



SOBRE LA APLICABILIDAD DEL AGRAVANTE GENÉRICO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO AL HOMICIDIO SIMPLE

Autor: MAZZARINI, AGUSTÍN TOMÁS.

Tutor: Dr. PAZOS CROCITTO, JOSÉ I.

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
DEPARTAMENTO DE DERECHO

Contenido

INTRODUCCION	2
ESCENARIO DE LA REFORMA	2
CONTEXTO SOCIAL Y DEBATE PARLAMENTARIO PREVIO.....	2
EL ARTÍCULO 41 BIS EN LÍNEAS GENERALES.	3
EL HOMICIDIO SIMPLE Y EL ARTÍCULO 41 BIS.....	5
El homicidio	5
Posiciones	6
A favor.	6
En contra.....	10
ESTUDIOS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL AUMENTO DE LAS PENAS.....	19
CONCLUSIÓN	20
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.	22
JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	23

Sobre la aplicabilidad del agravante genérico por el empleo de arma de fuego al homicidio simple.

Agustín Tomás Mazzarini.

2024.

INTRODUCCIÓN

La ley 25.297, sancionada el 9 de agosto del 2000 y promulgada el 20 de septiembre de ese mismo año, reformó el Código Penal Argentino, incorporando el artículo 41 bis al cuerpo normativo. Dicho artículo introduce un agravante genérico que incrementa en un tercio tanto el mínimo como el máximo de la escala del delito cuando este se comete con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego.

Aunque, tanto por su ubicación (en la parte general del código) como por su redacción, parecería aplicarse a cualquier delito que admita su comisión mediante el empleo de un arma de fuego con violencia o intimidación contra las personas, en el presente trabajo me centraré específicamente en su relación con el homicidio simple y las diversas posturas que al respecto se han dado sobre la constitucionalidad del mismo, haciendo un análisis de la doctrina y jurisprudencia al respecto.

Desde ya que por medio del presente trabajo no pretendo agotar el tema planteado, lo cual exigiría una profundidad de la que carece. Sin embargo, espero que contribuya significativamente al entendimiento del mismo, proporcionando una base sólida para futuras investigaciones y reflexiones sobre la temática.

ESCENARIO DE LA REFORMA

CONTEXTO SOCIAL Y DEBATE PARLAMENTARIO PREVIO

El siguiente análisis se basa en los argumentos expresados por los legisladores que precedieron a la sanción de la reforma legal relativa al uso de armas de fuego en la comisión de delitos.¹

Esta reforma fue impulsada como respuesta a la creciente preocupación en la sociedad debido a una alarmante "ola de delitos" que asolaba al país en aquel momento. La población demandaba vivir en un entorno pacífico y seguro, donde tanto las personas como sus propiedades fueran respetadas. Era frecuente encontrar titulares que informaban sobre tiroteos, asaltos con rehenes y muertes cruentas en los medios de

¹ Revista La Ley, BO, 22-9-00, ps. 160 y ss.

comunicación. Estos eventos reflejaban una escalada en la violencia delictiva y el costo humano asociado a la misma.

Las estadísticas recopiladas en los últimos años reflejaban una tendencia creciente en la comisión de delitos perpetrados con armas de fuego, especialmente en casos de robos y homicidios. Si bien los legisladores reconocieron que el simple aumento de las penas no siempre constituye la solución óptima para combatir la inseguridad, también advirtieron la necesidad de abordar de manera específica y contundente la problemática de los delitos cometidos mediante esta modalidad.

El objetivo primordial de la reforma era enfrentar la creciente delincuencia, focalizándose en el modus operandi de los criminales, quienes optaban cada vez más por el uso de armas de fuego en la perpetración de sus actos ilícitos. Para ello, se optó por implementar una política criminal dirigida específicamente a contrarrestar esta modalidad delictiva, incrementando las sanciones penales en casos donde se utilizará armamento de fuego. El propósito principal era hallar una solución rápida y eficaz ante la problemática que enfrentaba la sociedad en ese contexto.

EL ARTÍCULO 41 BIS EN LÍNEAS GENERALES.

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 ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.*

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

Como se mencionó anteriormente, la figura incorporada es un agravante genérico, incluido dentro del Libro Primero, título V “imputabilidad”.

La ley 25.297, al introducir modificaciones en el artículo 41 bis, traslada conceptos tradicionalmente considerados relevantes en el Código Penal hacia un nuevo nivel. Específicamente, esta ley traslada lo que anteriormente se había contemplado como factores agravantes debido al mayor grado de injusto, en referencia a la naturaleza de los medios empleados según el artículo 41 del Código Penal, y lo incorpora como un elemento objetivo. Esto se presenta como una calificante genérica que amplía las disposiciones legales establecidas, creando figuras agravadas para todos los tipos penales que puedan cometerse utilizando las modalidades mencionadas.²

El legislador consideró que el uso de armas de fuego en la comisión de un delito aumenta la culpabilidad del autor, no solo debido al mayor poder vulnerante de estas armas, sino también a la mayor seguridad que brindan al delincuente y a la notable

² AGUIRRE, Guido J. “Homicidio agravado a la luz del art. 41 bis del C.P” *Supl. Penal* 2009 (diciembre), 53 – *La Ley* 2010-A, 135 (TR LA LEY AR/DOC/4036/2009 p. 3)

desventaja que suponen para la víctima en términos de defensa. El hecho de que estas armas puedan causar un daño considerablemente mayor al bien jurídico de la vida e integridad física, a menudo desde una distancia segura para el agresor, justificaron para los parlamentarios la sanción agravada. Así, la mayor peligrosidad y capacidad de intimidación de las armas de fuego, en comparación con otras armas como un cuchillo, serían su fundamento.

De la lectura del artículo se observa claramente que para que sea operativo, el delito debe haberse cometido con violencia o intimidación contra las personas, entendiéndose por violencia tanto la física como la moral.³ Esa violencia o intimidación requiere el empleo efectivo de un arma de fuego, y no es suficiente con simplemente portarla o tenerla. ¿Qué debemos entender por arma de fuego? Para ello debemos remitirnos a la Ley Nacional de Armas y explosivos 20.429, más específicamente a su decreto reglamentario 395/75, en su artículo 3° inc. 1, donde define al arma de fuego como aquella que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia.⁴

Si el arma utilizada no es de fuego, como podría ser un rifle de aire comprimido, o si lo es, pero se la utiliza de una manera impropia, como por ejemplo utilizar la empuñadura de un revolver para golpear a la víctima, no activaría el agravante, salvo que en el último caso haya existido también intimidación. Asimismo, el uso del arma de fuego debe dirigirse contra personas, la aplicación de la agravante no procede cuando el uso violento del arma se refiere a un objeto, a menos que implique la intimidación hacia un ser humano. No es imprescindible que el arma se emplee directamente contra la víctima del delito, sino que puede ser utilizada contra terceros.⁵

La agravante exhibe una dualidad que abarca tanto aspectos objetivos como subjetivos. En su faceta objetiva, su activación exige la presencia de un arma de fuego funcional, es decir, apta para realizar disparos. Por otro lado, en su vertiente subjetiva, se requiere que el autor del delito tenga la intención de emplear el arma para perpetrar actos de violencia o intimidación contra otras personas.

Es importante resaltar que esta agravante no se extiende a los casos en los que el tipo penal ya contemple la condición del uso de un arma, ya sea como un elemento esencial del delito o como una circunstancia agravante. Esto implica que, independientemente del tipo de arma utilizada, si su presencia ya está contemplada en

³ Slokar, Alejandro, "Agravamiento genérico por empleo de arma de fuego", en *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, David Baigún- Eugenio Raúl Zaffaroni (dirs.), 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t.2ª, p. 122.

⁴ PAZOS Crocitto, José I., *Los homicidios atenuados*, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2017 p. 132.

⁵ IELLIN, Dalia, "Art. 40 a 41 quarter", en AA.VV., *Código Penal comentado y anotado parte general (Artículos 1° a 78 bis)*, D'Alessio, Andrés José (director), 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, p. 443.

la tipificación del delito en cuestión, la agravante por el uso de un arma de fuego no será aplicable.⁶

EL HOMICIDIO SIMPLE Y EL ARTÍCULO 41 BIS.

El homicidio.

Históricamente, el homicidio ha sido considerado una de las conductas más graves y reprochables por las diversas sociedades a lo largo del tiempo. Desde las primeras civilizaciones, la privación injustificada de la vida humana ha sido motivo de sanción y castigo, siendo una constante en todos los sistemas legales, reflejando su inherente valoración como un bien supremo.

En el derecho penal moderno, el homicidio simple se erige como una de las figuras delictivas más severamente penadas debido a la importancia fundamental que la vida humana tiene en el ordenamiento jurídico. Esta protección se debe al valor insuperable de la vida. Sin ella, la realización plena de todos los demás derechos se ve frustrada; su pérdida es irreversible, implicando la privación total de la misma⁷. De nada serviría que el ordenamiento protegiera diversos bienes jurídicos sin proteger el más básico y fundamental. Es por ello que, en el Código Penal Argentino, es el primer delito de la parte especial. Su alta prioridad en la legislación se debe precisamente a esto, esta figura es una de las más graves debido a la irreversibilidad del daño causado, pérdida la vida, la misma es irrecuperable.

Iniciar con el homicidio en la parte especial del Código Penal establece de manera clara y ejemplar la postura del Estado respecto a la protección de la vida, reflejando la importancia legal de la integridad física en general. Comenzar por los delitos contra las personas tiene una lógica que prioriza los bienes jurídicos más esenciales; luego de ese capítulo, el código avanza hacia otros delitos que, aunque también importantes, son secundarios en relación con la vida misma, como el honor, la integridad sexual, el estado civil, etc.

La regulación del homicidio simple en nuestra legislación actual es la siguiente:

Artículo 79. – *Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena.*

Se lo denomina simple porque descarta la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes. La figura es subsidiaria, aplicará siempre que el código no previera otra, está definida de forma negativa. Es un delito instantáneo, de resultado material: la muerte, el fin de la vida humana.

Si bien a simple vista el artículo 41 bis podría aplicar al artículo 79, esta lectura simplista y literal de ambas normas no fue compartida por toda la doctrina y

⁶ SIMAZ, Alexis L., "Algunas reflexiones sobre el Art. 41 Bis del Código Penal Argentino. Agravación genérica – o no tanto- por el empleo de armas de fuego", *DJ* 2002-3, 151 (TR LALEY AR/DOC/2758/2001 p. 1 y ss.)

⁷ BREGLIA ARIAS, Omar, "Consideraciones sobre el homicidio simple en el Código Penal argentino" *DJ* 2005-1,995 (TR LALEY AR/DOC/530/2005 p. 1).

jurisprudencia. La interpretación estricta de las disposiciones legales, aunque en primera instancia parece coherente, se enfrenta a una diversidad de opiniones dentro del ámbito jurídico que cuestionan su adecuación y aplicabilidad.

Varios estudiosos del derecho han planteado que es necesario un análisis más profundo de estos artículos para asegurar una correcta administración de justicia y el respeto a los principios fundamentales del derecho. Además, la jurisprudencia ha mostrado una tendencia a dividirse en sus decisiones, reflejando la existencia de posturas tanto a favor como en contra de la aplicación directa del artículo 41 bis al artículo 79.

Las interpretaciones favorables argumentan que la aplicación directa es consecuente con la intención legislativa y la literalidad de ambos artículos, mientras que las posturas en contra señalan que tal interpretación podría llevar a resultados injustos o contrarios a otros principios legales. Así, la discusión se encuentra en un punto de equilibrio, con opiniones de igual peso y validez en ambos lados del debate, lo cual demuestra la complejidad y la necesidad de un análisis más profundo y detallado de las normas en cuestión.

Posiciones

Para una explicación más didáctica y clara, vamos a abordar por separado los fundamentos a favor y en contra de las diversas posturas respecto a la aplicación del artículo 41 bis al artículo 79. Comenzaremos por analizar los argumentos que defienden la compatibilidad entre ambas disposiciones. Esta metodología nos permitirá desglosar de manera ordenada y comprensible los diferentes puntos de vista, facilitando una comprensión más profunda y detallada del debate jurídico en cuestión.

A favor.

La postura que sostiene la aplicabilidad del artículo 41 bis al artículo 79 del código penal argentino se fundamenta en una interpretación estrictamente literal de la ley. Según esta visión, si la muerte se lleva a cabo mediante el uso de un arma de fuego con violencia sobre la víctima, un elemento que no está contemplado explícitamente en la definición del tipo legal de homicidio, entraría en juego el artículo 41 bis. Por lo tanto, bajo esta perspectiva, cualquier homicidio que involucre un arma de fuego sería automáticamente agravado, modificando la escala penal del artículo 79 en razón de la norma en mentas.

“En primer lugar, cabe observar que, respecto de la figura del homicidio simple, no se dan los supuestos de exclusión contemplados en el punto anterior. 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. Además, la mentada circunstancia tampoco resulta contemplada por ninguna de sus figuras calificadas. De este modo lo

entendió el legislador, al fundamentar la inclusión de la norma que comentamos, en las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego.”⁸

Sobre la misma línea se ha dicho: “no estamos en presencia de una solución legislativamente novedosa, en cuanto se repara en que la utilización de ciertos medios ya ha sido expresamente considerada por el legislador en otras ocasiones a los efectos de establecer formas agravadas del homicidio (v.gr.: art. 80, incs. 2 —“veneno u otro procedimiento insidioso”—; y 5 —“por un medio idóneo para crear un peligro común”—), y en que tales previsiones no carecen de razonabilidad, pues encuentran un evidente fundamento en el mayor peligro generado por el empleo de tales medios, y la más grave culpabilidad que muestra su uso.”⁹

El artículo 79 no menciona ni el género de armas ni específicamente las armas de fuego, por lo que el delito en cuestión no está cubierto por la excepción contemplada en el segundo párrafo de dicha norma para los defensores de esta postura. Esto implica que no existiría el riesgo de incurrir en la prohibición de doble valoración. Esta prohibición establece que las consideraciones ya tomadas en cuenta por el legislador al definir el tipo penal, cuya tarea es formular una descripción lo más completa y precisa posible de todas las valoraciones sociales sobre un hecho reprochable, no pueden ser consideradas nuevamente al fijar la pena para un caso concreto. En este caso, dicha situación no se reproduciría, ya que la agravante en cuestión representa una circunstancia que no está incluida en la prohibición del artículo 79.

Además, el peligro que se erige como fundamento normativo no se vincula exclusivamente con la persona individual del sujeto pasivo, sino con el aumento cierto y efectivo de peligro para todo integrante de la sociedad que es generado por la utilización de medios especialmente riesgosos, como son las armas de fuego. Este precepto también parece razonable al considerar el mayor poder ofensivo del medio empleado por el agente para llevar a cabo la acción típica, y la consiguiente merma en las posibilidades de defensa del sujeto pasivo. Todo ello revela un mayor grado del injusto cometido y una mayor magnitud de culpabilidad de quien lo lleva a cabo.¹⁰

“Además de las razones de política criminal del legislador, cabe advertir que la razón de la agravante no se halla, en este caso -y como pretende presentar la recurrente-, en el mayor peligro para la vida, sino en que el autor de este delito se ha valido de un medio como el arma de fuego, con alto poder letal o lesivo, la 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”¹¹

Por tanto, se observa que la agravante por el uso de armas de fuego, al no estar contemplada en el artículo 79, permite una valoración adicional que justifica un

⁸ “Lezcano, José L.” Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal, 17/10/2003, Thomson Reuters (TR LALEY 30010410 p. 3).

⁹ “R., F. A.” Trib. Casación Penal Bs. As. en pleno, 19/04/2013, RDP 2013-7-1533 (TR LALEY AP/JUR/283/2013 p. 25 y ss.).

¹⁰ PAZOS Crocitto, op. Cit. p. 139.

¹¹ “Lezcano, José L.” op. Cit. P. 3.

aumento en la pena, atendiendo tanto al incremento del riesgo social como a la mayor peligrosidad y capacidad ofensiva del medio utilizado en la comisión del delito.

Otro de los fundamentos, de aquellos que entienden correcto el agravamiento del homicidio simple por su comisión mediante un arma de fuego, es la finalidad tenida en miras por el legislador a la hora de incorporar el artículo 41 bis al cuerpo legal: *“En efecto, si analizamos el simiente de la norma en debate, fácil es colegir que el legislador, cobijado en cuestiones de política criminal, las cuales no resultan prudente analizar en esta instancia, ha hecho referencia a diversos delitos entre los que reivindicó, particularmente, al homicidio ya que en el propio seno de la discusión parlamentaria el miembro informante de la Cámara de Senadores prohijó que el homicidio se agravara por el empleo de arma de fuego” “Es función del legislador articular grandes lineamientos de la política criminal adecuadas a la defensa de esos valores esenciales y es, en esa inteligencia, que la disposición emanada de los representantes del pueblo y de las provincias por la cual se sanciona una agravante adicional, según el modo de comisión de un delito por demás grave como es el homicidio, no vulnera el delicado balanceo normativo con el que se construye el estado de derecho, puesto que lo que el legislador ha consagrado con la introducción de aquélla en el elenco normativo es 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”*¹²

La interpretación teleológica se enfoca en el propósito o fin último que el legislador intentaba alcanzar al promulgar una ley. En lugar de centrarse únicamente en el texto literal, este enfoque considera el contexto y los objetivos que motivaron la creación de la norma. En el caso citado, esta interpretación proviene de los jueces, quienes son los intérpretes finales de las normas. Ellos argumentan que el legislador, al agregar el artículo 41 bis, tenía la intención de aumentar las penas para los delitos cometidos con armas de fuego, dado el mayor peligro y la mayor capacidad ofensiva que estas representan, y esta intención debe guiar la interpretación y aplicación de la ley.

Es interesante el voto en disidencia del doctor Salazar en el fallo “Arce”¹³, donde defiende la aplicación de la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal mediante una interpretación sistemática que permite su implementación en relación con el artículo 104. Esta postura contrasta con la interpretación sistemática del resto del tribunal, que se presentará en las posturas en contra:

Primeramente, descarta el argumento de los que se oponen a su constitucionalidad porque su redacción genérica viola el principio de legalidad, en su derivado de lex certa. Frente al mismo comienza sostenido que el artículo 41 bis del Código Penal es constitucional en tanto que aumenta la pena cuando el delito ha sido perpetrado con violencia contra las personas mediante el uso de un arma de fuego,

¹² “Galván, Manuel Segudo”, TCrimMoron Nro 1, 09/09/2009, *Supl. Penal 2009*, 52, con nota de Guido J. Aguirre; LA LEY 2010-A, 134, con nota de Guido J. Aguirre; p.

¹³ Del voto en disidencia parcial del doctor Salazar, “Arce, José Alberto” CAcusacionCordoba, 26/06/2009, *La Ley Online* (TR LALEY AR/JUR/24611/2009 p. 18 y ss.).

aunque su enunciado sea de naturaleza genérica, su comprensión es accesible para cualquier ciudadano promedio. La razón es que resulta evidente para el sentido común que cometer un homicidio o causar lesiones graves utilizando un arma de fuego conlleva consecuencias más severas que si se utilizara otro medio.

Luego de dejar esto en claro comienza con el análisis sistemático, aclarando la supuesta duda respecto de la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis que constituye el art. 104 del CP¹⁴. Así, inicia señalando que el tipo del disparo de arma de fuego no requiere resultado lesivo alguno, aunque lo admite. Sólo basta disparar un arma de fuego en contra de persona alguna y no hierla, y el delito está perfeccionado. El artículo menciona que "... esta pena se aplicará aunque se cause herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave...". Esta afirmación, por interpretación sistemática de todos los delitos, y no sólo de aquellos que contemplan resultados lesivos (arts. 90 y 91) indica que cuando ese otro hecho más grave (no necesariamente hecho lesivo, como no dice la norma) ya encuadra en otra figura que en su formulación básica o agravada contemple la utilización de un arma de fuego, pues entonces el citado artículo 104 ya no se aplica.

Con esto quiere significar que el razonamiento propuesto como fundamento de la confusión a la que lleva la aplicación de la agravante genérica con relación a las figuras contempladas en el capítulo de abuso de armas no existe según su entender, en tanto se tenga en cuenta que aquí, erróneamente, se ha entendido que la subsidiariedad objetiva del disparo de arma de fuego funciona solamente con relación a la posible causación de resultados lesivos o mortales (los artículos 90, 91 y 79 del CP), ya que dicha interpretación no ha sido así sostenida ni por la doctrina ni jurisprudencia conocidas con anterioridad a la reforma.

El argumento podría tener alguna consistencia en la medida que el segundo párrafo del artículo 104 sólo se refiriese a los artículos indicados, para lo que debería haber dicho entonces "... esta pena se aplicará cuando se causa herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho lesivo no importe un delito más grave.

En ese sentido, y a los fines sólo de demostrar lo pacífica que resultaba y resulta tal interpretación para el doctor Salazar, cita lo dicho por Fontán Balestra, cuando hablando del alcance de la disposición contenida en el art. 104 del CP, dijo "... por la misma razón, tampoco se aplica cuando se dispara un arma en la ejecución de otro delito y aquél forma parte del hecho en una unidad delictiva. Por ejemplo, un robo...". Advierte el magistrado que la subsidiariedad objetiva de la norma comentada no ha sido nunca entendida sólo con relación a la posible causación de lesiones con un arma de fuego, sino también con relación a su utilización en otro contexto típico correspondiente a otra figura no necesariamente lesiva, como lo es la citada en el ejemplo (tanto es así, que si se causaran lesiones graves o gravísimas con un arma de fuego durante un robo, ello sólo llevará a la consideración de la agravante contenida en el artículo 166 inc. 1°,

¹⁴ La postura aquí mencionada será discutida en detalle más adelante en el texto, p. 11 y ss.

además de la correspondiente al robo con armas, pero nunca a una posibilidad concursal de estas figuras con el artículo 104).

Argumenta que, si estas razones no bastaran para considerar que, para cualquier persona el hecho de lesionar grave o gravísimamente a otro con un arma de fuego puede ser entendido como algo más grave que hacerlo con cualquier otro medio, pues entonces ¿por qué durante muchos años tanto jueces como doctrinarios han justificado la penalización más severa para las lesiones causadas con un arma de fuego, como establece el artículo 104 del código penal? Sostiene que sólo basta con comparar las escalas penales correspondientes a los delitos de lesiones leves (art. 89) y disparo de arma de fuego (104, segundo párrafo), para compartir que "... se trata de una modalidad agravada de las lesiones leves, por razón del medio empleado. Lesionar levemente a alguien con cualquier medio que no fuese un arma de fuego merece una pena que va de un mes a un año; en tanto que hacerlo con el medio que considera el artículo 104 contempla una escala considerablemente mayor: un año a tres años. Si es éste el fundamento por el cual se castiga más severamente la causación del resultado lesivo leve cuando lo es con un arma de fuego, qué problema de entendimiento puede tener una persona cualquiera para conocer que, a partir de la reforma, también lo será hacerlo grave o gravísimamente con ese especial medio, y ello, incluso, en la medida que, para el jurista especializado, por las razones dadas, no puede existir la confusión o duda que aquí se pregona. El problema radica, para Salazar, en partir de una premisa falsa: entender que el segundo párrafo del artículo 104 se refiere, exclusivamente, a delitos que contemplan la producción de resultados lesivos o mortales en otra persona, lo que eventualmente podría llevar –de ser así– a la conclusión propuesta por quienes votaron distinto. La premisa es falsa, según su entender, y lógicamente también lo es su conclusión.

En contra

Ahora bien, existen también argumentos en contra de la aplicación del artículo 41 bis al artículo 79 del Código Penal. Los críticos de esta medida sostienen que tal interpretación puede resultar en una violación de principios fundamentales del derecho penal, como el principio de igualdad y el respeto al principio de certeza de la ley penal. A continuación, se presentan los principales puntos de esta postura opositora:

1-Resulta ilógico aplicar un agravante cuyo fundamento radica en el mayor peligro que representa el uso de armas de fuego, a un delito cuyo objetivo principal es precisamente crear ese riesgo para causar la muerte de la víctima. Además, es incoherente sumar una figura de peligro a otra en la que el resultado es la destrucción del bien jurídico.¹⁵ En este sentido, el uso de un instrumento mortal para causar una muerte no debería agravar el delito, aunque la naturaleza del arma empleada puede ser tomada en cuenta al determinar la pena dentro de la escala penal correspondiente al homicidio.

¹⁵ PAZOS Crocitto, op. Cit., p. 142.

“Resulta improcedente aplicar al homicidio la agravante de pena prevista en el art. 41 bis del Cód. Penal para los delitos cometidos con arma de fuego, pues no se advierte de que forma agrava la muerte el hecho de que ésta haya sido producida con un arma de fuego, en tanto quien mata, independientemente del objeto utilizado, ya cometió todo el daño posible contra el bien jurídico vida.”¹⁶

2-A pesar de la abundancia de jurisprudencia en contrario, es interesante resaltar un fallo de la Cámara de Acusación de Córdoba en el caso de Arce José Alberto¹⁷ por su escrutinio meticuloso de los motivos que subyacen a la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, en relación con el principio de legalidad y su derivado de ley cierta. En el mencionado fallo, la Cámara declaró de oficio la inconstitucionalidad de la norma, realizando una síntesis de los aportes de destacados doctrinarios y precedentes jurisprudenciales, ofreciendo una panorámica comprensiva y minuciosa sobre la temática. La Cámara ha delineado una serie de argumentos que ponen de manifiesto el principio constitucional que se ve afectado si se aplicara sin más el agravante genérico al homicidio simple. En este contexto, nos disponemos a adentrarnos en los fundamentos expuestos por la Cámara, cuyo análisis facilitará la comprensión de esta posición.

Señaló que la norma contenida en el art. 41 bis del Código Penal ha sido interpretada en diversos precedentes citados, como una circunstancia típica calificante o agravante de distintos tipos penales de la parte especial. Esta interpretación exige que dicha circunstancia sea abarcada por el dolo, y no como una circunstancia agravante general como las previstas en los arts. 40 y 41 del mismo cuerpo legal para la determinación de la pena. Según la Cámara, esta interpretación de la norma resulta inconstitucional, ya que viola el principio de legalidad al no respetar el mandato de lex certa, derivado directamente de dicho principio. La Cámara observó que, por definición, una calificante "genérica", así entendida, no se vincula específicamente con ninguna conducta típica de la parte especial del Código Penal, lo que dificulta determinar a qué tipos penales concretos esa agravante es aplicable, más allá de la intención expresa del legislador. Esta dificultad es ya una prueba de la indeterminación de su formulación.

Debe tenerse presente que la línea argumental seguida por la cámara para probar la vulneración de la norma fundamental por parte del art. 41 bis, primer párrafo, del Código Penal no toma en cuenta posibles violaciones a los principios de igualdad o prohibición de doble valoración, tal como lo han hecho otras decisiones jurisprudenciales que mencionaré más adelante. La única razón por la cual aquí se declara dicha inconstitucionalidad es la siguiente: el art. 41 bis del Código Penal resulta inconstitucional por violar de modo manifiesto e indudable el principio de legalidad en su derivado específico de prohibición de leyes o sanciones indeterminadas (nullum crimen, nulla poena sine lege certa), y ello es así porque no es de ninguna manera claro

¹⁶ “Romero, Víctor J.” CCrimCorrientes, Nro1, 03/03/2004, LLLitoral 2004 (julio), 636 (TR LALEY AR/JUR/559/2004 pp. 9-10).

¹⁷ “Arce, José Alberto” CAcusacionCordoba, 26/06/2009, La Ley Online (TR LALEY AR/JUR/24611/2009 pp. 8-16).

que dicho artículo sea aplicable a los delitos que paradigmáticamente pretende agravar: lesiones y homicidio.

La aplicabilidad de esta norma es tan incierta que existen al menos dos interpretaciones con pesos similares, pero con resultados opuestos: una a favor y otra en contra de la aplicabilidad de la agravante genérica a los tipos penales en cuestión. Esta incertidumbre ha llevado a pronunciamientos jurisprudenciales divergentes. Algunos fallos afirman la aplicabilidad de la agravante genérica al delito de homicidio simple, basándose en que este no menciona expresamente el uso de arma de fuego como medio comisivo, limitándose a un análisis estrictamente literal de las normas. Por otro lado, existen fallos de otros tribunales que, al considerar que el uso de arma de fuego está implícitamente contemplado como modo de comisión en el art. 79 del Código Penal, concluyen que el art. 41 bis no es aplicable al homicidio simple. No se argumenta aquí que la agravante genérica tenga una extensión dudosa debido a los precedentes contradictorios, sino que los precedentes son contradictorios precisamente porque la extensión de dicha norma es dudosa.

Es innegable que una de las soluciones posibles respecto a la aplicabilidad del art. 41 bis a delitos como los aquí mencionados resulta más beneficiosa para el perseguido penalmente que la otra. De esta manera, toda la discusión podría resolverse eligiendo la alternativa más benigna, basándose en una comprensión amplia del principio *in dubio pro reo*, aplicándolo no solo a casos de duda sobre cuestiones de hecho (su comprensión tradicional), sino también a casos de duda sobre cuestiones de derecho o de interpretación de la ley. Sin embargo, según el punto de vista de la cámara, nuestro orden jurídico solo acoge la máxima de que, en determinado momento procesal (el de la sentencia), y únicamente con respecto a cuestiones de hecho, es obligatorio decidir a favor del imputado. Si se trata de un problema de interpretación de la ley, en el sentido de que resulta dudosa su extensión, la cuestión deberá resolverse en función de los estándares propios del principio de legalidad, en su derivado específico de *lex certa*. Esto significa concretamente que, si la duda es tal que no es posible decidirse a favor de una u otra interpretación sin un considerable esfuerzo argumentativo, la norma en cuestión debe ser declarada inconstitucional por resultar indeterminada. El legislador ha optado por una técnica que, debido a su excesiva generalidad e indeterminación, plantea serias dudas sobre la aplicación de la norma en cuestión a ciertos delitos, incluido el homicidio simple involucrado en esta causa. Estas dudas no pueden ser resueltas mediante una interpretación que evite la declaración de inconstitucionalidad, que es un remedio extremo y solo debe ser utilizado cuando no sea posible adecuar el texto legal en conflicto con la Constitución.

La norma, en efecto, debe ser clara (cierta) para su destinatario, que es el ciudadano común y no el jurista. El ciudadano debe saber con certeza que cometer un homicidio con un arma de fuego es un delito agravado en relación con un homicidio cometido con un arma blanca. Si una norma de derecho penal no es claramente asequible siquiera al jurista especializado (y ello sucede cuando es necesaria una

compleja argumentación para fijar su extensión), es evidente que tampoco lo será para su destinatario.

Las dudas planteadas surgen de la falta de precisión del precepto en cuestión, una consecuencia directa de la técnica legislativa inadecuada empleada para su sanción. En este caso, se utilizó una agravante genérica que, además de ser imprecisa, genera perplejidades específicas de aplicación, como se demostrará más adelante. En este sentido, la doctrina autorizada ha argumentado que las agravantes genéricas no vinculan de manera suficientemente estrecha la descripción de la agravante con un hecho específico. Esto implica una relajación de la ley que no demuestra adecuadamente la conexión entre la agravante y el núcleo del tipo penal en cuestión. La falta de conexión clara entre la agravante genérica y los tipos penales subyacentes viola el principio de legalidad, ya que expone a una represión cuyos alcances no están demarcados de antemano.

El precepto "nullum crimen sine lege" en términos sencillos, establece que una acción solo puede considerarse un delito si existe una ley previa que define esa acción como ilegal. El término "lege", en este contexto bajo análisis, no solo se refiere a la sanción legislativa previa al hecho, sino también a la definición específica de un tipo de acción. La mera existencia de una ley previa no es suficiente; esta ley debe definir concretamente una acción y trazar una figura cerrada en sí misma para permitir la identificación precisa de los comportamientos comprendidos.

Los manuales actuales de derecho penal destacan que el principio de legalidad exige que los presupuestos y las sanciones surjan de una norma jurídica expresa y que los describan con certeza. Los preceptos penales no pueden ser indeterminados, ya que esto impide conocer con exactitud los comportamientos comprendidos.

En el fallo nos encontramos con una amplia cantidad de referencia a bibliografía textual en concordancia con lo que vienen planteando los magistrados, la cámara justifica que es para demostrar la tensión en la que se encuentra la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal no solo con la Constitución, sino también con la interpretación tradicional del principio de legalidad y con el entendimiento universal de este principio como prohibición de normas penales indeterminadas.

La cámara, adelantándose a una posible respuesta por los defensores de la tesis contraria, reconoce que, contrariamente a lo afirmado en los considerandos anteriores acerca del principio de legalidad, podría argumentarse que, en este caso, la falta de precisión de la ley puede ser compensada por la clara intención del legislador. Aunque seguidamente procede a derribar este argumento.

En la exposición de motivos de la ley que introdujo la norma cuestionada, se establece explícitamente que su inclusión tiene como objetivo principal aumentar la prevención en los delitos de homicidio, especialmente aquellos cometidos con armas de fuego. Sin embargo, es importante señalar que esta intención del legislador no se ha reflejado en la realidad, al menos no en la realidad de esta ciudad (Córdoba). Es conocido que el aumento de la pena ejerce una influencia preventiva escasa o nula. Esto ha sido

claramente demostrado en este caso específico: las estadísticas oficiales de la Policía Judicial de Córdoba muestran que, en los casos de homicidios dolosos, el aumento de la pena establecido por el artículo 41 bis para aquellos cometidos con armas de fuego no ha resultado en una disminución significativa de la tasa delictiva correspondiente. De hecho, en los dos años siguientes a la entrada en vigor del artículo 41 bis, la tasa de homicidios con armas de fuego incluso aumentó. Lo que genera serias dudas sobre la eficacia preventiva directa de esta ley, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de esta norma no necesariamente conduciría a un aumento en los casos de homicidio cometidos con armas de fuego, como algunos podrían argumentar.

Es importante considerar que, si bien es plausible la idea de que la determinación de si el uso de un arma de fuego constituye un delito debe inferirse solo a partir del texto expreso de los diferentes tipos penales, también es convincente la idea de que esta determinación debe hacerse mediante un análisis no solo gramatical de cada tipo penal, sino también sistemático de todas las figuras involucradas. Ambas tesis tienen fortalezas: la primera se basa en la claridad que surge de una mención expresa en la ley, mientras que la segunda se apoya en el principio de razonabilidad de las leyes, derivado del artículo 28 de la Constitución Nacional. Este principio establece que una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente.

La cámara sostiene que, al aplicar el método sistemático de interpretación, surge una perspectiva equiparable en validez a aquella basada exclusivamente en el texto explícito de cada tipo penal. Seguidamente veremos esta interpretación:

El art. 104 del CP establece que merecerá pena de uno a tres años de prisión el que dispare un arma de fuego contra una persona sin hierla, y que esa pena se aplicará igualmente si se causare una herida a la que corresponda una pena menor, esto es, una lesión leve (CP, art. 89). Si con un arma de fuego se dispara contra una persona y no se la hiera o se le causa una lesión leve, la pena es de uno a tres años de prisión, por lo peligroso que resulta el medio empleado. Si se le causa –dolosamente– una lesión más grave (las previstas en los arts. 90 y 91 del CP) o –dolosa o imprudentemente– la muerte (arts. 79, 84), corresponde ya que se apliquen estos últimos artículos, más severos que el 104. Queda claro, pues, que, conforme a las valoraciones efectuadas por el legislador específicamente para los distintos tipos de la parte especial del CP, la utilización de un arma de fuego no es motivo suficiente para agravar la pena que corresponde a la causación de lesiones dolosas de cierta entidad (las graves y las gravísimas), ni tampoco para agravar la causación dolosa o imprudente de una muerte. Si la herida es mortal o alcanza determinada entidad, por imperio del propio texto del art. 104 del CP (a la vez absorbente y subsidiario) la utilización de un arma de fuego queda absorbida por esos otros tipos penales, de lo cual se infiere que está contemplada en sus tipos básicos y que, por lo tanto, en virtud a su vez del art. 41 bis, segundo párrafo, la agravante genérica prevista en el primer párrafo de esta última norma no es aplicable a aquellos.

Conforme a esta interpretación sistemática, quedaría descartada la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis a cualquier hipótesis de lesiones, en tanto sean

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

La conclusión a la que se arribaría conforme a esta interpretación sistemática de la ley sería la siguiente: el empleo de un arma de fuego como modo comisivo para la causación de lesiones graves o gravísimas y de homicidios ya ha sido contemplado en los tipos penales básicos respectivos, pues ello es lo que resulta de interpretar dichos tipos en conjunción con aquel que expresamente valora la utilización de un arma de fuego en contra de una persona: el art. 104 del CP. Aun aceptándose entonces, y a solo título de hipótesis argumentativa, la validez del primer párrafo del art. 41 bis, estaría claro, ya por imperio de su segundo párrafo y del art. 104 del CP, que la agravante genérica que aquel introduce no es aplicable a dichos delitos.

Hay argumentos sólidos tanto a favor de una tesis como de la otra. Entonces, ¿qué procede hacer? La Cámara ha determinado que no queda más opción que declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, dado que la existencia de buenos argumentos tanto a favor como en contra de su aplicación a un tipo penal como el que aquí nos ocupa demuestra, sobre todo, que es indeterminada y, por lo tanto, viola el principio de *lex certa*.

Se enfrenta aquí un problema de indeterminación respecto a la extensión de una norma. Esto se debe a que cualquier argumento para sostener su aplicación a determinados casos debe demostrar concluyentemente que no existen razones en contra, o que, si existen, no son de suficiente peso. Sin embargo, ha quedado claro que no solo hay razones de peso en contra, sino que el hecho mismo de que se necesite un argumento a favor de la aplicabilidad de la norma y que deba sortear tantas objeciones plausibles muestra que se ha violado el principio de *lex certa*. No se satisface este principio si solo es posible determinar concluyentemente que la norma es aplicable apelando a consideraciones ulteriores de tal complejidad.

El legislador, para establecer una un aumento de la punibilidad en virtud de la inclusión de una circunstancia agravante con la precisión que la Constitución exige, no tiene otra opción que establecer agravantes específicas para cada delito en particular que, a su juicio, merezca ese mayor reproche, dada la estructura legislativa propia de la parte especial del Código Penal.

Tal como está estructurado el Código Penal, resulta extremadamente dudoso que cualquier agravante genérica pueda cumplir con esta exigencia del principio de legalidad. Además, ha quedado demostrado que está en particular viola dicho principio por las razones expuestas.

Hay una situación en particular para la Cámara que apoya la tesis del déficit de determinación de la norma: el legislador, incluso después de haber sancionado la agravante genérica del art. 41 bis, estableció, mediante otra reforma, una agravante específica por uso de arma de fuego para el delito de robo. Esto demuestra que ni siquiera para el propio legislador estaba claro si aquella agravante incluida tiempo atrás en la parte general del código era aplicable a ese caso, tanto así que debió especificarlo expresamente. No es posible inferir otra razón que no sea la falta de determinación o precisión de aquella norma para explicar este hecho. Si la agravante genérica fuera realmente precisa, no habría sido necesaria esta especificación ulterior. Esa misma indeterminación se detecta al analizar la aplicabilidad del art. 41 bis a otros tipos penales, como homicidio, lesiones y amenazas, según ha quedado demostrado.

La cámara consideró que corresponde, por todo lo expuesto, declarar en este caso la inconstitucionalidad del art. 41 bis, primer párrafo del Código Penal.

3- En relación con la postura en contra que estamos desarrollando, cabe destacar lo señalado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos¹⁸, que también declaró la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal. Según el tribunal, esta agravante genérica, redactada de manera compulsiva atenta contra el principio de igualdad, creando una disparidad simplemente por el uso de un arma de fuego, estableciendo una excepción respecto a quien comete el mismo delito con un arma impropia, como un cuchillo o una soga, cuando el objetivo del delito es el mismo: quitar la vida.

Sobre esto el doctor Chiara Diaz resalto en su voto que a la supresión de la vida puede llegarse a través de una diversidad de medios, entre los cuales podemos incluir, por ejemplo, un bate de béisbol que el autor puede enarbolar contra sus víctimas de manera reiterada, en distintas partes de su cuerpo, hasta provocarle su muerte violenta. Esto conlleva, indudablemente, una mayor odiosidad e intensidad en el accionar delictivo por la forma en que se arribó a dicho resultado si se lo compara con el empleo de un arma de fuego disparada en una sola oportunidad, provocando las lesiones determinantes del deceso. A pesar de esto, en la hipótesis del bate, el acusado queda incurso en una escala que va de ocho a veinticinco años, mientras que en el otro resulta comprendido en una mayor, elevada en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que se verifique razón alguna trascendente para así justificarlo.

¹⁸ "Clari, Gaspar M." STEntreRios, SalaIProcedimientosConstitucionalesPenal, 15/06/2004, *La Ley Online* (TR LALEY AR/JUR/4795/2004).

El tribunal también señaló que la norma vulnera el principio de legalidad, al agravar genéricamente las penas sin especificar el delito correspondiente.

4- Por su parte el tribunal en lo criminal de Necochea¹⁹, entre otros argumentos, sostuvo que Corresponde desestimar el pedido de agravar el delito de homicidio por el uso de un arma de fuego. Al tratarse el homicidio de un delito de resultado, se encuentran previstas sus diferentes modalidades de ejecución y, por ende, los medios posibles de su comisión. Cualquier agravamiento de la pena en abstracto por el hecho de utilizar un medio determinado implica una doble valoración jurídico-penal de la misma circunstancia, contraviniendo la garantía del *ne bis in idem*.

El empleo de un instrumento mortal para causar una muerte no puede agravar el homicidio, sin perjuicio de que la naturaleza del instrumento empleado pueda ser considerada al graduar la pena dentro del marco de la escala penal del homicidio, como ya lo posibilitan las circunstancias previstas en la redacción de los artículos 40 y 41 del Código Penal. Esta interpretación es sostenida tanto por los autores como por la práctica jurisprudencial.

En consonancia con esta interpretación, Pazos menciona que el código argentino adoptó un sistema que establece criterios generales de los cuales el juez debe deducir las agravantes y las atenuantes en cada caso, según lo estipula el artículo art 41, CP. Una norma como esta es esencial en cualquier código, pues es la que otorga la pauta de la función de la pena que rige la ideología codificadora.

Existe un sistema de cálculo de pena que puede variar entre una regulación estricta o una discrecionalidad judicial absoluta. Nuestro código prevé penas absolutas en algunos casos y penas divisibles como regla general, estableciendo un marco penal dentro del cual se debe determinar la pena a imponer en cada situación particular. Los arts. 40 y 41 del CP fueron establecidos por el legislador como temas neutros, reconociendo la imposibilidad de definir la variedad de matices que puede presentar el delito.

La cuantificación de la pena se realiza considerando la naturaleza de la acción y los medios empleados para llevarla a cabo, así como la magnitud del daño y peligro causados. No obstante, los tipos penales ya incluyen circunstancias que fundamentan el ilícito y no pueden ser reconsideradas al fijar la pena en un caso concreto para evitar la doble valoración. Estas circunstancias ya forman parte del disvalor del injusto y, por lo tanto, no pueden ser agregadas nuevamente para aumentar la pena. Lo anterior no implica que el mismo elemento se tome en cuenta en la cuantificación de la pena para particularizar su intensidad, siempre que no implique una nueva desvaloración sino una mayor especificación del grado de una única desvaloración.

El artículo 41 bis, por su ubicación, viene a reformar el sistema anterior,

¹⁹ "Durrutty, Horacio Santos y Nogueira, Victor Jesús" TCrimNecochea, Nro 1, 17/03/2009, LLBA 2009 (junio), 575 (TR LALEY AR/JUR/3109/2009 pp. 14-16).

resultando extraño a la matiz del código y debe cuidarse de no caer en el non bis in ídem.²⁰

5- Dentro de las posturas que sostienen que la agravante genérica por el uso de un arma de fuego es aplicable al delito de homicidio y las que niegan su aplicabilidad, la Cámara Federal de Casación Penal²¹ ha adoptado una postura que podría considerarse intermedia. Esta perspectiva sostiene que la agravante en ocasiones aplicaría, pero no directamente.

En particular, se argumenta que la agravante genérica por el uso de un arma de fuego no es aplicable al homicidio si ésta (el arma de fuego) no fue utilizada previamente para limitar las defensas del sujeto pasivo, sino que fue accionada directamente para la ejecución del hecho. Esta perspectiva se alinea más con las críticas en contra de la aplicación automática de dicha agravante, fortaleciendo la postura de que no debe haber una doble valoración jurídico-penal en estos casos, es por eso que decidí incluirla dentro de las posiciones en contra.

En este sentido, se señala que la razón de la agravación genérica debe buscarse en el mayor peligro creado para el bien jurídico por el empleo de un instrumento eventualmente mortal. Esto se debe a que el empleo de un instrumento mortal para causar una muerte no puede agravar el homicidio, sin perjuicio de que la naturaleza del instrumento empleado pueda ser considerada al graduar la pena en el marco de la escala penal del homicidio, como ya posibilita la naturaleza de los medios empleados prevista como circunstancia en la redacción del art. 40, y 41 del código penal.

Se ha admitido la posibilidad de que la agravante genérica del art. 41 bis sea aplicable también en casos de homicidio. Sin embargo, se ha dejado a salvo que ello no sucederá en todo homicidio realizado con arma de fuego, sino cuando ésta se hubiese empleado para ejercer 'violencia o intimidación sobre la víctima'. Esto supone una ocurrencia previa al acto de disparar letalmente, para amedrentar u obligar a la víctima a los designios del homicida; actúa como un especial elemento subjetivo de la modalidad comisiva, colocado en una agravante genérica y excede al tipo subjetivo de la especie, que es el dolo homicida.

Si entendemos que el ejercicio de la violencia que contempla el art. 41 bis es concomitante con el acto mismo de producción del homicidio, estaríamos valorando doblemente el mismo extremo, ya que el tipo penal acuñado en el art. 79, de por sí presupone un acto de violencia para producir el resultado letal; por lo tanto, esta interpretación es la que armoniza más acabadamente con los preceptos constitucionales.

Así las cosas, el ejercicio de la violencia o intimidación referidos por la norma, aluden a los momentos previos a la producción en sí misma del homicidio, se debe

²⁰ PAZOS Crocitto, op. Cit., p. 127 y ss.

²¹ "Medina, Alberto D." C. Fed. Casación Penal, sala II, 27/12/2011, ... (TR LALEY AP/JUR/959/2011 pp. 2-3).

verificar la existencia del plus exigido por la norma en estudio, antes de la propia acción que termina con la vida del damnificado.

ESTUDIOS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL AUMENTO DE LAS PENAS.

Es común escuchar, en los medios de comunicación y en los comentarios de la gente, el reclamo de una mayor severidad por parte del Estado en la lucha contra el crimen. Basta simplemente con ingresar a leer los comentarios de cualquier publicación periodística relacionada con un hecho delictivo en internet para corroborarlo. Estas voces claman por un aumento de las penas, una reducción de la edad de imputabilidad y una política de "mano dura" como soluciones efectivas para disminuir la criminalidad, aunque suelen expresar su reclamo de una manera mucho más informal y violenta. Esta percepción se ha arraigado profundamente en el imaginario colectivo, llevando a muchos a creer que el endurecimiento de las sanciones penales es la respuesta adecuada para combatir la delincuencia. Creencia que hasta no hace mucho tiempo atrás yo mismo sostuve. Sin embargo, surge una pregunta fundamental: ¿es realmente correcta esta percepción?

Durante los últimos 25 años, las tasas de encarcelamiento en Argentina se han triplicado, a diferencia de lo sucedido en países como Estados Unidos o en Europa. Este es un fenómeno multicausal, que se debe a factores económicos, sociales, culturales y políticos. Aunque no es exclusivamente por causa de reformas legislativas, los cambios legislativos regresivos y su consecuente interpretación judicial tienen un impacto considerable en su incremento.²²

En el contexto de mi análisis legal sobre el agravante genérico que incorpora el artículo 41 bis como medida para enfrentar un incremento significativo en la criminalidad, considero pertinente mencionar, aunque de manera no exhaustiva, las conclusiones de un estudio relevante en este campo: "The Deterrent Effect of Imprisonment"²³. Aunque no es el objetivo central de mi investigación realizar un análisis profundo de esta temática, sus hallazgos ofrecen una visión general valiosa sobre la eficacia de las políticas de endurecimiento de penas.

En el mencionado estudio, se concluye que no hay evidencia empírica de que un aumento en la severidad del castigo tenga un efecto disuasorio sustancial, tal como lo pensó el legislador argentino. Lo que sí se concluye que tiene un efecto disuasorio deseado es la probabilidad de detención y encarcelamiento, es decir, la certeza del castigo. Que el sujeto que va a delinquir sea consciente de que tiene una alta probabilidad de ser atrapado. Por lo tanto, la mejor opción no es incrementar la pena si

²² Gual, Ramiro y Sanz, Alejandro, "Penas desproporcionadas e inflación punitiva. Una tragedia en cuatro movimientos" *Estudios sobre jurisprudencia*, 26/09/2023. Pp. 111- 136.

²³ Durlauf, Steven N. and Nagin, Daniel S., "1. The Deterrent Effect of Imprisonment". *Controlling Crime: Strategies and Tradeoffs*, edited by Philip J. Cook, Jens Ludwig and Justin McCrary, Chicago: University of Chicago Press, 2011, pp. 43-94.

el sujeto confía en que no será atrapado o que, de serlo, no tiene muchas probabilidades de ser penado.

La solución que se presenta como una alternativa mejor es un incremento en el número de policías y sus recursos, así como un mejoramiento en la logística y la formación. Por ejemplo, la vigilancia de puntos conflictivos disuade la delincuencia, al igual que las formas de actuación policial orientadas a la resolución de problemas, la respuesta rápida a las llamadas de emergencia y las investigaciones más intensivas. La amenaza inminente de encarcelamiento es un poderoso incentivo; la certeza, más que la severidad del castigo, es un elemento disuasorio más efectivo. Las consecuencias no tienen por qué ser draconianas, solo lo suficientemente costosas como para disuadir el comportamiento prohibido.

El ladrón, por ejemplo, roba porque confía en que no será detenido. Lo eficaz en este caso sería aplicar el derecho penal, no imponer una pena más severa. Es mucho más efectivo tener policías que detecten a los delincuentes que imponer penas más severas por mismo delito; si se aumenta la pena pero no se persigue, no sirve para nada. ¿Cuántas veces vemos en las noticias que quienes cometen delitos tienen cientos de antecedentes o han sido detenidos y liberados sin consecuencias? En tales casos, el problema no es la falta de leyes o la severidad de las penas, sino la efectividad en la aplicación de la ley. Es fundamental que las sanciones sean aplicadas de manera efectiva y que exista una verdadera repercusión para aquellos que transgreden la ley

Lo que sí es cierto, y no es un dato menor, es que es más barato aumentar la pena que destinar más recursos para mejorar el sistema que ya tenemos. Es por eso que los políticos suelen recurrir a las modificaciones penales, más allá de que todo quede en el mero simbolismo.²⁴

CONCLUSIÓN

Después de sumergirnos en el contexto social que precedió a la reforma legislativa, explorar las diversas posturas en juego y analizar críticamente la efectividad del aumento de las penas en relación con el índice de criminalidad, es crucial ahora extraer conclusiones que vayan más allá de las percepciones superficiales y aborden la complejidad subyacente en el tema.

Como hemos observado anteriormente, la relación entre el aumento de las penas y la disminución de la criminalidad no muestra una correlación clara. A pesar de las demandas populares y las respuestas legislativas que buscan abordar el crimen mediante sanciones más severas, la evidencia empírica sugiere que esta estrategia puede no ser tan efectiva como se espera. Este desajuste entre la percepción pública y la realidad sobre la eficacia de endurecer las penas plantea interrogantes significativos

²⁴ Mir Puig, Santiago, "No sirve aumentar las penas contra los delincuentes" *La Nación*, 30/01/2008, disponible en la web oficial del periódico de difusión nacional *La Nación* en: <https://www.lanacion.com.ar/cultura/no-sirve-aumentar-las-penas-contra-los-delincuentes-nid982996>

sobre la dirección de las políticas criminales y la necesidad de considerar enfoques alternativos para abordar el problema de manera más efectiva.

En este sentido, resulta imperativo que el legislador evite caer en soluciones simplistas y simbólicas como la implementación de agravantes genéricos, ejemplificados en el artículo 41 bis. Este tipo de medidas, más allá de su apariencia de contundencia ante el delito, pueden ser contraproducentes y, en lugar de abordar las complejas causas del crimen, perpetúan un ciclo de respuesta punitiva sin enfrentar adecuadamente las raíces del problema.

La medida, más allá de no haber alcanzado la efectividad esperada, adolece de una técnica legislativa perezosa y desprolija, lo que conlleva una serie de problemas jurídicos. La norma presenta una multitud de argumentos y posturas, donde, partiendo ambos de los mismos artículos, se llegan a conclusiones totalmente distintas, con igual peso. Esto evidencia un problema de indeterminación significativo, que choca contra los principios básicos de nuestro Estado de Derecho, como el principio de legalidad, en su derivado de ley cierta, y el principio de *ne bis in idem*. No es mi intención volver a repasar los argumentos mencionados arriba, pero es crucial señalar que la falta de claridad y coherencia en la redacción legislativa puede socavar la confianza en el sistema legal y generar inseguridad jurídica. En lugar de optar por soluciones simplistas, el legislador debería dedicar sus esfuerzos a un análisis detallado de cada situación y considerar enmiendas específicas que aborden las complejidades de cada delito de manera justa y proporcionada.

En un Estado de Derecho, es fundamental que se cumpla con lo que las leyes mandan, ya que esto garantiza igualdad, previsibilidad y justicia en su aplicación. No basta con promulgar leyes para abordar problemas específicos; es primordial que estas se elaboren y sancionen conforme al ordenamiento jurídico vigente. Soluciones improvisadas y mal diseñadas, conocidas coloquialmente como "atadas con alambre", aunque frecuentes en Argentina, no sólo son ineficaces, sino que también pueden generar complicaciones adicionales. Para fortalecer la confianza en el sistema legal y evitar la inseguridad jurídica, es esencial que las leyes sean claras, coherentes y aplicables desde su concepción. Solo así se podrá asegurar un marco legal justo.

Es por ello que no queda más que concluir que el artículo 41 bis, por todo lo expuesto anteriormente, no se ajusta al marco constitucional. Hablando particularmente del delito de homicidio, si el legislador desea que este se vea agravado por el uso de un arma de fuego, debería incorporarlo de manera expresa y específica en la legislación.

Además, es esencial subrayar que, aunque el legislador debe actuar con cautela y rigor al sancionar cualquier tipo de ley, esta precaución debe ser aún mayor en el ámbito del derecho penal. El derecho penal, como *última ratio*, debe ser manejado con extrema diligencia y responsabilidad, asegurando que cada norma sancionada respete estrictamente los principios y garantías fundamentales del Estado de Derecho.

La precisión y la claridad en la redacción legislativa no solo previenen interpretaciones ambiguas y contradictorias, sino que también garantizan que las leyes sean aplicadas de manera justa y equitativa. Por lo tanto, es imperativo que el legislador, al diseñar y promulgar leyes penales, adopte un enfoque meticuloso y considerado, que aborde las complejidades de cada delito de manera justa y proporcionada, y que no se limite a soluciones superficiales o simbólicas. Estas soluciones, aunque puedan proyectar una imagen de un legislador atento a los problemas sociales, no resuelven los problemas de fondo y no contribuyen a una justicia verdadera y efectiva.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AGUIRRE, Guido J. "Homicidio agravado a la luz del art. 41 bis del C.P" *Supl. Penal* 2009 (diciembre), 53; *La Ley* 2010-A, 135 (TR LA LEY AR/DOC/4036/2009)
- BREGLIA ARIAS, Omar, "Consideraciones sobre el homicidio simple en el Código Penal argentino" *DJ* 2005-1,995 (TR LALEY AR/DOC/530/2005).
- DURLAUF, Steven N. and NAGIN, Daniel S., "1. The Deterrent Effect of Imprisonment". *Controlling Crime: Strategies and Tradeoffs*, edited by Philip J. Cook, Jens Ludwig and Justin McCrary, Chicago: University of Chicago Press, 2011, pp. 43-94.
- GUAL, Ramiro y SANZ, Alejandro, "Penas desproporcionadas e inflación punitiva. Una tragedia en cuatro movimientos" *Estudios sobre jurisprudencia*, 111-136.
- IELLIN, Dalia, "Art. 40 a 41 quarter", en AA.VV., *Código Penal comentado y anotado parte general (Artículos 1° a 78 bis)*, D'Alessio, Andrés José (director), 1ª edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, 784 páginas.
- MIR PUIG, Santiago, "No sirve aumentar las penas contra los delincuentes" *La Nación*, 30/01/2008, disponible en la web oficial del periódico de difusión nacional *La Nación* en: <https://www.lanacion.com.ar/cultura/no-sirve-aumentar-las-penas-contralos-delincuentes-nid982996/>
- PAZOS Crocitto, José I., "Los homicidios atenuados" 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, 322 páginas.
- Revista La Ley, BO, 22-9-00.
- SIMAZ, Alexis L., "Algunas reflexiones sobre el Art. 41 Bis del Código Penal Argentino. Agravación genérica – o no tanto- por el empleo de armas de fuego", *DJ*2002-3, 151 (TR LALEY AR/DOC/2758/2001).
- SLOKAR, Alejandro, "Agravamiento genérico por empleo de arma de fuego", BAIGUN David y ZAFFARONI Eugenio R. (directores.), *Código Penal y normas*

complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 2A." 703 páginas.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- "Arce, José Alberto" CAcusacionCordoba, 26/06/2009, *La Ley Online* (TR LALEY AR/JUR/24611/2009).
- "Clari, Gaspar M." STEntreRios, SalaIProcedimientosConstitucionalesPenal, 15/06/2004, *La Ley Online* (TR LALEY AR/JUR/4795/2004).
- "Durrutty, Horacio Santos y Nogueira, Victor Jesús" TCrimNecochea, Nro 1, 17/03/2009, *LLBA* 2009 (junio), 575 (TR LALEY AR/JUR/3109/2009).
- "Galván, Manuel Segudo", TCrimMoron Nro 1, 09/09/2009, *Supl. Penal* 2009, 52, con nota de Guido J. Aguirre; *LA LEY* 2010-A, 134, con nota de Guido J. Aguirre.
- "Lezcano, José L." Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal, 17/10/2003, *Thomson Reuters* (TR LALEY 30010410).
- "Medina, Alberto D." C. Fed. Casación Penal, sala II, 27/12/2011, *Thomson Reuters Online* (TR LALEY AP/JUR/959/2011).
- "R., F. A." Trib. Casación Penal Bs. As. en pleno, 19/04/2013, *RDP* 2013-7-1533 (TR LALEY AP/JUR/283/2013).
- "Romero, Víctor J." CCrimCorrientes, Nro1, 03/03/2004, *LLLitoral* 2004 (julio), 636 (TR LALEY AR/JUR/559/2004).