

UNIVERSIDAD DE
Belgrano
BUENOS AIRES - ARGENTINA

Título de la Tesis:

INCIDENCIA DEL ART. 41 BIS EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Tutor:

GÖERNER GUSTAVO

Alumno:

SERGIO ALEJANDRO LEGORBURU

Carrera:

Especialización Derecho Penal

Número de matrícula:

ID: P000141951

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad indagar en las implicancias que ha tenido, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, la incorporación del art. 41 bis en el Código Penal Argentino, que inserta una agravante general, con incidencia directa sobre los tipos penales de la Parte Especial. El impacto de esta agravante, que fuera incluida en la Parte General del Código Penal, se ve reflejado en el incremento notable de la pena, la cual se eleva en un tercio de su mínimo y en su máximo, para los autores y/o partícipes que ejecutaran un delito con el empleo de armas de fuego con violencia o intimidación contra las personas, siempre que esa circunstancia no hubiese estado ya prevista como elemento constitutivo o agravante en otro tipo penal.

Si bien esta agravante, en principio, no ofrecería mayores conflictos en su aplicación, ha traído aparejados numerosos problemas interpretativos en la jurisprudencia que hasta el día de hoy no han sido zanjados. Estos conflictos interpretativos, en su aplicación, se evidenciaron en mayor medida en los conceptos valorativos de: “arma de fuego”, “la aptitud para el disparo del arma de fuego”, “modo de empleo”, “concepto de fuerza o intimidación”, “aplicabilidad o inaplicabilidad en hechos culposos”, “prevalencia de tesis objetiva o subjetiva de la agresión producida con un arma de fuego”; como así también la posible violación de los principios de legalidad al no cumplir los requisitos de *lex certa*, “proporcionalidad de la pena” y “*non bis in idem*”, para aquellos tipos penales, donde ya esté previsto la *calificante* del uso de “arma”.

Estos temas complejos han sido tratados en esta presentación en diferentes aspectos, desde un abordaje que pretende dar una respuesta dogmática, aunque sin brindar una solución indiscutible.

Tabla de contenido

RESUMEN	3
Introducción.....	1
CAPÍTULO I	3
AGRAVANTES EN EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO EN LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL	3
1.1. Antecedentes legislativos.....	3
1.2. Delitos agravados	5
1.3. Bien jurídico protegido.....	9
1.4. ¿La agravante resulta un tipo objetivo del Código Penal Argentino?	11
1.4.1. Requisitos del tipo objetivo	11
1.4.2. Juicio de valor del tipo	16
1.5. Tipicidad subjetiva.....	18
CAPÍTULO II	22
ELEMENTOS DE LA AGRAVANTE	22
2.1. Primer elemento: existencia de violencia o intimidación contra las personas	22
2.2. Segundo elemento: empleo de arma de fuego	27
2.2.1. Concepto valorativo de arma	27
2.2.2. Concepto normativo de arma de fuego	31
2.2.3. Exclusión de la agravante de toda arma que no sea de fuego.....	43
2.3. Tercer elemento objetivo: que la agravante no se encuentre contemplada como elemento o calificante de otro delito.....	44
CAPÍTULO III	45
SÍNTESIS DE LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA	45
3.1. Presupuestos de aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 41 bis del CP	45
CAPÍTULO IV	49
CRITERIO SISTEMÁTICO IMPLEMENTADO	49
4.1. Aplicación al tipo penal básico	49
4.2. Aplicación de la agravante al homicidio simple, lesiones graves o gravísimas y robo calificado contra las personas	50
4.2.1. Tesis de inaplicabilidad o tesis negativa.....	50
4.2.2. Tesis de aplicabilidad o tesis positiva	51
4.3. Aplicabilidad de la agravante ante la falta de afectación del principio de legalidad y lex certa.....	55
4.3.1. Afectación del principio de legalidad.....	55
4.3.2. Aplicabilidad del art. 41 bis ante la existencia de lex certa por incompatibilidad de los presupuestos del delito de abuso de armas (art. 104 del CP)	58
4.3.3. Aplicabilidad de la agravante si el tipo penal prevé violencia o intimidación contra las personas.....	62

4.3.4. Aplicabilidad de la agravante cuando en el tipo penal básico o agravado se encuentre contemplado el empleo de un “arma”	64
4.4. Inaplicabilidad de la agravante a tipos culposos	73
4.5. ¿Es aplicable la agravante general cuando el arma de fuego es utilizada como arma impropia o no es apta para el disparo?	74
4.6. Concurrencia de agravantes genéricas	77
4.7. Aplicación de la agravante general en la tentativa	79
CONCLUSIONES	80
BIBLIOGRAFÍA	84

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a estadísticas recientes, el empleo de armas de fuego en hechos delictivos muestra una espiral creciente en los últimos 20 años. Debido a ello, y con el objetivo de disminuir y desmotivar la utilización de armas de fuego, se incorporó al Código Penal el agravamiento de las penas en forma significativa cuando fueran utilizadas armas de fuego en la producción de hechos delictivos.

No será el objeto del presente trabajo el análisis de estas políticas públicas ni la pena, sino determinar los problemas sistemáticos que presentó la incorporación en los tipos penales la agravante general del art. 41 bis del Código Penal. Con la implantación de la agravante general se ha provocado una ampliación punitiva significativa del empleo de armas de fuego, con extensión en todo el Código Penal, por lo que resulta imprescindible poner el enfoque en el concepto de “arma de fuego”, como así también en definir con precisión el empleo de fuerza o intimidación cuando fueran utilizados dichos elementos mecánicos contra las personas.

La investigación se realiza tomando como enfoque principal la *teoría del delito asociado* desde una perspectiva criminalística del concepto “arma de fuego”, que permita explicar la aplicación de la agravante general en los distintos tipos penales en donde no esté prevista su comisión mediante el empleo de dicho elemento, como en aquellos en que el tipo penal contenga el empleo de “armas”.

El presente trabajo se divide en dos segmentos: el primero es el establecido en la Parte General del Código Penal y el segundo en su repercusión en la Parte Especial, donde se analizan los conflictos sistemáticos que se plantean con la incorporación del empleo de un arma de fuego utilizada mediante fuerza o intimidación contra las personas.

Es de significar que si bien la norma en cuestión es aplicable a los delitos previstos en el Código Penal (en adelante, CP), el precepto aludido debe considerarse en forma sistemática como una extensión del tipo y de la pena en los delitos tipificados en leyes complementarias, en atención a lo dispuesto en el art. 4 del CP.

Así también se analiza cómo el Artículo 41 bis del CP añade un elemento objetivo, como resulta de la utilización de “un arma de fuego”, que califica los distintos tipos penales y que vino a poner en crisis el concepto genérico de “arma”, anteriormente empleado por la doctrina y la jurisprudencia cuya significación era integrativa tanto para las armas impropias como propias. Es por ello que se trata de dilucidar entre las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales si se viola el principio de *doble penalidad* y, en consecuencia, la violación del principio de *non bis in idem*, con la aplicación de la agravante para aquellos tipos penales donde ya esté prevista la calificante del uso de un “arma”, o si, por lo contrario, deben adoptarse otros principios de interpretación de la ley. Asimismo, se analiza si la agravante se aplica a los delitos culposos, en atención a que desde una primera mirada no existe dolo orientado a la afcción del jurídico tutelado.

También se busca esclarecer, a través del estudio de casos empíricos, si resulta aplicable el concepto de “arma propia” para aquellos casos en donde esta no sea apta para el disparo, prevaleciendo en esas circunstancias la tesis objetiva o subjetiva de arma de fuego.

Indudablemente, para el legislador esta agravante no apareja grandes complicaciones sistemáticas en su aplicación en la Parte Especial del CP, pero ello no aconteció debido a las distintas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a: el concepto de arma propia e impropia, el fin perseguido por el autor, la existencia o inexistencia de fuerza o intimidación, la aptitud del arma para producir disparos, la posible afectación a los principios de legalidad ante la falta de una “*ley certa*”, doble punición, la violación del principio de racionalidad de la penas y la necesidad o no de la creación de un riesgo concreto para la consumación del delito.

Es por ello que se analiza la ley penal, bibliografía, publicaciones, jurisprudencia y doctrina, con el objeto de tratar de develar los interrogantes planteados y brindar una solución sistemática a los distintos conflictos en su aplicación.

CAPÍTULO I

AGRAVANTES EN EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO EN LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

1.1. Antecedentes legislativos

Desde la óptica de un logro de mayor seguridad y ante el incremento del delito con el empleo de armas de fuego en hechos violentos, se comenzó a gestar legislativamente la introducción en el CP de un aumento de las penas para aquellos delitos cometidos con armas de fuego. Cabe señalar que la reforma fue introducida oportunamente en respuesta a las demandas de seguridad de la población que evidenciaban el aumento del número de robos cometidos con arma de fuego y de homicidios en ocasión de robo. Esta tarea se concretó con la sanción de la Ley Nº 25.297 que incorporó el Artículo 41 bis al CP de la República Argentina, con fecha 09 de agosto del año 2000 y promulgada de hecho el 20 de septiembre del mismo año.

Los motivos explícitos que llevaron a sancionar la referida ley fueron aportados por el Presidente de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, quien resultara miembro informante de la comisión, Senador Agúndez, que en la audiencia legislativa manifestó:

Evidentemente, para este aumento de penas se han tenido en cuenta las estadísticas. Uno de los delitos fundamentales que se ha tenido en cuenta es el delito mayor, el delito de más disvalor en el CP, relativo al derecho a la vida, ya que su contrapartida es, precisamente, el homicidio. Las estadísticas revelan que las denuncias de homicidio son acordes con las situaciones reales de homicidio. En los casos de delitos de robo o hurto, mucha gente no los denuncia a pesar de que se cometen. Pero en el delito de homicidio con armas de fuego, cuyas penas se aumentan en esta ley, ocurre que la realidad se compadece con las denuncias que se efectúan. Tuvimos en cuenta una estadística sobre el tipo de armas que se utilizan. En 1995, el 28 por ciento de las armas que se empleaban para cometer delitos con violencia o intimidación eran revólver o pistola, y en el año 97 aumentó al 49 por ciento. Paso a la estadística con las armas blancas. Algunos preguntaban por qué no incorporábamos a todas las armas. Lo que pasa es que en 1995 el 10 por ciento de los delitos se cometían con armas blancas y en 1997 subió al 11 por ciento, o sea la variación fue menor. Los delitos contra las personas en la provincia de Buenos Aires aumentaron en el último semestre un 31 por ciento respecto al semestre anterior. Además, tuvimos en cuenta el tratamiento que le dieron al tema

los distintos estados nacionales. Me refiero al Plan de Desarme Civil de Armas de Fuego. Se le daba tanta importancia a este tipo de armas para cometer delitos que la provincia de Mendoza sugirió hacer un desarme de este tipo de arma a cambio de comida. No lo creía tan necesario en ese sentido. Pero hemos observado que en la mayoría de los países del mundo el desarme se hace a cambio de mayores posibilidades. Me gustaría que en la Argentina llegáramos a un plan de desarme de canje de un arma por un empleo. Esta sería una forma de disminuir los delitos. La venta de armas de fuego en la Argentina se ha multiplicado en los últimos seis años. El total de armas registradas en la actualidad en nuestro país es 1.938.462 contra 400.000 armas registradas en 1993. Señor presidente: estas estadísticas se suman a aquellas que indican que una persona muere por día y en la provincia de Buenos Aires aumentó un 80 por ciento la mortalidad por enfrentamientos con armas de fuego. Los gobernadores y el presidente de la Nación recogieron estas estadísticas en el punto 12 del acuerdo de 14 puntos entre la Nación y las provincias. El Gobierno nacional y las provincias acordaron impulsar la creación de un grupo de acción conjunta entre las policías distritales para realizar operativos en zonas limítrofes. En el punto 12 se promueve desalentar la tenencia y portación de armas con mecanismos convencionales y no convencionales. Esta es la importancia que muestran todas las estadísticas. El Gobierno nacional y las gobernaciones provinciales pusieron el punto 12 como reflexión sobre este tema¹.

Con estos argumentos, el Honorable Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en el Congreso, sancionan la Ley Nº 25.297 que en su art. 1º establece:

Incorpórese al Código Penal de la Nación como nuevo artículo, el siguiente:
ARTÍCULO 41 BIS: 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 esta 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 trate².

¹ HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN. 2.º reunión, 15.º sesión ordinaria [versión taquigráfica], 9 de agosto de 2000.

² Ley 25.297/2000. Modificación del Código Penal.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64368/norma.htm>.

De los motivos que fomentaron la incorporación surge, sin dudas, que se trató de una medida de política criminal, dentro de una visión de la prevención general negativa del delito con el objeto de intimidar a potenciales delincuentes o desmotivar el empleo de armas de fuego en hechos delictivos mediante el aumento significativo de las penas. Cabe aclarar que fue notorio el incremento de la criminalidad bajo dicha modalidad delictiva, con un aumento del 21% en el empleo de armas de fuego entre los años 1995 y 1997. Desde la mirada de la prevención especial negativa se concreta también otra función: la neutralización del delincuente por medio de su encarcelamiento durante un lapso más prolongado. Sin embargo, es pertinente mencionar que el aumento de la punición no desalienta ni contiene la producción de hechos delictivos, regla general que también se aplica con la incorporación del artículo antes citado, de acuerdo a las estadísticas brindadas por la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires en el año 2019, el empleo de armas de fuego, en homicidios consumados se halló en un promedio por encima del 54,5%³.

Es por ello que se entiende que la aplicación de esta agravante no ha cumplido con el fin de la norma, demostrándose nuevamente que el camino para la reducción del delito pasa por el análisis coordinado de otros subsistemas penales y no solo el punitivo, ya que no se ha obtenido una respuesta satisfactoria desde el punto de vista de una prevención general del delito. En este punto resulta interesante la mirada de Roxin cuando expresa:

(...) la dureza de la amenaza penal casi no tiene efecto de intimidación porque la regla es que el autor en realidad solo perpetra su acto cuando piensa que no será detenido. Entonces la amenaza penal puede ser indiferente para él. Pero cuando el riesgo de ser descubierto se eleva, el potencial delincuente abandona el delito en su propio interés⁴.

Sin embargo, desde un segundo nivel de análisis, resulta necesario desalentar tanto la tenencia como la portación de armas de fuego como medio comisivo, debido al mayor poder ofensivo e intimidante que presentan, con el objeto de salvaguardar la vida, la integridad física y la seguridad pública de los ciudadanos.

1.2. Delitos agravados

³ Procuración General, Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires <http://www.mpba.gov.ar/web/poljud.php>.

⁴ ROXIN, Claus. "Problemas actuales de la política criminal", en Enrique Díaz Aranda (editor), *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 89.

Los tipos penales agravados derivan de otro tipo penal básico, y pueden ser calificados por circunstancias modales, temporales, medios utilizados y/o cantidad de autores, que agravan la pena en virtud de su mayor injusto penal. Es por esta razón que la ley distingue entre tres tipos: a) básicos, b) calificados o agravados, y c) privilegiados o atenuados. Para Soler “lo que constituye el delito agravado es la adición de una circunstancia específicamente prevista, y que tiene por efecto alterar la escala penal con relación al delito simple”⁵.

Por otra parte, Carlos Creus señala:

(...) el grueso de los delitos circunstanciados integra los delitos agravados —que son (...) aquellos en los que se acentúa la punibilidad de la acción ya prevista en otro tipo— la punibilidad más intensa no se podrá aplicar en ausencia de las circunstancias, sin perjuicio de la aplicación de la prevista en ese otro tipo (tipo básico)⁶.

Ricardo Núñez agrega que se consideran delitos agravados porque “se agravan los medios de ejecución del hecho, los cuales por su naturaleza misma dificultan las posibilidades de defensa y despiertan una alarma inusitada al crear un peligro general para los bienes o las personas”⁷. En este sentido, Enrique Bacigalupo refiere que las agravantes establecidas en la Parte General del CP “constituyen elementos que, accidentalmente, completan la descripción del tipo penal agregándole circunstancia que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud o de la culpabilidad, (...) al presentar elementos objetivos que deben ser abarcados por el dolo del autor”⁸. Es por ello que la calificante estudiada se sitúa dentro de la gravedad de la ilicitud, ya que el empleo de un arma de fuego como medio comisivo mediando violencia o intimidación contra las personas le adiciona un plus al disvalor de la conducta del autor.

En cuanto al fundamento de la agravante del uso de armas de fuego, para Edgardo Donna se centra “en el mayor poder ofensivo que tiene el sujeto activo, que redundo por el contrario, en el mayor estado de indefensión de la víctima”⁹. Este autor también menciona que

⁵ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo III. 1.ª reimpresión. Buenos Aires, Tea Tipográfica Editora, 1951, p. 286.

⁶ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. 5.ª edición ampliada. 4.ª reimpresión. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993, p.186.

⁷ NÚÑEZ, Ricardo C. *Tratado de Derecho Penal Argentino. Parte Especial*. Tomo III. Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1977, p. 68.

⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2.ª edición, 4.ª reimpresión. Buenos Aires, Ed. Hammurabi S.R.L, 2002, p. 240.

⁹ DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II B. 2.ª edición actualizada y reestructurada. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 209.

“la agravante se basa esencialmente en el uso de un medio que provoca daños a terceros, lo que revela un mayor injusto, por una parte, por otra, una mayor culpabilidad del autor, ya que se le debe reprochar mayor severidad al hecho”¹⁰.

Baigún, Zaffaroni y Terragini indican que, en líneas generales, “la estimación diferenciada y el incremento de la severidad obedecen a la doctrina y jurisprudencia comparadas a que el uso de arma de fuego es configurador de un abuso de superioridad que supone la existencia de una especie de desequilibrio entre las fuerzas del agresor y del agredido”¹¹; asimismo, establecen:

(...) el mayor poder intimidante que posee un arma de fuego y el riesgo concreto (real y efectivo, por la definición de esta categoría de arma), para la vida o la salud que sufre la víctima y, en razón de ello, revelador de una superior magnitud del injusto. Así el contenido del ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro corrido por ella¹².

Para Göerner, el fundamento de la agravante del empleo de armas de fuego se sustenta en “el mayor peligro real para la vida y la integridad física del sujeto pasivo”¹³, siempre y cuando sea acreditada fehacientemente su ofensividad. En tanto para Penna, el fundamento de la agravante se sustenta en dos teorías (una subjetiva y otra objetiva), cuyos fundamentos han sido utilizados por separado o en conjunto dando lugar a una tercera teoría (mixta)¹⁴.

Para la teoría subjetiva el reproche encontraba fundamento en el mayor poder intimidante producto del empleo de una arma. Esta teoría centra su atención en la situación psicológica (temor, indefensión, paralización, etc.) que el ataque armado del sujeto activo produce en el sujeto pasivo, lo que facilita el desapoderamiento de su propiedad. Para esta postura, ninguna relevancia tendría la capacidad ofensiva de las armas. Esta teoría se vio cristalizada en la causa

¹⁰ Ibidem, p.122.

¹¹ BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio y TERRAGINI, Marco. *Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y jurisprudencial*. Tomo 2. Buenos Aires, Ed. Hammurabi SRL, 2002, p. 92.

¹² *Loc. cit.*

¹³ GÖERNER, Gustavo, “Apuntes sobre algunas recientes reformas al Código Penal”. En Edgardo A. Donna (Dir.), *Reformas penales*. Buenos Aires, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2004, p. 192.

¹⁴ PENNA, Cristian D. *Robo con Armas y Armas impropias: armas que no son armas, interpretación de la ley penal y principios constitucionales*. 1.ª edición. Buenos Aires, Del Puerto, 2012, pp. 49-50.

P59.812, fallo “Manso Miguel Feliciano”, producido por la SCJBA, el voto del ministro De Lázari indicó:

(...) que la aptitud intimidante que posee un arma es el fundamento de la figura agravada que contempla el artículo 166 Inc. 2° Código Penal, con independencia de la efectiva capacidad vulnerante que se acredite en relación con ese elemento y que no puede negarse el carácter de la misma, so pretexto de una idoneidad funcional, al objeto que ha servido para alcanzar la finalidad de la acción delictual; no advirtiéndose además, que la tesis objetivista encuentre respaldo en la ley que exige que el robo se cometa con armas, sin detenerse en la calidad de las mismas, condiciones de uso o poder ofensivo, y considerando inapropiado formular criterios de distinción cuando el sentido de la agravante se encuentra dado por la circunstancia que el empleo de armas disminuye notoriamente las posibilidades de defensa.

En tanto que el voto del ministro Petiggiani determinó:

(...) que la mera exhibición u ostensibilización de cualquier instrumento que pueda razonablemente formar en la convicción de aquellos para intimidar a los cuales se utiliza que se encuentran frente a un elemento que los torna vulnerables y que supera sus eventuales mecanismos de defensa naturales, convierte a dicho elemento en un arma, agregándose que tal apreciación es subjetiva, en cuanto hace referencia al efecto que se genera en la conciencia del que sufre intimidación, y objetiva al ser el propio agresor quien hace uso de ese instrumento con la finalidad manifiesta de aumentar realmente o en apariencia su potencialidad ofensiva, su capacidad de ejercer violencia, en una medida que aprecia superadora de las defensas normales que está en posibilidad de ejercitar el destinatario de su acción violenta.

Asimismo el voto del ministro Hitters:

(...) con remisión a lo expuesto en P.42.458, sent del 21-VI-1996, “D.J.B.A.”, t. 151, pág. 125; P. 45.458, sent. Del 22-IV-1997, “D.J.B.A.” 153,29 “Jurisprudencia Argentina”, 1998-II, 552, “La Ley Buenos Aires”, 1997, 812; P. 56.043, sent. Del 3-III-1999; entre otras, que el fundamento de la agravante no reside en el peligro o riesgo que la víctima ha corrido por el uso de arma, sino en la disminución de su potestad defensiva, lo que facilita la perpetración del delito fruto del poder intimidante (psicológico) que aquella posee.

Para la teoría objetiva, en cambio, el mayor reproche encontraba fundamento en el peligro concreto y real (contra la vida o la integridad física) corrido por el sujeto pasivo, producido por el empleo de un arma por parte del sujeto activo. Para esta postura, tendría vital relevancia la capacidad ofensiva de las armas. Siendo esta teoría judicialmente receptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el plenario “Costas, Héctor y otro”, de fecha 15 octubre de 1986, en donde la cuestión planteada era que si encuadra en el concepto de “arma” del art. 166, inc. 2º del CP, el uso de un arma descargada apta para disparar, allí se resolvió: “Que no encuadra en el concepto de ‘arma’ del art. 166, inc. 2º del Cód. Penal el uso de un arma descargada apta para disparar”. (El “plenario Costas” solo rige al caso del robo cometido mediante el empleo de arma descargada (CSJN 1/12/88 “Sánchez, Juan A.”, LL, 1989-C-535).

Por último, en la teoría mixta “había dos razones que se conjugaban para intensificar la pena: por un lado, el mayor poder intimidante de las armas y , por el otro, el peligro real para el sujeto pasivo que implica su utilización”¹⁵.

1.3. Bien jurídico protegido

El derecho penal, entendido como un medio de mantenimiento de un sistema social, se ha desarrollado a través de la protección de ciertos intereses vitales para la sociedad que posibilitan su cohesión social mediante el dictado de normas que traen aparejada la aplicación de una pena, cuando estos intereses hayan sido vulnerados. Con respecto a la función que cumple el bien jurídico, Welzel afirma:

(...) consiste en la protección de valores elementales de conciencia, de carácter ético social y solo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares (...) bien jurídico es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones. La suma de bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino un orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación al mismo, sino solo en conexión con todo orden social¹⁶.

En términos del funcionalismo, para Bacigalupo la función del derecho penal “no es la consolidación del estado de cosas, sino la configuración de la identidad de una sociedad, lo decisivo son las reglas que establecen esa identidad, y no los bienes o situaciones. Por ello el derecho penal tiene la misión de garantizar las normas. Las normas por su parte, autorizan las lesiones a bienes y la modificación de situaciones cuando ello es necesario para el desarrollo

¹⁵ PENNA, Cristian, *op cit.*, p. 50.

¹⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11.ª edición. Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Chile, 1997, p. 5.

de la sociedad”¹⁷. Es por esta razón que se admiten ciertos peligros y la concreción de ellos, sin que tengan consecuencias penales si se mantuvieron dentro del riesgo permitido.

Caballero considera que “los tipos calificados agravados tienden a la mejor protección del bien jurídico o a la protección de otro no contemplado en el tipo básico. Sabido es que el bien jurídico constituye el más importante elemento teleológico para determinar el alcance de lo prohibido”¹⁸; en tanto para Durán:

Tras un exhaustivo análisis tanto del proyecto de ley que diera origen al precepto señalado como de los principios de interpretación de las normas, no cabe duda alguna, que el legislador tuvo en miras el mayor poder vulnerante de las armas de fuego, ya que, por sus condiciones, irrogan una puesta en peligro mayor para el bien jurídico vida o integridad física, que cualquier otra arma¹⁹.

Ese mismo entendimiento tuvieron Baigún, Zaffaroni y Terragini al expresar que, “así el contenido del ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien”²⁰.

Para Nader²¹, tiene como fin principal la protección de los bienes jurídicos de la vida y la integridad física, ya que las armas de fuego representan un peligro superior en comparación con cualquier otro tipo de arma. En tanto que Barberá de Risso desecha la posición del “funcionamiento de la agravante, respecto del bien jurídico en delitos pluriofensivos, donde aparece un bien jurídico de mayor entidad que aquel respecto del cual se encuentra ubicado”,

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸ CABALLERO, Ricardo J. “Sobre el delito de Robo Agravado por el Uso de Armas”. En DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal: doctrinas esenciales (1936-2010)*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, p. 1520.

¹⁹ DURÁN, Roberto A. y POGGI, María F. “El artículo 41 bis del Código Penal. Su implicancia y alcances como agravante genérica”. LA LEY 2003-A, 96, *Suplemento Penal 27*, noviembre 2002.

²⁰ BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio y TERRAGINI, Marcos, *op. cit.*, p. 92.

²¹ NADER, Alejandra A. “Agravante del art. 41 bis del Código Penal y el principio de legalidad”, *Revista Científica de Ciencias jurídicas y notariales In Iure*. Volumen 1, N.º 2, 2012, pp. 156-175.

deviniendo de ello que el riesgo del bien jurídico debe “encontrarse en compromiso ante un arma de fuego cuando puede lanzar proyectiles a distancia”²².

1.4. ¿La agravante resulta un tipo objetivo del Código Penal Argentino?

1.4.1. Requisitos del tipo objetivo

En primera instancia, para responder a este interrogante, es necesario verificar si cumple los requisitos esenciales del tipo penal. En este sentido, una acción se convierte en delito si viola el ordenamiento intolerable para la comunidad. Ello se logra seleccionando estas conductas mediante los tipos penales a los cuales se les aplica una sanción penal, pero como bien sabemos, esta adecuación de la acción no puede realizarse de una manera general, pues imposibilitaría conocer con mediano grado de certeza, tanto para el ciudadano como para el juez, cuál es la conducta prohibida. Es por ello que la conducta debe ser descripta en forma materialmente objetiva, de un modo exhaustivo, teniendo en cuenta la materia de prohibición.

Ahora bien, “es claro que la prohibición que el derecho penal recepciona del ordenamiento jurídico general es una prohibición de determinado ataque a determinado bien jurídico, y, como tal en el tipo penal confluyen valorizaciones de modo de conducta (ataque), la desvalorización de resultado (menoscabo del bien jurídico) que él singulariza en función de la pena”²³.

El tipo penal debe contar dentro de su estructura interna con los elementos descriptivos que señalen la conducta punible, el bien jurídico protegido y la relación causal de la acción desarrollada. Así, el tipo doloso activo debe ser analizado desde una estructura objetiva y subjetiva; la primera de ellas a través de la producción del hecho típico causal, como la mera realización del hecho naturalístico, sin mayor indagación en la conducta del agente, que permita verificar si esta se encuentra subsumida normativamente por el tipo penal.

De esta manera, el tipo objetivo resulta ser el centro material del delito donde se efectúa la objetivación de la voluntad, que se ve cristalizada en un hecho, que, en palabras de Welzel, “no es de ningún modo algo ‘externo’ puramente objetivo, que estuviera libre de momentos subjetivos anímicos”²⁴, ya que el accionar doloso requiere una voluntad de cambiar el mundo exterior. En este lineamiento, Zaffaroni, Aliaga y Slokar, en su desarrollo sobre el nexo de causación, también expresan “como la tipicidad sistemática y la conglobante que son

²² BARBERÁ DE RISSO, María Cristina. “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, N.º 5, 2002, p. 102.

²³ CREUS, Carlos, *op. cit.*, p. 183.

²⁴ WELZEL, Hans. *op. cit.*, p. 76.

componentes del tipo objetivo, no son independientes, no deja de ser cierto que la causalidad tiene cierta función imputativa, pero es primaria y grosera”²⁵.

Asimismo, es posible clasificar a la agravante como un tipo penal especial de acción o comisivo, el cual presenta la exigencia de un resultado lesivo con la concreción de un peligro o riesgo concreto al bien jurídico tutelado. Pero para que ello ocurra es necesario verificar la existencia de relación de causalidad entre la acción y el resultado, pues si ello no acontece, el tipo objetivo no se perfecciona. Así también se puede clasificar como un tipo penal derivado, en razón de que se halla en relación con otros tipos penales básicos (que describen los elementos que configuran la acción típica que motivó la norma penal), al que se le suman “circunstancias referidas al autor, modos de acción, a los medios empleados, etc., que convierten al ataque más peligroso o más reprochable”²⁶.

Este entendimiento deviene en que si bien la agravante general se halla inserta en la Parte General del CP, para posibilitar su aplicación es imprescindible que pueda ser incluida en un tipo penal preexistente (básico). Es por ello que la agravante no solo presenta extensión en los delitos previstos en el CP, sino que también sistemáticamente debe integrarse a los tipos penales y al agravamiento de las penas de las leyes complementarias, en atención a lo establecido en el art. 4 del CP que precisa: “Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”²⁷.

Es indudable que por su ubicación sistemática, en la Parte General del CP, la agravante opera como tipo objetivo que se extiende o derrama a los tipos penales descritos en la Parte Especial del CP en donde no se hubiere contemplado el empleo de armas de fuego, con violencia o intimidación contra las personas, debido al mayor contenido de injusto, que acarrea el empleo de un arma de fuego. De lo expuesto surge que de no concurrir la acción típica con los elementos de la agravante, debe producirse un reenvío al tipo básico.

Así también se puede clasificar a la agravante estudiada como un tipo penal “*sui generis*” en cuanto alcanza tipos penales simples (tutelan un solo bien jurídico) o compuestos (protegen a más de un bien jurídico), ya que puede existir una coincidencia entre bien jurídico protegido por la agravante y el tipo penal infringido (como por ejemplo, homicidio o lesiones), como la falta de coincidencia entre el bien protegido por la agravante y el infringido por el autor (como por

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2.^a edición, 7.^a reimpresión. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2012, p. 363.

²⁶ CREUS, Carlos, *op. cit.*, p. 465.

²⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA – PEN. *Código Penal de la Nación Argentina*. LEY 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Título I, Art. 4º. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

ejemplo, cohecho en donde se viola el correcto funcionamiento de la administración pública y, además, la agravante provoca la vulneración de la integridad física del agente pasivo).

En la agravante que nos ocupa, además se hallan presentes los mecanismos seleccionadores del tipo penal objetivo, que indican el núcleo de la acción, que viene dado por el verbo principal, “cometiera alguno de los delitos previstos en este Código”, y sus circunstancias modales “con violencia o intimidación contra las personas”, los medios seleccionados “mediante el empleo de un arma de fuego”, y que causen un resultado consistente en un peligro concreto al bien jurídico, *generado por la utilización de un arma de fuego* y el cual deberá ser verificado en cada tipo que se incorpore a este agravante general, y que conllevará la aplicación de una pena agravada.

Por otra parte, el tipo objetivo para su consumación exige, entre otros requisitos, que al medio empleado debe adicionarse un plus como la violencia o intimidación contra las personas, en el tipo aplicable. En este aspecto debe tenerse en cuenta que se privilegia tanto la relación causal y el resultado, ubicando a la *violencia* dentro de los delitos materiales, ya que producen un cambio del mundo externo, mientras que a la *intimidación*, como delitos de características formales, ataca a la acción en sí misma, en virtud de que para la consumación del delito no requiere la exteriorización de un cambio material.

El tipo penal resulta de peligro, en razón de la intensidad del ataque al bien jurídico tutelado “en donde si bien no existe un resultado material de lesión sobre el objeto de la acción, sí requiere una efectiva puesta en peligro”²⁸. Esto se denomina peligro concreto, ya que la comisión de un ilícito penal con el empleo de un arma de fuego conlleva un riesgo (vida o integridad física de las personas y otros bienes jurídicos tutelados). Ahora, para la consumación del tipo, se requiere que el objeto de protección se haya encontrado realmente en peligro o ante un riesgo de producción de magnitud significativa, a pesar de no haber sido afectado materialmente, ni generado un cambio del mundo exterior. Pero ello ha sido solo atribuible a la mera casualidad, ajena a la voluntad del autor, en donde no se debe considerar como un caso fortuito o inexplicable “sino como una circunstancia cuya producción no se puede fiar”²⁹, en virtud de que no hay un dominio causal del sujeto creador del peligro.

²⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, citado por DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II B. 2ª edición actualizada y reestructurada. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 448.

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General - TOMO I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. 2.ª edición alemana. Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 406.

Este análisis debe realizarse desde una perspectiva “*ex ante*” a partir de incluir todos los elementos conocidos “*ex post*”, de manera tal que el “delito queda consumado cuando se ha producido realmente el peligro al bien jurídico”³⁰. Por su parte, Rodríguez Montañez señala que:

El concepto de peligro concreto en cuanto al resultado típico de los delitos de peligro concreto requiere en primer lugar, una constatación *ex post*, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, que es lo que permite diferenciar a los delitos de peligro concreto de los de peligro abstracto (caracterizados por la peligrosidad o aptitud lesiva general de la acción)³¹.

En este sentido, Roxin ha expresado:

(...) en los delitos de peligro concreto son delito de resultado; es decir que se distinguen de los delitos de lesión acabados al tratar en lo esencial no por los criterios de imputación divergente, sino porque en lugar de un resultado lesivo típico correspondiente: por lo tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto “peligro de resultado”, en el sentido de un riesgo de lesión adecuado no permitido³².

Muñoz Conde y García Arán conceptualizan el delito de peligro como un elemento normativo del tipo, en virtud de que debe realizarse un juicio de probabilidad, en cuanto a si una acción puede afectar a un bien jurídico a pesar de no producir una lesión sobre este. Este juicio debe efectuarse “*ex ante*” de que se exprese la acción peligrosa, y en este sentido estos autores señalan:

(...) situándose el juzgador en el momento que se realiza la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que se produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y que conozca además, las leyes de la naturaleza y las reglas de la experiencia por lo que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancia puede producir la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico) (...), siempre que se suponga la creación de un riesgo no permitido o el incremento ilícito de uno

³⁰ CERESO MIR, José. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. BdeF, 2008, p. 473.

³¹ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *op. cit.*, p. 393.

³² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General - TOMO I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. 2.^a edición alemana. Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 406.

permitido (...), si una vez hechas todas estas comprobaciones se deduce que no hubo peligro, el hecho dejará de ser antijurídico, porque la antijuricidad material exige, por lo menos, la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal³³.

Para los autores mencionados, el conocimiento del peligro y la realización o no del peligro sería una actividad exclusiva del juez, pareciendo no importar el conocimiento real con que contaba el autor al momento de la acción. En tanto que Bacigalupo refiere que la realización del tipo objetivo en los delitos de peligro (concreto) requiere la comprobación de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico, o aumentado el peligro corrido por este. Y en este sentido señala:

El peligro corrido por el bien jurídico como consecuencia de la ejecución de la acción es un estado que debe ser verificado expresamente por el juez. El momento en que debe hacerse el juicio sobre el peligro es aquel que el autor ha obrado (juicio ex ante). En tal juicio deben tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas por el autor (toda vez que si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, no hubo riesgo, pues los conocimientos ex post de todas las circunstancias demuestra en estos casos que el bien jurídico no corrió peligro³⁴.

Aquí Bacigalupo adiciona un elemento subjetivo trascendente, consistente en que la acción peligrosa debe ser analizada por el juez mediante los conocimientos que contaba el autor al momento de la acción, y no a través de su propio juicio del peligro de la acción peligrosa; ahora, ello trae aparejado otro problema, que consiste en determinar hasta qué punto la falta de conocimiento del autor no debe ser atribuida a una acción debida para este (a los efectos de salvaguardar el bien jurídico), en razón de que resulta evidente que este juicio no debe ser dejado de lado por el juez, pues existiría un mínimo de conocimiento del riesgo que sería exigible al autor, ya que la mera argumentación del desconocimiento del riesgo parecería no ser un suficiente para librarse de la imputación. Por otro lado, resulta contradictoria, en los delitos de peligro, en donde no existe lesión, sino un peligro de lesión, la exigencia de un resultado lesivo para verificar la concreción del riesgo, que eliminaría el delito de peligro, ya que se trasformaría en un delito de resultado.

³³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN , citados por DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II B. 2ª edición actualizada y reestructurada. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 439.

³⁴ BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 313.

En este tópico, Durán y Poggi entienden que:

El análisis esbozado nos lleva a ultimar que la norma del art. 41 bis del CP vino a incorporar en la Parte General del CP, un nuevo elemento objetivo y normativo del tipo, como extensión de dicho tipo y de la pena, cuya aplicación no constituye una doble agravante, toda vez que resulta una modalidad específica de la agravante genérico "arma", en una relación de progresividad de género a especie³⁵.

En cuanto a la agravante en particular, se descarta que pueda abarcar a los delitos de *perigo abstracto*, en virtud de que el bien jurídico protegido no se encuentra con un resultado rayano a la certeza, dado que en estos tipos penales "se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico, el peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido el peligro del bien jurídico protegido"³⁶. Los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque intentan salvaguardar la producción de acciones peligrosas que puedan afectar probabilísticamente bienes jurídicos, en las cuales "el legislador considera que la acción en sí constituye ya un peligro, aunque no se acredite que se haya corrido efectivamente"³⁷, como por ejemplo, en tenencia de arma de fuego o en conducir vehículos bajo la influencia del alcohol.

1.4.2. Juicio de valor del tipo

Coincidiendo con Donna, dentro del análisis del tipo no se puede dejar de lado que:

(...) cuando el legislador tipifica una conducta, y se ve en la obligación de una enumeración de los elementos que la componen, está realizando aunque sea de manera implícita, un juicio de valoración sobre esos elementos. De todas formas, la doctrina ha distinguido entre los elementos descriptivos y normativos del tipo. Los elementos descriptivos son aquellos que se refieren a seres, objetos o actos que pueden ser percibidos por los sentidos, sin necesidad de una valoración especial (...). En cambio los normativos son aquellos que no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, sino que suponen una valoración especial, que puede ser de tipo jurídico, social o cultural³⁸.

³⁵ DURÁN, Roberto A. y POGGI, María F., *op. cit.*

³⁶ BELING, Ernst, citado por DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II B. 2ª edición actualizada y reestructurada. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 395.

³⁷ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. 6.º edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, p. 163.

³⁸ DONNA, Edgardo A., *op. cit.*, p. 407.

En cuanto a los elementos descriptivos, Creus entiende que constituyen los componentes de la acción que:

(...) el observador puede llegar a conocer por medio de la constatación de su existencia. Entre ellos encontramos los que se han denominado el núcleo de la acción constituido por el verbo principal que expresa o indica la conducta (matar, apoderarse, acceder carnalmente, etc.), y sus circunstancias (...) bajo una formulación casuística (...), que pueden referirse al lugar de la acción, al modo, a los medios o al tiempo³⁹.

En tanto que para Roxin, esta separación ha tenido gran importancia en la Parte General para la delimitación entre *tipo* y *antijuricidad*; como así también para el desarrollo del tipo como tipo del injusto y el tratamiento de la teoría del dolo porque requiere una percepción sensorial, mientras que los normativos demandan una comprensión espiritual con una valoración jurídica, que permitiría distinguir entre el error de tipo y el de prohibición. Ahora bien, esta separación de los elementos descriptivos y normativos son, en realidad, una mezcla de estos elementos, "ya que apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos, como sustraer o edificio, en los casos dudosos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y por lo tanto conforme a criterios normativos"⁴⁰.

Asimismo, Zaffaroni, Alagia y Slokar entienden que el tipo penal requiere una valoración técnica jurídica, con el objeto de subsumir si una conducta resulta prohibida, lo que indudablemente inviste un juicio valorativo. Es por este motivo que presenta una nueva conceptualización de los elementos del tipo, la cual los divide en: a) juicios interpretables y b) remisiones interpretativas de comportamiento. En los primeros se emplea un lenguaje común cognoscible, científico o jurídico ("mujer", "estupefaciente" o "funcionario"), los cuales fueron identificados tradicionalmente como *descriptivos*, los que, sin embargo, requieren una "precisión jurídica" para delimitarlos. Mientras que a veces existen tipos con elementos que no resultan interpretables, "pues remiten a otros órdenes valorativos que obligan al juzgador a realizar o aceptar un juicio sobre el comportamiento" (mujer honesta-estupro), que a su criterio "son estos los verdaderos elementos valorativos o normativos, aunque para mayor claridad es preferible llamarlos remisiones valorativas del comportamiento"⁴¹. Es en estas valoraciones del tipo

³⁹ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires, 6.º edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, p.184.

⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General - TOMO I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. 2.ª edición alemana. Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 306.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 344.

donde debe realizarse un gran esfuerzo para reducir el poder punitivo, mediante el mayor contenido de elementos interpretables o descriptivos, que eviten la realización de este juicio del comportamiento.

Como se advierte, el tipo objetivo no se encuentra bajo consideraciones claramente descriptivas o normativas, en razón de que para que se configure el tipo penal no solo exige la comprobación de los elementos descriptivos, sino que debe efectuarse una valorización de cada uno de estos elementos, en virtud de que la identificación de un arma de fuego que *a priori* se trataría de un elemento de fácil individualización para la sociedad, para su correcta caracterización será imprescindible recurrir a un elemento normativo de la ley de armas y explosivos, como así también a la Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados en la búsqueda de la definición de arma de fuego. Luego, bajo un segundo nivel de análisis, será necesario efectuar un nuevo juicio sobre la aptitud o ineptitud no solo del arma, sino también de sus cartuchos; posteriormente habrá que valorar si la acción fue realizada mediando violencia o intimidación; para finalmente comprobar si dicha conducta se halla o no prevista en el tipo penal analizado.

1.5. Tipicidad subjetiva

Dentro de los elementos subjetivos, se requiere dolo expresado como “conocimiento y voluntad, pero esta última juega un papel de llevar la acción a cabo (...) la esencia del dolo no puede buscarse solo en el conocimiento sino también en la voluntad”⁴², ya que el perseguir una acción presupone un conocimiento previo de los resultados. En este aspecto, Welzel ha manifestado que “aquello a lo que el autor dirige su intención está más allá del tipo objetivo. De ahí que la intención sea aquí el elemento que le confiere ‘sentido’ a la realización dolosa del tipo”⁴³.

Creus, por su parte, conceptúa el dolo “como la voluntad del autor de realizar la conducta típicamente antijurídica”⁴⁴, merecedora de un reproche penal, con una manifestación de un querer hacer por acción u omisión, la realización de un mandato prohibido por la norma. En tanto que Bacigalupo entiende que:

⁴² DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. 4ª edición actualizada y reestructurada. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, pp.547-548.

⁴³ WELZEL, Hans. *op. cit.*, p. 94.

⁴⁴ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires, 6.º edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, p. 238.

(...) el dolo se caracteriza por los conocimientos del tipo objetivo, es decir de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. Quien conoce el peligro concreto generado por la acción riesgosa para una persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace. Por el contrario, si ignora la creación de este peligro concreto de la realización del tipo objetivo o tiene un error sobre el mismo obrará imprudentemente (...) en el delito activo el elemento volitivo (el querer del autor de hecho que se representa) resulta, en realidad, superfluo, dado que es evidente que quien conoce el peligro concreto generado por acción y actúa es porque, al menos, tiene una clara aptitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado (...) el dolo, por lo tanto, sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad de la realización del tipo⁴⁵.

En cuanto al conocimiento de la creación del peligro, debe ser actual, es decir, en el momento de la realización del hecho; como señala Bacigalupo:

(...) este conocimiento, caracterizado por estar inmediatamente implícito en el contexto de la acción, aunque fuera del foco principal de la atención en el momento de obrar, es suficiente para el dolo respecto a las circunstancias típicas acompañantes del hecho y que operen como agravantes. Para que exista dolo es necesario que el autor conozca de manera actual y efectiva los elementos objetivos del tipo penal correspondiente. Es decir, no es suficiente demostrar que tuvo la posibilidad de conocer o que si hubiese actuado con la prudencia debida hubiera conocido. El dolo supone un conocimiento cierto de los presupuestos objetivos del tipo. Si el autor desconoció algún elemento exigido por el tipo estaremos a lo sumo ante un actuar imprudente, pero no doloso⁴⁶.

Entendemos que la agravante exige dolo directo, ya que "el autor quiere la típica violación del mandato y hacia ella endereza su conducta (quiere el resultado o la actividad con la que consume el delito)"⁴⁷. Es por ello que no es posible la realización de la figura mediando dolo eventual, en virtud de que con la sola extracción de un arma mediando fuerza o intimidación contra las personas, elimina toda posibilidad de que el autor no se haya representado como probable la realización de un resultado o la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

⁴⁵ BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 322.

⁴⁷ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. 6.º edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, pág. 241

Por su parte, Simaz⁴⁸ ha indicado que la agravante posee una doble naturaleza objetiva y subjetiva. Es de naturaleza objetiva porque demanda la utilización de un arma de fuego apta para disparar, y subjetiva porque requiere que el agente realice la conducta típica de la parte especial del CP con el ánimo de valerse de su empleo con violencia o intimidación contra las personas.

El tipo subjetivo necesita el conocimiento del tipo objetivo, con una actuación dolosa que exige siempre "llevarlo a cabo, con el fin de cometer un delito, cuya ejecución se comienza, además del conocimiento de la producción segura o prácticamente segura de la tipicidad"⁴⁹, pero en este caso el fin es plural, ya que requiere la comisión de un ilícito tipificado en el CP, con la agravante de ser cometido con el empleo de un arma de fuego contra una persona.

Esto indica que en el plano subjetivo debe ponerse el foco, en primera instancia, en verificar si la acción va dirigida a la comisión de un tipo penal básico, pero con la adición de un plus mayor caracterizado por un "hacer" o "consumar" el delito con el empleo de arma de fuego con violencia o intimidación contra una persona.

A su vez, se considera que el elemento subjetivo del tipo requiere el uso de un arma de fuego y no la mera portación; en este sentido, Chiappini, al tratar el tema de uso de armas, establece que son necesarios dos elementos:

- a) La mera exhibición del arma ejerce de por sí una fuerza intimidatoria superior a la normal en miras al sometimiento para el abuso sexual o el robo; y b) El uso efectivo y violento del arma merece, sea por la peligrosidad demostrada o el daño causado, una pena mayor a la impuesta por la figura simple⁵⁰.

En tanto que Barberá de Riso considera que:

(...) la circunstancia prevista en el art. 41 bis, además debe quedar comprendido dentro del dolo de los intervinientes (arts. 45,46 y 34 inc. 1 CP) y fuera de las limitaciones establecidas en el art. 47 CP, es decir en el caso de plurales intervinientes a distintos títulos (autor, partícipe), solamente quedarán incurso en la agravante si quienes participan querían cometer el hecho más grave, esto es el delito que exija violencia o intimidación y una u otra o las dos sean cumplidas con el empleo de una arma de fuego⁵¹.

⁴⁸ SIMAZ Alexis L. Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/02/doctrina30358.pdf>, 2006.

⁴⁹ VITALE, Gustavo L. *Dolo Eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013, p. 56.

⁵⁰ CHIAPPINI, Julio. *Robo con revólver usado como arma contundente*. LLC 2015 (agosto), 723. Cita Online: AR/DOC/2397/2015.

⁵¹ BARBERÁ DE RISSO, María Cristina, *op. cit.*, p. 103.

En lo que respecta al tratamiento de la exclusión del dolo, por el error sobre el tipo objetivo, este se excluye cuando el agente activo actuó con un error sobre los elementos descriptivos como normativos del tipo objetivo, ya que presentaba un desconocimiento del peligro que generaba con su acción. Por lo que, en el caso que nos ocupa, un error del delito precedente básico, podría derivar en la eliminación de este, como así también de la eliminación de la agravante del art. 41 bis, pero la acción desplegada quedaría incluida en aquellos delitos que contemplan en la Parte Especial del CP el uso del arma de fuego mediando violencia o intimidación contra las personas.

Asimismo, se debe mencionar que, desde el aspecto subjetivo, en los tipos calificados o privilegiados, dado que no se trata de tipos independientes, el error sobre agravantes y atenuantes no elimina la tipicidad, sino que queda subsistente el tipo básico, por ser la definición genérica de la acción, en el cual, formalmente, estaría incurso tanto objetiva como subjetivamente.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE LA AGRAVANTE

El tipo agravado del art. 41 bis resulta aplicable tanto en los delitos *instantáneos* — aquellos que se consuman con la realización de la acción— como en los *continuados* —donde la ejecución de la acción perdura en el tiempo—. El art. 41 bis requiere que a los tipos penales básicos de la Parte Especial del CP se les adicione, desde el punto de vista objetivo, tres elementos:

1. La existencia de violencia o intimidación contra las personas.
2. El empleo de armas de fuego.
3. Que la agravante no se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito que se trate.

Es entonces lógico pensar que esta agravante conduce inexorablemente a varios interrogantes y a emitir diversas valoraciones de los elementos constitutivos. Como primera aproximación, es posible afirmar que dicha agravante solo puede operar si cada uno de estos elementos se hallan presentes de forma acumulativa, pues el solo empleo de un arma de fuego en sí mismo no configura el delito, sino que exige el acompañamiento de un disvalor de la acción incrementado con la existencia de violencia o intimidación.

2.1. Primer elemento: existencia de violencia o intimidación contra las personas

Baigún, Zaffaroni y Terragini señalan que:

(...) tratándose de delitos que incluyen la violencia o intimidación personal derivadas del uso de arma de fuego. Por violencia debe entenderse la clásica calificación de vis absoluta (violencia física) o vis compulsiva (vis moral), que importa la intimidación como medio persuasivo de atemorización. Aunque no resulta indispensable sobre la propia víctima la violencia o intimidación debe necesariamente ejercerse sobre las personas⁵².

Por otra parte, de acuerdo con Núñez:

(...) la ley admite como formas de violencia la fuerza y la intimidación. La primera es la violencia material, consistente en la energía física ejercida por el sujeto activo

⁵² BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio y TERRAGINI, Marco, *op. cit.*, p. 92.

sobre la persona de la víctima o en su contra, pues aquí también recurre el autor al despliegue de una energía física para vencer con la misma, por su poder material, la resistencia de la víctima (p.ej. amenaza a mano armada o disparo de arma). No se trata de un medio puramente moral. No constituye fuerza sobre o contra la víctima la fuerza sobre las cosas o terceras personas para llegar a ella (...) los resultados lesivos de la fuerza para la persona de la víctima, quedan absorbidos por ella, salvo si constituyen un grave daño en la salud o una consecuencia mayor (...). La intimidación es la violencia moral, porque su instrumento no es despliegue presente de una energía física sobre o en contra de la víctima, sino un anuncio de un mal en una forma que no implica un despliegue de esa especie, que llevaría a la violencia a la categoría de fuerza. La intimidación es una amenaza o promesa directa de un mal por la palabra escrita u oral o acto que lo signifique, y que debe tener la suficiente entidad para causar un temor, miedo, que venza su resistencia⁵³.

Ahora bien, el concepto de “violencia” alcanza toda acción que neutralice, total o parcialmente, la posibilidad de defensa del agente pasivo, lo que lleva a Simaz a afirmar que un hecho de violencia “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”⁵⁴. Asimismo, es necesario señalar que el concepto de violencia establecido en el art. 78 del CP mediante el uso de medios hipnóticos o narcóticos carece de aplicación en esta figura, ya que estos medios serían inidóneos o incompatibles para la producción del tipo objetivo estudiado, pues lo que se requiere es la existencia de una violencia física.

Fontán Balestra, por otra parte, estima necesario “haber utilizado el arma, ya sea blandiéndola o como amenaza; lo que importa es que exista una relación entre el uso de armas como medio violento o intimidatorio”⁵⁵. La acción consiste en actuar con violencia, la cual exige un despliegue de energía física real o simulada, no meramente moral, para vencer la resistencia que pueda ejercer el agente pasivo, pudiendo tratarse de un disparo de arma de fuego o la amenaza a mano armada. También la amenaza con un arma o intimidación denota una alternativa entre dos conductas similares, por lo tanto, la intimidación reside en hacer uso de amenazas para vencer la voluntad del agente pasivo. En este punto, Núñez señala que “la

⁵³ NÚÑEZ, Ricardo C. *Tratado de Derecho Penal Argentino. Parte Especial* Tomo III. Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1977, p. 261.

⁵⁴ SIMAZ Alexis L. *Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/02/doctrina30358.pdf>, 2006.

⁵⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo VI. Buenos Aires, Ed. Lexios Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 401.

amenaza con un arma a una persona para apoderarse de la cosa ajena, no es una simple intimidación, sino que constituye el despliegue de una energía física”⁵⁶.

Para Vitale, el efecto intimidante sobre la víctima estaría dado cuando el arma pueda ser “exhibida en forma intimidatoria y en condiciones concretas de matar o lesionar”⁵⁷. En este aspecto, Penna resalta que mientras se trate de armas propias, parte de la doctrina considera suficiente su utilización meramente amenazante (consistente en blandirla o mostrarla en forma significativa)⁵⁸.

Por su parte, Caballero agrega que la tesis afirmativa (fundada en el mayor poder de intimidación sobre el agente pasivo aunque el arma esté descargada), “se vincularía al mayor poder intimidante del empleo del arma (que estaría presente aun en el caso del arma descargada, simulada o inútil), encontrando su fundamento entonces en la mayor intensidad de afectación al bien jurídico”⁵⁹. Se puede coincidir con esta posición al señalar que el empleo de arma de fuego le otorga al bien jurídico un plus mayor de indefensión, el cual debe ser protegido, en razón de que el tipo básico ya comprende la simple violencia o intimidación. Por lo tanto, el empleo de un arma de fuego, aunque fuera inoperativa para el disparo, deviene una intimidación especializada para el tipo penal general estudiado.

La tesis negativa, entendida como que el delito no se consume cuando un arma se encuentre descargada o inapta para disparos o fuera de juguete, se funda en que el bien jurídico tutelado no ha corrido peligro; esta posición puede considerarse errada si se toma en cuenta que deja de lado la intimidación que el agente pasivo ontológicamente ha sufrido. Sin embargo, Barberá de Risso sigue una opinión contraria a esta línea argumental:

(...) consecuentemente la teoría de la intimidación no consulta el sistema de la ley porque pretende omitir lo que para la ley es un arma de fuego y consecuentemente procura desconocer que sólo si existe posibilidad cierta de destruir “a distancia” bienes jurídicos prevalecientes como la vida y la integridad física, debe entenderse que son armas. En consecuencia esta teoría de la intimidación pasa a ser de riesgo incierto, pues su utilización como arma es impropia, es decir utilizándola para golpear, no para disparar a distancia, genera un riesgo incierto⁶⁰.

⁵⁶ NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*. Tomo III. Buenos Aires, Ed Bibliográfica Omega, 1999, p. 223.

⁵⁷ VITALE, Gustavo L. *op. cit.*, p. 137.

⁵⁸ PENNA, Cristian, *op. cit.*

⁵⁹ CABALLERO, Ricardo J., *op. cit.*, p. 1519.

⁶⁰ BARBERÁ DE RISSO, María Cristina, *op. cit.*, p. 103.

Siguiendo la línea argumental de Caballero, al tratar el tipo de robo agravado, es posible afirmar que la agravante general del art. 41 bis vendría a agregar a los tipos básicos que ya poseen la existencia de violencia o intimidación, una mera diferencia cuantitativa, por el incremento de una mayor intimidación que estaría dado por el uso de un arma de fuego. En tanto que cuando el arma se encuentra operativa para producir disparos, el “fundamento del calificante estriba en el peligro corrido (*pericolo corso*) por el sujeto pasivo del delito, ello puede deducirse con toda lógica de la misma potencia letal o dañosa que encierra, armas propias e impropias. Y lo importante es que con ello encontramos algo más que la ‘vis moral’ que abastecería la objetiva tipicidad”⁶¹.

En este aspecto “la intimidación o violencia derivada del uso de arma debe manifestarse durante la ejecución del delito principal, para ello es menester establecer que el uso del arma debe tener por finalidad la de intimidar o violentar a la víctima en la comisión del delito, por lo que dicha intimidación puede suceder en el *‘iter criminis’*”⁶². La consumación de la violencia o intimidación se produce cuando se configuran o se completan los elementos restantes del tipo penal, pues a modo de ejemplo, si el arma no es empleada mediando violencia o intimidación, no se estaría ante la presencia de esta agravante a pesar de emplear un arma de fuego.

En igual sentido, Simaz ha referido que “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”⁶³.

Por otro lado, el tipo penal, al requerir que el arma sea utilizada mediando *violencia o intimidación*, contempla la alternativa que pueda utilizarse el arma bajo cualquiera de estas dos modalidades en forma individual, conjunta o alternada.

Además, no solo es preciso indagar el aspecto subjetivo del autor para que establezca la configuración típica, sino también es necesario investigar si el *agente pasivo* se ha sentido intimidado por el empleo del arma de fuego. En este sentido, Soler expresa “que el arma es considerada desde el punto de vista del poder intimidante que ejerce sobre la víctima, y, en consecuencia, es robo el hecho cometido mediante el empleo de lo que, para la víctima, era un arma”⁶⁴. Aboso, luego del análisis del fallo Villamayor⁶⁵, concluye que la aplicación de la

⁶¹ CABALLERO, Ricardo J., *op. cit.*

⁶² ABOSO, Gustavo. *El delito de robo agravado por el uso de armas*. Buenos Aires, Hammurabi SRL, 2019, p. 69.

⁶³ SIMAZ Alexis L. Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/02/doctrina30358.pdf>, 2006.

⁶⁴ SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p. 288.

⁶⁵ Scba amplía el concepto 8/7/97 “Villamayor”, expediente N°51.270

agravante con un arma de fuego requiere “que la víctima tenga la convicción frente al instrumento utilizado que esta es un arma (propia o impropia), lo que previsiblemente deteriorará apreciablemente sus defensas espontaneas o predispuestas”⁶⁶, por lo que será imprescindible verificar si la víctima se ha sentido verdaderamente intimidada, para subsumir correctamente al tipo penal, en virtud de que si ella no se ha sentido así, la agravante no se verifica.

En esta línea de análisis se considera que la agravante no posee aplicación si fuera utilizada un arma de fuego simulada, incluidas en el art., 4 inc. 3, Decreto 395/75 Reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos 20.429, tales como un bastón, lapiceras, etc., en atención a que no ha existido sobre el agente pasivo intimidación. Ahora la agravante presentaría aplicación si la víctima conociera que está siendo intimidada o agredida con un arma de fuego simulada.

Aboso, a la hora de identificar el agente pasivo, amplía el concepto al referir que “los destinatarios de la violencia o intimidación por el uso de armas pueden ser el titular del bien jurídico, sus representantes o cualquier persona que intervenga en su curso salvador, es decir, desde funcionarios públicos hasta terceros presentes en el lugar que pueden socorrer a la víctima”⁶⁷. En este aspecto, se adhiere a la posición sostenida por el autor en cuanto que la agravante requiere que el arma de fuego sea empleada contra las personas con una actividad física sobre ellas, ya que “al tratarse de armas propias resulta suficiente su mero empleo amenazante, blandiéndola o exhibiéndola”⁶⁸.

Cabe destacar que, a los fines de evitar polémicas en la interpretación, la propia norma del art. 41 bis habla de violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, recepcionando la teoría de la intimidación a la que adhiere desde 1988 la Corte Suprema de Justicia entendiendo que es el poder intimidatorio que anula la resistencia de la víctima lo que prevé la norma para agravar el robo en relación con el art. 166, inc. 2º del CP (“Sánchez, Juan A. s/ robo en grado de tentativa” , 1988/12/01 -DJ, 1989-1-506- y “Juncal Gómez, Antonio s/ robo”, 1989/12/28)⁶⁹.

En tal sentido, dentro de la tesis subjetiva, hay fallos esclarecedores que apuntalan esta posición. La Sala VII de la C. C. y C. de la Capital Federal en la causa “Díaz Fabián A. y otro” (28/02/91) ha dicho: “El hecho de exhibir ostensiblemente el arma resulta tan significativo como esgrimida a los efectos de lograr la intimidación de la víctima. La presencia del arma, en tales condiciones, representa un argumento tan convincente como el de encañonar con ella. Entre

⁶⁶ ABOSO, Gustavo, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 64.

⁶⁸ PENNA, Cristian, *op cit.*, p. 52.

⁶⁹ IMAHORN, Javier H. El nuevo artículo 41 bis del Código Penal. Un cambio sustancial en el sistema de graduación de la pena. *LA LEY2001-A*, 917.

ambas secuencias media una dimensión tan efímera que sólo la separan décimas de segundos”. En igual sentido, el Tribunal Oral 5 de Capital Federal en la causa “Moreyra Marcelo D. y otro” (12/08/93) dijo: “Se configura la agravante del inc. 2º del art. 166 del CP si para perpetrar el robo se ha exhibido meramente la portación de un arma, toda vez que con tal accionar se ha aumentado el poder intimidatorio del agresor y el peligro concreto en que se coloca a la víctima”⁷⁰.

2.2. Segundo elemento: empleo de arma de fuego

2.2.1. Concepto valorativo de arma

Como se ha señalado, el CP no define el concepto de arma, a pesar de que menciona la palabra “arma” a modo de ejemplo en los artículos 97, 98, 104 (*in fine*: “agresión con toda arma”), 119, inc. d, 144 *quater* inc. 4 (“armas de todo tipo”), y 166, inc. 2, primer párrafo. El último párrafo del art. 166, en tanto, atenúa la pena si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, circunstancia que ha dado lugar a construcciones doctrinales y jurisprudenciales controversiales.

Es por ello que es preciso establecer un concepto normativo y valorativo del término “arma” y “arma de fuego”. La Real Academia Española la define, en su 1.ª acepción, como “Instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse”⁷¹, y además define “arma de fuego” como “arma en que el disparo se produce empleando pólvora u otro explosivo”⁷². En líneas generales, el concepto de “arma” se encuentra asociado a todo aquello que aumente el poder de la mano para la ofensa o defensa.

Ahora bien, para un mejor estudio de las armas es posible clasificarlas en *propias* o *impropias*. Las primeras son aquellas que fueron fabricadas para ser utilizadas específicamente como armas para el ataque o la defensa, como revólver, pistolas, escopetas, cuchillos acanalados, espadas, navajas, dagas, entre otras, cuyo uso puede estar prohibido o no por la ley. En este sentido, Marín crea una segunda categoría de las armas propias, que denominó

⁷⁰ Fallo citado por FIGARI, Rubén E. El uso de armas de fuego en la figura del Art. 166, inc. 2º del Código Penal. *Rubén Figari. Derecho penal* [blog]. 22/04/2013. <http://www.rubenfigari.com.ar/el-uso-de-armas-de-fuego-en-la-figura-del-art-166-inc-2o-del-codigo-penal/>.

⁷¹ Diccionario de la Lengua Española. *Arma* (actualización 2020). <https://dle.rae.es/arma>.

⁷² *Ibidem*.

“armas mixtas por su creación”⁷³, refiriéndose a aquellas que fueron creadas con la finalidad de ser empleadas como armas, pero también pueden cumplir otra función, como por ejemplo, bastones, lapiceras, etc., que fueron identificadas por el decreto reglamentario 395/75 de la Ley Nacional 20.429 de la Armas y Explosivos, como “armas simuladas” de uso prohibido.

Existe cierto consenso general en sostener que este tipo penal del art. 41 bis comprende a las “armas propias” definidas como todo aquel objeto destinado para la defensa o para ofender, esto es, fabricado *ex profeso* con tales fines. Sayago, sostiene que:

(...) son tanto los instrumentos destinados a la defensa o ataque, como cualquier otro objeto que, por su forma de empleo, pueda servir a tales fines, siendo la característica que singulariza a ambas especies la de aumentar la capacidad ofensiva o defensiva de quien la utiliza⁷⁴ (...) su estructura y funcionamiento han sido pensados con la finalidad de servir para potenciar las posibilidades ofensivas o defensivas de quien las utiliza, ya sea accionándolas (disparándolas), empleándolas en sus funciones específicas (hiriendo o golpeando) o aprovechando el poder intimidante cuando se las esgrime e incluso se las exhibe de manera ostentosa e insinuante⁷⁵.

Exceptuando las armas de fuego, quedarían expresamente comprendidas aquí las que arrojan proyectiles por medios mecánicos (un arco, catapulta, honda, ballesta, etc., con su correspondiente proyectil: piedra, flecha) o por impulso del hombre (granada arrojada con la mano). A ellas hay que adunar el uso de torpedos, bombas, rifles o pistolas de aire comprimido que se accionan de un modo distinto que por deflagración de la pólvora. También, dentro de las armas de lanzamiento, las que disparan proyectiles autopropulsados, munición química o munición explosiva, incluidos los lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros⁷⁶, conforme el art. 3 inc. b del decreto 395/75. Asimismo, se adicionan las armas blancas, como cuchillos, navajas, estiletes, cortaplumas, puñales, estoques, etc. Por último, debe adherirse en esta categoría a los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos (gas pimienta, por ejemplo) y a las armas electrónicas (art. art. 5 ap. 3º y 4º del decreto 395/75).

⁷³ MARÍN, Jorge L. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2.ª edición actualizada. Buenos Aires, Hammurabi S.R.L., 2008, p. 413.

⁷⁴ SAYAGO, Marcelo J. *Nuevo régimen legal del robo con armas*. Ley 25.882, Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, p. 36.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁷⁶ Véase el Art. 1.1. del Protocolo II de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que no contiene esta limitación.

Por otra parte, las armas *impropias* son aquellas que no han sido fabricadas expresamente con el fin de poseer un poder ofensivo o defensivo, pero pueden ser utilizadas idóneamente como un arma, en razón de contar con un mayor poder lesivo o vulnerante sobre el cuerpo o la salud, como por ejemplo, tijeras, garrotes, destornillador, combustibles, etc. Donna clasifica a las *armas impropias* de la siguiente manera:

- a. Equiparables a las propias:
 - a.1. Poseen punta y filo: cuchillos, machetes, dagas, etc.
- b. Impropias propiamente dichas :
 - b.1. Contundentes: garrotes, palos, ladrillos.
 - b.2. Filo y punta: guadañas, disco de arado, rastrillos, etc.
 - b.3. Sustancias inflamables, corrosivas, soluciones ácidas o alcalinas.⁷⁷

En tanto, Creus clasifica a las armas en “propias, como las impropias equiparables a las propias y las verdaderamente impropias que por sus características serían ciertas herramientas de punta y filo (guadañas horquillas, azadas) o los objetos de gran poder contundente (bastones, ferradas, garrotes, etc.)”⁷⁸.

Así también resulta relevante establecer el carácter de arma propia o impropia a la hora de definir cómo ha sido empleada por el agente activo; en este sentido, Marín define que el “arma puede ser propia o impropia por su modo especial de uso (por ejemplo, una réplica de arma de fuego utilizada como elemento contundente es impropia, un rifle utilizado de ese mismo modo y no con función específica, también es impropio”⁷⁹.

En este aspecto resulta esclarecedor el voto del juez Dr. Antonio Carlos Vivanco, en el precedente dictado por la SCJBA en el fallo Troncoso, Gustavo Ariel, al indicar que:

(...) desde el punto de vista ontológico el arma es un objeto físico, de una estructura determinada (forma y materia) y de índole instrumental, apta para una función específica, que exige un manejo adecuado y que se emplea con un fin pretérito (matar o herir). Es factible matar o herir con un objeto que no sea un arma, pero con ello se pone de manifiesto el error de confundir el “ente” en sí mismo (arma), con la “función” que se le hace desempeñar. El arma es un objeto físico, de material preferentemente metálico (hierro, acero, etc.) y de estructura adecuada, que presenta modalidades distintas para su manejo, como instrumento apto (función),

⁷⁷ DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. 4ª edición actualizada y reestructurada. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 398.

⁷⁸ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. 6.º edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, p. 465.

⁷⁹ MARÍN, Jorge L., *op. cit.*, p. 411.

para matar o herir (finalidad). La función se cumple con medios disímiles, ya sea mediante un proyectil, bala, cartucho (armas de fuego), y de muy variados tipos (revólver, pistola, rifle, escopeta, metralleta, etc.) o de filo y punta (espada o de punta (estoque), o de contrafilo y punto (sable o facón). La “finalidad” se vincula con la “intención” del sujeto de ahí que objetos de la más diversa índoles sirvan para realizar la misma función cuando se pretende lograr el mismo fin; pero ello no supone que se trate de un arma sino que se emplee como si lo fuere⁸⁰.

En lo que respecta a la agravante del art. 41 bis requiere una interpretación de arma de fuego de forma restrictiva, por lo que solo se toma en cuenta las armas propias, quedando fuera del tipo penal y de todo análisis las armas impropias y/o equiparables a las propias. En este aspecto Durán y Poggi han señalado que:

(...) el concepto de arma de fuego debe ser entendido en forma absolutamente restrictiva, toda vez que el tipo penal alude a “arma de fuego”, y aquí se deben recordar los fundamentos del proyecto de ley, cuando hace referencia a artefactos contruidos específicamente a servir a dicha función. (...) Más tarde agregan que el elemento esencial a tales fines, todo objeto construido con la finalidad de cumplir la función de un arma de fuego, o sea, tener una proyección ígnea (ejemplo el lanzallamas), o en su defecto, un artefacto capaz de dirigir proyectiles animados por la deflagración o combustión de pólvora, lo que implica una expansión de gases, y el consecuente disparo⁸¹.

En este punto se adopta una posición contraria en lo que respecta a la inclusión del lanzallamas dentro del tipo penal, en atención a que si bien resulta un arma propia (que lanza combustible líquido o gaseoso inflamado), no cumple el requisito normativo exigido por el tipo penal, que requiere el lanzamiento de proyectiles, por efecto de la deflagración de los gases de la pólvora o explosivo, y no de otro combustible (definición de arma de fuego Decreto 395/75). En este sentido, se entiende que se ven incluidas dentro de la norma, las armas de fuego *simuladas* que fueran denominadas por Marín como “armas mixtas por su creación”⁸², ya que fueron producidas *ex profeso* con el fin de lanzar proyectiles propulsados por la deflagración de los gases de la pólvora, razón por la cual se deben ubicar dentro del concepto de arma propia,

⁸⁰ Sistema Argentino de Información Jurídica – SAIJ. Troncoso, Gustavo Ariel s/ Amenazas agravadas. SENTENCIA, 10 de Diciembre de 1991. <http://www.saij.gob.ar/suprema-corte-justicia-local-buenos-aires-troncoso-gustavo-ariel-amenazas-agravadas-fa91011673-1991-12-10/123456789-376-1101-9ots-eupmocsollaf?>

⁸¹ DURÁN, Roberto A. y POGGI, María F., *op. cit.*

⁸² MARÍN, Jorge L., *op. cit.*, p. 413.

en atención a que al igual que un arma de manufactura lícita, poseen igual capacidad ofensiva y lesiva que cualquier otra arma de fuego.

A modo de ejemplo, se encuentran en este grupo las lapiceras, bastones (que por lo general lanzan proyectiles calibre 22 o de bajo calibre, en razón de que debido a su reducido tamaño facilitan su ocultamiento) o las denominadas dentro de la jerga delincencial como “tumberas”, que resultan escopetas de fabricación casera, de diferentes calibres (construidas a partir de dos caños de metal en las cuales se introduce un cartucho de escopeta), siendo estas armas consideradas por la Ley de Armas y Explosivos como armas de guerra de uso prohibido (art. 4, inc. 3, apartado c), del Decreto Reglamentario 395/75 de la Ley Nº 20.429).

2.2.2. Concepto normativo de arma de fuego

Al no hallarse definido el concepto de arma de fuego en el CP, en una primera aproximación se puede recurrir al elemento normativo del tipo penal, que se encuentra inserto en la Ley Nº 20.429, Ley Nacional de Armas y Explosivos y su Decreto Reglamentario 395/75, donde en el art. 3, inc. 1, se define arma de fuego como “la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia”⁸³.

En forma general, es posible indicar que existen distintos criterios de clasificación de las armas de fuego, su munición y sistemas de disparo, tomando para ello el criterio de clasificación que se considera más próximo al expresado en el Decreto 395/75, y que es el diseñado por Lossetti, Trezza y Patitó⁸⁴ al que se adicionan algunos contenidos que se estiman como significativos. El primer criterio de clasificación es por tipo de armas:

- *Arma de fuego*: son las que utilizan la energía de los gases producidos por la deflagración de la pólvora para lanzar proyectiles a distancia.
- *Arma de lanzamiento*: son las que lanzan proyectiles autopropulsados, tales como, granada, munición química, explosiva o lanza llama con alcance superior a 3 metros.
- *Armas blancas*: armas que poseen punta, corte o filo.
- *Lanza clavos*: pistolas que funcionan con un mecanismo de seguro por el cual la boca del cañón ampliada debe ser apoyada contra una superficie dura para ser activada.
- *Señales*: disparan proyectiles autopropulsados.

Por su forma de transporte o empleo pueden ser:

⁸³ Ley Nacional 20.429 de Armas y Explosivos y Decreto Reglamentario 395/75. http://www.renar.gov.ar/index_seccion.php?seccion=legislacion_visualizar&ley=12&m=3.

⁸⁴ LOSSETTI, Oscar; TREZZA, Fernando y PATITÓ, José. *Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense*. Buenos Aires, Ed. Quórum, 2003, p. 481

- *Portátiles*: arma de fuego o de lanzamiento que puede ser normalmente transportada y empleada por un hombre sin ayuda animal, mecánica o de otra persona.
- *No portátiles*: arma de fuego o de lanzamiento que no puede normalmente ser transportada y empleada por un hombre sin la ayuda animal, mecánica o de otra persona.

Por su forma de utilización se clasifican en:

- *Arma corta*: arma de fuego portátil diseñada para ser empleada normalmente utilizando una sola mano sin ser apoyada en otra parte del cuerpo. Son de corto alcance, su función principal es defensiva y no ofensiva, para la defensa personal o caza a corta distancia. Hay de dos tipos, en función de si el ánima del cañón presenta estriado o no:
 - Cañones estriados o poligonales:
 - Revólver: armas de fuego de puño que poseen una serie de recámaras en un cilindro o tambor montado coaxialmente con el cañón. Un mecanismo hace girar el tambor de manera tal que las recámaras son alineadas sucesivamente con el ánima del cañón. Según la forma de accionamiento de gatillo, se las clasifica en armas de simple o de doble acción. En las de acción simple es necesario montar el martillo para efectuar cada disparo, mientras que en las de acción doble, se monta solamente al ir oprimiendo el gatillo, hasta que se libera y cae sobre la aguja percutora o directamente sobre el fulminante y produce el disparo. A su vez, pueden ser con martillo a la vista u oculto (*hammerless*), estos últimos funcionan solamente en doble acción.
 - Pistola: tienen la recámara formando parte o alineada permanentemente con el ánima del cañón. Pueden ser de tiro a tiro, de repetición o semiautomáticas; estas últimas, de *acción simple* (montando manualmente el martillo), *doble* (con bala en la recámara; el primer disparo puede producirse con solo oprimir el gatillo —técnicamente; “cola del disparador”— sin necesidad de montar el martillo), hay también modelos que funcionan únicamente en doble acción, por motivos de seguridad, para uso policial o para operaciones especiales.
 - Cañones lisos:

- Pistolones: arma de uno o dos cañones de ánima lisa, que se carga con cartuchos de diversos calibres, lanzando normalmente perdigones.
- *Arma larga*: es el arma de fuego portátil que para su empleo normal requiere estar apoyada en el hombro del tirador y el uso de ambas manos. En esta categoría se ubican los fusiles, las carabinas, las escopetas y los fusiles ametralladora. Los fusiles son armas de fuego de hombro que poseen una recámara que forma parte alineada permanentemente con el ánima del cañón. Posee más alcance y precisión que el arma corta y mejor estabilidad. Su uso es inminentemente ofensivo. Pueden ser con sistemas de: tiro a tiro, de repetición, semiautomático y automático. Las carabinas son fusiles cuyo cañón tiene una longitud menor de 560 mm, y los fusiles por encima de dicho valor.

En relación con la clasificación anterior, las armas también se pueden categorizar por el tipo de ánima, definida a partir de que el interior del cañón puede presentar:

- *Estriados*: son altos (macizos) y bajos relieves (campos), con sentido helicoidal que le otorgan estabilidad al proyectil, puede poseer un giro a la izquierda (levógiro) o a hacia derecha (dextrógiro). Es empleada en pistolas, revólveres, fusiles, carabinas y pistolas ametralladoras.
- *Poligonal*: en lugar de poseer un estriado, cuenta con un cañón de aspecto torsionado, que presenta la forma de un polígono de 6 u 8 caras, resulta difícil definir el ancho de los altos y bajos relieves. Estos proyectiles en algunos casos parecen lisos o con “estrías” poco definidas, utilizadas por ejemplo en las Pistolas Glock, *Desert Eagle*, *Hecker & Koch*.
- *Lisa*: carecen de estriados, cuentan con un cañón totalmente liso, es utilizado en escopetas o pistolones. Los proyectiles que lanzan carecen de estabilidad, y poseen un menor alcance.

Continuando con la clasificación de armas por su acción de disparar y sistemas de disparo, en primer lugar, es pertinente aclarar que la acción de disparar es entendida como “hacer funcionar el mecanismo del arma de manera tal que salga el proyectil”⁸⁵. Esta definición simple permite abarcar las distintas formas de accionamiento de las armas de fuego, pues en la práctica no todas las armas funcionan en la forma originaria en que fueron fabricadas, es decir, presionando la cola del disparador, debido esencialmente a problemas mecánicos; pero no obstante ello, pueden encontrarse en condiciones de ser operadas de diversa manera, por ejemplo, una vez que el arma ha sido disparada, el tirador extrae la vaina servida, previa apertura de la recámara, coloca un nuevo cartucho, vuelve a cerrar el arma y retrotraer

⁸⁵ SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p. 202.

nuevamente el martillo (o no, dependiendo del arma), accionando el gatillo o cola del disparador para producir un nuevo disparo. En esta categoría se encuentran:

- *Arma de repetición:* la carga y descarga de la recámara se efectúa mecánicamente por acción del tirador, estando acumulados los cartuchos en el almacén cargador. El revólver y algunas carabinas, fusiles y escopetas, así como las pistolas de tiro al blanco son armas de repetición.
- *Arma semiautomática:* el primer cartucho debe ser alojado en la recámara de forma mecánica, mientras que, paralelamente a ello, también monta el martillo o percutor; salvo que se trate de un arma de doble acción, en cuyo caso este último no es necesario. Una vez producido el primer disparo, solamente es necesario oprimir el disparador para ejecutar cada disparo hasta agotar el cargador, ya que el ciclo de carga y descarga de la recámara se efectúa sin intervención del tirador.
- *Arma automática:* es el arma de fuego con la cual se efectúa más de un disparo en forma continua al mantener oprimido la cola del disparador. Se requiere una operación manual de carga inicial del primer cartucho en la recámara; luego, el arma dispara todo el tiempo mientras el gatillo se mantiene oprimido, hasta agotar el cargador. Son ejemplos la ametralladora pesada, la pistola ametralladora y el fusil ametrallador. Algunas vienen provistas de selectores de fuego, que permiten disparar en forma semiautomática, en ráfagas, o en forma automática, a voluntad del tirador.

Por el tipo de proyectil, las armas se clasifican en:

- *Único:* el proyectil está conformado por una única unidad, que puede ser de plomo desnudo, blindado o semiblandado, con una camisa de latón militar o recubiertos de un baño electrolítico, teflonados, o pintados con diversos colores.
- *Múltiple:* normalmente con postas (bolas esféricas, con un diámetro mayor a 5,5 mm) o perdigones (diámetro menor a 5,5 mm); estos pueden ser de plomo, acero, antimonio o plástico. También, se puede cargar con un cartucho con bala única, o con sal gruesa o talco, etc. Habitualmente son empleados en armas de ánima lisa y pueden tener o no, un estrechamiento (*choke*) situado en el extremo del cañón y destinado a reunir los perdigones a la salida del cañón, aumentando el alcance y precisión del arma.

Según su aplicación, las armas pueden ser:

- *Deportivas*: según lo establecido en el artículo 5° del Decreto 821/96⁸⁶, dentro de la clasificación de armas de uso civil, se consideran armas deportivas a las siguientes:
 - o Pistolones de caza: de uno o dos cañones, de carga tiro a tiro calibres 14,2 mm (28), 14 mm (32) y 12 mm (36).
 - o Carabinas y fusiles de carga tiro a tiro o repetición hasta calibres 5,6 mm (22 pulgadas) inclusive, con excepción de las que empleen munición de mayor potencia o dimensión que la denominada “22 largo rifle” (22 LR).
 - o Escopetas de carga tiro a tiro, cuyos cañones posean una longitud no inferior a los 600 mm.
- *Reglamentarias*: armas de fuego utilizadas oficialmente por la Policía o Ejército para dotar a todo su personal; estas armas generalmente son pistolas semiautomáticas, fusiles de asalto y ametralladoras de propósito general.

Atendiendo a todo lo expuesto será necesario realizar una interpretación dirigida “a descubrir la voluntad de la ley, en función de todo el ordenamiento jurídico, las normas superiores y la cultura, a fin de aplicarla a los casos concreto de la vida real”⁸⁷, por lo que luego de la clasificación efectuada, se retoma el concepto de “arma de fuego” como “la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de la pólvora para lanzar un proyectil a distancia”, advirtiendo así que el elemento básico que la caracteriza es la deflagración de los gases producidos por la pólvora, que impulsen o lancen cualquier tipo de proyectiles (únicos o múltiples), independientemente del material empleado en su diseño (plomo, encamisados, semiencañados, madera, bronce, etc.), pudiendo tratarse de armas de fuego portátiles⁸⁸ como no portátiles⁸⁹, tanto sea de manufactura industrial o casera.

Asimismo, cabe destacar que el referido decreto reglamentario restringe la posesión, tenencia y uso exclusivo a las fuerzas militares y de seguridad de las armas de fuego no portátiles, en tanto que las portátiles se hallan reservadas a las armas de fuego de guerra para

⁸⁶ PODER EJECUTIVO NACIONAL -PEN. *Decreto 821/96. Armas y Explosivos*. 22 de agosto de 1996. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-821-1996-38684/texto>.

⁸⁷ NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3.ª edición. Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1987, p. 88.

⁸⁸ Art. 3, inciso 3: “Arma portátil: Es el arma de fuego o de lanzamiento que puede ser normalmente transportada y empleada por un hombre sin ayuda animal, mecánica o de otra persona. del decreto reglamentario”.

⁸⁹ Art. 3 inciso 3: “Arma no portátil: Es el arma de fuego o de lanzamiento que no puede normalmente ser transportada y empleada por un hombre sin la ayuda animal, mecánica o de otra persona”, Dec. 395/77, Ley 20.429

las fuerzas armadas y de seguridad, como las de uso condicional (excluidas las automáticas), las de uso civil y las de lanzamiento, encontrándose también incluidas las armas y municiones de guerra, normadas en el art. 3 del Decreto 395/75⁹⁰, las que presentan las características propias de las armas de fuego, como las simuladas con el fin de evitar su detección, tales como lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc.⁹¹, en razón de que como quedara expuesto precedentemente, poseen mecanismos de disparo que les permite lanzar proyectiles, luego de ser expulsados por los gases generados por la deflagración de la pólvora.

De lo antedicho surge que el concepto legal requiere cuatro elementos:

- a) El lanzamiento de cualquier proyectil.
- b) Que estos sean exclusivamente proyectados por la propulsión de gases de la pólvora, situación que excluye cualquier otro medio, ya sea físico o químico, de lanzamiento, como por ejemplo, un arco, resorte y/o proyectiles expulsados por gas comprimido, oxígeno y explosivos etc.
- c) Que el arma posea la aptitud para producir disparos, es decir, funcionando *normalmente* todos sus mecanismos de disparo, o bien *anormalmente*, es decir que pueda generar un disparo a pesar de que alguno de sus mecanismos presentan fallas o anomalías, a modo de ejemplo, un revólver puede funcionar a simple acción y no en doble acción o viceversa.
- d) Que el arma se encuentre cargada con al menos un cartucho.

Dicho esto, no se puede dejar de lado que la Convención Interamericana Contra la Fabricación y Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados⁹² define el concepto de “arma fuego”, en el art. 1.3.a), como “cualquier arma que

⁹⁰ Art. 3) ARMAS, MATERIALES Y DISPOSITIVOS DE USO PROHIBIDO: a) Las escopetas de calibre mayor a los establecidos en el inciso 2 apart. c) del artículo 5, cuya longitud de cañón sea inferior a los 380 mm; b) Armas de fuego con silenciadores. c) Armas de fuego o de lanzamiento disimuladas (lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc.). d) Munición de proyectil expansivo (con envoltura metálica sin punta y con núcleo de plomo hueco o deformable), de proyectil con cabeza chata, con deformaciones, ranuras o estrías capaces de producir heridas desgarrantes, en toda otra actividad que no sea la de caza o tiro deportivo. e) Munición incendiaria, con excepción de la específicamente destinada a combatir plagas agrícolas. f) Dispositivos adosables al arma para dirigir el tiro en la oscuridad, tales como miras infrarrojas o análogas. g) Proyectiles envenenados. h) Agresivos químicos de efectos letales. Dec. 395/77, Ley 20.429

⁹¹ Art. 4, inc. 3, apartado c), “Armas de fuego o de lanzamiento disimuladas (lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc.)”, Dec. 395/77, Ley 20.429.

⁹² Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados OEA. Ag/Res. I (XXIV-E/97 fecha 13/11/1997) ratificada por la Ley 25.449 O.08/08/2001.

conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto, excepto las armas antiguas fabricadas antes del siglo XX o sus réplicas”; mientras que en el inciso b) incluye también a “cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas”.

Por otra parte, el Protocolo 55/255⁹³ precisa en su Art 3 inciso a) que se entenderá como arma de fuego:

(...) toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas. Las armas de fuego antiguas y sus réplicas se definirán de conformidad con el derecho interno. En ningún caso, sin embargo, podrán incluir armas de fuego fabricadas después de 1899.

Del análisis normativo de la convención y su protocolo facultativo surgen nuevos elementos relevantes de interpretación del concepto “arma de fuego”, que deben ser integrados con el marco normativo nacional, a saber:

a) En primera instancia, establece que debe posibilitar el lanzamiento de cualquier proyectil (balín, una bala o un proyectil), elementos que resultan equivalente a los referenciados en forma genérica como “ proyectiles”⁹⁴, en el ordenamiento nacional. De ello se desprende que la norma no exige que el arma se encuentre cargada y apta para el disparo, para ser considerada como un “arma de fuego”, sino la mera aptitud para producirlo; en virtud de que la Convención emplea el término potencial “puede” lanzar un proyectil, de manera cierta y efectiva.

En tanto que el Protocolo 55/524, en forma alternativa, utiliza los términos “lance”, y “esté concebida para lanzar ” una bala, vale decir que incluye en la definición de “arma de fuego”, tanto la que es apta para disparo y cargada, como así también la que posea la aptitud funcional para hacerlo. Esta conclusión surge claramente de la finalidad⁹⁵ tanto de la Convención como

⁹³ Protocolo 55/255 Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones. Asamblea General de las Naciones Unidas, 8 de junio de 2001 e incorporado, el 31 mayo 2001, por Ley 26.138 sancionada: agosto 16 de 2006 y promulgada de hecho: septiembre 4 de 2006.

⁹⁴ “Art. 3, inciso 1) Arma de fuego: La que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia” del Decreto Reglamentario 395/77 de la Ley 20.429.

⁹⁵ En el art. 2 del Protocolo indica que: “La finalidad del presente Protocolo es promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir

la de su Protocolo, en prevenir y sancionar el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes, pues si así no lo fuese, solo podría ser sancionado el tráfico de armas cargadas, circunstancia que carecería de toda lógica.

En esta línea directriz y siguiendo a Reinaldi⁹⁶, se considera que debe entenderse como arma de fuego toda aquella que posea la aptitud para el disparo y a que, desde el punto de vista ontológico, sea una arma propia al haber sido diseñada y concebida con la clara finalidad de producir disparos. Sin embargo, Barberá de Risso sostiene una posición contraria al entender que solo tendrá aplicación en el art. 41 bis, cuando un arma de fuego se encuentre operativa y cargada con al menos uno de sus proyectiles⁹⁷.

b) El Protocolo 55/524 establece como “arma de fuego” a las “armas portátiles”, entendidas como “arma de fuego o de lanzamiento que puede ser normalmente transportada y empleada por un hombre sin ayuda animal, mecánica o de otra persona”⁹⁸. Ello permite interpretar que solo pueden ser tenidas en cuenta las armas que únicamente puedan ser utilizadas, por un único hombre, con una o ambas manos (armas cortas)⁹⁹ o el auxilio de alguna parte de su cuerpo (armas largas)¹⁰⁰. Por lo dicho, este punto adquiere relevancia atento a que la referida definición reduce al tipo penal objetivo para el caso de las armas portátiles, en virtud de que es aplicable a las armas cortas (revólver, pistola, pistolón) y largas (carabina, fusil, subfusil, escopetas), para el caso de las armas de guerra que hayan sido dejadas o no de ser utilizadas por la fuerzas armadas o de seguridad, las de uso civil condicional¹⁰¹ y las de uso

y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones”.

⁹⁶ REINALDI, Víctor F. *Delincuencia Armada*. 3ra Edición ampliada y actualizada. Ed. Mediterránea, 2006, p. 65.

⁹⁷ BARBERÁ DE RISSO, María Cristina, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁸ Art. 3 inciso 3 del Decreto Reglamentario 395/77 de la Ley 20.429.

⁹⁹ Art. 3 inciso 5) del Decreto Reglamentario 395/77 de la Ley 20.429.

¹⁰⁰ Art. 3 inciso 6 del Decreto Reglamentario 395/77 de la Ley 20.429

¹⁰¹ “Art. 4 inc. 5) ARMAS DE USO CIVIL CONDICIONAL: Las armas portátiles no pertenecientes a las categorías previstas en los incisos precedentes. Pertenecen también a esta clase las armas de idénticas características a las comprendidas en los incisos 1, segundo párrafo y 2 del presente artículo, cuando carecieran de los escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de las instituciones armadas o la fuerza pública. Asimismo, son de uso civil condicional las armas que, aún poseyendo las marcas mencionadas en el párrafo anterior hubieran dejado de ser de dotación actual por así haberlo declarado el Ministerio de Defensa a propuesta de la institución correspondiente y previo asesoramiento del Registro Nacional de Armas. Este último mantendrá actualizado el listado del material comprendido en la presente categoría”, Decreto Reglamentario 395/77 de la Ley 20.429.

civil¹⁰², mientras que las armas de guerra no portátiles quedan reservadas para las fuerzas armadas como así también para las fuerzas de seguridad.

Como puede advertirse, el elemento normativo del Decreto 395/70 amplía o reduce el tipo penal en función de la portabilidad o no de las armas, pertenencia o no a las Instituciones armadas o de fuerzas de seguridad y por exclusión de todas aquellas que no sean consideradas de guerra (en función del calibre, sistema de disparo, y largo del cañón), para ser apreciadas como de uso civil; pero bajo la condición que todas estas armas tengan como común denominador ser propulsadas por la deflagración de la pólvora. A diferencia de la Convención, que tiene en cuenta las armas definidas en el art. 1.3. "a" entendidas estas como portátiles o no portátiles, mientras tengan la aptitud de disparo para lanzar un proyectil por efecto gases de una explosión y "b" a los explosivos, dispositivos destructivos, lanzacohetes o misiles.

Por otra parte, es importante señalar, a modo ejemplificativo, que si bien el lanzacohetes, el cual posee un cañón, lanza un proyectil y es caracterizado como un arma portátil, queda excluido de la categoría arma de fuego del art. 1.3. "a" de la Convención, en razón de que no lanza proyectiles fruto de la deflagración o explosión de los gases, sino que consta "básicamente de una cabeza de guerra, granada o carga explosiva autopropulsada por un cohete (motor)"¹⁰³, hecho que le quita un rasgo esencial individualizante, para ser tenido en cuenta como un arma de fuego portátil.

Se debe indicar, como bien señala Reinaldi¹⁰⁴, que también integran el concepto de "arma de fuego" los elementos enumerados en el art. 1.3. "b" de la Convención al incluir "cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas". Pero los cuales, según se puede entender, no amplían el tipo penal, porque el Decreto Reglamentario 395/75, en su art. 3, inc. 2), considera las "armas de lanzamiento" como "la que dispara proyectiles autopropulsados,

¹⁰² El artículo del Decreto Reglamentario 395/75 de la Ley 20.4294 indica: "Son armas de guerra todas aquellas que, contempladas en el artículo 1, no se encuentren comprendidas en la enumeración taxativa que de las 'armas de uso civil' se efectúa en el artículo 5 o hubieran sido expresamente excluidas del régimen de la presente reglamentación".

¹⁰³ QUINODÓZ, Fernando D. Sistemas de armas portátiles antitanque: su redefinición como sistema multipropósito en el campo de combate del siglo XXI. *Estudios de Vigilancia y Prospectiva Tecnológica en el Área de Defensa y Seguridad*, 2017, pp. 99-124. <http://www.cefadigital.edu.ar/bitstream/1847939/1621/1/Tec1000%202017%20SISTEMAS%20DE%20ARMAS%20PORTATILES%20ANTITANQUE%20Su%20redefinicion%20como%20sistemas%20multiproposito%20en%20el%20campo%20de%20combate%20del%20sXXI.pdf>, p.101.

¹⁰⁴ REINALDI, Víctor F. *Delincuencia Armada*. 3ra Edición ampliada y actualizada. Ed. Mediterránea, 2006, p.71.

granadas, munición química o munición explosiva. Se incluyen en esta definición los lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros”¹⁰⁵, de la lectura se aclara que en esta última enunciación solo se toma en cuenta la munición explosiva, entendida esta como un conjunto de cartuchos o tiros, que presenta una punta explosiva y no un explosivo en sí mismo. Cabe aclarar que para completar lo normado art. 1.3.”b” de la Convención, es necesario acudir al Decreto Reglamentario 302/83 de la Ley 20.429, referente a pólvoras, explosivos y afines, la cual define a un “explosivo” como “sustancias o mezclas de sustancias que en determinadas condiciones son susceptibles de una súbita liberación de energía mediante transformaciones químicas”, de aquí surge que dentro de la referida disquisición, se encuentra incluido cualquier tipo de explosivo, tanto sea una deflagración como una explosión que permita la propulsión de un proyectil (misil, cohete) o bien la detonación de un objeto (granada, mina, bomba, etc.).

Por otra parte, el ordenamiento nacional introduce dentro de las armas de lanzamiento el “lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros”, elemento este equiparable a una bomba incendiaria en cuanto a sus efectos (ej. Napalm, bombas molotov), pues ambos pueden ser utilizados con gasolina o mezclas de combustibles altamente inflamables, con el objeto de producir un foco ígneo, con la única diferencia que en el caso de lanzallamas exige que el alcance sea superior a tres metros.

c) La exigencia de que el arma “tenga cañón” no fue considerada por la normativa nacional; ello parece un elemento descriptivo significativo, en razón de que cumple con la exigencia de la máxima certeza o taxatividad legal a la hora de definir qué es un arma de fuego, en virtud de que en la práctica forense pueden darse casos en donde si bien el arma es apta para el disparo, el cañón ha sido suprimido, hecho este que le quitaría el rasgo identificativo de arma de fuego.

d) Otro elemento disruptivo de la norma convencional radica en que requiere que los proyectiles sean proyectados “por la acción de un explosivo”, circunstancia que motivó la necesidad de incorporar un “anexo”¹⁰⁶ explicativo que exteriorizó taxativamente qué elementos

¹⁰⁵ Art. 3 inciso 2) Munición: Designación genérica de un conjunto de cartuchos o tiros.

¹⁰⁶ El término “explosivos” no incluye: gases comprimidos; líquidos inflamables; dispositivos activados por explosivos tales como bolsas de aire de seguridad (*air bags*) y extinguidores de incendio; dispositivos activados por propulsores tales como cartuchos para disparar clavos; fuegos artificiales adecuados para usos por parte del público y diseñados principalmente para producir efectos visibles o audibles por combustión, que contienen compuestos pirotécnicos y que no proyectan ni dispersan fragmentos peligrosos como metal, vidrio o plástico quebradizo; fulminante de papel o de plástico para pistolas de juguete; dispositivos propulsores de juguete que consisten en pequeños tubos fabricados de papel o de material compuesto o envases que contienen una pequeña carga de pólvora propulsora de combustión lenta que al funcionar no estallan ni producen una llamarada externa excepto a

quedan excluidos del término “explosivo”. Es importante destacar que dicho término amplía el tipo penal, en razón de que contempla como arma de fuego portátil aquella que se encuentre cargada con un cartucho que contenga en su interior una carga propulsora ya sea de pólvora, como de cualquier otra sustancia explosiva (no excluida en el anexo enunciado).

En este punto es necesario recordar que el elemento normativo nacional exige que los proyectiles deben ser lanzados exclusivamente por los gases provenientes de la “deflagración de la pólvora”; por lo que el texto Convencional amplía e incluye a mezclas, combinaciones o grupos de sustancias o “todos los cuerpos sólidos o líquidos capaces de adquirir, súbitamente, el estado gaseoso con un considerable incremento de su volumen”¹⁰⁷, que se manifiestan mediante “transformaciones, ya sea cambios de estado o reacciones químicas, que constituyen la explosión, siempre que se verifiquen en forma instantánea”¹⁰⁸, y que lleguen a liberar energía mecánica generalmente en forma de calor. Este aspecto hay que tenerlo en cuenta debido a que estas formas de explosión se producen con mayor rapidez en el caso de los detonadores (ej. cebo fulminante) o a menor velocidad para los deflagradores (pólvora negra o sin humo); de allí surge a manera ejemplificativa que una pistola de salón (conocida vulgarmente como “mata gatos”), de carga tiro a tiro, con un cartucho tipo Flobert, carente de pólvora por su diseño, pero que impulsa un proyectil o bala con la sola ignición del fulminante, se hallaría encuadrada dentro de las exigencias del tipo penal del art. 41 bis, cuando con el elemento normativo nacional no podría ser considerada como una arma de fuego por no contener específicamente una carga de pólvora para la propulsión de un proyectil.

En este orden de ideas, tampoco se puede dejar de manifestar que la inclusión del término “explosivo” en el texto de la Convención hizo necesario definirlo en el art. 5 como “toda aquella sustancia o artículo que se hace, se fabrica o se utiliza para producir una explosión, detonación, propulsión o efecto pirotécnico, excepto: a) sustancias y artículos que no son en sí mismos explosivos; b). sustancias y artículos mencionados en el anexo de la presente”¹⁰⁹; circunstancia que no hace más que ratificar las consideraciones antes expuestas en cuanto a

través de la boquilla o escape; y velas de humo, balizas, granadas de humo, señales de humo, luces de bengala, dispositivos para señales manuales y cartuchos de pistola de señales tipo “Very”, diseñadas para producir efectos visibles para fines de señalización que contienen compuestos de humo y cargas no deflagrantes.

¹⁰⁷ CARDINI, F.; CARRARA, A.; CENTURIÓN, D. y otros. *Tratado de Criminalística. Tomo II*. Editorial Policial, Buenos Aires, 1983, p.57.

¹⁰⁸ CARDINI, F.; CARRARA, A.; CENTURIÓN, D. y otros. *Tratado de Criminalística. Tomo II*. Editorial Policial, Buenos Aires, 1983, p.57. *Ibidem*.

¹⁰⁹ Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados OEA (Ag/Res. I (XXIV-E/97 fecha 13/11/1997) (ratificada por la Ley 25.449 BO.14/08/2001).

la ampliación del tipo penal, ya que no solo tiene en consideración la deflagración de la pólvora, sino además cualquier otro detonante fabricado con dicha finalidad.

e) Así también, a través de una pésima redacción, la Convención ha tenido presente la forma de fabricación de un arma de fuego, cuando expresa que se considerará como tal a aquella que “esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar”, al indicar que debe cumplir con el requisito alternativo de ser “concebida”, es decir, ideada, pensada, con la clara finalidad de ser utilizada como arma de fuego y luego materializada con ese claro objetivo. Pero la conjunción “o” para que “pueda transformarse fácilmente” resulta indicativa de que no solo es necesario su materialización, sino que también supone la hipótesis de que pueda ser transformada, vale decir, cambiar de una forma a otra.

De un estudio más detenido se puede vislumbrar que se ha introducido un elemento probatorio extra, en cuanto a que la transformación del arma, al exigir que debe producirse “fácilmente”, para ser considerada como tal, hecho que resulta a todas luces contradictorio, primero con el contenido normativo precedente “esté concebida para lanzar”, pues toda transformación requiere una concepción previa orientada a la fabricación de un arma de fuego y segundo porque demandaría una exigencia probatoria, con el objetivo de determinar si dicho cambio o transformación de un arma es fácil o difícil, en razón de que sí la transformación fuera dificultosa, a pesar de cumplir con todos los requisitos de un arma de fuego, deberíamos excluir su penalidad, consecuencia esta que resultaría incongruente al carecer de sentido o coherencia ya que fue diseñada o concebida para ser empleada como arma de fuego.

Se asume que, por esta razón, el criterio a adoptarse de arma de fuego es el que cumpla con los siguientes requisitos: que sea portátil, posea un cañón, lance cualquier clase de proyectiles o tenga la aptitud para hacerlo, como producto de una explosión de una sustancia que no fuera excluida y de fabricación posterior al año 1899.

Ahora bien, habiendo planteado las exigencias de la normativa nacional y convencional, es posible coincidir con Reinaldi¹¹⁰ en cuanto a que resulta de aplicación la segunda, en consideración a lo establecido en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional¹¹¹, al determinar que los tratados con las organizaciones internacionales, como resulta la Organización de Estados Americanos, tienen jerarquía superior a las leyes, siendo esta la que debe prevalecer luego de ser acogida mediante la promulgación de la Ley 25.449. Además, se debe agregar que la Convención Interamericana no solo presenta una superior jerarquía normativa, sino que

¹¹⁰ REINALDI, Víctor F. *Delincuencia Armada*. 3ra Edición ampliada y actualizada. Ed. Mediterránea, 2006, p. 71.

¹¹¹ Artículo 75 CN Corresponde al Congreso: “inciso “22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

también cuenta con una mayor especialidad, a la hora de describir los elementos constitutivos que conforman un arma de fuego.

Esta opinión no es compartida por Sayago¹¹², quien indica que:

(...) tomando en consideración la expresada letra de ambos cuerpos legislativos y, particularmente, sus respectivas finalidades, según surge del texto y de la exposición de motivos de su dictado. Creemos que lo correcto es dar prioridad a la definición de arma de fuego, que contiene el dec. 395/75, por encima de la que proporciona la Convención Interamericana, por cuanto a través de la ley 20.429/73 y de la reglamentación que en virtud de dicho decreto se establece, el Estado argentino ha fijado el régimen jurídico interno, sobre la adquisición, uso, portación, transmisión a cualquier tipo, etcétera, de armas de fuego y explosivos.

2.2.3. Exclusión de la agravante de toda arma que no sea de fuego

De la interpretación gramatical y normativa de arma de fuego, no quedan dudas acerca de que, de forma residual, quedan excluidos todos aquellos delitos que se cometan con armas que no sean de fuego, siendo este un consenso generalizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Al exceptuar a las armas de fuego se puede afirmar que *no* resultan armas de fuego, la ballesta, el arco y flecha, granadas de mano o lanza granadas, dardos, morteros (que lanzan proyectiles por la fuerza mecánica), pistolas de electrochoque (Taser), rifles o pistolas aire comprimidos (que no requiere la expansión de los gases de la pólvora o explosivo), torpedos, bombas, las que disparan proyectiles autopropulsados, munición química o munición explosiva, incluidos los lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros¹¹³, conforme el art. 3, inc. b, del Decreto 395/75¹¹⁴; se excluyen también las armas blancas, como cuchillos, navajas, estiletes, cortaplumas, puñales, estoques, etc., los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos (gas pimienta, por ejemplo) y también a las armas electrónicas (art. 5 ap. 3º y 4º del Decreto 395/75).

Sin embargo, cualquier objeto que haya sido modificado con el fin de lanzar proyectiles, por efecto de la expansión de los gases se considera que debe ser tratado como arma de fuego, en virtud de cumplir con los requisitos. A modo de ejemplo, si un rifle de aire comprimido fuera modificado para lanzar proyectiles de armas de fuego, deberá ser considerado como tal, y no de aire comprimido.

¹¹² SAYAGO, Marcelo J., *op. cit.*, p. 48.

¹¹³ Véase el art. 1.1. del Protocolo II de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que no contiene esta limitación.

¹¹⁴ Ver D' Alessio (2004:412).

2.3. Tercer elemento objetivo: que la agravante no se encuentre contemplada como elemento o calificante de otro delito

El último párrafo del artículo art. 41 bis del CP, establece: “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”. Esta exclusión es uno de los puntos centrales donde mayor debate se ha suscitado en la jurisprudencia y la doctrina, en atención a que gran parte de ella entiende que su aplicación establecería una doble punición en aquellos delitos, donde se prevea el uso o empleo de “arma”, ya que sería, según explican Zaffaroni, Alagia y Slokar, “una expresión de non bis in ídem el principio por el cual, si una circunstancia está contemplada en el tipo legal, no debe ser tomada en consideración para la cuantificación de la pena, como es el caso de reciente sanción (art. 41 bis, CP), que agrega penas para delitos que se cometan con armas, que nunca será aplicable cuando el uso del arma sea requerimiento objetivo del tipo específico”¹¹⁵.

Creus adiciona que el segundo párrafo “excluye de la agravante aquellos delitos cuyos tipos penales prevén la circunstancia como constitutiva (por ej. disparo de arma de fuego) o calificante”¹¹⁶. Es por esta razón que Laje Naya refiere que “esta agravante genérica de la pena no se aplica, por ejemplo, al disparo de arma de fuego del art. 104, no se aplica al robo cometido con armas. Pero sí es aplicable, por ejemplo en el delito de usurpación de inmuebles pues no se halla previsto que el delito se agrave por el empleo de armas”¹¹⁷.

Barberá de Risso, por su parte, entiende que “funcionará para cualquier delito que no contenga dentro de su estructura típica la circunstancia del empleo de arma de fuego y para penas de carácter temporal sin exceder el máximo de la pena que se trate”¹¹⁸.

El tratamiento de este punto será abordado *a posteriori* mediante una propuesta sistemática integral a las diferentes críticas u objeciones que ha receptado la agravante estudiada.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*

¹¹⁶ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires, 6.º edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, p. 364.

¹¹⁷ LAJE ANAYA, Justo. *Sentencias penales del Tribunal Superior de Justicia*. Colección de Breviarios de Derecho Penal Nº 11, Córdoba, 2010, p. 55.

¹¹⁸ BARBERÁ DE RISSO, María Cristina, *op. cit.*, p. 106.

CAPÍTULO III

SÍNTESIS DE LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA

3.1. Presupuestos de aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 41 bis del CP

Desde la introducción del artículo 41 bis han surgido opiniones contrapuestas en relación con la aplicabilidad del citado artículo, que giran respecto a los siguientes puntos:

- Inconstitucionalidad de la ley por infracción del principio de legalidad y principio de *lex certa*.
- Aplicación de la agravante en el caso de los delitos de homicidio.
- Aplicación de la agravante cuando el tipo contempla el concepto de arma genérico.
- Desbalanceo general del marco punitivo, al generar sanciones penales cuantitativamente superiores, para un menor disvalor del injusto penal.

Es decir que estas argumentaciones implican la presencia de dos posiciones: una que sostiene *la aplicabilidad* de la agravante genérica y otra que se *opone a su aplicabilidad* y pondera su inconstitucionalidad. Ello originó la opinión de Nader¹¹⁹, quien refiere que la reforma se concretó en respuesta de un interés legítimo, pero utilizando una técnica legislativa que generó serios problemas de interpretación.

Por su parte, Simaz¹²⁰ identifica varios puntos conflictivos al momento de la aplicación del presente articulado:

- La incorporación de las agravantes genéricas conlleva un desbalanceo general que provoca una situación injusta al aplicar penas más altas en algunos delitos que en comparación a otros más graves.
- Cuando se trata de un homicidio, si el arma utilizada no es un arma de fuego, produce el mismo efecto, que es la muerte de la persona, pero no se encuentra el tipo agravado.
- Hubiera sido mejor que la agravante sea incorporada a cada tipo penal en donde no se encuentre prevista el uso de un arma de fuego.

¹¹⁹ NADER, Alejandra A., *op. cit.*

¹²⁰ SIMAZ, Alexis L. *Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino.* <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/02/doctrina30358.pdf>. 2006.

Reinaldi¹²¹, a los fines de la correcta aplicación, identificó seis reglas de la agravante genérica:

- *Regla 1:* se exige que el delito cometido sea compatible con el uso de violencia o intimidación con un arma de fuego en contra de las personas. Es decir, no resulta suficiente la portación o tenencia del arma, sino que se requiere su uso efectivo. Entonces, no resulta aplicable para los delitos de estafa (art. 172 del CP) y sí sería aplicable en los casos de delitos de homicidio (art. 79 del CP) y homicidio con motivo u ocasión de robo (art. 165 del CP); los delitos de evasión (art. 280 del CP); los atentados contra la autoridad (art. 237 del CP) y la violación de domicilio (art. 150 del CP). *La excepción* a la regla se encuentra en el segundo párrafo del art. 41 bis del CP en el cual se establece que no resulta aplicable la agravante cuando dentro del tipo se prevea como calificante o elemento constitutivo la utilización violenta o intimidante de un arma de fuego. Entonces no resultaría aplicable en el delito previsto en el art. 104 del CP y tampoco en el delito de robo previsto en el art. 166, inc. 2, párrafo 2 del CP.
- *Regla 2:* el fundamento de la agravante se encuentra en el hecho de que el autor haya utilizado como medio para concretar el delito un arma de fuego, ya que se la considera como un tipo de arma con un alto poder letal o lesivo, que puede causar daño a distancia con solo presionar un gatillo con un dedo. Por lo tanto, sería aplicable la agravante a los delitos de lesiones graves y gravísimas y a los delitos de homicidio y homicidio con motivo u ocasión de robo.
- *Regla 3:* la agravante también es aplicable en los delitos en los cuales se ejerce violencia con el empleo de armas en sentido amplio. Es decir que resulta aplicable a los delitos violentos en donde no se especifique el uso estricto de un arma de fuego como el delito de abuso sexual cometido con armas (art. 119, párrafo 4, inc. d del CP); el atentado y resistencia contra la autoridad con armas (art. 238, inc. 1 del CP) y las amenazas y coacciones (arts. 149 bis y 149 ter, inc. 1 del CP).
- *Regla 4:* se aplica a los delitos dolosos, es decir, los cometidos mediante el empleo intencional de armas de fuego.
- *Regla 5:* la agravante se utiliza en los casos en que el arma de fuego se encuentra operativa. Es decir que para su aplicabilidad es exigible que el arma se encuentre apta para disparar, debe estar cargada y las municiones deben resultar aptas. El hecho de exigir que el arma se encuentre operativa determina que el peligro para la víctima debe ser real. Por lo tanto, no puede aplicarse la agravante en el caso de

¹²¹ REINALDI, Víctor F. *Delincuencia Armada*. 3ra Edición ampliada y actualizada. Ed. Mediterránea, 2006, p.230.

la tenencia o portación, ni el uso del arma de fuego en forma impropia y tampoco es ajustable en el caso de que se usen armas de fuego de juguete o armas descargadas.

- *Regla 6:* la agravante no se aplica en los casos en que la pena prevista exceda el máximo legal de la especie de pena. Así, no resultaría apta en los homicidios calificados cuando la pena prevista para ellos resultare ser la reclusión o prisión perpetua.

Barberá de Riso¹²², a su vez, determina que la agravante genérica del artículo 41 bis:

- Actuará como una regla que crea un tipo delictivo que está en correlación de especialidad, con tipos básicos, genéricos, agravados y atenuados.
- Debe ser empleada un arma de fuego que utilice la energía de los gases producidos por la deflagración de las pólvoras para lanzar proyectiles a distancia, tanto el instrumento como el cartucho o tiro deben encontrarse en condiciones operativas.
- La agravante no aplica cuando el arma es utilizada de manera impropia o cuando no ha existido peligro concreto, por la falta de aptitud para el disparo, ya sea por falta de operatividad del arma o del cartucho.
- Es aplicable en los delitos penales que no incluyan el empleo de armas y los delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas; pero también en aquellos delitos que no esté prevista la intimidación, con un plus mayor de la mera amenaza formal.
- Aplicará en todos los delitos especiales del CP y leyes federales, cuando tal modalidad no esté prevista.
- No aplicará en leyes de faltas o contravenciones, nacionales, provinciales o municipales
- En contraposición, la agravante se excluirá en los delitos no dolosos; en los dolosos que no exijan el empleo de violencia como acometimiento o intimidación contra las personas sin que esta circunstancia típica este presente de modo expreso y en los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el uso de armas de fuego.
- Aplicará en el estado de emoción violenta, homicidio y lesiones en riña, duelo regular (cuando sea seleccionada un arma de fuego) e irregular. Funcionará también en el homicidio preterintencional, en virtud de que el empleo de un arma de fuego crea un riesgo concreto que puede causar la muerte, lo que debería ser reconducido al homicidio previsto en el art. 79 del CP.

¹²² BARBERÁ DE RISSO, María Cristina, *op. cit.*, pp. 99-117.

- Opera también en el homicidio, tentativa de homicidio, en los casos que la ley califica el hecho por el empleo de “armas”, en forma genérica en virtud de que tal noción debe entenderse para el arma blanca, de fuego utilizada impropriamente o no operativa.
- No funcionará en los delitos cuyo máximo de la pena supere el monto de la especie de pena que se trate.

Por su parte, Simaz¹²³ determina que según lo aclarado en el párrafo segundo del articulado (41 bis), “el mismo no resulta aplicable a las figuras que contengan como elementos calificantes al arma, sea o no de fuego. La agravante sería inaplicable a los arts. 97, 104, 119 letra d, 144 cuarto, inc. 4, 149 bis, párr. 1º, 166 inc. 2, 189 bis, párrs. 3º y 4º, 210 bis, letra d, 214, 226, 229 y 231”. Para Valdés¹²⁴, cuando el art. 41 bis indica “algunos de los delitos de este Código”, se refiere a una clase, grupo o familia de infracciones comprendidas en cada capítulo de la Parte Especial del Código; por lo que la “ampliación típica proveniente de la Parte General, solo es compatible con las tipos básicos o simples, pues son los únicos que reúnen el carácter autónomo y rector en relación a los tipos especiales comprendidos en el capítulo de que se trate”.

Finalmente, Sayago considera que:

(...) en definitiva, se concluye en que la regla del art.41 bis del CP genera un tipo delictivo que está en relación de especialidad con varios tipos penales siempre que ellos no incluya el empleo de armas y se trate de delitos dolosos que requieren violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica, quedando excluidos, por ende, 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 armas¹²⁵.

¹²³ SIMAZ, Alexis L. *Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/02/doctrina30358.pdf>.. 2006.

¹²⁴ VALDÉS, Eduardo R. *Análisis de las agravantes genéricas como productos de una legislación de emergencia. (arts. 41 bis y 41 quater del C.P.)*. LLC2010 (septiembre), 847.

¹²⁵ SAYAGO, Marcelo J., *op. cit.*, p. 43.

CAPÍTULO IV

CRITERIO SISTEMÁTICO IMPLEMENTADO

A continuación se intentará brindar una sistematización de la aplicación del art. 41 bis, justificada en los principios del derecho penal que permitan crear un ámbito de discusión y solucionar los distintos problemas de la subsunción del hecho a la tipicidad. Todo esto sin dejar de reconocer que tal vez estas diferencias nunca sean zanjadas, en consideración que las distintas posiciones no solo responden a una ubicación dogmática del derecho penal, ideológica y de política criminal, en donde en muchos casos se apartan de la finalidad que el legislador implantó con el dictado de la norma.

También se intentará dar respuesta a las principales discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, que han traído la implementación de este artículo, y se hallan expuestas por diferentes autores.

4.1. Aplicación al tipo penal básico

Sistemáticamente, la agravante general debe incluirse implícitamente en cada uno de los tipos penales dolosos como un inciso más agravante al tipo básico, o dentro de las figuras agravadas si las hubiere, a excepción de que la modalidad delictiva no permita la inclusión de la agravante o bien cuando se incluya el empleo de armas de fuego. Estas excepciones estarían dadas, por ejemplo, en los delitos de estafa (art. 172 C.P.), en razón de que la figura requiere ardid o engaño en el primer caso, o en el robo calificado del art. 166 inc. 2. párrafo segundo donde prevé el uso del arma de fuego.

En este entendimiento, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba expresó:

(...) la regla del art. 41 bis del CP actuará generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que estos 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 típica¹²⁶.

¹²⁶ TSJ, Sala Penal, "Nieto Víctor Hugo /Homicidio-Rec. De Casación, s. 74 del 27/8/03.

4.2. Aplicación de la agravante al homicidio simple, lesiones graves o gravísimas y robo calificado contra las personas

4.2.1. Tesis de inaplicabilidad o tesis negativa

Se ha desarrollado una discusión doctrinaria y jurisprudencial en cuanto a la aplicación de la agravante en el tipo penal básico del *homicidio simple*, en el entendimiento de que se halla implícita la causación del resultado muerte, independientemente del medio seleccionado. Por lo que la utilización de un arma de fuego no implicaría la realización de un daño mayor al bien jurídico tutelado. Asimismo, se argumenta que el empleo de un arma de fuego como medio homicida no indica una mayor peligrosidad del autor del hecho, lo cual no constituye un fundamento para considerar esta circunstancia como agravante a los fines de mensurar la pena concreta para imponer al sujeto. Se dice, además, que el art. 41 bis no es aplicable al delito de homicidio simple porque prevé implícitamente el uso de arma de fuego.

También parte de la jurisprudencia considera que la aplicación de la agravante no debe ser impuesta en forma automática, sino que requeriría un plus cuantitativo de violencia, en la causación de resultado. De ello deviene que no alcanzaría para la aplicación de la agravante el mero disparo de un arma de fuego contra una persona. Así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Entre Ríos cuando expresó:

(...) el mero uso de un arma de fuego no implica un agravamiento de la pena sino que ello es procedente cuando se ejerce una violencia innecesaria, suplementaria y sumatoria a la sancionada por el ilícito lo que implica un examen de caso en particular. De esta manera, el Tribunal establece que la aplicación de la agravante no es automática sino que requiere de un análisis pormenorizado de cada caso particular¹²⁷.

Por su parte, Crespo, en este aspecto, establece que:

(...) existen dos tesis divergentes en torno a la aplicabilidad de la agravante genérica al tipo penal de homicidio, extensible a las lesiones graves y gravísimas: a) la que afirma su aplicabilidad a dicha figura por no estar previsto expresamente el uso de arma de fuego como medio comisivo (tesis del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba); b) la que afirma su inaplicabilidad por encontrarse previsto

¹²⁷ CLARI, Gaspar. M. P.S.A s/ Homicidio-Recurso de casación Fecha:16 /06/2004.

implícitamente dicho uso (tesis del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial Norte de la provincia de Tierra del Fuego)¹²⁸.

En este sentido, es posible indicar como idea sintetizadora de la inaplicabilidad del art. 41 bis, que este se halla fundada en la violación del principio de *ne bis in idem*, ya que afectaría el principio de doble juzgamiento, *por el mismo hecho*, y ello se vería reflejado en el fallo “Vidal Yáñez”¹²⁹, emitido por el Tribunal de Juicio del distrito Judicial Norte de la provincia de Tierra del Fuego el que expresa “que la aplicación del 41 bis al homicidio afectaría el principio *ne bis in idem*” (...) pues “la misma agravante sería valorada dos veces”; se aclara que “es más racional y responde al principio de intervención mínima considerar el uso del arma de fuego al momento de determinar la pena, dentro del art. 41 y no como una agravante genérica”; agregándose, además, que el principio *ne bis in idem* se viola, en ese caso concreto, por la punición de la portación de un revólver calibre 22 por el imputado, lo que indica que el empleo de arma de fuego ya ha sido juzgado¹³⁰.

4.2.2. Tesis de aplicabilidad o tesis positiva

Resulta aplicable la agravante general del art. 41 bis al delito de homicidio simple, en atención a que se trata de un delito doloso que no contempla en su modalidad de ejecución típica el empleo de un arma de fuego. En este sentido, se debe expresar que el homicidio simple puede ejecutarse bajo múltiples modalidades, dentro de las cuales el uso del arma de fuego causa al sujeto pasivo un plus de indefensión en relación con otros medios de comisión, siendo este justamente uno de los motivos que condujeron a la agravación de la pena.

Igual concepción debe adoptarse para las lesiones leves, graves o gravísimas y robo agravado por homicidio, en cuanto que tampoco prevén expresamente el uso de arma de fuego como medio comisivo en sus figuras típicas.

¹²⁸ CRESPO, Álvaro E. “La discutida constitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal y algunas consideraciones sobre la interpretación de las leyes y la razonabilidad de las resoluciones judiciales”, *Revista Derecho Penal Online*, 2009. <http://derechopenalonline.com/la-discutida-constitucionalidad-del-art-41-bis-del-codigo-penal-y-algunas-consideraciones-sobre-la-interpretacion-de-las-leyes-y-la-razonabilidad-de-las-resoluciones-judiciales/>.

¹²⁹ Tribunal de Juicio del distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego, sentencias del 5/11/03 en “Vidal Yáñez” y del 16/6/04 en “Fernández”.

¹³⁰ CRESPO, Álvaro E., *op. cit.*

Así también se puede destacar que resulta particularmente difícil comprender la argumentación por parte de los doctrinarios que se oponen a la aplicación del agravante general para el caso del homicidio simple del art. 79 del CP, al entender que se violaría con ello el principio de *non bis in idem*, cuando el medio utilizado para cometer el hecho fuera un arma de fuego. Esta tesis olvida en forma sistemática que la agravante establecida en el art. 80, inc. 2 impone una pena mucho más gravosa, de prisión o reclusión perpetua, para quien cometiera un homicidio, a través de otro medio, como resulta el “veneno u otro procedimiento insidioso”. En este caso cabe preguntar por qué un medio de ejecución no agrava el principio de *non bis in idem* y otro sí, cuando el resultado muerte es el mismo; ya que en ambos casos la agravante presenta un común denominador que resulta anular o restar posibilidades defensivas del agente pasivo.

Tampoco parece válida la comparación valorativa, en tanto resulta equivalente causar la muerte con bate que con un arma de fuego. Si bien ontológicamente el resultado sería el mismo, el riesgo de ocasionar una lesión o muerte con un proyectil de una arma de fuego sería mucho más elevado que con un objeto contundente, en razón de que el rasgo esencial de un arma de fuego es lanzar proyectiles *a corta, media y larga distancia*; en tanto que el empleo de un elemento contundente a pesar de poder causar un efecto lesivo equivalente no goza de tales características.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la ampliación punitiva, para el caso del homicidio, no llega a las penas establecidas para los delitos agravados del art. 80 del CP, por lo que la escala penal se ubica en un intermedio entre el homicidio simple, que establece una pena divisible de prisión o reclusión, y los calificados, donde la pena aplicable es la de prisión o reclusión perpetua.

Asimismo, resulta incongruente considerar la inaplicabilidad de la agravante al delito de homicidio, cuando fue esta una de las causales que motivaron su incorporación al CP. Esto quedó evidenciado en la exposición de motivos del miembro informante de la Honorable Cámara de Senadores, el senador Agúndez, quien expresó que “evidentemente, para este aumento de penas se han tenido en cuenta las estadísticas. Uno de los delitos fundamentales que se ha tenido en cuenta es el delito mayor, el delito de más disvalor en el Código Penal, relativo al derecho a la vida, ya que su contrapartida es, precisamente, el homicidio”¹³¹.

¹³¹ H. Senado de la Nación. Versión Taquigráfica 2º Reunión - 15º Sesión ordinaria - 9 de agosto de 2000.

En relación con la aplicabilidad del art. 41 bis del CP, respecto de la figura de robo con homicidio (art. 165 del CP), Arocena¹³², al analizar el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba¹³³, manifestó:

Se dijo que es aplicable la disposición del art. 41 bis del CP al delito de homicidio con motivo u ocasión de robo puesto que aquel no configura ninguno de los supuestos de exclusión de la operatividad de esta agravante; por cuanto se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima, y la aludida figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego. El Tribunal Superior enfatizó que debe recordarse que el legislador, al fundar la inclusión de la norma dispuesta en el art. 41 bis, refirió a las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego —sin realizar ningún tipo de distinción legal—. Así se desprende de las palabras del senador Agúndez (miembro informante): “...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(...)”.

Sin perjuicio de estas razones de política criminal —agregó el juzgador—, parece conveniente añadir que el fundamento de la agravante se halla, en relación con este delito, en que el autor se ha valido de un medio como el arma de fuego, de alto poder letal o lesivo, que le brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto. En este sentido, y atendiendo a las particulares razones de la agravante, se especificó que resulta irrelevante que la posibilidad de defensa del agredido y la de riesgos para su agresor se hayan efectivamente debilitado en el caso concreto.

En este sentido, también el Acuerdo Plenario en causa 36.328¹³⁴, generado por Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, determinó que resulta “aplicable la agravante genérica consagrada en el artículo 41 bis del Código Penal a la figura tipificada en el artículo 79 del mismo cuerpo legal”. Entendiendo el Dr. Cansino que:

Un homicidio puede ser cometido de una infinidad de formas y a través de una innumerable cantidad de instrumentos. Entre todos ellos, la ley puede distinguir lícitamente cuáles resultaron más violentos o eficaces y, por ende, más riesgosos

¹³² AROCENA, Gustavo. *Actualidad en Derecho Penal* [síntesis de jurisprudencia]. Publicada en Abeledo Perrot N° 12, Córdoba, 2008.

¹³³ Causa “González, Carlos A.”, del 28/8/2008.

¹³⁴ Acuerdo Plenario Causa N° 36.328 “R., F. A. s/ Recurso de Casación”. Fecha 19/4/2013.

para los titulares de los bienes jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el homicidio que se comete con alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. Cuando se han empleado armas de fuego, habiendo desempeñado estas un papel fundamental en el atentado contra la vida de la víctima, es posible advertir un mayor contenido injusto en términos comparativos y, con ello, una razón legítima para agravar el homicidio. El mayor riesgo derivado de la utilización de armas de fuego, por otra parte, debe medirse ex ante, y no ex post, como se considera en los votos precedentes.

Así también la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en el fallo “Roldan”¹³⁵, a través del voto mayoritario de la Dra. Kogan, expresa: “Entonces, conforme lo dicho hasta ahora, no se observa que el elemento ‘arma de fuego’ se encuentre absorbido por la figura ‘robo con resultado homicidio’. Y prueba de ello es que un robo con resultado homicidio puede ocurrir sin armas de por medio. De ahí que pueda concluirse que ambas figuras son independientes en cuanto sus elementos configurativos, no obstante el modo en el que concurren”. Más tarde agrega; “el art. 41 bis consiste en verdad, en una figura calificante de los tipos penales a los que se integra, modificadora de la escala punitiva respectiva, lo cual conlleva la necesidad de ‘construir’ su relación de especialidad respecto de cada delito con el que se vincula, resolviéndose así que al homicidio cometido mediante la utilización de armas de fuego le es aplicable la agravante del art. 41 bis”, señalado, además, “sí repara en lo sustancial, que es que el elemento arma de fuego no se encuentra relevado en la figura del art. 165, y que no existe una doble valoración de los elementos propios de la figura de homicidio que citara el intermedio para motivar su solución normativa”.

Asimismo, Barberá de Riso¹³⁶ opina con buen criterio que la agravante estudiada no es aplicable en el homicidio preterintencional, considerando que la figura delictual requiere la existencia de dolo orientado a la causación de una lesión en el cuerpo o la salud. Aunque aclara que esa voluntad no debe hallarse dirigida a la producción de la muerte del agente pasivo, siempre y cuando refiere el art. 81 inc. “b” CP, que “el medio empleado no debía razonablemente causar la muerte”. De allí surge la necesidad de analizar la razonabilidad objetiva de letalidad del medio empleado, con el propósito de examinar “*ex ante*” si es capaz por sí mismo de causar la muerte. En tal caso, resulta evidente que el empleo de un arma de

¹³⁵ Causa P. 111.421, Roldán, Jorge Armando —fiscal adjunto del Tribunal de Casación— Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 35.203 seguida a Eiroa, Javier Leandro. Tribunal de Casación Penal, Sala I y acumulada P. 111.887, "Eiroa, Javier Leandro. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 35.203. Tribunal de Casación Penal, Sala I. Fecha 18/06/2014.

¹³⁶ BARBERÁ DE RISSO, María Cristina, *op. cit.*, p. 107.

fuego puede causar el resultado muerte, por lo que, de modo alguno, puede ser incluido el homicidio preterintencional, cuando fuera utilizada un arma de fuego, quedando en consecuencia subsistente la figura del homicidio simple tipificada en el art. 79 del CP.

4.3. Aplicabilidad de la agravante ante la falta de afectación del principio de legalidad y *lex certa*

4.3.1. Afectación del principio de legalidad

Este principio de legalidad halla su fundamento en el art. 18 de la Constitución Nacional, bajo el principio "*nullum crimen sine lege*", en cuanto a la necesidad limitadora de la extensión de la pena; es decir que solo se podrá sancionar con pena a las conductas típicas descriptas mediante una ley cierta, escrita y expresada con la mayor exactitud posible de la acción. De allí deviene que, de acuerdo con Basílico¹³⁷: "el legislador debe confeccionar las normas penales describiendo con claridad y precisión la conducta que revela para prohibirla, en el caso la tipicidad activa, para ordenarla —prohibiendo cualesquiera otras diferentes a ella— en el caso de la tipicidad omisiva".

De ello surge también que resultará inconstitucional cualquier interpretación analógica de conductas no tipificadas. Este principio debe ser estricto y de interpretación restrictiva. Zaffaroni, Alagia y Slokar señalaron que:

(...) la legalidad no es, pues, un problema que en el nivel del tipo pueda agotar al legislador, sino que el derecho penal es el encargado de completarla y traducirla en términos de legalidad estricta, sea mediante una interpretación limitativa de los tipos penales o a través de la inconstitucionalidad de alguno de ellos¹³⁸ (...) la ley penal se expresa en palabras y ésta siempre dejan dudas interpretativas. El derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica, el juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad, sino la legalidad estricta¹³⁹.

Así también el bloque constitucional ha receptado estos principios mediante los pactos internacionales con jerarquía constitucional, establecidos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴⁰, en el art. 9

¹³⁷ BASÍLICO, Ricardo. *Jurisprudencia Penal*. 1 edición. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 31.

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 349.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 106.

¹⁴⁰ Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la

de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴¹, en el art. 11.2 de la Declaración Universal de Humanos¹⁴², y en el art. XXV de las Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴³.

Por su parte, Nader¹⁴⁴ ha señalado que una de las cuestiones que se esgrimen está referida a si el artículo estudiado cumple con el principio de legalidad y la exigencia de *lex certa* de las normas penales, ya que estas deben resultar claras y precisas para que se pueda determinar con certeza las conductas que constituyan delito y la pena aplicable. Así, a través de esta exigencia de certeza o máxima taxatividad, se obliga al legislador a formular la ley penal con el máximo de precisión evitando las cláusulas legales difusas o indeterminadas o aquellas que no puedan reconocerse sin mayor dificultad con la conducta comisiva u omisiva.

Entonces, es posible sintetizar que las opiniones negativas en cuanto a su validez constitucional consideran que toda agravante genérica implica una insuficiente determinación legal del hecho punible por la falta de una ligazón precisa entre agravante y hecho típico. De esta forma, afecta al principio de determinación derivado del principio de legalidad. Con otras palabras, una calificante genérica es incompatible con el principio de legalidad; solo las agravantes específicas para cada delito en particular respetan la exigencia constitucional.

En este sentido, en el fallo "Arce"¹⁴⁵ producido por la Cámara de Acusación de Córdoba, se señaló que "dicha norma, así entendida resulta a su juicio inconstitucional, dado que violatoria del principio de legalidad, en tanto no representa un mandato de *lex certa*, derivado directamente del aquel (CN art. 18, CADH arts. 8.1 y 9, PIDC y P arts. 14.1 y 15.1), en el entendimiento". Así, la calificante genérica no se vincula especialmente con ninguna conducta

comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

¹⁴¹ Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

¹⁴² Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

¹⁴³ Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

¹⁴⁴ NADER, Alejandra A., *op. cit.*

¹⁴⁵ Tribunal: Cámara de Acusación de Córdoba, Fecha: 26/06/2009, Partes: Arce, José Alberto.

típica de la Parte Especial del CP, por lo que no resulta sencillo determinar a qué tipos penales concretos esa agravante es aplicable, más allá de la intención expresa del legislador¹⁴⁶.

Esgrimiendo el mismo principio, Sancinetti aclara que si el juez debe adivinar qué tipos penales se vinculan con el agravante, es porque el artículo no cumple con la exigencia de *lex certa*¹⁴⁷. Es por ello que parte de la doctrina considera que esta agravante debió ser incorporada en cada uno de los artículos de la Parte Especial del CP, al entender que de esa forma se evitarían problemas interpretativos¹⁴⁸. En oposición, Reinaldi argumenta que se cumple la exigencia de *lex certa* en un doble encuadramiento típico: primero debe establecerse la existencia de un delito compatible con una comisión violenta o intimidatoria mediante el empleo de un arma de fuego, y luego la pena aplicable es la escala prevista para el tipo más un tercio en su mínimo y en su máximo¹⁴⁹.

Analizando estos argumentos se puede afirmar que el art. 41 bis cumple con el principio de legalidad, al verificarse que se encuentran presentes los requisitos de ley escrita y estricta, ya que se confirma la conducta típica a través del empleo de un medio comisivo generador de un peligro concreto, bajo ciertas circunstancias modales —violencia o intimidación— surgiendo, además, claramente el bien jurídico protegido y la magnitud de la pena.

Así también se puede disentir con las opiniones que entienden que no es posible incorporar la agravante a los tipos penales de la Parte Especial del CP, al considerar que afectaría el principio de legalidad. El camino para seguir a los fines de respetar dicho principio sería: a) incorporar la agravante al tipo penal básico; y b) verificar que no encuentre interferencia con los elementos del tipo básico (que la figura admita violencia o intimidación contra las personas, que la pena para aplicar no pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda, cuando la conducta típica del delito básico no se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante el empleo de un arma de fuego operativa o apta para el disparo). En este punto es oportuno señalar que la SCJBA ha manifestado en la causa “Pelaitay”, que “la sola circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación con los tipos pertinentes de la Parte Especial no constituye una afectación del principio de legalidad”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Citado por NADER, Alejandra A., *op. cit.*

¹⁴⁷ LEDESMA, Guillermo A. *La Ley.2006-3*, p.891.

¹⁴⁸ SANCINETTI, M. *Casos de Derecho Penal. Parte General*. 3° ed. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 2006.

¹⁴⁹ REINALDI, Víctor F. ¿Es aplicable la agravante genérica del art. 41 bis CP al Delito de Homicidio (art. 79 C.P.) y al Robo Calificado por Homicidio (art. 165 C.P.)? *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*. Año V, N°8, p. 241-254, 2004.

¹⁵⁰ Causa SCBA LP P 127718 S 19/09/2018 Carátula.-Magistrados Votantes: Pettigiani-Genoud-Soria-de Lázzari-KoganTribunal Origen: TC0005LP.

4.3.2. Aplicabilidad del art. 41 bis ante la existencia de *lex certa* por incompatibilidad de los presupuestos del delito de abuso de armas (art. 104 del CP)

Los doctrinarios que sustentan la inaplicabilidad, por la ausencia de la exigencia de la *lex certa*, sustentan que existen dos resultados interpretativos posibles: uno fundado en la interpretación gramatical del art. 41 bis que le otorgaría aplicabilidad, y otro que surge de la interpretación sistemática del art. 104 del CP (abuso de armas de fuego), que posibilita obtener dos resultados hermenéuticos opuestos, el primero con el agravamiento de la pena y el segundo, con la remisión al tipo básico de homicidio o lesiones.

Los sustentos argumentativos se vieron expuestos en los votos mayoritarios en el caso “Arce”, en el cual los vocales Pérez Barberá y Gilardoni expusieron que:

(...) de la interpretación sistemática de los distintos tipos penales, partiendo de la figura de disparo de arma de fuego del art. 104 del CP, se deriva la inaplicabilidad de la agravante genérica del art. 41 bis al homicidio (lo que se hace extensivo a las lesiones graves y gravísimas). Se argumenta que si el delito de disparo implica, obviamente, el uso de arma de fuego, y es subsidiario al homicidio, a las lesiones graves y gravísimas, no puede concluirse sino que estos delitos, en sus tipos básicos, incluyen implícitamente el uso de ese tipo de arma. (...) 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 CP¹⁵¹.

Aquí se considera que el conflicto interpretativo entre las dos tesis expuestas no puede resolverse echando mano del principio *in dubio pro reo*, por lo que la indeterminación de la norma es insalvable y deriva necesariamente en la declaración de su inconstitucionalidad por violación del mandato constitucional de *lex certa*, derivado del principio de legalidad.

Un análisis similar efectúa el voto del juez Sarrabayrouse en el fallo “Fernández”, pero en lugar de declarar la inconstitucionalidad, aplica el principio *in dubio pro reo*, al indicar:

Si nos ubicamos en la cadena del *iter criminis* tendremos los siguientes pasos: si el autor dispara y no lesiona a la víctima, abuso de armas de fuego (art. 104, primer párrafo, CP); si la lesión es leve, también estaremos en presencia de un abuso de armas (art. 104, segundo párrafo, CP); pero si la lesión es grave, gravísima o se produce la muerte, los tipos respectivos subsumen al abuso de armas (arts. 90, 91 o 79, todos del CP). La inconsecuencia no se presupone en el legislador, según reza un antiguo adagio repetido por los formalistas y nuestra Corte Suprema. Entonces, si la agravante no se aplica al abuso de armas de fuego (que es el primer escalón

¹⁵¹ Citado en CRESPO, Álvaro E, *op. cit.*

de la protección de la integridad física de las personas), no puede aplicarse a los posteriores, pues el legislador debió agravar todas las formas de ataque al bien jurídico. De allí que si la agravante no se aplica al abuso de armas de fuego, mal puede pretenderse su aplicación con respecto a los delitos que lo absorben, pues esta situación ya fue contemplada por el legislador. Por lo tanto, si la intención legislativa era agravar los homicidios por el uso de arma, debió emprenderse una reforma integral del capítulo pertinente del CP y derogar la frase contenida en el segundo párrafo del art. 104 (...) siempre que el hecho no importe un delito más grave (...). Al no procederse de tal manera, entendemos que el legislador no quiso agravar esta clase de delitos (lesiones graves, gravísimas y homicidio)¹⁵².

En tanto en el fallo “Arce”, el vocal Salazar, en voto disidente, refiere:

Por un lado, afirma que la postura mayoritaria parte de una premisa falsa: que la subsidiariedad objetiva de la figura del art. 104 del CP funciona sólo respecto de resultados lesivos y mortales (arts. 90, 91 y 79). En cambio, la interpretación sistemática de las normas permite concluir que aquella figura es subsidiaria de todo delito más grave, y no sólo de los que contemplan resultados lesivos o mortales, como cuando se dispara un arma en la ejecución de otro delito formando parte del hecho en una unidad delictiva, v.gr., el robo. (...) Por otro lado, considera que no hay problema interpretativo alguno, desde que hasta una persona sin conocimientos especiales de derecho puede entender, sin dificultad alguna, que utilizar un arma de fuego en la comisión de lesiones graves o gravísimas o de un homicidio tornará el hecho más grave y más severamente castigado¹⁵³.

Es pertinente recordar que el delito de abuso de arma se ubica dentro del CP en los “Delitos contra las personas”, y contiene dos figuras: el disparo de un arma de fuego y la agresión con cualquier otra arma; en este sentido también se ha señalado que:

(...) el código emancipa el disparo de armas de la agresión. Por esta razón el tipo básico no es la agresión, del cual la agresión con disparo de armas sería la figura calificada, sino que se tratan de [sic] dos delitos distintos que solamente se identifican porque en ambos casos se hace un uso abusivo de las armas; en los dos casos hay agresión¹⁵⁴.

¹⁵² Citado en CRESPO, Álvaro E., *op. cit.*

¹⁵³ Citado en FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo VI. Ed. Buenos Aires, Lexios Nexis Abeledo Perrot, 2003.

¹⁵⁴ TERRAGINI, Marco A. *Manual de Derecho Penal Parte General y Parte Especial*. Buenos Aires, Ed La Ley, 2014, p. 483.

Así, para Creus, el delito se agrava o atenúa en función de los agravantes o atenuantes del homicidio¹⁵⁵, mientras que Marín entiende que posee “el fin de castigar conductas más graves como tentativas de homicidio o de otros delitos que no han podido ser debidamente acreditados”¹⁵⁶, o bien se aplica al agente activo una escala penal superior cuando se causare una lesión corporal que prevea una pena menor a la aplicable a este tipo penal. En igual sentido, Terragini ha manifestado que “en el código vigente se creyó conveniente mantener la figura para castigar estos supuestos y teniendo en consideración la gravedad del hecho y la dificultad de prueba en ciertos casos de tentativa de homicidio”¹⁵⁷.

Desde el punto de vista subjetivo, para Soler ha existido confusión en algunos pronunciamientos judiciales, al entender que la conducta típica se halla constituida con independencia de la voluntad del agente activo de disparar un arma de fuego, equívocos que devienen de “confundir la intención con el dolo, por una parte, y, por otra, el dolo propio de la figura de daño y el que corresponde a una figura de peligro”¹⁵⁸. En similar sentido se expresa Núñez cuando indica que el dolo del disparo de arma de fuego es compatible con el asentimiento de las lesiones graves o del homicidio y que solo cede ante la intención directa de lograr “el daño efectivo y la intención de ocasionarlo son elementos extraños al delito”¹⁵⁹.

Aquí se adhiere a la postura de Soler, entendiendo que la figura de abuso de armas agrava la pena del delito de lesiones leves, “por el medio empleado, que eleva considerablemente la escala penal”¹⁶⁰. Esto ocurre en virtud de que la figura básica se encuentra en las lesiones leves, y la calificación se halla inserta en el abuso de armas porque el medio seleccionado indudablemente agrava el injusto penal, ya que la causación de un resultado diverso, como una lesión grave, gravísima o muerte, desplaza este tipo penal.

Para el caso en que el disparo “importe un delito más grave” (art. 104, segundo párrafo), es decir, que provoque una lesión grave o gravísima u homicidio (delitos consumados o tentados), que poseen un pena más elevada que el abuso de armas (3 años), el tipo penal queda desplazado por aquel que presente pena mayor, no concursando con el delito de lesiones u homicidio.

¹⁵⁵ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. 6.º edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, p. 112.

¹⁵⁶ MARÍN, Jorge L., *op. cit.*, p. 163.

¹⁵⁷ TERRAGINI, Marco A. *op. cit.*, p. 483.

¹⁵⁸ SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p. 198.

¹⁵⁹ NÚÑEZ, Ricardo C. *Tratado de Derecho Penal Argentino. Parte Especial*. Tomo III. Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1977, p. 290.

¹⁶⁰ SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p. 203.

En una posición contraria a la de Núñez, que considera que la agresión absorbe la tentativa de lesiones leves, Creus sostiene que esta agresión adquiere:

(...) carácter subsidiario como delito de peligro queda desplazado en los casos en que la agresión misma produjo el daño y en razón de la subjetividad del agente cuando este directamente lanzó la acción de producir un daño determinado, como la muerte o ciertas lesiones, incluso cuando se acredite que aquel lo cometió para producir una lesión leve específica; en estos casos se calificara de tentativa del delito de que se trate y no de agresión¹⁶¹.

Se puede afirmar que la interpretación de los fallos “Arce” y “Fernández” resulta errónea, en razón de que el tipo penal de abuso de armas determina que la pena se aplicará aunque se causare herida, a lo que corresponda pena menor, siempre que el hecho no represente un delito más grave. Esta figura posee un doble carácter, absorbente de los daños que se castigan con penas menores (lesiones leves) y una función subsidiaria de los delitos más graves, en virtud de que la acción de disparar un arma de fuego contra una persona desplaza la figura de abuso de armas para el caso que produzca lesiones graves, gravísimas u homicidio, ya que de lo contrario concurrirían con el abuso de arma por una misma acción, más severamente penada.

De ello sobreviene que tal desplazamiento evita que un disparo de un arma de fuego puede ser abarcado por dos tipos penales de forma concurrente, pues de lo contrario traería aparejada una doble tipificación para una misma acción, con la consecuente violación del principio *non bis in idem*. Pero no se debe dejar de lado que cuando el hecho acontecido por el disparo de una arma de fuego ocasione un delito más grave, se produce un reenvío al tipo básico (homicidio o lesiones graves o gravísimas o cualquier delito de pena mayor). Es en este punto en donde cobra aplicabilidad la agravante general, cuando el hecho fuera cometido con fuerza o intimidación con un arma de fuego, en donde ya el medio empleado resulta relevante, no para el abuso de arma que fuera desplazado, sino para otro delito, en donde rige el principio de especialidad del art. 41 bis, al producirse un concurso aparente de leyes, ya que esta agravante califica más severamente el empleo de armas de fuego.

En este aspecto, Aguirre Guido¹⁶², citando fallos 263:309 producido por la Corte Suprema de Justicia resalta que:

¹⁶¹ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. 6.º edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, p. 47.

¹⁶² Fallo producido con fecha 18/09/09 por el Tribunal Criminal N.º 1 del Departamento Judicial Morón, seguido a “M.S.G.”, citado en AGUIRRE, Guido. Homicidio agravado a la luz del art. 41 bis del C.P. *Suplemento Penal y Procesal Penal*, Vol. 17, Núm. 12, pp.66-67. 2009,

(...) se establece que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez siendo que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad, última ratio del orden jurídico, ejerciéndose con carácter restrictivo y únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta, incompatible e inconciliable con esta (fallos 306:325). También, se ha apuntado [sic] que las leyes deben interpretarse y aplicarse buscando la armonización entre estas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que se informan de modo que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí por lo cual debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (fallos 309:1149; 307:518; 314:418) (...) arribó a la conclusión de que el legislador ha consagrado con la introducción de aquella en el elenco normativo la posibilidad que se le brinda al juzgador de elevar la latitud de la reacción penal cuando el sujeto aumenta su poder ofensivo mediante el empleo de un arma de fuego (CN Cas. Penal, Sala II, "Ruiz Díaz, Arnaldo y otros s/Rec. De Casación", rta. 5/12/2006 (LLO); CN Cas. Penal, sala II, c. 36, reg. 61, "Costilla, Jorge").

4.3.3. Aplicabilidad de la agravante si el tipo penal prevé violencia o intimidación contra las personas

Valdés, en su trabajo sobre agravantes genéricas, se pregunta:

Quedaron sin resolver en forma expresa la concurrencia de agravantes genéricas con especiales de distinta naturaleza. ¿Debe haber doble agravación o la especial elimina la general? Además, al resultar productos de un proceso legislativo sucesivo y no de un solo acto integral, tampoco se advirtió que quedaba sin resolver la concurrencia de las agravantes genéricas entre sí. Así, si en un hecho concurren, ¿se acumulan?, o ¿resulta indiferentes no agravándose en más de una vez la escala?¹⁶³.

En este aspecto, se puede considerar que no existe un doble agravamiento de la figura penal, en virtud de que, en realidad, se presenta un concurso aparente de leyes penales, a decir de Puig Peña, ellas se evidencian cuando:

(...) existe una situación de conflicto que surge de la aplicación de las leyes penales cuando dos normas vigentes, al momento de verificarse la calificación de la conducta

¹⁶³ VALDÉS, Eduardo R. *Análisis de las agravantes genéricas como productos de una legislación de emergencia. (arts. 41 bis y 41 quater del C.P.)*. LLC2010 (septiembre), 847.

delictiva, regulan esta misma situación de hecho, de forma tal que la efectividad de una de ellas excluye necesariamente a la otra. Es por este motivo que cuando una de las leyes penales protectoras de un mismo bien jurídico contiene respecto a la otra algún elemento singular que concrete más el supuesto, debe ser aplicada aquella con exclusión de la segunda¹⁶⁴.

La ley, por su propio poder de mandato, absorbe a otra de rango inferior en virtud de que no puede existir conflicto normativo alguno ante una misma situación de hecho. Por lo que en el caso analizado se entiende que debe emplearse el principio de especialidad, que no solo presenta aplicación en el derecho penal, sino también en la teoría general de la norma jurídica.

En este entendimiento y siguiendo a Puig Peña¹⁶⁵, surge que para que se constate esta relación de *especialidad* entre dos normas deben darse las siguientes circunstancias:

1. *Que existan dos leyes penales concurrentes sobre un mismo hecho.* Este conflicto puede darse a la misma ley penal fundamental o a leyes penales especiales, producidas por el legislador en un mismo tiempo o diferentes como puede advertirse tal situación. Puede darse a modo de ejemplo, en la figura básica de homicidio y la agravada de femicidio, en donde lo que se ve afectado en la producción de un hecho es el bien jurídico vida.

2. *Que dos normas que entren en colisión disciplinen en el fondo el mismo supuesto de hecho.* De ello resulta que el mismo presupuesto de hecho sea subsumible entre los artículos en conflicto o, lo que es más importante, que la conducta antijurídica pueda quedar comprendida dentro de una como otra ley, en razón de que establecen similar presupuesto básico o "hipótesis básica y fundamental", pudiendo afectar bienes jurídicos diversos.

3. *Que una de las normas esté contenida en la otra íntegramente, pero que, además, contenga algún elemento especializante en relación con aquella.* Es en este punto donde se centra la relación de especialidad, en razón de que los elementos descriptivos o normativos del tipo, las circunstancias modales, la calidad del sujeto pasivo o activo son los que determinan el elemento especializante que excluye al tipo genérico. Por consiguiente, la norma especial deberá contener una extensión mayor que la norma general, pues en ella se encontrarán dichos elementos especializantes, pues si no se hallan, se deberá reenviar al tipo genérico o básico. Del tema abordado se desprende que el elemento especializante consiste en la violencia o intimidación con un arma de fuego.

Cabe consignar que la causa fuente de especialidad deviene de la propia ley, en razón de que el artículo 41 bis, le otorga una mayor intensidad al injusto penal cuando la acción haya sido provocado con fuerza o intimidación contra las personas con un arma de fuego, con

¹⁶⁴ PUIG PEÑA, Federico. *Colisión de Normas Penales*. Ed. Bosh, Barcelona, 1955, p. 15.

¹⁶⁵ PUIG PEÑA, Federico. *Colisión de Normas Penales*. Ed. Bosh, Barcelona, 1955, pp.103-107.

aplicación general en todos los tipos penales de la Parte Especial del CP como en la leyes complementarias. En este entendimiento, no se comparte el criterio sostenido por Valdés, quien también propone una solución sistemática a partir del concurso aparente de leyes, en donde la regla técnica de interpretación sería “la concurrencia de una figura o tipo especial —agravante o atenuante— al desplazar y derogar al tipo general, suprime la posibilidad de la ampliación típica desde la parte general”¹⁶⁶. Se entiende que si existiere una figura calificada, le otorgaría especialidad desplazante a la agravante general del art. 41 bis, en el sentido de que la ley especial es la que inserta la agravante en la Parte Especial del CP.

Pero se considera aquí que la mayor cantidad de elementos descriptivos se hallan insertos en este último artículo, por lo que le brinda su mayor singularidad tanto al tipo penal básico como al agravado.

4.3.4. Aplicabilidad de la agravante cuando en el tipo penal básico o agravado se encuentre contemplado el empleo de un “arma”

Es en este punto donde la incorporación de la agravante general provocó mayor tensión, ya que el término “arma” es captado como modalidad agravatoria en los siguientes tipos penales: *duelo* (art. 97), 104 (*in fine*: “agresión con toda arma”), *abuso sexual cometido con armas* (art. 119, párrafo 4º, inc. “d”); *inhabilitación de funcionario público de tener o portar armas de todo tipo* (art. 144 Cuarto, inc. 4), *las amenazas y las coacciones mediante el empleo de armas* (arts. 149 bis, primer párrafo, y 149 ter, inc. 1º, respectivamente), *el robo con armas ineptas o de utilería* (art. 166, inc. 2º), *asociación ilícita* (art. 210 bis, inc. “d”), *disponer de armas de guerra, traición contra la Nación* (art. 214), *el atentado al orden constitucional y a la vida democrática y sedición mediante uso de armas* (arts. 226, primera parte, 229 sedición, alzaren en armas), *agravamiento de la pena cuando funcionarios públicos usen u ostenten armas* (art. 255), *el atentado a la autoridad cometido a mano armada* (art. 238, inc. 1º), *los militares que tomen armas contra sus superiores* (art. 241 bis, inc. 2), *militar que sin orden ni necesidad usare armas* (art. 253 bis). Incluso en los tipos penales, se prevé penalidades cuando fueran utilizados “objetos” que puedan ser despedidos por armas, tales como cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren (art. 193). El CP emplea el concepto “arma de fuego” taxativamente en los arts. 41 bis; 104; 166, inc. 2, segundo párrafo y 189 bis, por lo que, de hecho, se advertiría que la incorporación del artículo estudiado solo excluiría a los tres tipos penales antes señalados.

En sentido general, el término “armas” es considerado como el género y “fuego” la especie, por lo que el concepto de “arma” es empleado, en líneas generales, tanto por la

¹⁶⁶ VALDÉS, Eduardo R. *Análisis de las agravantes genéricas como productos de una legislación de emergencia. (arts. 41 bis y 41 quater del C.P.)*. LLC2010 (septiembre), 847.

doctrina como por la jurisprudencia, como abarcativo de las armas propias e impropias. Es por esta razón que en los delitos calificados que contienen en el tipo penal el empleo de “armas”, en sentido extensivo, cabe el interrogante acerca de si la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis no agrava dos veces el tipo ya calificado por el uso de un arma. En consecuencia, esto produciría una doble punición y violación del principio *ne bis in idem*. Para responder a este interrogante se analizan distintas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, que han elaborado distintas teorías.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, al referirse a la base normativa para la construcción de la pena estatal, determinan que:

(...) es una cuestión lógica jurídica y expresión del *non bis in idem*, el principio por el cual, si una circunstancia está contemplada en el tipo penal, no debe ser tomada en consideración para la cuantificación de la pena, como es el caso de la reciente sanción (art. 41 bis, CP) que agrava las penas para los delitos que se comentan con armas, que nunca sería aplicable cuando el uso del arma sea requerimiento objetivo del tipo específico¹⁶⁷.

Por su parte, Göerner, al referirse a la reforma producida por la Ley 25.882, en el robo cometido por armas establece que:

(...) la reforma es terminar con la controversia doctrinaria y jurisprudencial, que había generado la incorporación del artículo 41 bis en razón de la aclaración de su 2 párrafo que del agravante a todos los delitos que contemplaran armas de fuego como elementos constitutivo o calificante de los mismos, (...) ya que para un sector la agravante genérica no podía ser aplicada al robo calificado por el empleo de armas, puesto que allí ya se encontraban comprendidas las armas de fuego, con lo cual se vulneraría el principio *non bis in idem*; también se ha afirmado que se calificaría un hecho dos veces por la misma circunstancia¹⁶⁸.

En tanto, Simaz ha señalado al tratar el robo con armas:

En mi opinión, con anterioridad a la reforma, aplicar la agravante genérica a casos como el art. 166, inc. 2, implicaba violar solapadamente el principio constitucional del “*ne bis in idem*”, por lo que ni siquiera era necesaria la aclaración que hacía el segundo párrafo del art. 41 bis del CP (...) Sin embargo, la posterior aplicación de la agravante genérica por parte de numerosos órganos jurisdiccionales para

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 768.

¹⁶⁸ GÖERNER, Gustavo, *op. cit.*, p.175.

augmentar la escala punitiva del robo con armas, me hizo reflexionar en el sentido de que no solo era necesaria dicha cláusula de exclusión, sino que tendría que haber sido más específica y contemplar expresamente el art. 166, inc. 2 como supuesto de exclusión y así eliminar toda duda.

Si bien es atendible la postura de cierta jurisprudencia en torno a que el problema no sería de *ne bis in idem*, en tanto el apoderamiento se agrava cuando es violento (robo) y más aún cuando se comete con armas (robo con armas), lo cierto es que dicho razonamiento implica la posibilidad —por vía directa o indirecta— de valorar siempre una circunstancia *ad infinitum*, lo que ya se encuentra contemplado en el tipo penal como elemento severizante. No obstante, aun considerando esta tesis como una de las posibles interpretaciones, no es ella la única, ni siquiera la más directa o natural conforme la estructura gramatical del art. 41 bis. Es más, sistemáticamente existía un argumento concluyente: si la agravante fuera aplicable a aquellas figuras en las cuales sólo se refieren a “armas”, qué sentido tendría la excepción del segundo párrafo del art. 41 bis, pues precisamente en el caso de los únicos artículos (Código Penal, art. 119 letra d), 149 bis y 166, inc. 2) 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 hacían referencia a “armas de fuego”. Para qué entonces poner excepciones si no las hay¹⁶⁹.

Con respecto a Friele, este afirma que:

(...) desde el canon de máxima taxatividad interpretativa que obstaculiza cualquier inteligencia extensiva de las normas penales, parece correcto sostener la óptica restrictiva de entender que la incidencia del arma de fuego se encuentra ponderada en los propios tipos penales y no puede sumarse otra agravación. (...) cuando se recorre el CP se advierte, sin el menor asomo de duda, que los delitos calificados por el uso de armas no excluyen las de fuego, que, en realidad, son las que por sobre las otras, propias o impropias, tienen mayor aptitud para ejercer violencia o intimidación sobre las personas, medios que son, precisamente, los que motivan el agravante¹⁷⁰.

¹⁶⁹ SIMAZ, Alexis L. ¿Robo agravado por el empleo de un arma de fuego inepta? *Revista de derecho Penal y Criminología*, Nº. 9, 2016, pp. 42-43.

¹⁷⁰ FRIELE, Guillermo E. “Algo más sobre la aplicación de la agravante genérica contenida en el artículo 41 bis del Código Penal”. *LA LEY - Suplemento de Jurisprudencia Penal del 03/03/2003*, p. 411.

Crespo, citando los fallos “Nieto” y “Lezcano” dictados por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, se pronuncia, entendiendo que la relación entre el 41 bis y el art. 166, inc. 2, primer supuesto, del CP (robo con “arma” a secas, anterior a la reforma), y concluye —en consonancia con el dictamen del Fiscal General— que el uso de arma previsto como agravante específica del robo incluye el empleo de las armas de fuego (por lo genérico del término “armas”), por lo que deviene inaplicable el artículo 41 bis¹⁷¹.

También Figari menciona que existen dos posiciones sobre el particular: una, la de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV en “Aldera Yamil s/ Rec. de casación” del 30/9/02), que consideró que aquella agravante no resultaba aplicable a la figura del art. 166, inc. 2º del CP porque el uso de un arma de fuego debía tenerse por incluido en los elementos del tipo como una de las especies de “arma”, caso contrario, se violaría el principio *ne bis in idem*. De modo tal que los tribunales estaban obligados a resolver a favor del imputado ante la duda que generaba la aplicación de la agravante, a la figura del robo con armas o su exclusión con arreglo a lo previsto a la segunda parte del art. 41 bis. Como contrapartida, estaba el argumento —incluyendo la disidencia en el fallo anteriormente mencionado— que sostiene que el CP, en la interpretación armónica de ambos artículos, 41 bis y 166, inc. 2º, establece una relación de especificidad y de punición progresiva, y frente a la decisión clara del legislador de agravar las penas en aquellos delitos que se cometan mediante intimidación o violencia contra las personas con la utilización de armas de fuego —y no de cualquier arma—, la norma introducida por la Ley 25.297 resulta aplicable a todos los casos en que esté contemplado el uso de armas genéricamente de tal manera que la cadena progresiva. En el caso del robo, partirá, entonces, del tipo básico del art. 164, para avanzar luego al robo con armas en sentido general¹⁷².

En el fallo “Viola, Miguel Ángel s/excarcelación”, originado por la Cámara Criminal y Correccional, con el voto de la mayoría se argumentó que:

(...) cabe dejar expresamente sentado que “arma” es el género y “arma de fuego” la especie; por lo tanto, la primera comprende, sin lugar a duda la segunda y, por ende, el inciso 2º del artículo 166 del código de fondo abraza toda arma, incluida la de fuego. En esa inteligencia no puede aplicarse la referida agravante, por estricta

¹⁷¹ CRESPO, Álvaro E., *op. cit.*

¹⁷² FIGARI, Rubén E. El uso de armas de fuego en la figura del Art. 166, inc. 2º del Código Penal. *Rubén Figari. Derecho penal* [blog]. 22/04/2013. <http://www.rubenfigari.com.ar/el-uso-de-armas-de-fuego-en-la-figura-del-art-166-inc-2o-del-codigo-penal/>.

aplicación de lo establecido en el segundo párrafo del nuevo artículo 41 bis, citado en su juego armónico con el injusto penal en examen¹⁷³.

La Sala III del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en la causa caratulada: "S., C. A. s/ recurso de casación"¹⁷⁴, el juez preopinante Dr. Borinsky, al tratar un fallo casatorio sobre la aplicación de la gravante del art. 41 bis, sobre un hecho de homicidio, expresó:

El artículo 41 bis del CP-conforme ley 25.297- introdujo una agravante genérica, ante la imposibilidad, según dijera el senador Agúndez, de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo con otro tipo de armas o sin ellas.

Otro fallo revelador y con similares argumentos fue emitido por otra sala del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As en la causa carátula "M. ,C. E. s/Recurso de casación"¹⁷⁵, el doctor Sal Llargués, dijo:

En cuanto ha sido motivo de agravio, asiste razón al recurrente. La aplicación en forma conjunta los arts. 41 bis y 119 4to. párrafo inc. d) del Código Penal, constituye la doble valoración de la misma circunstancia agravante –el arma- lo que se encuentra expresamente prohibido por la parte final, precisamente, del art. 41 bis del mismo cuerpo legal. Debe ceder. Ello, en tanto esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentra contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

En tanto que el voto en disidencia del Dr. Natiello, manifestó:

No puedo acompañar a mis Colegas de Sala desde que a mi juicio el artículo 119 cuarto párrafo del C.P. no hace referencia alguna a la especie "arma de fuego" y por tal motivo el ilícito en tratamiento no se encuentra atrapado por la excepción que –

¹⁷³ CCC, sala V, "Viola, Miguel Ángel s/excarcelación", c. 17.659, rta. el 5/12/01. En idéntico sentido: CCC., sala I, "Fernández, Roberto", c. 18.125, rta. el 25/04/020; C.N.C.P., sala I, "Molina, Mariano Andrés s/recuso de casación", c. 3955, rta. el 16/05/02; C.N.C.P., sala II, Garay, Marcos Jhonatan s/recurso de casación", c. 3811, rta. el 10/06/02; entre otros

¹⁷⁴ Causa número 8.066 (Registro de Presidencia número 28.272) caratulada: "S., C. A. s/ recurso de casación fecha 01/12/09 TCP Pcia. Bs.As.

¹⁷⁵ Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As en la causa carátula "M. ,C. E. s/Recurso de casación. TC0001 LP 29156 RSD-1283-9 S 15/12/2009 Juez SAL LLARGUES (MA)Magistrados Votantes: Sal Llargués - Piombo – Natiello. Tribunal Origen: TR0200ME

en el segundo párrafo- contempla la citada norma. Por lo demás resulta evidente que el empleo de un arma letal como la de fuego empleada por el causante releva en el ilícito cierto grado de preocupación, incrementa las posibilidades de éxito de medios para delinquir¹⁷⁶.

Arocena, al referirse a la naturaleza de la disposición del art. 41 bis del CP en el fallo emitido por la sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba en el caso "González, Carlos A." de fecha 28/8/2008, se ocupó de esta cuestión. Afirmó que el art. 41 bis no constituye una mera agravante general, sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en los delitos de la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego), no contemplada específica y expresamente por aquéllos. Así se advierte que la regla del art. 41 bis del CP, actúa generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que estos 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. Quedan excluidos de dicho ámbito de aplicación, en consecuencia, 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 armas¹⁷⁷.

En tanto que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 18 de abril de 2011, en el Acuerdo 2078, pronuncio sentencia definitiva en la causa P. 101.900, "N. , C.D. Recurso de casación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", considerando que:

(...) dado que el segundo párrafo del art. 41 bis establece que la agravante que conduce a un aumento de la escala penal (cometer alguno de los delitos previstos en el Código Penal "con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego") no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate", debe concluirse que el robo con armas del art. 166 inc. 2 del Código Penal, según su texto anterior a la ley 25.882, en tanto describe como medio típico el elemento "arma", cae dentro de la excepción de dicho segundo párrafo. En consecuencia, para el grupo de casos al que se aplica el art. 166 inc. 2 según aquel texto, la valoración como agravante de la propiedad "de fuego" sólo puede hacerse en ocasión de individualizar la pena en el marco de los arts. 40 y 41 del Código

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ AROCENA, Gustavo. *Actualidad en Derecho Penal* [síntesis de jurisprudencia]. Publicada en Abeledo Perrot N° 12, Córdoba, 2008.

Penal, y no como una circunstancia que conduzca a una elevación de la escala por vía del art. 41 bis¹⁷⁸.

En tanto que en el fallo antes citado, con el voto en disidencia a la cuestión planteada, el señor Juez Doctor Pettigiani dijo:

En efecto, la tipología de fuego del arma no conforma el exclusivo elemento calificante del robo tipificado en el art. 166 inc. 2º del Código Penal (texto anterior a la ley 25.882), en tanto la agravante se satisface con la mera utilización de un arma, sea cual fuera su especie o tipo. Así las cosas, resulta aplicable al sub lite la agravante genérica del art. 41 bis del Código de fondo, sin lugar para la excepción que, en resguardo de la prohibición de la doble desvaloración, fija la propia norma en el último párrafo. En esa línea esta Corte tiene dicho que el tipo del art. 166 inc. 2 del Código Penal (texto anterior a la ley 25.882) se refiere a cualquier arma, de modo que las de fuego no constituyen un elemento de la figura (conf. P. 41.193, sent. del 4-VI-1991; P. 72.840, sent. del 10-IX-2003; P. 82.854, sent. del 16-IX-2003). Teniendo en cuenta, entonces, que reproduciendo la propia sintaxis de la norma "la circunstancia mencionada" (ref. al empleo de un arma de fuego) no se encuentra "contemplada como elemento calificante del delito" la escala penal del caso deberá ser elevada "en un tercio en su mínimo y en su máximo" (art. 41 bis cit.). Cierto es que la especie "arma de fuego" pertenece al género "arma" previsto como elemento de agravación en el delito contra la propiedad del art. 166 inc. 2º citado. Pero, sin mella de ello, la expresión legisferante del art. 41 bis supone en la comisión del robo en este caso mediante el empleo de un arma del tipo de fuego, un disvalor de acción sobreañadido que al revelar un mayor contenido de injusto justifica un aumento proporcional en la escala penal. En lo que cuenta, la ley es clara y resulta aplicable lisa y llanamente al caso¹⁷⁹.

Ahora surge la necesidad de fijar una posición en cuanto a la correcta interpretación de la ley, mediante todos los antecedentes y medios de interpretación para entender cuál es la voluntad del precepto legal, ya que la voluntad de la ley supera a la del legislador. Un "estudio racional de la ley nos lleva siempre al descubrimiento de un núcleo que constituye la razón de ser de esa ley, es decir, a un fin. En la ley penal ese fin es ordinariamente la tutela de un bien

¹⁷⁸ Texto completo disponible en

<https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=88608>.

¹⁷⁹

Texto

completo

disponible

en

<https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=88608>.

jurídico”¹⁸⁰. Siendo esta la mejor referencia para tener en cuenta en la ardua tarea de interpretar la ley, conjuntamente con el “elemento teleológico como criterio básico de interpretación de orientación para el intérprete”¹⁸¹, la esencia consiste en conocer los fines que contiene la ley como valores objetivos. En este caso, el bien jurídico protegido es la vida, la integridad física de las personas, como así también el bien jurídico protegido en el tipo contemplado en la Parte Especial del CP; mientras que el fin de la norma es aplicar una punición mayor al uso de armas de fuego con violencia o intimidación contra las personas, en relación con todo otro tipo de “armas”.

Atendiendo a los aportes de la doctrina y la jurisprudencia, se entiende que el conflicto se resuelve aplicando nuevamente el concurso aparente de normas penales ante un mismo hecho, cuando el tipo penal preceptúa como medio comisivo el empleo de un “arma” y que está fuera de fuego; ya que debe ponderarse si debe aplicarse la agravante del art. 41 bis o el término “arma” encierra también a las armas de fuego. Es indudable que la resolución de este tema no es menor dadas las severas implicancias que presenta en la aplicación de las penas y en la violación del principio *non bis in idem*.

Aquí se entiende que debe prevalecer el criterio valorativo de que la ley especial deroga a ley general, ya que contempla una definición más acabada del término “armas”. Asimismo, es necesario referir, otra vez, que existe un conceso generalizado, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, en que el concepto de “arma” es el género y el “arma de fuego” la especie, por lo que si en este punto no existe desacuerdo, no cabe más aplicar el principio de especialidad antes señalado. Esta conclusión también es sostenida por Soler cuando expresa: “Para que se dé un caso de especialidad es necesario que uno de los tipos este íntegramente contenido en el otro; pero ello puede suceder en forma más o menos expresa¹⁸², y ello se ve plasmado cuando “la cuidadosa interpretación nos muestre que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa del hecho”¹⁸³.

Lo expuesto también se halla apoyado en que si toman en cuenta las reglas del concurso de leyes penales aparentes, no será posible aplicar el principio de mayor gravedad de la pena cuando:

(...) quede perfilado uno de los tipos con algún elemento especializante que haga derivar hacia el principio de “*lex specialis*”, pues aquí se aplica la sanción de la norma

¹⁸⁰ SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p.151.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p.191.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 190.

específica sea mayor o menor que la otra sanción del tipo que actúa como genérico por la ausencia de aquel elemento¹⁸⁴.

Como consecuencia de ello, la aplicación sistemática del principio especializante no trae aparejada una disminución de la pena, sino la aplicación de una pena mayor, en función de los tipos penales que contienen el empleo de "armas". Estos conceptos también son receptados en la causa "Viola" por el voto en disidencia del Dr. Navarro, quien expuso: "Cuadra considerar en pro de su aplicación que aquella, o sea la comisión del delito mediante la utilización de un arma de fuego, es un agravante específica de la general que prevé el uso de toda arma, configurándose así un concurso aparente por especialidad, generando en el principio de que toda norma especial desplaza a la general"¹⁸⁵.

La interpretación contraria conduciría a sostener que la agravante se fijó para penar con una escala superior a los delitos que ni siquiera cuentan como medio comisivo el elemento "arma", como componente del tipo objetivo, en contra oposición con los que sí lo poseen.

¹⁸⁴ PUIG PEÑA, Federico. *Colisión de Normas Penales*. Ed. Bosh, Barcelona, 1955, p. 121.

¹⁸⁵ Causa 17.659, "Viola, Miguel Ángel", CN Crim y Corr., Sala V, 5712/01.

4.4. Inaplicabilidad de la agravante a tipos culposos

Al respecto, Vítales señala que:

(...) mientras que en la actuación dolosa el autor siempre debe obrar con el fin de producir un resultado típico (lo que implica la voluntad deliberada de ocasionarlo), en la culposa actúa en general un fin diferente, causando un resultado —que se advierte como posible— como consecuencia de violar deberes legales de cuidado al obrar confiado en que podría evitar la producción¹⁸⁶.

A una posición similar arriba Ledesma cuando concluye que:

El art. 41 bis carece de aptitud para agravar la pena de homicidio o lesiones culposas porque el uso del arma de fuego al que este se refiere tiene propósito de ejercer violencia o intimidación contra personas, lo que implica una conducta voluntaria tanto desde el punto de vista semántico cuando sistemático¹⁸⁷.

Por su parte, Flores considera que la inaplicabilidad se da:

(...) cuando se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica, excluyéndose de su campo los delitos no dolosos (culposos), los delitos dolosos que no posean el factor subjetivo: violencia o intimidación contra las personas y los delitos dolosos que contemplen la agravante del uso de armas¹⁸⁸.

Asimismo, surge de la misma lectura gramatical del art. 41 bis que los requisitos tipificadores se cumplen cuando el hecho se cometiere “con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma”; de allí que se puede realizar un análisis desde la perspectiva de la *imputación objetiva* como el que propone Roxin cuando expresa que “el resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido y ese riesgo se ha

¹⁸⁶ VITALE, Gustavo L. *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁷ LEDESMA, Guillermo A. Revista La Ley.2006-3 , p.892.

¹⁸⁸ FLORES, Miguel. Homicidio culposo con arma de fuego. La inaplicabilidad del art. 41 bis del Código Penal. Suplemento Penal y Procesal Penal. Vol. 18. Nro. 10, 2010, p.32.

realizado en el resultado concreto”¹⁸⁹. En este sentido, dicha imputación puede ser atribuida con el carácter de dolosa cuando la conducta realizada por el autor *ex ante* fuera dirigida a producir una creación de ese riesgo jurídicamente desaprobada, mediante violencia o intimidación, con conocimiento (saber) y voluntad (querer) del autor, orientada a producir el hecho típico, que pone en peligro cierto el bien jurídico tutelado desde una visión *ex post*. Es por ello que solo se puede encasillar a esta conducta como dolosa, descartando esta agravante para los delitos culposos tipificados en los artículos 84 y 94 del CP, en virtud de que se pena a que causare muerte o lesiones como resultado de la violación del deber de cuidado.

El Tribunal de Casación Penal, Sala IIa. de la provincia de Buenos Aires indicó que la causa del deceso de la víctima se produjo por la manipulación imprudente de un arma de fuego. Entonces, en esencia, la acción típica del imputado encuadra en las previsiones del art. 84 del código sustantivo. De tal manera que no se puede enrostrar un delito de homicidio doloso agravado por el uso de arma de fuego, por cuanto la conducta del imputado carece del elemento violencia o intimidación, recaudo insoslayable del art. 41 bis del CP en contra de la víctima al ejecutar el delito. Por ello, existe una actitud descuidada y el resultado de tal accionar no es el deseado, sino que ignora lo que puede ser evitado¹⁹⁰.

4.5. ¿Es aplicable la agravante general cuando el arma de fuego es utilizada como arma impropia o no es apta para el disparo?

Ahora bien, el punto fundamental es determinar si debe ser incluida la agravante cuando el arma de fuego es utilizada como “arma impropia” o “cuando no posee la aptitud para producir disparo”. Según la definición más común, esto se refiere a aquellos objetos que no están destinados o concebidos para atacar o defenderse, pero que pueden ser equiparados a las “armas propias” de acuerdo a su uso¹⁹¹, pero con la especial particularidad de que se trata de un arma propia utilizada de manera *impropia*.

Los esfuerzos argumentales de los penalistas, en general, se han dirigido a admitir esta categoría, pero tratando de introducir algún tipo de límite normativo o, lo que es más frecuente, valorativo, para no llegar a amplitudes que parecen absurdas e inusitadas. Sin embargo, debe

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General - TOMO I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. 2.ª edición alemana. Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 663.

¹⁹⁰ Fallo citado por FLORES, Miguel. Homicidio culposo con arma de fuego. La inaplicabilidad del art. 41 bis del Código Penal. *Suplemento Penal y Procesal Penal*. Vol. 18. Nro. 10, pp.31-35. 2010.

¹⁹¹ Estas pueden subdividirse en cortantes, punzantes y punzo-cortantes (ver REINALDI, 2006, p.77).

reconocerse que especialmente, en la última década, se ha puesto en tela de juicio esta clase de armas. Sin lugar a dudas, es la notable imprecisión semántica del término “arma” lo que genera profundos desacuerdos entre los juristas, los que obedecen a una falta de consenso general en cuanto a las definiciones de concepto dicho concepto.

Para Caballero, “en la tesis negativa el tipo penal no se consuma cuando un arma se encuentre descargada, inapta para disparos o sea de juguete, en atención a que el bien jurídico tutelado no ha corrido peligro”¹⁹². Pero cuando se presenta la particularidad del empleo de *un arma propia de manera impropia*, obliga a realizar la siguiente interpretación de la agravante estudiada:

a) Si el arma es apta para producir disparo y se encuentra cargada con al menos un cartucho, y es empuñada de manera normal y habitual, se puede considerar que debe aplicarse la agravante general, porque mientras se ejecuta la agresión persiste el riesgo concreto sobre la vida o integridad de las personas y de otro bien jurídico tutelado en la Parte Especial del CP.

b) Si el arma es apta para producir disparo y se encuentra cargada con al menos un cartucho, y no es empuñada de manera normal y habitual, sino, por ejemplo, es tomada por el cañón para golpear a la víctima, se puede considerar que no debe aplicarse la agravante general, porque mientras se ejecuta la agresión no persiste un riesgo concreto sobre la vida o integridad de las personas.

c) Si el arma es apta para producir disparo y se encuentra descargada, se considera que debe aplicarse la agravante general, en razón de lo expresado anteriormente de acuerdo con la Convención Interamericana Contra la Fabricación y Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, entendiéndose que debe considerarse arma de fuego la que se halle cargada o en condiciones de ser operada.

d) Si el arma de fuego no es apta para el disparo o cuya aptitud para producir disparos no pudiere acreditarse, ya sea a través de la pericia o porque no puede ser de ningún modo acreditado, se entiende que no debe aplicarse la agravante cuando fuera utilizada de manera impropia, en atención a que no existe *ex ante* un riesgo concreto *verificable* sobre la vida o integridad física de la persona, como así tampoco la forma en que fuera utilizada.

Desde otra perspectiva analítica, es necesario mencionar que la sola violencia intimidatoria con un arma de fuego limita la respuesta del agredido; y en este sentido cabe preguntar si se tendría igual oposición defensiva por parte del agente pasivo cuando es atacado con un palo o con un arma de fuego, cuya aptitud para el disparo se desconoce. La respuesta indudablemente sería que las posibilidades de defensa serían mayores si se emplease un arma impropia, en atención a que conllevaría un menor riesgo, desde el análisis *ex ante* efectuado por el agente pasivo.

¹⁹² CABALLERO, Ricardo J., *op. cit.*, p. 1519.

En este aspecto se desea plantear una tesis en cuanto a cómo debe aplicarse la agravante cuando el arma de fuego no es apta para el disparo o no puede acreditarse su aptitud de disparo, conforme a la siguiente línea argumental:

1. El tipo penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos, mediante un mandato prohibitivo que evita la creación de un riesgo generado por un arma de fuego cargada y apta para el disparo o bien un arma apta para el disparo.

2. La desprotección de un bien jurídico se ve incrementada desde el punto de vista subjetivo del agente pasivo (tesis subjetiva) cuando se produce la imposibilidad de su salvataje por la fuerza o intimidación que causa el empleo de un arma de fuego, en virtud de que tal defensa se encuentra casi totalmente obliterada ante el temor fundado de sufrir un daño inminente. Esta circunstancia permite admitir que se presenta un riesgo no solo a la víctima o a un tercero, sino también a un bien jurídico inicialmente tutelado por el tipo básico señalado en la Parte Especial del CP.

3. Por todo lo expuesto, la fuerza o intimidación con un arma de fuego no apta para el disparo crea un riesgo al bien jurídico tutelado a un delito, el cual, de acuerdo con el sistema penal vigente, es merecedor de protección; elemento que permite concluir que es merecedor de un mayor reproche penal cuando haya sido utilizada un arma bajo estas condiciones. Pues de lo contrario, sería vaciar de contenido el art. 41 bis cuando fuera cometido un hecho con un arma de fuego inapta para el disparo mediando una fuerza física o intimidación contra las personas.

Asimismo, desde la perspectiva del agente activo, si emplea como medio comisivo un arma de fuego, aunque sea ineficaz para el disparo, el autor del hecho posee el conocimiento suficiente y la voluntad de causar en el agente pasivo una mayor intimidación, que traerá inequívocamente como consecuencia un menor poder de respuesta ante una agresión. Dicha situación agrava el injusto penal y de ninguna manera puede ser igualada a la agresión con cualquier otro arma impropia. En este aspecto, Nader explica que el empleo de un arma de fuego como medio violento implica que el autor se sienta con mayor seguridad y que la víctima, en contraposición, posee menores posibilidades de defensa ante el ataque¹⁹³.

De esta forma, para ambos casos, al incluir el legislador la circunstancia modal de la intimidación con arma de fuego en el tipo penal desde una perspectiva *ex ante*, ha instaurado en el agente pasivo la vis moral, exigida en esta figura; a no ser que el agente pasivo haya sido violentado, sin posibilidad alguna de verse intimidado previamente.

En sentido opuesto, Simaz ha manifestado que:

(...) 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

¹⁹³ NADER, Alejandra A., *op. cit.*

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 béisbol¹⁹⁴.

Esta opinión no es compartida en este trabajo, al entender en prima instancia que iguala un arma impropia con un arma propia, y luego no tiene en cuenta el especial conocimiento que posee el agente pasivo de la lesividad que puede causar un arma de fuego en relación con cualquier otra arma, en atención a que lo que debe verificarse es el conocimiento que tiene la víctima *ex ante* de la comisión del hecho y no *ex post*. Asimismo, se considera si el legislador ha agravado en el art. 41 bis el empleo de arma de fuego mediante el uso de la violencia o intimidación, sin importar la aptitud funcional del arma. Como así lo ha hecho, en cambio, en la oportunidad de incorporar mediante la Ley N° 25.882 (B.O. 26/4/2004) en la figura del robo agravado el empleo de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166)¹⁹⁵.

Debe entenderse de su correcta interpretación que si la voluntad del legislador hubiese sido morigerar la pena por la falta de aptitud funcional del arma en art. 41 bis, lo habría realizado en el momento del cambio legislativo anteriormente citado, ya que esta interpretación permitiría su aplicación en el resto de los tipos penales.

4.6. Concurrencia de agravantes genéricas

Queda por analizar la posibilidad de una doble ampliación típica de los tipos básicos, proveniente de la concurrencia simultánea de las situaciones previstas por el art. 41 bis y el art. 41 *quater*, que de acuerdo con Valdés “el caso más común que se puede presentar es el de la

¹⁹⁴ SIMAZ, Alexis L. *Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/02/doctrina30358.pdf>. 2006.

¹⁹⁵ ARTÍCULO 166. CP: Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda. Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo. Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión (artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004) .

utilización de un arma de fuego y la intervención de un menor de edad. En ese caso ¿Cuál será la escala penal para el mayor partícipe en el hecho?”¹⁹⁶.

En este tema, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalaron que “a supuestos en los que parece que concurren varios tipos penales, un examen más cuidadoso nos permite percatarnos de que el fenómeno es aparente, porque en la interpretación adecuada de los tipos la concurrencia resulta descartada, dado que uno de los tipos excluye al otro o a los otros”¹⁹⁷. De acuerdo con esta posición, se puede considerar que existen reglas con el fin de evitar la concurrencia de tipos penales, basadas en el principio de la “unidad de la ley” o concurso aparente de leyes, que es admitido pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia. Si ello no se lograra, se afectaría el principio de legalidad al efectuarse una de doble imputación por la producción de un mismo hecho.

La solución propuesta por Valdés se funda en que el principio de máxima taxatividad interpretativa permite superar dicha tensión, y, en consecuencia, la interpretación no debe hacerse en el sentido de aumentar doblemente el agravamiento, sino que dicha situación debe resultar indiferente. Solo se habilita al aumento de la escala en un tercio, quedando la concurrencia de pluralidad de agravantes como una cuestión para valorar de conformidad a las pautas de los arts. 40 y 41 del CP. Tal interpretación restrictiva se corresponde con una interpretación sistemática, pues en la Parte Especial, de este modo se resuelve el concurso de distintas circunstancias agravantes. Se enumeran varias y basta que concurra una para aumentar la escala, y la concurrencia de varias no modifica la escala, quedando como una cuestión para valorar en las pautas de los arts. 40 y 41, pero siempre dentro de la misma escala penal (ver art. 119 letra "d"). Este modo de interpretar dichas disposiciones se ha transformado en una regla auténtica con el dictado de la Ley 25.815 que ha incluido en el último párrafo del inc. 3 del art. 277 lo siguiente: “La agravación de la escala penal, prevista por este inciso solo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena”.

Aquí se sostiene que la interpretación que efectúa Valdés del último párrafo del inc. 3 del art. 277 no puede ser considerada como una interpretación auténtica, con una extensión general para el resto de los artículos previstos en la Parte Especial y muchos menos en las agravantes genéricas de la Parte General del CP, en virtud de que como así lo establece el inciso citado, solo presenta aplicación de *la agravación de la escala penal*, circunstancia que cierra toda posibilidad de brindar tal carácter extenso ante la concurrencia de agravantes. Sin embargo, se debe señalar que se comparte tal interpretación en cuanto a que si dicho texto fuese adicionado al art. 77 del CP, se produciría una interpretación auténtica que cerraría las

¹⁹⁶ VALDÉS, Eduardo R. *Análisis de las agravantes genéricas como productos de una legislación de emergencia. (arts. 41 bis y 41 quater del C.P.)*. LLC2010 (septiembre), 847.

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 679.

discusiones doctrinarias y disidencias jurisprudenciales en cuando a la acumulación de calificantes.

Así, se puede concluir que al existir una unidad de hecho con pluralidad de encuadramientos, debe aplicarse el principio de alternatividad en el concurso aparente de leyes, en atención a que se produce un choque normativo por acumulación de penas en la producción de un mismo hecho con igual valoración punitiva, ya que para que exista una verdadera relación de alternatividad, se exige la presencia de dos tipos penales igualmente calificados que entran en colisión; lo que trae aparejado como consecuencia que el juzgador atendiendo a las circunstancias, previstas en los artículos 41 bis y 41 *quater* del CP, escoja entre una de ellas. A similar entendimiento arriba Soler cuando expresa que “a veces la alternatividad se produce como consecuencia de que las valoraciones contenidas en la ley penal resultan equivalentes, de manera que es indiferente a los fines de la punibilidad que se aplique un tipo u otro. Esa indiferencia no puede confundirse con neutralidad de los tipos, porque no se refiere a los tipos, sino a la pena que acarrearán”¹⁹⁸.

4.7. Aplicación de la agravante general en la tentativa

Si se considera que la agravante general presenta aplicabilidad en un hecho doloso consumado, así también lo tendrá en el delito tentado, con la lógica consecuencia del incremento de la punibilidad, en un tercio del mínimo y del máximo al establecido para cada delito en particular, en esta fase del delito.

¹⁹⁸ SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p. 177.

CONCLUSIONES

El derecho es la construcción cultural más fuerte y base de la actual civilización, perfeccionada, si se quiere, a lo largo de los años, nutriéndose de los movimientos y fenómenos sociales dentro del mundo donde se crea y regula tal herramienta cultural. El derecho debe tomar en cuenta la realidad. Como señala Schünemann:

(...) los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en el ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante¹⁹⁹.

Dicho esto, la realidad y el análisis lógico marcan que, quizás, la regulación existente respecto de la utilización de armas de fuego no resulte metódica ni completa, debido a que fue incorporada a modo de “parches”, tanto en la Parte Especial como posteriormente en la Parte General del CP, sin ofrecer una armonía en su ordenamiento.

A la luz de la investigación realizada y de los casos jurisprudenciales estudiados, quedan evidenciadas muchas dudas en el sentido y alcance de la ley, al momento de ser incorporada la agravante en el CP, al punto tal de haber sido declarada inconstitucional en alguna de las sentencias citadas.

El trabajo de investigación intentó traer una perspectiva de aplicación sistemática del art. 41 bis en la Parte Especial del CP, especialmente en los puntos controversiales de su implementación. Dicha tarea no siempre ha sido coincidente con la doctrina dominante. En primera instancia, se pudo verificar que la figura del art. 41 bis cumple con los requisitos de legalidad que debe abastecer un tipo penal, ya que selecciona una acción socialmente desaprobada, con la imposición de una pena que agrava otra figura penal típica en la Parte Especial del CP.

Se han podido advertir divergencias interpretativas que se encuentran centradas en uno de los elementos esenciales normativos del tipo penal, como es el arma de fuego. Una de ellas es la que propugna la aplicación restrictiva del concepto de arma de fuego establecido en el art. 3, inc. 1 del Decreto 395/75, y otra, en la aplicación de la Convención Interamericana Contra la Fabricación y Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales

¹⁹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”. En Edgardo Alberto DONNA (Director). Colección Autores de Derecho Penal. Vers. Ampl. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 661.

Relacionados, en donde a la hora de definir el término “arma de fuego” extiende el tipo penal, no solo a los proyectiles lanzados por la deflagración de la pólvora, sino también por cualquier otro explosivo. Estas divergencias se hacen más visibles y contradictorias al valorar el concepto de “arma”, pues las clasificaciones son múltiples y responden ya no a un concepto objetivo, sino mayormente valorativo.

Por otro lado, el concepto del empleo de fuerza o intimidación contra las personas es considerado como circunstancias modales, distintas y no equivalentes, pues si se tomará dicha posición, sería ir en contrario de la interpretación gramatical y teleológica perseguida por el codificador.

Se asume, entonces, que gran parte de los doctrinarios en forma permanente han intentado desviar el alcance y finalidad de la norma, bajo argumentos tales como que se produce un aumento desproporcionado de las penas, la inaplicabilidad en el delito de homicidio, inaplicabilidad por inexistencia de *lex certa*, la vulneración del principio de *ne bis in idem* cuando se aplicare especialmente a los tipos agravados que contengan ya el empleo de “arma”; olvidando sus detractores que justamente el fin de la norma ha sido, sin lugar a dudas, sancionar con un mayor poder punitivo el uso de armas de fuego con violencia e intimidación contra las personas, a pesar que podamos pensar que esta política criminal es incorrecta.

Atendiendo a ello, se intentó tomar los conceptos aceptados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (incluso la que manifiesta la inaplicabilidad del art. 41 bis), como resulta ser que el término “arma” ha sido entendido como el género, y “arma de fuego”, como la especie. A partir de allí, y a los fines de su implementación sistemática, se interpretó que en los tipos básicos del CP, siempre que las circunstancias modales del art. 41 bis no se encontraran insertas en ellos y que permitieran el uso de fuerza o intimidación, no se encontraba problemas de interpretación y aplicación.

El segundo nivel de análisis se plantea cuando los tipos penales contienen en su texto escenarios modales como la “violencia o intimidación” y el medio empleado fuera un “arma”, circunstancia esta que sería una causa de exclusión de la agravante del art. 41 bis, a los fines de evitar una doble punición por un mismo hecho. En estos casos se advierte que, en realidad, se presentaban los presupuestos del concurso aparente de leyes ante la presencia de una misma situación de hecho, en donde la norma contenida en la Parte General del CP posee componentes circunstanciados que completan los diversos tipos, con elementos modales y normativos. En estos casos, se cree que el art. 41 bis presenta el componente especializante dentro de la teoría de la norma jurídica que privilegia el principio de especialidad (“ley especial deroga ley general”), independientemente de que la pena atribuida sea mayor o menor.

Por otra parte, ante el concurso de agravantes genéricas con igual réplica punitiva, se encontró que la respuesta sistemática consiste en aplicar nuevamente el concurso aparente de leyes, en donde debe privilegiarse el principio de alternatividad, y el juzgador tomará una u otra

agravante, en función de su mayor complitud en la graduación de la pena establecida en los artículos 40 y 41 del CP.

Asimismo, se ha tenido en cuenta que cuando el arma de fuego fuera utilizada como un *arma impropia*, sin ser apta para el disparo o cuya aptitud para producir disparos no pudiese acreditarse, no debe aplicarse la agravante en atención a que no existe *ex ante* un riesgo concreto *verificable* para la vida o integridad física sobre las personas, pero podría ser subsumida por otro delito agravado que contemple el uso de “arma impropia”.

También se ha analizado el caso y las consecuencias si el arma de fuego fuera no apta para el disparo o cuya aptitud para producir disparos no pudiese acreditarse; en este punto se considera que debe aplicarse la agravante genérica desde la perspectiva de la tesis subjetivista, en atención a que si bien *ex ante* no existiría un riesgo concreto sobre la vida o integridad física de las personas por un disparo, persiste una “vis moral” sin importar la aptitud del arma, ya que si el legislador hubiese tenido la intención de morigerar la pena cuando el arma no cumpla con su funcionalidad en forma eficiente, lo hubiese expresado cuando reformó el robo calificado (art. 166, inc. 2, tercer párrafo).

En este orden de ideas, la aplicación del art. 41 bis no solo protege el bien jurídico sino también otros bienes jurídicos tutelados en la Parte Especial del CP. De ello surge que el empleo de un arma de fuego con fuerza o intimidación sobre el sujeto pasivo imposibilita su salvataje por parte de la víctima o de terceros, y que dicho bien jurídico ha sido puesto en un peligro de forma cierta y efectiva. Ello hace que la tesis subjetiva tenga plena aplicabilidad, cuando el arma no sea apta para el disparo o no pueda ser acreditada su aptitud.

Asimismo, se ha encontrado plena coincidencia, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en que la agravante estudiada resulta un tipo comisivo doloso, siendo inaplicable a los tipos culposos atendiendo a que la figura de violencia o intimidación no admite la falta de deber de diligencia o cuidado, en el plano subjetivo del autor. Así tampoco se puede dejar de admitir que la figura calificada presenta plena aplicación en el homicidio simple, en tanto no se encuentre contemplado en el tipo básico el uso de fuerza o intimidación de armas de fuego. Tal criterio se sostiene en que la calificante estudiada resulta una agravante más, con una menor severidad de la pena que la determinada en los homicidios calificados del art. 80 del CP.

Por otro lado, en el *iter criminis*, en la fase de la tentativa, no se han encontrado fundamentos para determinar la inaplicabilidad de la agravante general, en atención a que si es aplicable en los tipos dolosos consumados, no existe obstáculo legal que impida su adecuación en los delitos tentados.

Por último, se puede agregar que el tratamiento del art. 41 bis obliga a reflexionar sobre la necesidad de avanzar hacia una reforma integral del ordenamiento penal que sistematice de manera clara, ya no solo desde una mirada sociológica y fenomenológica del delito, sino también desde un enfoque funcional y práctico, a los fines de obtener un plexo normativo penal

que sea real, consistente y metodológicamente asociable a la realidad social a la que responde, en aras de una aplicación correcta del derecho a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo. *El delito de robo agravado por el uso de armas*. Buenos Aires, Hammurabi SRL, 2019.
- AGUIRRE, Guido. Homicidio agravado a la luz del art. 41 bis del C.P. *Suplemento Penal y Procesal Penal*, Vol. 17, Núm. 12, 2009, pp. 53-72.
- AROCENA, Gustavo. *Actualidad en Derecho Penal* [síntesis de jurisprudencia]. Publicada en *Abeledo Perrot N° 12*, 2008.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2.^a edición, 4.^a reimpresión. Buenos Aires, Ed. Hammurabi S.R.L, 2002.
- BASÍLICO, Ricardo. *Jurisprudencia Penal*. 1.^a edición. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019.
- BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio y TERRAGINI, Marco. *Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y jurisprudencial*. Tomo 2. Buenos Aires, Ed. Hammurabi SRL, 2002.
- BARBERÁ DE RISSO, María Cristina. “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, N.º 5, 2002.
- CABALLERO, Ricardo J. “Sobre el delito de Robo Agravado por el Uso de Armas”, en Donna, Edgardo Alberto. *Derecho penal: doctrinas esenciales (1936-2010)*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010.
- CARDINI, F.; CARRARA, A.; CENTURIÓN, D. y otros. *Tratado de Criminalística. Tomo II*. Buenos Aires, Editorial Policial, 1983.
- CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. BdeF, 2008.
- CHIAPPINI, Julio. *Robo con revólver usado como arma contundente*. LLC 2015 (agosto), 723. Cita online: AR/DOC/2397/2015.
- CRESPO, Álvaro E. “La discutida constitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal y algunas consideraciones sobre la interpretación de las leyes y la razonabilidad de las resoluciones judiciales”. *Revista Derecho Penal Online*, 2009.

[http://derechopenalonline.com/la-discutida-constitucionalidad-del-art-41-bis-del-codigo-penal-y-algunas-consideraciones-sobre-la-interpretacion-de-las-leyes-y-la-razonabilidad-de-las-resoluciones-judiciales/.](http://derechopenalonline.com/la-discutida-constitucionalidad-del-art-41-bis-del-codigo-penal-y-algunas-consideraciones-sobre-la-interpretacion-de-las-leyes-y-la-razonabilidad-de-las-resoluciones-judiciales/)

- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a edición ampliada, 4.^a reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. 6.^a edición. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998.
- DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, 4.^a edición actualizada y reestructurada. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011.
- DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II B, 2.^a edición actualizada y reestructurada. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011.
- DURÁN, Roberto A. y POGGI, María F. “El artículo 41 bis del Código Penal. Su implicancia y alcances como agravante genérica”. *LA LEY*2003-A, 96, *Suplemento Penal* 27, noviembre 2002.
- LOSSETTI , Oscar; TREZZA, Fernando y PATITÓ, José. *Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense*. Buenos Aires, Ed. Quórum, 2003.
- FIGARI, Rubén E. El uso de armas de fuego en la figura del art. 166, inc. 2º del Código Penal. *Rubén Figari. Derecho penal* [blog]. 22/04/2013. [http://www.rubenfigari.com.ar/el-uso-de-armas-de-fuego-en-la-figura-del-art-166-inc-2o-del-codigo-penal/.](http://www.rubenfigari.com.ar/el-uso-de-armas-de-fuego-en-la-figura-del-art-166-inc-2o-del-codigo-penal/)
- FLORES, Miguel. “Homicidio culposo con arma de fuego. La inaplicabilidad del art. 41 bis del Código Penal”, *Suplemento Penal y Procesal Penal*. Vol. 18. N.º 10, pp. 31-35. 2010.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo VI. Buenos Aires, Ed. Lexios Nexis Abeledo Perrot, 2003.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2003.
- FRIELE, Guillermo E. “Algo más sobre la aplicación de la agravante genérica contenida en el artículo 41 bis del Código Penal”. *LA LEY-Suplemento de Jurisprudencia Penal del 03/03/2003*, p. 411.

- GÖERNER, Gustavo, “Apuntes sobre algunas recientes reformas al Código Penal”, en Donna, Edgardo A. (Dir.), *Reformas penales*. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.
- HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN. 2.º reunión, 15.º sesión ordinaria [versión taquigráfica], 9 de agosto de 2000.
- IMAHORN, Javier H. “El nuevo artículo 41 bis del Código Penal. Un cambio sustancial en el sistema de graduación de la pena”. *LA LEY*2001-A, 917.
- LAJE ANAYA, Justo. *Sentencias penales del Tribunal Superior de Justicia*. Córdoba, 2010.
- LAJE ANAYA, Justo. *Atentados contra la libertad, robo con armas y otros delitos*. Córdoba, Alveroni Ediciones, 2005.
- MARÍN, Jorge L. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2.ª edición actualizada. Buenos Aires, Hammurabi S.R.L., 2008.
- MINISTERIO DE JUSTICIA – PEN. *Código Penal de la Nación Argentina*. LEY 11.179 (T.O. 1984 actualizado). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.
- NADER, Alejandra A. “Agravante del art. 41 bis del Código Penal y el principio de legalidad”. *Revista Científica de Ciencias jurídicas y notariales In Iure*. V. 1, N.º 2, 2012, pp. 156-175.
- NÚÑEZ, Ricardo C. *Tratado de Derecho Penal Argentino. Parte Especial* Tomo III. Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1977.
- NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3.ª edición. Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1987.
- NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*. Tomo III. Buenos Aires, Ed Bibliográfica Omega, 1999.
- PENNA, Cristian D. *Robo con Armas y Armas impropias: armas que no son armas, interpretación de la ley penal y principios constitucionales*. 1.ª edición. Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2012.
- PUIG PEÑA, Federico. *Colisión de Normas Penales*. Barcelona, Ed. Bosh, 1955.

- PEN. *Decreto Nacional 395/75. Reglamentación Parcial del Decreto Ley 20.429/73 sobre Armas y Explosivos.*
http://www.aicacyp.com.ar/disposiciones_legales/leyes_decretos/decreto_nacional_395.htm.
- QUINODÓZ, Fernando D. “Sistemas de armas portátiles antitanque: su redefinición como sistema multipropósito en el campo de combate del siglo XXI”. *Estudios de Vigilancia y Prospectiva Tecnológica en el Área de Defensa y Seguridad*, 2017, pp. 99-124.
<http://www.cefadigital.edu.ar/bitstream/1847939/1621/1/Tec1000%202017%20SISTEMAS%20DE%20ARMAS%20PORTATILES%20ANTITANQUE%20Su%20redefinicion%20como%20sistemas%20multiproposito%20en%20el%20campo%20de%20combate%20del%20sXXI.pdf>.
- REINALDI, Víctor F. “Robo con Armas”. *LA LEY* 769, 2004.
- REINALDI, Víctor F. “¿Es aplicable la agravante genérica del art. 41 bis CP al Delito de Homicidio (art. 79 C.P.) y al Robo Calificado por Homicidio (art. 165 C.P.)?”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*. Año V, N.º 8, 2004, pp. 241-254.
- REINALDI, Víctor F. *Delincuencia Armada*. 3ra Edición ampliada y actualizada. Ed. Mediterránea, 2006.
- ROXIN, Claus. “Problemas actuales de la política criminal”, en Enrique Díaz Aranda (ed.), *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 87-105.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General - TOMO I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. 2.ª edición alemana. Madrid, Ed. Civitas, 1997.
- SANCINETTI, M. *Casos de Derecho Penal. Parte General*. 3.º ed. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006.
- SAYAGO, Marcelo J. *Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley 25.882*. Córdoba, Ed. Advocatus, 2005.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en Donna, Edgardo Alberto (dir.), *Colección Autores de Derecho Penal*, versión ampliada, Tomo I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

- SIMAZ, Alexis L. *Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino*, 2006. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/02/doctrina30358.pdf>.
- SIMAZ, Alexis L. *Robo con Armas*, 2006 <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37819.pdf>.
- SIMAZ, Alexis L. “¿Robo agravado por el empleo de un arma de fuego inepta?”, *Revista de derecho Penal y Criminología*, N.º 9, 2016, pp. 37-44.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo III. 1.ª reimposición. Buenos Aires. Tea Tipográfica Editora, 1951.
- TERRAGINI, Marco A. *Manual de Derecho Penal Parte General y Parte Especial*. Buenos Aires, Ed La Ley, 2014.
- VALDÉS, Eduardo R. *Análisis de las agravantes genéricas como productos de una legislación de emergencia (arts. 41 bis y 41 quater del C.P.)*. LLC2010, p. 847.
- VITALE, Gustavo L. *Dolo Eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11.ª ed. Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2.ª edición, 7.ª reimposición. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2012.