

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ART. 41 BIS DEL CODIGO PENAL
ARGENTINO (AGRAVACION GENERICA -O NO TANTO- POR EL EMPLEO
DE ARMAS DE FUEGO) ***

Por Alexis Leonel Simaz

**SUMARIO: I.) ANTECEDENTES, II.) ANALISIS DEL ARTICULO,
III.) RECAPITULACION.**

I.) ANTECEDENTES

No registra el derecho penal argentino más que las referencias provenientes del Código Penal de 1.886 (art. 84, inc. 12º), y del Proyecto Segovia de 1.895 (art. 17, inc. 12º), los cuales establecían como circunstancias agravantes, salvo las disposiciones especiales al: “...ejecutar el hecho con auxilio de gente armada, o de personas que faciliten o proporcionen la impunidad...”. Dicho texto, de fuente española, estuvo vigente en dicho país hasta la reforma de 1.995 que lo derogó expresamente (CPE, 22).

Basta observar los antecedentes parlamentarios del proyecto de la ley n° 25.297¹, para darse cuenta de lo descabellado de la reforma, a punto tal que en el tratamiento del Senado se pretendía agregar el art. 166 bis que establecía que “...en los casos del art. 166 inciso 2º se aplicará reclusión o prisión de 7 a 17 años si el robo se cometiere con un arma idónea para producir la muerte o las lesiones previstas en los arts. 90 y 91...”, figura que tiene algún antecedente similar en el derecho español, aunque no de tan mala factura, siendo en este último, al menos, un delito de lesión, y que con la reforma de 1.995 ha perdido vigencia. Ahora bien: ¿cuándo el arma es idónea para producir muerte, lesiones graves o gravísimas?; ¿ello ocurre cuando esos resultados efectivamente se producen?, porque de lo contrario “*ex ante*” toda arma -por ejemplo, una pequeña tijera o una hojita de afeitar-, podría ser mortal. Por suerte, esa parte del proyecto no fue sancionada.

Sólo resulta de interés, hacer una breve referencia a los argumentos del diputado Quinzio en su disidencia, donde expresa, a nuestro criterio, las siguientes ideas salientes, y que en general compartimos:

* Debo agradecer el aporte brindado por el Dr. Ricardo S. Favarotto que me ha hecho reflexionar en algunos puntos que resultaban conflictivos.

1.) La incorporación en la parte general del Código Penal de agravantes genéricas conlleva necesaria e irremediabilmente 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.

2.) El caso del homicidio (CP, 79) en que el autor dispone de un arma de fuego y un palo de béisbol para dar muerte a la infortunada víctima, si el autor deja el revólver o la pistola para evitar la aplicación de la agravante, y le da a la víctima con el bate varios golpes hasta partirle el cráneo, parece claro entonces que en este caso no produce un daño mayor que si le pega un tiro, incluso esta forma puede ser menos dolorosa para el victimizado.

3.) Hay una afectación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en su manifestación *lex certa*; es decir, en la determinación de en qué medida, al hecho concreto, el arma transmite un disvalor mayor.²

4.) Si los proyectistas 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 del arma de fuego, y no una norma que incluya a todos los tipos penales.

5.) Finalmente, el diputado Quinzio concluye -luego de pasar revista a las diferentes figuras penales de la parte especial-, que tal vez en el único tipo penal en que podría incluirse un tipo agravado por el empleo del arma de fuego es en la extorsión (CP, 168 y sgts.), Sin embargo, la misma ya tiene una pena lo suficientemente grave (cinco a diez años de reclusión o prisión), que no tendría sentido inflacionar.

II.) ANALISIS DEL ARTICULO

La norma, compuesta por dos párrafos, establece lo siguiente:

“Cuando alguno de los delitos previstos en este código se cometa con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo

¹ Ver Antecedentes Parlamentarios en Revista La Ley, BO, 22-9-00, ps. 160 y ss.

² Puede verse en este sentido nuestro trabajo “*El principio de legalidad penal y la copia ilegal de software*”, publicado en la Revista Quorum de diciembre de 1.999, ps. 25/30, y en la Revista Especializada en Derecho y Ciencias Económicas (DEC) de junio de 2.000.

y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el 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...”

Antes de entrar de lleno en el análisis de este artículo, permítasenos hacer una breve referencia de las demás normas que contienen los términos: violencia, armas e intimidación, al sólo efecto de poder comprender mejor las cosas.

La palabra arma aparece en los arts. 104 y 189 bis, párr. 3º, refiriéndose, en ambos casos, expresamente a la de fuego. En su forma plural la reflejan los arts. 97, 119 letra “d”, 144 cuarto, inc. 4º, 149 bis, párr. 1º, 166 inc. 2º, 189 bis, párr. 4º, 210 bis, letra “d”, 214, 226, 229 y 231, salvo en los supuestos de los arts. 189 bis y 210 bis en los cuales se aclara que el arma es de guerra, por lo tanto de fuego, en todos los demás no se distingue de que tipo deba ser, aclarando, incluso, el art. 144 cuarto que quedan comprendidas *“armas de cualquier tipo”*.

Por su parte, la expresión violencia la encontramos en los arts. 78, 87, 95, 119 párr. 1º, 125 *“in fine”*, 127 ter, 158, 164, 168 párr. 2º, 181 inc. 1º, 198 inc. 1º y 280. El primero de ellos se limita a aclarar que dentro de dicho concepto quedan comprendidos el uso de medios hipnóticos y narcóticos. El art. 95 dice que tiene que ser *“sobre la persona del ofendido”*. El art. 280 la menciona en el sentido de *“violencia en las personas”*. Los arts. 119 párr. 1º, 125 *“in fine”*, 127 y 127 ter. utilizan este vocablo conjuntamente con el de intimidación o abuso intimidatorio como en el primero y tercero. Sólo el art. 164 habla de *“violencia física en las personas”*. Los restantes utilizan la palabra sola.

El vocablo intimidación, a más de los cuatro artículos ya referidos en el párrafo anterior (CP, 119, párr. 1º, 125 *“in fine”*, 127 y 127 ter), es utilizado por los arts. 130, 168 párrafo 1º, 198 inc. 3º, 237 y 267.

Las primeras dos preguntas que nos podemos hacer son las siguientes:

¿Es aplicable la agravante a todos los supuestos en que la ley habla solamente de arma, y no menciona *“de fuego”*?

¿Cuándo el art. 41 bis en su primer párrafo menciona los términos *“con violencia o intimidación contra las personas”*, en qué sentido lo hace? ¿Cómo sinónimos?
¿Es posible mediante el empleo de un arma de fuego ejercer violencia física, a ello se refiere la proposición?

La respuesta es negativa a la primera de las preguntas formuladas. Aplicar la agravante genérica (por ejemplo, a la figura del art. 166 inc. 2º del C.P. por el hecho de interpretar que al no referirse concretamente a arma de fuego es correcto), implica violar solapadamente el principio constitucional del “*ne bis in idem*”. Por lo que ni siquiera sería necesario la aclaración que nos hace el segundo párrafo del art. 41 bis del CP. Quizás con un ejemplo pueda clarificar mejor lo que tratamos de decir. Supongamos que sería de aplicación la agravante al robo con armas, es probable que el legislador modifique en un futuro la ley estableciendo una pena mayor para los que utilicen armas de fuego de calibre superior a 38 mm, con tal hermenéutica regiría la aplicación de la agravante de la agravante. También es posible que el legislador, de seguirse así, sancione otra norma y diga que se aplicará a los casos en que se cometieran los delitos con armas de fuego de calibre mayor a 38 mm. y con caño recortado. Habría que aplicar la agravante de la agravante de la agravante, y así al infinito. De acuerdo a lo expuesto en el párrafo segundo de la mentada disposición, la misma resulta inaplicable a todas las figuras que contengan como elementos calificantes al arma, sea o no de fuego.

Existe otro argumento de orden sistemático que también es posible argüir para quienes piensan en sentido contrario. Si la agravante sería aplicable a aquellas figuras en las cuales sólo se refieren armas, qué sentido tendría la excepción del segundo párrafo del art. 41 bis, pues precisamente el caso de los únicos artículos (CP, 119 letra “d”, 149 bis y 166 inc. 2º) en donde regiría la excepción, por encontrarse ya contemplada como elemento calificante del delito de que se trate, no podría aplicarse ya que ninguno de estos tipos penales hacen referencia a “*armas de fuego*”. Para qué entonces poner excepciones si no las hay.

La segunda pregunta, requiere una respuesta más compleja, lo cual se debe a la ambigüedad del término violencia. Sólo encontramos en el código de fondo una equiparación del mismo a la utilización de medios hipnóticos y narcóticos (CP, 78), y sólo el art. 164 nos habla de violencia física, y para colmo es justamente el caso en que la doctrina y jurisprudencia consideran de manera uniforme que comprende a su vez la intimidación, pues de lo contrario quedaría excluido el robo agravado por el uso de armas, el cual sería o bien una extorsión, o bien un hecho atípico. Otro tanto sucede con el párrafo segundo del art. 168 (la extorsión por la rúbrica o destrucción de documentos), si interpretamos el concepto violencia únicamente como violencia física (o sea, con exclusión de la moral), pareciera difícil que alguien pueda cometer el delito haciendo suscribir a otro un documento de esta forma. La situación es más conflictiva aún, en el supuesto del art. 158 (compeler a la huelga) en el cual lo propia exposición de motivos rechaza ex-

presamente la utilización de la violencia física. Perfectamente claro resulta el caso del art. 87 del CP, en el cual es indudable que está referido a la violencia física para causar un aborto. Lo mismo sucede con los arts. 95, 119 párr. 1º, 125 “in fine”, 127 ter, 181 inc. 1º, 198 inc. 1º y 212. Con el art. 280 pasa algo similar a lo del art. 164.

¿A qué se refiere la ley cuando habla de violencia?

Evidentemente hay que analizarlo en el supuesto concreto y en el contexto dado; así ese término en el art. 41 bis no es más que un sinónimo de intimidación. No creemos posible hablar de violencia física mediante el empleo de arma de fuego, pues pareciera algo ridículo agravar la pena porque el sujeto le dio un culatazo a la víctima con un revólver y no cuando la mató con un bate de béisbol.

¿En que situaciones resultaría, entonces, de aplicación la agravante?

De acuerdo a lo que venimos diciendo la agravante sólo podría aplicarse a los casos en que no se encuentre el arma (sea o no de fuego) como elemento constitutivo (CP, 104), o calificante de la figura especial (CP, 166 inc. 2º), y además en cualquier delito de la parte especial que se cometa con violencia o intimidación contra las personas, mediante el empleo de un arma de fuego. De lo cual se desprende que no es suficiente la perpetración del delito con un arma de fuego, sino que también es necesario que en el momento consumativo del mismo se la emplee mediante violencia o intimidación contra las personas. Si alguien mata a otro con un arma de fuego, “*per se*” no funciona la agravante, pues es necesario que el agente haya utilizado el arma intimidando antes a la víctima.

Finalmente, pensamos que no han existido razones fundadas para introducir la agravante impuesta por la ley 25.297, ya que el propio Código Penal establece escalas punitivas lo suficientemente gravosas, y sin embargo la mayoría de las sentencias que vemos día a día en los tribunales argentinos nunca exceden la mitad de la misma. Evidentemente la reforma no obedece a ningún criterio punitivo plausible.

III.) RECAPITULACION

Las ideas centrales de lo que pensamos serían entonces las siguientes:

1.) La agravante tiene una doble naturaleza objetiva-subjetiva, objetiva, en el sentido que para que se produzca es necesario la utilización de una arma de fuego, debiendo resultar la misma apta para disparar; y subjetiva, en cuanto es menester que el agente realice la conducta típica de la parte especial con el ánimo de valerse de su empleo, con violencia o intimidación contra las personas.

2.) Los vocablos violencia e intimidación son utilizados como sinónimos en el art. 41 bis.

3.) La agravante no resulta aplicable a los casos en que el tipo penal contenga la circunstancia mencionada en ella, ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate, ello en el sentido de arma, sea cual fuere. (CP, 41 bis, párr. 2º)

4.) Es imprescindible analizar el supuesto típico en concreto a los efectos de la aplicabilidad de la agravante.

5.) De acuerdo a lo expuesto la agravante resultaría inaplicable a los arts. 97, 104, 119 letra “d”, 144 cuarto, inc. 4º, 149 bis, párr. 1º, 166 inc. 2º, 189 bis, párr. 3º y 4º, 210 bis, letra ”d”, 214, 226, 229 y 231.

6.) No encontramos ningún criterio político-criminal razonable que justifique la inclusión de la agravante en la parte general. Hay que tener en cuenta que el propio código penal en los arts. 41/2 ya nos suministra una forma de poder valorar como agravante la utilización de un arma de fuego por su mayor poder vulnerante, y que, por otro lado, la amplitud de las escalas penales nos permiten graduar la pena “*justa*”.