionado art. 41 bis ya era relevada por el art. 40, y reitera que la utilización de un arma de fuego no determina *per se* un agravamiento de la respuesta punitiva, sino sólo cuando ello hubiera importado una violencia innecesaria, suplementaria, sumatoria a la sancionada por el ilícito respectivo, lo que impone su examen en cada suceso en concreto.

Admite que la interpretación de la norma ingresa en una suerte de nebulosa cuando se trata de delitos como el de homicidio. Sin embargo, nos sitúa frente a los delitos contra la integridad sexual para poder advertir con más claridad el agregado de violencia del que habla. Parte del supuesto de que no es lo mismo obligar a una persona a soportar un ataque sexual en base a amenazas, que vencer la resistencia de la víctima con la ofensividad propia del arma de fuego en mano. Extrae del ejemplo como conclusión, que probablemente las amenazas hubieran bastado, pero el uso del arma demuestra un mayor grado de virulencia que permitiría eventualmente sustentar la agravante del cuestionado art. 41 bis del C.P.

Explica que, en definitiva, la norma del 41 bis debe ser entendida como una formulación que el legislador efectúa, advirtiendo acerca de la mayor ofensividad que puede operarse en aquellos hechos en los cuales se utilicen armas de fuego, donde la violencia o intimidación emergente de su uso importen una adición a la figura respectiva.

En Córdoba, la Cámara de Acusación sometió a estudio la cuestión de la constitucionalidad de la norma en cuestión en los autos "**Arce, José Alberto p.s.a. Homicidio Agravado por el art. 41 bis**". Así, dictó el Auto Número Trescientos Seis, con fecha veintiséis de junio de dos mil nueve, en el que los Vocales Gabriel Pérez Barberá y Francisco Horacio Gilardoni refieren, en primer lugar, los precedentes del Tribunal Superior de Justicia en los que la norma contenida en el art. 41 bis del C.P. ha sido entendida como una circunstancia típica calificante o agravante de distintos tipos penales de la parte especial, que por tanto debe ser abarcada por el dolo, y no como una circunstancia agravante como las previstas en los arts. 40 y 41 del mismo cuerpo legal para la determinación de la pena. Señalan

seguidamente que dicha norma, así entendida, resulta a su juicio inconstitucional, dado que es violatoria del principio de legalidad, en tanto no respeta el mandato de *lex certa*, derivado directamente de aquél (CN art. 18, CADH arts. 8.1 y 9, PIDCyP arts. 14.1 y 15.1).

Entienden que por definición una calificante genérica no se vincula específicamente con ninguna conducta típica de la parte especial del Código Penal, por lo que no resulta sencillo determinar a qué tipos penales concretos esa agravante es aplicable, más allá de la intención expresa del legislador. Interpretan que dicha dificultad es una prueba de la indeterminación de su formulación.

Manifiestan que el art. 41 bis del C.P. resulta inconstitucional por violar de modo manifiesto e indudable el principio de legalidad en su derivado específico de prohibición de leyes o sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*), y ello es así porque no es de ninguna manera claro que dicho artículo sea aplicable a los delitos a los que paradigmáticamente –según la intención del legislador– pretende agravar: lesiones y homicidio, en lo fundamental.

Resaltan que a tal punto dicha aplicabilidad resulta dudosa que existen, al menos, dos posibilidades interpretativas de similar peso y con resultados opuestos: uno a favor y otro en contra de la aplicabilidad de la agravante genérica a dichos tipos penales.

Señalan que podría replicarse que la falta de precisión de la ley puede suplirse con la intención del legislador, que aquí es muy clara, ya que en la exposición de motivos se expresa que la razón de su inclusión persigue como objetivo generar mayor prevención en los delitos de homicidio, cometidos por lo general con armas de fuego. Aducen que, sin embargo, no puede dejar de tenerse presente que, aún cuando la intención del legislador sea clara, si también es claro que dicha intención colisiona gravemente con otras normas del sistema o se opone a principios constitucionales, es obvio que precisamente por ello la norma debe ser fulminada con la pertinente declaración de inconstitucionalidad. Agregan que el legislador debe plasmar su intención respetando la Constitución.

Advierten que no debe perderse de vista ante todo que el propio art. 41 bis establece -en su segundo párrafo- que no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella -el empleo de un arma de fuego- ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate. Aclaran que aplicada esta regla correctamente, lo que resulta es que sólo surgen serias dudas acerca de la posibilidad de aplicar el primer párrafo del art. 41 bis como agravante a algún tipo específico de la parte especial del Código Penal.

Indican que en este sentido, deben tenerse presente dos tesis: aquella que afirma que la determinación acerca de si el empleo de un arma de fuego está contemplado o no como constitutivo de un delito ha de inferirse sólo a partir del texto expreso de los distintos tipos penales (tesis del TSJ de Córdoba), y aquella que entiende que dicha determinación debe efectuarse a partir no sólo de un examen gramatical de cada tipo penal sino, también de un análisis sistemático de todas las figuras involucradas, tesis esta última que les resulta no menos convincente que la primera.

Explican que la primera tesis es fuerte porque se funda en la indudable claridad que surge a partir de una mención expresa en la ley de la circunstancia en discusión. Pero la segunda tesis también lo es, pues, de no llevarse a cabo una interpretación sistemática, podría resultar violado el principio de razonabilidad de las leyes, derivado directo del art. 28 de la C.N.

Entonces, dicen que si se aplica el método sistemático de interpretación, un resultado posible sería el siguiente: el art. 104 del C.P. establece que merecerá pena de uno a tres años de prisión el que dispare un arma de fuego contra una persona sin hierirla, y que esa pena se aplicará igualmente si se causare una herida a la que corresponda una pena menor, esto es, una lesión leve (art. 89 C.P.), por lo peligroso que resulta el medio empleado. Si se le causa -dolosamente- una lesión más grave (las previstas en los arts. 90 y 91 del C.P.) o -dolosa o imprudentemente- la muerte (arts. 79, 84), corresponde ya que se apliquen estos últimos artículos, más severos que el 104. Postulan que queda claro que conforme a las valoraciones efectuadas

por el legislador específicamente para los distintos tipos de la parte especial del Código Penal, la utilización de un arma de fuego no es motivo suficiente para agravar la pena que corresponde a la causación de lesiones dolosas de cierta entidad (las graves y las gravísimas), ni tampoco para agravar la causación dolosa o imprudente de una muerte. Pues si la herida es mortal o alcanza determinada entidad, por imperio del propio texto del art. 104 (a la vez absorbente y subsidiario) la utilización de un arma de fuego queda absorbida por esos otros tipos penales, de lo cual se infiere que está contemplada en sus tipos básicos y que, por lo tanto, en virtud a su vez del art. 41 bis, segundo párrafo, la agravante genérica prevista en el primer párrafo de esta última norma no es aplicable a aquellos.

Afirman que, así, resulta evidente que conforme a esta interpretación sistemática, quedaría descartada la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis a cualquier hipótesis de lesiones, en tanto sean dolosas, y a cualquier hipótesis de homicidio, doloso o incluso imprudente: si se trata de una lesión leve (provocada por un disparo de arma de fuego), la agravante genérica no se aplicaría porque, por imperio del principio de especialidad y por la propia letra del segundo párrafo del art. 41 bis en conjunción con la del art. 104, correspondería aplicar este último; y si se trata de una lesión grave o gravísima o de un homicidio doloso o imprudente no se aplicaría porque el mismo art. 104 –que prevé la utilización de un arma de fuego como medio– se autoexcluye en términos de subsidiariedad si el delito que se consuma –con un arma de fuego– es más grave (por prever, ya en su escala básica, una pena mayor, como de hecho ocurre con el homicidio simple y las lesiones graves y gravísimas).

Estiman que la conclusión a la que se arribaría conforme a esta interpretación sistemática de la ley sería la siguiente: el empleo de un arma de fuego como modo comisivo para la causación de lesiones graves o gravísimas y de homicidios ya ha sido contemplado en los tipos penales básicos respectivos, pues ello es lo que resulta de interpretar dichos tipos en conjunción con aquel que expresamente valora la utilización de un arma de fuego en contra de una persona: el art. 104 del C.P. Entienden que aún

aceptándose, y solo a título de hipótesis argumentativa, la validez del primer párrafo del art. 41 bis, estaría claro, ya por imperio de su segundo párrafo y del art. 104 del C.P., que la agravante genérica que aquel introduce no es aplicable a dichos delitos.

Resumen que lo que surge hasta aquí es esto: respecto a la aplicación del art. 41 bis al tipo de homicidio simple (y lo mismo vale para los tipos de lesiones y amenazas agravadas), hay una tesis –que denominan ‘tesis de la exclusión por previsión expresa’– que conduce, plausiblemente, a su aplicabilidad, y otra –que denominan ‘tesis de la exclusión por previsión implícita’– que, también plausiblemente, conduce a su inaplicabilidad. Hay buenas razones tanto a favor de una de las tesis como de la otra.

Por tal motivo se preguntan qué corresponde hacer. Y responden que no queda otro camino que declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, porque la existencia de buenos argumentos tanto para aplicarla como para no aplicarla a un tipo penal como el que aquí nos ocupa demuestra, ante todo, que ella es indeterminada y viola, por tanto, el principio de *lex certa*.

Concluyen que para evitar dudas de aplicación incompatibles con el principio de legalidad debió evitarse la inclusión de un agravamiento de la pena a través de una calificante genérica. Exponen que frente a la estructura legislativa propia de la parte especial del Código Penal, para establecer la extensión de un aumento de la punibilidad en virtud de la inclusión, en el nivel de la tipicidad, de una circunstancia agravante con la precisión que la Constitución le exige, no le queda otro camino que establecer agravantes específicas para cada delito en particular que, a su juicio, merezca ese mayor reproche. Mencionan en este contexto el caso del actual art. 166 inc. 2º, párrafos 2º y 3º del C.P. destacando que el TSJ en pleno se pronunció a favor de su constitucionalidad en la causa “Mercado”, en sentencia del veinte de diciembre de dos mil siete.

Por su parte, la minoría, Dr. Carlos Alberto Salazar, postula que por genérica que sea la agravante, puede ser comprendida por cualquier persona, que con claridad puede entenderse que quien mata a otro y lo

hace con un arma de fuego, merecerá un castigo mayor. Afirma que el art. 41 bis no es contrario al principio de legalidad, razón por la cual debe tenérselo por válido en el caso del homicidio del art. 79 del C.P.

## VII. Palabras Finales

Como surge de lo expuesto, la introducción del art. 41 bis al Código Penal ha desatado opiniones encontradas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto a la utilización del recurso de la agravante genérica como a la redacción del texto del artículo. Ello desde el momento mismo en que se han generado tantas interpretaciones diversas con fundamentos igualmente serios que las sustentan.

El legislador optó por incluir una agravante genérica que justamente por su generalidad resulta imprecisa. Tal vez debió modificar aquellos delitos que creía adecuado agravar por su comisión mediante arma de fuego, uno por uno. Así lo hizo cuando por la ley 25087 agravó el abuso sexual por el empleo de arma a través del inc. d del art. 119 C.P. y cuando por la ley 25882 agravó el robo con arma del art. 166 C.P.

De esta manera, se le hubiera restado complejidad a la interpretación de la disposición, evitando la vulneración del principio constitucional de legalidad en la parte que exige determinación de los delitos, ya que hubiera estado claro cuáles son los que resultarían agravados.

En el estado actual de la cuestión, parece que la única solución en nuestro sistema es la declaración de inconstitucionalidad de la norma, lo cual provoca su no aplicación a aquellos casos a que precisamente iba dirigida, motivo por el cual la labor del legislador se torna abstracta. Por ello, es necesario que el legislador no soslaye los principios constitucionales que rigen nuestra legislación.

## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, E. (1999a). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, editorial Hamurabi, Buenos Aires.

BACIGALUPO, E. (1999b). *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., editorial Hamurabi, Buenos Aires.

BAIGÚN, D., ZAFFARONI, E. y otros (1997). *De las Penas*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

BAIGÚN, D., ZAFFARONI, E. y otros (2007). *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Parte General, Tomo 2 A, 2da. ed., editorial Hammurabi, Buenos Aires.

BARBERÁ DE RISSO, M. C. (2002). "Arma de Fuego y Política Criminal (su empleo, un enfoque crítico). El Agravamiento dentro del Sistema", Pensamiento Penal Criminológico, Revista de Derecho Penal Integrado, Año III, Nº 5, editorial Mediterránea.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros (2010). *Curso de Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., ediciones Experiencia, Barcelona.

BREGLIA ARIAS, O. (2010). *Código Penal Comentado*, 2da. ed. actualizada y ampliada, editorial Astrea, Buenos Aires.

CRESPO, A. E. y MORENO, M. S. "La Discutida Constitucionalidad de la Agravante Genérica del Art. 41 bis del Código Penal: su Compatibilidad con el Principio de Legalidad en su Derivado de *Lex Certa*", Actualidad Jurídica Penal, Volumen 149, p. A – 633.

D'ALESSIO, A. J. (2005). *Código Penal Comentado y Anotado*, Parte General, editorial La Ley, Buenos Aires.

GUALDA, R. A. (2002). "El Art. 41 bis del Código Penal", Doctrina Judicial, Nº 36, 4/9/2002.

LAJE ANAYA, J. (2000). "El Art. 41 bis y las Andanzas del Diablo", Semanario Jurídico, Tomo 83, 2000-B.

LAJE ANAYA, J. (2009). "El Hecho de Matar a una Persona con un Arma de Fuego, ¿Es Inconstitucional el Art. 41 bis del Código Penal?", Revista Jurídica Semanal Zeus Córdoba, Nro. 367, Año VIII, Tomo 15, 24/11/09.

LAJE ANAYA, J. (2010). "Sentencias Penales del Tribunal Superior de Justicia", Colección de Breviarios de Derecho Penal Nro. 11, Alveroni Ediciones, 1ra. ed., Córdoba.

LURATI, C. (2004). "La Intervención de un Menor y el Uso de Armas como Agravantes en la Parte General", Reformas Penales, Donna, E. A. Coordinador, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé.

NÚÑEZ, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal Parte General*, 5ta. ed., Lerner Editora S.R.L., Córdoba.

REINALDI, V. F. (2004a). *Delincuencia Armada*, 2da. ed., editorial Mediterránea, Córdoba.

REINALDI, V. F. (2004b). "¿Es Aplicable la Agravante Genérica del Art. 41 bis CP al Delito de Homicidio (art. 79 CP) y al Robo Calificado por Homicidio (art. 165 CP)?", *Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de Derecho Penal Integrado*, Año V, Nº 8.

ROMERO VILLANUEVA, H. J. (2010). *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia*, 4ta. ed. ampliada y actualizada, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

SANCINETTI, M. (2006). *Casos de Derecho Penal. Parte General*, 3ra. ed, editorial Hammurabi, Buenos Aires.

SIMAZ, A. L. "Algunas Reflexiones sobre el Art. 41 bis del Código Penal Argentino. Agravación Genérica -o no tanto- por el empleo de Armas de Fuego", *Doctrina Judicial* Nº 38.

SKOLAR, A. W. (2002). "Artículo 41 bis", en *Código Penal y Normas Complementarias, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Tomo II, arts. 35/78, Parte General, editorial Hammurabi, Buenos Aires.

SOBERANO, M. (2002). "El Art. 41 bis del Código Penal o la Venganza del Principio de Legalidad", *Nueva Doctrina Penal*, 2002-A, Editores del Puerto, Buenos Aires.

TROTTI, M. V. "Dificultades Dogmáticas surgidas en torno a las llamadas Agravantes Genéricas. El Caso del Art. 41 bis del Código Penal", en [www.jovenespenalistas.com.ar/Agravantes\\_genericas\\_Trotti\\_Valeria.pdf](http://www.jovenespenalistas.com.ar/Agravantes_genericas_Trotti_Valeria.pdf).

VALDEZ, E. R. (2010). "Análisis de las Agravantes Genéricas como Producto de una Legislación de Emergencia (Arts. 41 bis y 41 quater del C.P.)", La Ley Córdoba, Año 27, Nro. 8, Septiembre 2010.

YACOBUCCI, G. J. (2002). *El Sentido de los Principios Penales*, editorial Ábaco, Buenos Aires.

**Cita de este artículo:**

NADER, A. A.: "Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad" . *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.156-175.  
Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>