

DIFICULTADES DOGMÁTICAS SURGIDAS EN TORNO A LAS LLAMADAS AGRAVANTES GENÉRICAS

El caso del art. 41 bis del Código Penal

Por María Valeria Trotti ()*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. DESARROLLO 1. Distintas consideraciones en torno a las agravantes en general y a las agravantes genéricas en particular 1.1. Ubicación sistemática de las agravantes genéricas en la teoría del delito y de la pena 1.2. Clasificaciones 1.3. El caso previsto en el art. 41 bis de CP 2.1. Concepto y fundamentos 2.2. Aplicación de la figura III. CONCLUSIÓN IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, ha despertado interés el estudio de las recientes modalidades agravatorias de las penas incorporadas a la parte general de nuestro código penal, las cuales han sido denominadas *agravantes genéricas*. Sin embargo, el abordaje de cada una de estas agravantes resulta deficitario desde el comienzo, pues su estudio no encuentra reflejo en una estructura general que las conceptualice y sistematice.

En razón de ello, es que en el presente trabajo se formula una aproximación al problema sugerido marcando una serie de aspectos que el mismo comprende. En primer lugar, se esquematizará el marco conceptual en que se sitúa el examen de las circunstancias agravantes, luego se reseñará la discusión existente en la dogmática local y extranjera acerca de la posición que ocupan las agravantes genéricas dentro de la teoría del delito o de la pena y, por último, se mostrarán algunas clasificaciones diseñadas y las consecuencias prácticas que las mismas acarrearán.

En segundo lugar, el análisis propone ser más concreto, esto es, se toma la agravante genérica dispuesta en el art. 41 bis del CP, dando cuenta de las dificultades interpretativas que la misma acarrea a raíz de la falta de adecuación de ésta a una teoría general que le de una base sólida que justifique su contenido.

II. DESARROLLO

1. Distintas consideraciones en torno a las agravantes en general y a las agravantes genéricas en particular

* Mail: valetrotti@hotmail.com

Antes de analizar los distintos aspectos relacionados con las agravantes de la pena en general y las características asignadas por la doctrina a las agravantes genéricas en particular, es preciso reseñar las disposiciones legislativas de la materia, a los efectos ubicar el marco normativo en que fueron incorporadas las prescripciones relativas a las modalidades agravatorias de la pena.

En el Código Penal Argentino de 1921, en cuanto a la forma de conminación de las penas en abstracto, se estableció un sistema de penas absolutas (o perpetuas) y relativas (o temporales). La determinación en abstracto de estas últimas consiste en una escala penal que cuenta con un mínimo y un máximo fijados en razón del tiempo de duración (reclusión, prisión e inhabilitación) o de la cantidad (multa). Además, se estableció en la parte especial del código un elenco de circunstancias calificantes (o agravantes) de las figuras básicas que modificaban sus escalas penales.

En cuanto a la individualización de la pena, el digesto mencionado adoptó un sistema flexible de agravantes. A través de este sistema, el juez valoraba una serie de circunstancias descriptas en la ley en forma enunciativa a efectos mensurar la pena en concreto dentro de la escala penal prevista en abstracto¹.

El estado de la cuestión se modifica cuando con posterioridad a la sanción del código, se incorporan una serie de disposiciones normativas que inciden en la determinación de la pena, y que han sido popularizados por la doctrina como *agravantes genéricas*.

Estas circunstancias que inciden cargosamente en la pena han sido dispuestas, con ciertas particularidades, en la parte general y especial del Código Penal, y en las leyes complementarias. A modo de ejemplo, vale traer a colación las previstas en los arts. 20 bis, 22 bis, 41 bis², 41 quater de la Parte General, en el art. 227 ter de la Parte Especial, en el art. 2 de la ley 24.192 (Régimen penal y contravencional para la prevención y represión de la violencia en espectáculos deportivos), en el art. 2 de la ley 23.592 (Actos discriminatorios), y en el art. 11 de la ley 23.737 (Estupefacientes), entre otras.

Durante la mencionada evolución legislativa, los análisis doctrinarios producidos han carecido de un desarrollado unívoco, lo cual ha dificultado el punto de arranque del estudio de cualquiera de los casos concretos que las agravantes genéricas abarcan.

¹ Una sintética explicación de la evolución de las agravantes en nuestra legislación nacional en SOBERANO Marina, "El art. 41 bis del Código Penal o la venganza del principio de legalidad", *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2002-A, pp. 224 a 228.

² SLOKAR, Alejandro W, en *Código Penal y normas complementarias: Análisis doctrinal y jurisprudencial: Arts. 35 al 55. Parte general*, BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores) y TERRAGNI Marcos A. (coordinador), Ed. Hammurabi, Buenos Aire, 2007, Tomo 2, volumen A, p. 120.

En este marco, se advierte que el estudio dogmático de dichas agravantes debe ser enmarcado dentro de las referencias legislativas locales en las que éstas se hallan dispuestas, aunque no debe perderse de vista las consideraciones efectuadas por la doctrina extranjera en cuanto encuentren punto de contacto con nuestras instituciones.

Se ha tomado para el estudio de estas circunstancias la denominación *agravante genérica*, aunque dicha expresión ha sido utilizada por la mayoría de los autores con contenidos y alcances diferentes, como se pretende evidenciar en los párrafos que siguen.

1.1. Ubicación sistemática de las agravantes genéricas en la teoría del delito y de la pena

Con las aclaraciones expuestas anteriormente, este capítulo se referirá a las distintas ideas desarrolladas por la doctrina en relación con el análisis sistemático de las circunstancias genéricas que agravan la pena.

Antes de ello, vale recordar como antecedente que no siempre se ha discutido sobre la base de las categorías elaboradas en la teoría del delito. En efecto, tanto quienes trataban a las agravantes dentro de los dos aspectos comprendidos en la dicotomía carrariana relativos uno a la conducta exterior del agente y el otro a las reacciones y procesos psíquicos de éste, como la escuela positiva criminológica que sólo resaltaba en relación a aquéllas este último aspecto, coincidían en que las agravantes debían tratarse como determinantes de la penalidad³.

Con el estudio de los elementos de la teoría del delito, aparecen una serie de situaciones problemáticas. En primer lugar, se discute si las agravantes deben continuar tratándose como circunstancias relativas a la teoría de la pena (en particular, dentro del capítulo de la medición de la pena), o si su estudio debe entroncarse en la teoría del delito.

En cuanto a la primera discusión, es oportuno traer a colación que la dogmática española ha desarrollado el tema con mayor profundidad. Así, Mir Puig denomina *circunstancias modificativas de la responsabilidad* al elenco de estas circunstancias atenuantes y agravantes de la pena en concreto previstas en la parte general del Código Penal español (art. 21 a 23 del CP). A estas circunstancias modificativas las define como *elementos accidentales del delito* pues entiende que de ellos no depende el ser del delito, sino sólo su gravedad⁴.

En el mismo sentido, Bacigalupo señala que el mencionado digesto ha tomado un sistema de reglas que regulan la graduación de la gravedad relativa de los delitos, siendo que

³ BAIGÚN, David *Naturaleza de las circunstancias agravantes* Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, pp. 26/7. Muchas de las ideas de la escuela positivista fueron tomadas en los sistemas adoptados por los proyectos anteriores y concomitantes a la sanción del código, como por ejemplo el sistema taxativo de agravantes, ver Soberano Marina, ob.cit., pp. 227 y 233.

⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* 5ª Edición, Ed. Reppetor Barcelona, 1998, pp. 602/603.

las circunstancias agravantes y atenuantes completan accidentalmente la descripción típica y, consecuentemente, se rigen por las reglas de la tipicidad en lo referente a la subsunción y a la conexión que debe existir entre el tipo objetivo y el subjetivo.

Sin embargo, el autor agrega que el catálogo de agravantes y atenuantes pertenece más al ámbito de individualización de la pena que al de la teoría del delito, por lo que critica que el legislador español –ingenuamente- haya pretendido convertir los problemas valorativos de la gravedad del delito en cuestiones de subsunción, suponiendo que de esta manera se ganaría en seguridad jurídica⁵.

De otro costado, Mir Puig sostiene que no hay unanimidad en cuanto a la naturaleza de las circunstancias agravantes, pues ella va a depender de la concepción dogmática que se adopte. Por ello, señala que no coincidirán causalistas y finalistas, ni tampoco aquellos que sostengan diferentes concepciones de la imputación personal⁶.

No obstante ello, el autor acentúa que la ventaja que conlleva considerar a las agravantes dentro de la teoría del delito consiste en que con ello se vincula dicha teoría con la determinación de la pena por razón de circunstancias. Señala que la determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y por ende, dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito. Así, las circunstancias que aumentan la cantidad de injusto penal o la posibilidad de imputación personal del hecho agravarán la pena según el caso⁷.

El mencionado dogmático repara que mientras que las circunstancias modificativas afectan normalmente al delito en su gravedad, los efectos que la ley les atribuye sobre la pena corresponden siempre a la teoría de la pena, dentro de la cual han de contemplarse las reglas de determinación de la pena⁸.

Ahora bien, luego de las referencias halladas en la doctrina extranjera, se observa que en la dogmática local resultan escasos los trabajos acerca de las agravantes de la pena en general. A su vez, quienes efectúan algunas consideraciones al respecto varían en el contenido y alcance asignado a las mismas.

Así, luego de una profusa reseña de los antecedentes legislativos de los arts. 40 y 41 del CP y de distinguir entre agravantes específicas y genéricas, Finzi formula un concepto de

⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 240, 595/596.

⁶ MIR PUIG, Santiago, ob.cit., p. 616.

⁷ MIR PUIG, Santiago, ob.cit., p. 603. Sin perjuicio de ello, se aclara que puede graduarse la pena en atención a consideraciones relacionadas con la finalidad preventiva de la pena externas al hecho cometido, como son determinadas conductas posteriores al delito y las expectativas de comportamiento futuro del delincuente.

⁸ MIR PUIG, Santiago, ob.cit., p. 604.

las agravantes genéricas en base a su naturaleza jurídica⁹. Entiende que las “circunstancias” previstas en dichas normas no son circunstancias de agravación o de disminución del delito en su sentido técnico, sino que ellas se configuran según el sentido común del lenguaje como “accidentes, coyunturas, situaciones de tiempo, lugar, modo, etc., que están unidos a la substancia de algún hecho”.

Añade que dichas circunstancias se limitan a indicar los elementos de juicio de los que el juez debe servirse en la valoración realística y sintomática del delito, en otras palabras, los criterios que deben seguirse por él en la aplicación de la norma abstracta al caso concreto, en la adaptación de la sanción a la precisa entidad del delito y a la peligrosidad culpable¹⁰.

Por otra parte, se observa que un sector importante de la doctrina nacional sólo se limita a tratar las modalidades agravatorias específicas de las penas ubicadas dentro de la Parte Especial del Código Penal¹¹. Entre quienes formulan un examen general de las agravantes en el marco de la clasificación de los tipos (o de los delitos), toman como base para distinguirlos el criterio de la relación de lo general y lo especial, dividiendo entre tipos básicos (fundamentales o generales) y tipos especiales calificados, los cuales constituyen circunstancias que aumentan o agravan la criminalidad, incorporando dentro de este grupo a las agravantes específicas¹².

Teniendo en cuenta dicha clasificación, se ha caracterizado a las agravantes genéricas distinguiéndolas de los tipos especiales calificados (que se reputan como agravantes

⁹ En contra, BAIGÚN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 33. El autor rechaza que exista una única naturaleza jurídica de las agravantes genéricas.

¹⁰ FINZI, Marcelo, “La adaptación de la pena al delincuente según los arts. 40 y 41 del Código Penal (atenuantes y agravantes)” *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Nros. 3 y 4, Año XVII, Córdoba, 1953, p. 189 y 190. FINZI descarta que las circunstancias de los arts. 40 y 41 tengan un sentido técnico legal, el cual las define como aquéllas “formas accidentales posibles pero no necesarias de un delito” cuya función característica “consiste en alterar el delito en su gravedad, en más o menos”. Resulta útil la distinción del autor porque este trabaja a las circunstancias del art. 40 y 41 del CP como agravantes genéricas, lo que nos fuerza a encontrar diferencias con las previstas en el art. 41 bis, por ejemplo.

¹¹ Como ejemplo, se reseñan el elenco de agravantes del homicidio contenidas en el art. 80 del CP. MIR PUIG, dentro del esquema reseñado previamente califica a dichas circunstancias como *elementos típicos accidentales* para distinguirlos de los *elementos accidentales del delito*. Señala que si bien ambos son elementos accidentales que marcan la gravedad del delito, su diferenciación es necesaria pues existen ciertas normas en la legislación española que sólo se dirigen a aquellos últimos, ob.cit, p. 603.

¹² NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte General* actualizado por Roberto SPINKA y Félix GÓNZALEZ, Ed. Lerner, Córdoba, 1999, pp. 144 y 145, SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, Tomo II, pp. 163/164, CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte General” 4ª Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 212/213.

específicas). En este sentido, se ha expresado que dichas agravantes se ubican en la Parte General del Código Penal y enuncian ciertas circunstancias que en el caso de existir hacen más grave la pena. Se añade que dichas circunstancias no son elementos constitutivos o calificantes del delito de que se trate¹³.

Una posición más reciente menciona que la doctrina ha intentado dar diversos argumentos para sostener que algunas disposiciones de la normativa penal¹⁴, forman parte del catálogo de agravantes genéricas. Sin embargo, según esta postura sólo las circunstancias enunciadas en el art. 41 del CP pueden ser consideradas tales¹⁵.

En este sentido, se define como agravante genérica a aquélla que encontrándose o no en la parte general del código, describe elementos flexibles no constitutivos ni cualificados de un tipo penal, que inciden sólo en la culpabilidad del sujeto por el hecho cometido, y que permiten al juzgador evaluar el hecho dentro de la escala penal fijada para éste en la parte especial del código (y leyes especiales por aplicación del art. 4 del CP)¹⁶.

De ello, se infiere que la agravante genérica debe contar con dos características definitorias, a saber: que la circunstancia agravante descripta no pueda ser entendida como constitutiva de un tipo especial -es decir, que aun cuando sea genéricamente formulada no deba pasar a formar parte del tipo penal al que se intente aplicar-, y que dicha circunstancia incida en la culpabilidad del sujeto por el hecho.

Para Bacigalupo, conforme lo referenciado *supra*, las agravantes genéricas son elementos accidentales de cualquier tipo penal contenido en la parte especial. En una posición similar, se comprende que para la aplicación de dichas agravantes deben verificarse determinadas circunstancias en la comisión del delito, las cuales importan formas ampliatorias de los tipos penales no determinados (de allí su calificativo de genéricas) pasando éstas a integrar las figuras de la Parte Especial, precisamente a efectos de la aplicación del agravamiento de la pena¹⁷.

Con una visión más ecléctica, Baigún señala que las agravantes no responden a un mismo origen y que su naturaleza es variada, por lo que resulta impropio incluir a las

¹³ VERA BARROS, Tomás en Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Lascano Carlos (h) director, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000, p. 476.

¹⁴ Por ejemplo, arts. 40 y 41, la reincidencia, los arts. 20 bis y 22 bis incorporados por ley 17.567 y el art. 227 ter incorporado por la ley 23.077.

¹⁵ SOBERANO, Marina, ob.cit. 229.

¹⁶ SOBERANO, Marina, ob.cit. 229.

¹⁷ LURATI Carina, en *Reformas Penales*, Donna, Edgardo A. director, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 60.

agravantes como un cuerpo homogéneo dentro de la teoría del delito. Ello es así, sin perjuicio de que a todas le asiste el carácter común de determinantes de la pena.

En este orden de ideas, partiendo de una concepción material del tipo, afirma que la mayoría de las agravantes reviste naturaleza típica cuando de una u otra manera, coadyuvan a la formación de la figura, esto es, forman parte de su contenido sea en forma genérica o específica. Además, califica como agravante a la peligrosidad del autor vigente al momento del acto, la cual se incorpora dentro del análisis del concepto de culpabilidad como desvalor del ánimo del autor. Por último, examina aquellas circunstancias agravantes que no se producen al momento del hecho, sino que son contempladas en la etapa de mensuración concreta de la pena¹⁸.

De lo precedentemente expuesto, se advierte la diversidad de posturas en torno a la ubicación y delimitación del problema de las agravantes genéricas.

Así, las discusiones giran entre quienes entienden que las agravantes genéricas se definen en función de su esencia y quienes rechazan esta identificación puesto que éstas no cuentan con una naturaleza jurídica única.

Por otra parte, difieren quienes sostienen que deben tratarse a las agravantes como circunstancias relativas a la teoría de la pena (en particular, dentro del capítulo de la medición de la pena) y quienes entienden que el estudio de las agravantes debe entroncarse en la teoría del delito. Entre estos últimos, a su vez, varían las posiciones sobre si dichas circunstancias deben valorarse dentro de uno o de varios elementos de la teoría del delito y, en su caso, qué criterio debe utilizarse para incorporar a aquéllas dentro del elemento correspondiente

En definitiva, lo anterior trae aparejado un alto grado de inseguridad jurídica a la hora de analizar una agravante en particular en un caso concreto, lo que ha sido advertido recientemente por la jurisprudencia local¹⁹.

1.2. Clasificaciones

Normalmente, las clasificaciones implican una elección de elementos a los que se les otorga un orden de importancia o jerarquía que resultan de criterios subjetivos. No obstante ello, dichas clasificaciones son útiles en la medida que las distinciones en ellas propuestas cuenten con algún efecto práctico, o contribuyen, al menos, a dar nociones útiles para determinar cuándo se configura una agravante genérica de la pena.

Es evidente que la variedad de razones que fundamentan las circunstancias agravantes han dificultado una sistematización de éstas, de modo tal que a partir de dicha sistematización se les aplique uno o varios principios aceptados por la doctrina y la jurisprudencia.

¹⁸ BAIGÚN, David, ob.cit., pp. 36/38, 41/42, 50/51.

¹⁹ Cámara de Acusación de Córdoba, “Arce”, A.I. n° 306, 26/06/09.

En primer lugar, Finzi clasifica las circunstancias agravantes en dos grupos, a saber: las primeras son específicas o especiales, porque sólo rigen con respecto a algunos delitos, es decir, son propias de una determinada figura delictiva (por ejemplo: el escalamiento en el hurto); las segundas se denominan *comunes* o *generales* (por ejemplo: el motivo según el código penal italiano), que rigen en relación a todos los delitos, es decir, que se aplican indistintamente a uno u otro delito²⁰.

Luego, con respecto a las llamadas circunstancias comunes o generales, el autor distingue dos sistemas seguidos por los códigos. Hay códigos que establecen que el aumento o la mitigación de la pena que se tiene que aplicar por efecto de circunstancias agravantes o atenuantes, debe hacerse *sobre la cantidad de la pena que el juez aplicaría al culpable si no concurriera la circunstancia*, como por ejemplo, es el sistema del Código Penal italiano (art. 63 primer párrafo), imitado por el art. 50 del Código Penal brasileño. En cambio, señala que en otros Códigos la ley hace la enumeración de circunstancias de agravación o de atenuación con valor legislativamente prefijado *a objeto de dar criterios para graduar la pena* dentro del mínimo y del máximo que corresponde a cada figura. Ejemplifica este último sistema en los arts. 47 y 48 del Código Penal de Uruguay, el cual establece (art. 50) que las circunstancias agravantes le permiten al juez llegar al máximo, y las atenuantes, al mínimo de la pena establecida para cada delito.

Considera el mencionado autor que tanto en el primer sistema como en el segundo siempre se trata de verdaderas y propias “circunstancias”, cuyo efecto es el de agravar o mitigar obligatoriamente la pena: la pena *se eleva o se reduce* como consecuencia de ellas.

Tales distinciones, sirvieron al autor para precisar el concepto que asigna a las agravantes genéricas según nuestro sistema, el cual difiere del enunciado en el párrafo anterior, que responde al sentido técnico del término. Sin embargo, con dicha distinción no se demuestra qué efectos prácticos tiene ésta en nuestra legislación.

Otra clasificación, resulta de diferenciar a las agravantes genéricas de la pena y las agravantes genéricas del delito. Así, las primeras son las circunstancias que incidirán desfavorablemente en la pena, por ejemplo incrementando el máximo de la escala penal (una de ellas, la prevista en el art. 41 bis del CP), cambiando la especie de pena: prisión por reclusión, multa por prisión, etc. Las segundas son las circunstancias que tienen la virtualidad de afectar desfavorablemente el delito cometido, aunque no inciden en la sanción prevista, sino que adicionan otra más (por ejemplo: penas facultativas, 20 bis y el 22 bis del CP)²¹.

²⁰ FINZI, Marcelo, ob.cit., pp. 186.

²¹ VERA BARROS, Tomas, ob.cit., pp. 477.

Cabe señalar que la mencionada es una clasificación que sólo muestra ciertas diferencias entre los dos grupos de casos que ambos encierran; sin embargo no se advierte cuál es la relevancia práctica de distinguirlos de esa forma. Además, dichos grupos coinciden en otros aspectos relevantes que no han sido despejados, por ejemplo, que ambos describen un supuesto fáctico y la consecuente agravación de la pena, de darse el mismo.

La doctrina española con buen tino ha elaborado clasificaciones teniendo en cuenta los efectos prácticos que éstas tienen²². Mir Puig señala que todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho, sin que puedan elevar la imputación personal. Sin embargo, explica que todas las agravantes aumenten la gravedad del injusto penal no impide que unas sean objetivas y otras subjetivas, puesto que el injusto comprende una parte objetiva y otra subjetiva²³. Por otra parte, dentro de cada una de ambas clases de agravantes cabe señalar distintas razones de la agravación²⁴.

Importa destacar que, pese a la clasificación propuesta de las agravantes como objetivas o como subjetivas, todas ellas requieren la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos. Cuando son objetivas no por ello pueden dejarse de conocer y querer sus elementos objetivos, como lo requiere el dolo. Y cuando son subjetivas requieren también algunos elementos objetivos. El autor fundamenta tal consideración en que habla de agravantes objetivas o subjetivas en el sentido de que en ellas es una razón objetiva o subjetiva, respectivamente, la causa primera de la agravación²⁵.

²² Fundamentalmente, en relación con el art. 65 del Código Penal español, a partir del cual las circunstancias agravantes operarán en unos casos para todos los partícipes y en otros sólo en relación a quienes concurren, BACIGALUPO, ob.cit. p. 612.

²³ MIR PUIG, ob.cit., p. 617. Señala que ello resulta contrario a la identificación tradicional causalista entre circunstancias objetivas y relativas al injusto, por una parte, y circunstancias subjetivas y referentes a la culpabilidad, por otra.

²⁴ MIR PUIG, ob.cit., p. 617. Así, clasifica a las circunstancias objetivas que: A) denotan mayor peligrosidad del hecho: a) por la especial facilidad de comisión determinada por los medios (alevosía) o por los sujetos (abuso de superioridad, de confianza o del carácter público); b) por la especial facilidad de impunidad (disfraz); c) por ambas razones (lugar, tiempo o auxilio de otras personas); B) Suponen un ataque más extenso (ensañamiento). A las circunstancias subjetivas que: A) Indican una motivación particularmente indeseable (precio, motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación). B) Revela en el sujeto una actitud más contraria al derecho: reincidencia

²⁵ MIR PUIG, ob.cit., p. 617. La distinción es importante en orden a la *comunicabilidad* de las agravantes en caso de codelincuencia: a los efectos del art. 65 sólo las objetivas serán comunicables a los distintos intervinientes en el hecho.

Con todo, más allá del argumento esgrimido por el autor para justificar dicha categorización, resulta confuso el uso de los mismos criterios para desdoblar las agravantes y para evaluar cada una de ellas en particular.

Al respecto, Baigún cuestiona dicha distinción pues las normas de agravación denominadas subjetivas por expresar factores personales del agente, exteriorizan, al igual que cualquier regulación jurídica un aspecto de la conciencia social. En este sentido, asevera, la agravante es una expresión objetiva porque traduce una entidad real existente fuera de la conciencia del sujeto concreto, o en otras palabras, no es más que la incorporación de la praxis del hombre a la normatividad jurídica²⁶.

Entonces, concluye el autor que todas las circunstancias agravantes son objetivas. La diferencia corriente que establece la doctrina entre las llamadas específicamente “objetivas” y las “subjetivas” estriba en que las primeras describen en la ley situaciones reales, más visibles, más palpables, mientras que las segundas responden a fenómenos de la psiquis, en que unas son ajenas a las elaboraciones del sujeto y otras, por el contrario, dependen directamente de él. Como lo señalara en el párrafo previo, ambas situaciones se reflejan en la norma, de igual modo, una realidad existente fuera del agente, una parte de la conciencia social y, por tanto, pertenecen ambas a la esfera de la objetividad²⁷.

2. El caso previsto en el art. 41 bis de CP

Las discusiones anteriores adquieren real importancia a la hora de volcar los conceptos y fundamentos allí tratados en aquellas normas que contienen, en sentido amplio, agravantes genéricas. En razón de ello, es que a continuación se tratará en particular los problemas dogmáticos que repercuten en el art. 41 bis del CP.

2.1. Concepto y fundamentos

La norma contenida en el art. 41 bis incorporado al Código Penal con la Ley 25.297 (BO, 22/09/2000), establece que: *“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. 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”*

En el análisis de la norma citada, se sostiene que ésta se trata de una circunstancia agravante que actúa como elemento de especialización de tipos determinados. En este sentido,

²⁶ BAIGÚN, ob.cit., pp. 16/17.

²⁷ BAIGÚN, ob.cit., pp. 17/18.

se argumenta que no es una circunstancia de individualización de la pena propia del art. 41 CP (como “*la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla*”), porque dichas pautas no establecen criterios cuantitativos, sino circunstancias que, según el caso, pueden agravar o atenuar la pena. Añade que el art. 41 bis no repite lo dicho en el art. 41 del CP, pues se considera que la ley nunca debe reputarse pleonástica²⁸.

Además, se distingue entre circunstancias tipificadoras que representan circunstancias del hecho típico y circunstancias típicas que se encuentran dentro del comportamiento. Dentro de éstas últimas se halla el art. 41 bis, es decir, dicha norma integra la acción u omisión que conforma el verbo típico, como instrumento empleado para la violencia o intimidación, aunque en ambos casos quedan comprendidas dentro del dolo del autor²⁹.

Desde otro punto de vista, se sostiene que se trata de una circunstancia de determinación prevista como factor general de agravamiento de la cuantificación punitiva (es decir, dentro del capítulo de individualización de la pena) por la mediación de violencia o intimidación contra las personas a través del empleo de arma de fuego³⁰.

Finalmente, el resto de los autores no suelen adherir a una u otra posición, es decir, omiten ubicarla dentro de la teoría del delito o de la pena y pasan directamente a analizar cuál es el alcance de la misma, utilizando para ello operaciones interpretativas similares a las efectuadas en la subsunción de los tipos penales.

En cuanto al fundamento de la agravante, se ha dicho que el contenido del ilícito al cual la agravante accede aumenta por un criterio valorativo de agravamiento en función de la mayor indefensión del bien, la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y por ello, revelador de una superior magnitud de injusto. Sin embargo, la motivación político-criminal de la reforma que se pone de manifiesto en el debate parlamentario parece responder a otras razones³¹.

Así, en el Senado, previa invocación de una estadística acerca del incremento de los delitos cometidos con armas de fuego – de la que no se precisa fuente a pesar de asumirse como fundamento del aumento de la pena-, el senador Agúndez relataba: “*El sentido de la ley es claro y contundente. Es prevenir la tenencia de tantas armas de fuego. Y es represiva,*

²⁸ BARBERÁ DE RISO, María Cristina, “Pensamiento Penal y Criminológico” *Revista de Derecho Penal Integrado*, Ed. Mediterránea, Córdoba, Año III, nº 5, 2002, p. 104.

²⁹ BARBERÁ DE RISO, ob.cit., p. 105 y 106. En igual sentido, SOBERANO entiende a la agravante como una calificante del tipo, p. 247.

³⁰ SLOKAR, Alejandro, ob.cit, p. 121.

³¹ SLOKAR, Alejandro, ob.cit, p. 121

porque endurece las penas, levantando los mínimos” (Modificación del Código Penal de la Nación, Orden del día n° 742, sesión del 9 de agosto del 2000)³².

Conforme a tales consideraciones, no resulta unívoca la línea argumentativa que justifica la norma en cuestión y que sirve de base para las distintas interpretaciones que sobre dicha norma se formulan. Por un lado, la dogmática justifica la agravante por cuanto la modalidad comisiva contenida en la disposición aumenta el grado de injusto penal y por el otro, la línea político criminal que se expresa a nivel parlamentario se orienta hacia necesidades de índole preventivas.

Además, también se ha cuestionado el aumento arbitrario de las escalas penales en virtud de la aplicación del art. 41 bis del CP, puesto que con ello se afecta el principio de razonabilidad y proporcionalidad de las penas³³.

2.2. Aplicación de la figura

En cuanto al análisis de la figura en particular, se han formulado varias consideraciones al respecto. A continuación, sintéticamente, se esquematizarán las posiciones encontradas en torno a los contenidos que presenta la norma en cuestión.

A. *Delitos comprendidos*: la norma señala que será aplicable a “*los delitos de este Código*”. Con ello, se coincide que la misma hace referencia a los tipos de la parte especial del CP y de las leyes federales (o especiales), estos últimos en función de lo prescripto por el art. 4 del CP.³⁴

B. *Alcance de la agravante*: En cuanto a la aplicación concreta de la disposición, se han planteado numerosas discusiones al respecto. En primer lugar, no han acordado los autores sobre si la estructura típica debe contener la circunstancia del empleo de arma de fuego en forma violenta o intimidatoria. Así, se encuentran quienes sostienen que la agravante funcionará para todos los tipos penales donde el modo comisivo sea compatible con un acto de violencia como acometimiento contra otra persona, sin que la violencia o intimidación como circunstancia típica esté presente de modo expreso³⁵. Por el contrario, otras posturas señalan que la figura penal debe prever expresamente la modalidad comisiva expuesta³⁶.

³² SLOKAR, Alejandro, ob.cit., p. 121.

³³ REINALDI, Víctor Félix, *Delincuencia Armada*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002, p. 90.

³⁴ BARBERÁ DE RISO, María Cristina, ob.cit., p. 105, REINALDI, ob.cit., pp. 91/92. Se excluyen las infracciones locales (contravenciones).

³⁵ BARBERÁ DE RISO, María Cristina, ob.cit., pp. 106/107; SOBERANO, Marina, ob.cit., pp. 239/240. La primera aclara que también procederá para los casos en donde haya acto de intimidación aunque no esté previsto como circunstancia típica, pero deberá implicar más que una amenaza formal.

³⁶ SLOKAR, Alejandro, ob.cit., p. 122; LURATI, Carina, ob.cit., pp. 65/66.

Mayores complicaciones trae el alcance asignado a los casos en que la figura a la cual la agravante pretende acceder contempla en su descripción el uso de arma en sentido amplio, como por ejemplo las amenazas con armas (art. 149 bis y 149 ter del CP).

En este sentido, quienes adhieren al rechazo de la aplicación de la agravante a tales supuestos exponen diversos argumentos, entre los cuales es posible mencionar: el postulado sistemático que invita a desechar una inteligencia que, sin reñir con la coherencia, gire en torno a la previsión de un solo delito; la circunstancia de que el código no distinga en ningún caso la clase de arma, permite inferir que quedan todas comprendidas; el concepto de arma integra el género, mientras que arma de fuego resulta la especie, desde que no se concibe que la realización de un delito agravado por arma de fuego, al mismo tiempo no lo haga en el agravado por arma como modo inherente; y por último, la conclusión contraria implica la violación del principio de prohibición de doble valoración y al de proporcionalidad, entre otros argumentos³⁷.

En la otra vereda, y desde una perspectiva más literal, se ha señalado que la agravante impactará en los delitos en los que la ley califica el hecho por empleo de “arma” desde que esa noción deberá entenderse que actúa para el caso de empleo de arma blanca o de fuego utilizada impropriamente. Se considera que si el hecho violento o amenazante fuere cometido con armas, no incluye como circunstancia típica el arma de fuego, sino cualquier arma³⁸.

Por último, se problematiza el hecho de que el arma de fuego deba o no ser operativa. La mayoría de la doctrina se inclina hacia el lado afirmativo³⁹. No obstante, alguna posición afirma que la capacidad ofensiva concreta del arma de fuego no es un requisito para determinar su inclusión en esta calificación, de manera tal que la violencia o intimidación contra las personas mediante el uso de arma de fuego en la comisión de un delito deberá ser incluida en la estructura del tipo penal de que se trate, en función del artículo 41 bis, debiendo luego el sentenciante valorar su inaptitud o aptitud en la graduación de la pena conforme a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal⁴⁰.

C. *Inconsecuencias sistemáticas*: La incorporación de la agravante en cuestión genera una serie de dificultades cuando deben aplicarse otros institutos a un caso concreto.

Así, Reinaldi reseña estas incongruencias notadas por otros autores. En primer lugar, refiere que si se entiende que a la escala de la tentativa hay que quitarle un tercio del mínimo

³⁷ SLOKAR, Alejandro, ob.cit., pp. 124/125; SOBERANO, Marina, ob.cit., pp. 247; LURATI, Carina, ob.cit., p. 71.

³⁸ BARBERÁ DE RISO, María Cristina, ob.cit., p. 110.

³⁹ SOBERANO, Marina, ob.cit., pp. 240/241; SLOKAR, Alejandro, ob.cit., p. 126; BARBERÁ DE RISO María Cristina, ob.cit., p. 110.

⁴⁰ LURATI, Carina, ob.cit., p. 68

y la mitad del máximo, en el homicidio simple el mínimo de 8 queda reducido a 5 años y fracción de meses y el máximo en 12 años y fracción.

A ello, añade, hay que según el art. 41 bis aumentar mínimo y máximo en un tercio, conformándose la nueva escala con un mínimo 6 años y fracción y un máximo 16 años y fracción, con lo cual la tentativa de un homicidio simple cometido con armas de fuego será más severamente castigada que la tentativa de un homicidio calificado castigado con pena de prisión porque según el art. 44 del CP, en ese caso, la pena de prisión perpetua no puede superar, como máximo, la de 15 años⁴¹.

Otro problema se vincula con la tentativa en el homicidio en emoción violenta. Al respecto, se sostiene que conforme el art. 81 del CP, si la pena que se individualizara fuera de reclusión, en el caso de aplicársele a la misma la agravante del art. 41 bis, la escala penal quedaría conformada por entre un mínimo de cuatro años y un máximo de ocho años. Entonces, considera que si se aceptara la aplicación de la mencionada norma resultará que la pena en concreto de un tipo atenuado puede ser la misma que la ley reserva para el tipo básico⁴².

Por último, otra dificultad se sigue de la aplicación de la agravante al delito imposible que se configura cuando el autor cree, erróneamente, que el arma está cargada o es apta. En este sentido, se señala que la pena sería igual a la de la tentativa siendo que el castigo de la tentativa se funda en el peligro real y efectivo corrido por el bien protegido, derivado del empleo de un medio idóneo, cuando ese peligro no existe en el delito imposible, precisamente porque el medio no es idóneo aunque el autor creó lo contrario⁴³.

III. CONCLUSIÓN

De acuerdo a las referencias doctrinarias descritas anteriormente, el caso de las agravantes genéricas trae una serie de complicaciones dogmáticas y sistemáticas, probablemente, debido a que ellas se conforman a partir de un enunciado que contiene una circunstancia fáctica particular con alcance general a todos los delitos cuya comisión resulte compatible con dicha circunstancia, a veces ya prevista para ciertos ilícitos en particular.

A su vez, si dicha circunstancia no hubiera sido puesta como una categoría general la misma integraría el elenco de aquéllas que son valoradas al momento de individualización de

⁴¹ REINALDI, Víctor Félix, ob.cit., p. 121, con cita a LAJE ANAYA, Justo en “El art. 41 bis y las andanzas del diablo” *Semanario Jurídico*, t. 83 -2000-B, p. 641.

⁴² LAJE ANAYA, Justo, “El art. 41 bis del Código Penal frente al homicidio emocional y frente al exceso” *Semanario Jurídico*, Córdoba, 14/12/00, Año XXIV, n° 1321, p. 739.

⁴³ REINALDI, Víctor Félix, ob.cit., p. 122. Dicha crítica puede predicarse de quienes aceptan que la agravante se aplica al caso del arma de fuego no operativa.

la pena en concreto (confr. arts. 40 y 41 del CP). En razón de ello, es que los autores difieren acerca de si esta clase de agravantes pertenece al ámbito de la teoría del delito o de la pena, con las derivaciones propias que trae integrarla en cada una de dichas teorías.

Por otra parte, se observa que la creación de agravantes genéricas responde a la necesidad de favorecer la seguridad jurídica en merma de la discrecionalidad judicial. Sin embargo, aún cuando el objetivo de la introducción de dicho instituto al sistema del código responda a tales fines, resulta paradójico que en tales condiciones el principio de legalidad se vea afectado, por cuanto no es claro a qué delitos acceden dichas agravantes, con qué alcance y cómo repercute en el resto de los institutos penales (tentativa, participación, concursos, etc), entre otras cuestiones. Es decir, al menos, se presenta un menoscabo al principio de la *lex certa*, como alguna jurisprudencia reciente lo ha notado (Cam. Acus., “Arce”, cit.).

Se advierte además que la tarea intentada por los autores suele caer al vacío cuando la incorporación de numerosas disposiciones que agravan la pena de indeterminadas figuras delictivas, responden a necesidades coyunturales, tornando incoherente la sistemática inicial propuesta por el primigenio código penal.

Por último, es posible afirmar que cualquier examen de lo que en sentido amplio se denomina agravante genérica debe sustentarse en un nivel abstracto más general. Así como el examen de cada uno de los tipos de la parte especial se asienta en el contenido asignado a la categoría “tipo”, el estudio de las agravantes genéricas concretas debe encontrar refugio en criterios más generales que le den soporte.

Por todo lo expuesto, se concluye que estas disposiciones incorporadas inorgánicamente a nuestro digesto penal, deben ser conceptualizadas y sistematizadas coherentemente para facilitar el examen del caso concreto, posibilitar una aplicación uniforme y diferenciada del derecho, simplificar y manejar mejor el derecho, y elaborar un contexto sistemático como guía para la creación y desarrollo de las instituciones penales⁴⁴.

IV. BIBLIOGRAFÍA

* BACIGALUPO Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2ª Edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

* BAIGÚN, David Naturaleza de las circunstancias agravantes, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971.

⁴⁴ Roxin, Claus *Derecho Penal. Parte General* Traducción de la 2ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 2006, pp. 206/210. Tales objetivos se identifican con las ventajas que supone la conformación de una teoría general.

- * BARBERÁ DE RISO, María Cristina, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, Ed. Mediterránea, Córdoba, Año III, n° 5, 2002.
- * CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- * LURATI Carina en *Reformas Penales*, Donna, Edgardo A. (director), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.
- * FINZI, Marcelo, “La adaptación de la pena al delincuente según los arts. 40 y 41 del Código Penal (atenuantes y agravantes)” *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, Nros. 3 y 4, Año XVII, 1953.
- * LAJE ANAYA, Justo, “El art. 41 bis del Código Penal frente al homicidio emocional y frente al exceso” *Semanario Jurídico*, Córdoba, 14/12/00, Año XXIV, n° 1321, p. 739
- * VERA BARROS, Tomás en *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, LASCANO Carlos (h) director, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000.
- * MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Edición, Ed. Reppetor, Barcelona, 1998.
- * NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte General* actualizado por Roberto SPINKA y Félix GÓNZALEZ, Ed. Lerner, Córdoba, 1999.
- * REINALDI, Víctor Félix *Delincuencia Armada*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002.
- * ROXIN, Claus *Derecho Penal. Parte General* Traducción de la 2ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y García CONLLEDO, Javier de VICENTE REMESAL, Ed. Civitas, Madrid, 2006.
- * SLOKAR, Alejandro W., en *Código Penal y normas complementarias: Análisis doctrinal y jurisprudencial: Arts. 35 al 55. Parte general*, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (directores) y Terragni Marcos A. (coordinador), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Tomo 2, volumen A, 2007.
- * SOBERANO, Marina, “El art. 41 bis del Código Penal o la venganza del principio de legalidad”, *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As, 2002-A.
- * SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, Tomo II, 1970.