



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

2008

Tutor: Profesor Dr. Crippa García, Otto

Alumno: Miguez, Gustavo Luis

Tema: Robo calificado por uso de armas

Fecha de presentación: 21/11/2008

Con especial amor a
mi hijo Nicolás.

El sentido agradecimiento a todos aquellos
que me apoyaron en los momentos más
difíciles de mi carrera, a mi familia,
amigos y a mi esposa Rosita.

Resumen.

El tema tratado a lo largo de este trabajo final, surge a raíz de nuestra preocupación por la sanción de la ley 25.882¹, modificatoria del artículo 166² del Código Penal.

La misma abarca una temática que por sus aristas técnicas muy marcadas es escasamente tratada por la doctrina nacional y/o provincial, pero de la que sí se ha ocupado la jurisprudencia.

Esta ley, fue sancionada en un momento muy particular, en el cual la sociedad cansada de la inseguridad salió a las calles en reclamo de una solución y así fue que nuestros legisladores reaccionaron impulsivamente y sancionaron esta reforma al robo cometido con armas sin un tratamiento adecuado ni la correspondiente consulta a los especialistas.

El objetivo que tiene este trabajo es describir la deficiente técnica legislativa y los defectos contenidos en el lenguaje normativo de la ley 25.882³ que desvirtúan el fin perseguido por la reforma.

Demostraremos las consecuencias negativas de la incorporación de la agravante específica, la que tuvo como fin de terminar con una controversia doctrinaria y jurisprudencial.

¹ Ley 25.882 B. O. del 26.04.2004

² Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada Pág. 38/9.

³ Ley 25.882 Op. Cit.

También analizaremos la desproporción en las penas que produjo esta nueva normativa y nos ocuparemos de indagar sobre la problemática que se ha generado a la hora de su aplicación, dando lugar a distintas posiciones jurisprudenciales.

Finalmente demostraremos que la misma deja supuestos sin contemplar y la necesidad de su derogación para dar paso nuevamente a la redacción anterior del artículo 166 del Código Penal.

1.- Área.

Derecho Penal

2.- Tema.

Robo Calificado por uso de armas

3.- Titulo.

Crítica a la ley 25.882⁴

4.- Problema.

¿Qué razones de política criminal hacen necesaria la derogación de la ley 25.882⁵?

5.- Hipótesis.

Su deficiente técnica legislativa, su vaguedad e imprecisión han dificultado la aplicación de artículo 166⁶ del Código Penal, producido desproporcionalidad en las penas, dejado supuestos sin contemplar y generado diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, frustrando la consecución de los objetivos planteados en el momento de su sanción.

5.1.- Puntos que se demostrarán y defenderán.

5.1.a.- La ley 25.882⁷ tiene una deficiente técnica legislativa, es vaga e imprecisa.

5.1.b.- La ley 25.882⁸ ha dificultado la aplicación del art. 166⁹ del Código Penal.

⁴ Ley 25.882 B. O. del 26.04.2004

⁵ Ley 25.882 Op. Cit.

⁶ Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada Pág. 38/9

⁷ Ley 25.882 Op. Cit

5.1.c.- La ley 25.882¹⁰ ha producido desproporcionalidad en las penas.

5.1.d.- La ley 25.882¹¹ ha producido diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

5.1.e.- La ley 25.882¹² ha dejado supuestos sin contemplar y ha frustrado la consecución de los objetivos planteados en el momento de su sanción.

6.- Objetivos.

6.1.- Objetivos Generales.

6.1.a.- Describir los defectos contenidos en el lenguaje normativo de la ley 25.882¹³.

6.1.b.- Examinar el trato dado por la Doctrina y la Jurisprudencia a la reforma.

6.1.c.- Analizar la problemática en la aplicación de la nueva norma

6.1.d.- Fundamentar la necesidad de su derogación

6.2.- Objetivos Específicos.

6.2.a.- Examinar los fundamentos de las agravantes.

6.2.b.- Demostrar la existencia de supuestos no contemplados.

6.2.c.- Indagar sobre la relación con otros delitos.

6.2.d.- Demostrar que la ley 25.882¹⁴ debe ser derogada y la necesidad de legislar sobre cuestiones no descriptas en el tipo.

7.- Marco teórico.

Tal como ocurriera con las últimas reformas legislativas importantes en materia penal en nuestro país en este caso también fue un hecho delictivo gravísimo y de gran

⁸ Ley 25.882 Op. Cit pág. 3.

⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 3.

¹⁰ Ley 25.882 Op. Cit Pág. 3.

¹¹ Ley 25.882 Op. Cit Pág. 3.

¹² Ley 25.882 Op. Cit Pág. 3.

¹³ Ley 25.882 Op. Cit Pág. 3.

¹⁴ Ley 25.882 Op. Cit Pág. 3.

repercusión pública¹⁵ el detonante que llevó al legislador a resolver la modificación al artículo 166¹⁶ del Código Penal.

Lamentablemente la reforma se apoyó en contingencias momentáneas, campañas de medios de comunicación y reclamos de la opinión pública, dejando de lado, una vez más, un serio debate parlamentario con la intervención de los académicos más renombrados.

Ello habría permitido apreciar algunas claras deficiencias del nuevo texto legal y evitar, seguramente, que el fin perseguido por la reforma sea desvirtuado por las palabras de la ley.¹⁷

La sanción de esta reforma esta directamente vinculada con la ley 25.297¹⁸ que incorporó en su momento al Código Penal el artículo 41 bis¹⁹ como una agravante genérica de la cuantificación punitiva por mediar violencia o intimidación contra las personas a través del empleo de un arma de fuego.

La relación radica en que el artículo 41 bis²⁰ por su deficiente técnica legislativa y como consecuencia de la excepción que prevé en su segundo párrafo, generó que las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias entendieran que el mismo no era aplicable al robo calificado por uso de armas, atento que el código no especializaba en el viejo artículo 166²¹ la clase de arma que debía utilizarse para la procedencia del tipo, por lo que quedan comprendidas todas y de esa forma no podía

¹⁵ El homicidio de Axel Blumberg ocurrido a fines de marzo de 2004

¹⁶ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 3.

¹⁷ Ledesma, Guillermo A. “¿Es aplicable el art. 41 bis C.P. al delito de robo con armas Art. 166 inc. 2º C.P.” Lexis Nexis JA. 2002-III-769

¹⁸ Ley 25.297 B.O. del 09.08.2000

¹⁹ Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada Pág. 14

²⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 3.

²¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 3.

aplicarse la agravante genérica, por lo que la solución contraria llevaría a violar la prohibición doble valoración.

Independientemente de compartirse o no esta interpretación mayoritaria, es innegable que el fin que tuvo en miras el legislador al sancionar la agravante genérica no fue satisfecho; y es justamente ésta una de las principales razones que impulsaron a sancionar esta nueva modificación, según se desprende claramente del análisis de los debates parlamentarios de la norma que nos ocupa, en los que se hace expresa mención de esta circunstancia.

La ley 25.882²², modificó un tipo delictivo emblemático en cuanto a la utilización de armas se refiere, ubicado en el título VI del Código Penal que protege la propiedad, agregándole a la antigua redacción del artículo 166²³ dos párrafos en el inciso 2°.

Así, el legislador intentó terminar de esta manera con una vieja discusión doctrinaria y jurisprudencial instalada en nuestro país tendiente a determinar la verdadera naturaleza de la agravante en el delito de robo cometido con armas, a saber: las llamadas Tesis Subjetiva y Tesis Objetiva.

Para la Tesis Subjetiva, que tuvo su punto más alto con el recordado plenario de la CNC Corr. de la Capital Federal “Scioscia, Carlos”²⁴ del 10.12.1976, el fundamento esta constituido por el mayor poder intimidante que genera el uso de armas y, por consiguiente, el mayor estado de indefensión en que se sitúa la víctima, independientemente de la capacidad operativa-funcional del arma empleada, o de si la misma se encuentra o no cargada.

²² Ley 25.882 Op. Cit Pág. 3.

²³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 3.

²⁴ Revista L.L. Tomo 1977, Pág. 1 y siguientes

Esta corriente entiende, que toda arma de fuego implica *per se* un objeto capaz de producir en la percepción consciente de cualquier persona que existe un alto grado de probabilidad de que se le cause un daño.

Así, el gran temor que inspira semejante intimidación, es tan paralizante para la víctima que queda realmente disminuida, con su capacidad de reacción y defensa casi anulada o completamente anulada. Y correlativamente aumenta en grado superlativo el dominio de la situación por parte del asaltante evitando un contraataque o defensa.

Podemos advertir claramente que lo importante no es el poder ofensivo real del instrumento empleado, sino el efecto intimidatorio que produce.

En contraposición encontramos la Tesis Objetiva, incorporada a partir del plenario de la misma Cámara “Costas, Héctor y otro”²⁵ de fecha 15.10.86, para la cual la calificante del tipo radica en el peligro real y concreto corrido por la víctima ante el empleo de un instrumento que objetivamente aumenta la capacidad ofensiva del autor, y ello podrá acreditarse única y exclusivamente en aquellas hipótesis en que el agente hiciera uso de un arma que fuese apta para su funcionamiento como tal y que se encontrare cargada al momento de la comisión del hecho ilícito.

Es decir, parte de la necesidad de evaluar si el arma empleada es operativa como tal, si posee la aptitud necesaria para cumplir con los fines para los que ha sido fabricada y, de esta manera, comprobar si permitió que el ladrón aumentara real y objetivamente su poder ofensivo.

Hecha esta referencia podemos afirmar que el nuevo tipo legal contempla expresamente, entonces tres supuestos distintos: a) el robo cometido con armas

²⁵ Revista L.L. Tomo 1986-E, Pág. 376 y siguientes

verdaderas, b) el robo perpetrado con armas verdaderas cuya aptitud para el disparo no pudiera acreditarse de ninguna manera y c) el robo efectuado con un arma de utilería.

Como podemos advertir, el legislador plasmó en esta reforma las dos tesis mencionadas, ya que en el supuesto a), privilegió el real peligro corrido por la víctima ante la ofensividad de un arma operativamente apta sancionándolo gravemente – elevando en un tercio el mínimo de cinco años y el máximo de quince años de reclusión o prisión-, mientras que en los supuestos b) y c), receptó para calificarlos la mayor intimidación que sufre la víctima cuando el autor del robo utiliza un arma cuya utilidad no puede acreditarse o cuando sea a través de un objeto que en definitiva no es un arma, previendo para éstos últimos una pena menor –tres a diez años de reclusión o prisión.

Capítulo I

El bien jurídico protegido, evolución histórica y análisis de la ley 25.882.

Sumario: 1. Introducción. 2. El bien jurídico protegido. 3. Evolución legislativa del robo con armas. 4. Análisis de la ley 25.882. 4.1. Antecedentes parlamentarios. 5. Concepto de armas. 5.1. Armas blancas. 5.2. Armas de fuego. 5.3. Armas de lanzamiento. 5.4. Otro tipo de armas. 6. Arma de fuego como agravante.

1.- Introducción.

En el presente capítulo estudiaremos primeramente a la propiedad como bien jurídico protegido, para lo cual recurriremos a la doctrina especializada y al análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y dar paso luego a la evolución legislativa que ha tenido el delito de robo con armas. Después nos ocuparemos del mensaje enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional, los antecedentes parlamentarios de la norma, para luego analizar la ley 25.882¹ modificatoria del artículo 166² del Código Penal en cuanto a su deficiente técnica legislativa y a la imprecisión de su lenguaje, lo cual nos lleva a profundizar sobre el tema de las armas; para finalmente involucrarnos en el estudio de las consecuencias que trajo aparejadas la determinación de una sanción extra para el caso que el arma utilizada sea de fuego.

2.- El bien jurídico protegido.

El robo se encuentra contemplado en el Capítulo II del Título VI del libro Segundo del Código Penal, consistente en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble con fuerzas en las cosas o violencias en las personas, asignándose mayor gravedad a esta segunda forma, completándose el capítulo con las modalidades agravadas por la mayoría de las circunstancias que cualifican el hurto, a las que se agregan otros modos comisitos y la circunstancia de que el hecho haya sido cometido con armas.

Sabido es que el enunciado de cada título del Código Penal se refiere, genéricamente, al bien jurídico protegido por las incriminaciones que en ese título se contienen.

El Código ha adoptado como bien jurídico general a proteger para todos los tipos penales del Título VI a la propiedad.

El término propiedad, tiene una serie de problemas, como se verá, que van desde lo terminológico hasta lo conceptual. De manera que, la voz propiedad no tiene un concepto unívoco para el derecho sino todo lo contrario, es utilizada con diversas y distintas acepciones.

En el Derecho Romano, propiedad y dominio eran sinónimos, de allí que nuestro Código Civil³, equipare ambos términos, definiendo el dominio como el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona, y agregando posteriormente⁴ que es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.

Pero una simple compulsa de los tipos penales incluidos en este título, nos muestra que se protegen en él diversas situaciones que nada tienen que hacer con el derecho de propiedad en sentido estricto.⁵

Una corriente que se considera a sí misma renovadora, en los comentarios y aún en los textos legales modernos como lo son los de Italia, Uruguay, Suiza y Brasil; reemplaza esta terminología por la expresión Delitos contra el Patrimonio o Delitos Patrimoniales, considerando que la misma es más comprensiva y por ello más adecuada para abarcar las distintas figuras que el título incluye.⁶

Esta corriente señala que algunos de los tipos más característicos no suponen un ataque a la propiedad, sino a la posesión o la tenencia; que otras veces es el patrimonio propio el que es utilizado indebidamente.

Soler⁷ refiere que tal vez la expresión patrimonio podría ser impugnada como teóricamente inconveniente por exceso, porque dada la abstracción de su concepto, dentro de él deben considerarse contenidas no sólo los bienes y las cosas, sino también las deudas.

Manifiesta también que esta clase de delitos no consisten en alterar simplemente el patrimonio de otro, en modificarlo, sino en disminuirlo, esto es, alterar la relación interna al patrimonio mismo entre el activo y el pasivo, o sea consisten en quitar o disminuir un crédito (derecho) o en poner o aumentar una deuda (obligación).

No son en definitiva delitos contra el patrimonio, sino contra la parte activa de él, en definitiva contra el derecho del sujeto a que no sea alterado su estado patrimonial sin intervención de su voluntad o en forma arbitraria.⁸

A ese derecho, en cuanto está referido a los elementos que componen el patrimonio, es al que la Corte Suprema, interpretando el artículo 17⁹ de la Constitución Nacional, le llama derecho de propiedad.

La ley se refiere a ese concepto amplísimo de propiedad. Dentro de la protección están comprendidas, según sea la figura delictiva, tanto el dominio propiamente dicho, en el sentido civilista, como otros derechos reales, y hasta la simple posesión y la tenencia como situaciones fácticas.

Por otra parte, algunas figuras abarcan derechos personales de carácter patrimonial. Claro está que otras tipificaciones, fuera de las comprendidas bajo este título, pueden constituir también una ofensa a la propiedad, como ocurre en el incendio y los estragos; pero es un hecho común de los delitos el que ellos ofendan a más de un bien jurídico y consecuentemente, la ley los suele clasificar de acuerdo con el interés central o prevaleciente.

En el sistema jurídico argentino, todo radica en el sentido que se dé a la palabra propiedad y es en virtud de ello que será más o menos acorde al contenido del Capítulo II del Título VI del Libro Segundo del Código Penal.

Si se le asigna el civilístico más limitado, que la identifica con el derecho real de dominio, parece claro que resulta estrecha para denominar el título de acuerdo a los tipos penales que este contiene. Es suficiente recordar el hurto impropio como ejemplo.

En cambio si se le asigna el contenido que le da el artículo 17¹⁰ de la Constitución Nacional, jerárquicamente superior, el concepto resulta sensiblemente más amplio y comprensivo de todos los delitos reunidos en el título VI del Libro Segundo del Código Penal, al tiempo que se mantiene la correlación y armonía en el orden jurídico.

Así lo sostiene Soler¹¹ quien manifiesta que en nuestro derecho existe un concepto jerárquicamente superior, porque es constitucional de acuerdo con el cual esa expresión tiene un significado positivo y vigente mucho más amplio, cual es el del artículo 17¹² de la Constitución Nacional. Esto es, no sólo dominio, sino también todo tipo de derecho patrimonial, y más aún hechos, incluyendo a la tenencia aunque ésta sea precaria.

Nuñez¹³ afirma al respecto que, la propiedad como bien jurídico protegido por el Código Penal, no es la propiedad o el dominio del Código Civil¹⁴. Para este último, el dominio es un derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

En cambio, el Código Penal le confiere a la propiedad una extensión mucho mayor y agrega que no solo se protege al dominio propiamente dicho, sino otros

derechos reales, derechos personales, derechos administrativos y la vinculación de hecho entre una persona y las cosas, de posesión y tenencia.

Por lo que de acuerdo a lo precedentemente expuesto, sostiene que el bien jurídico es la propiedad en el sentido que le confiere la Constitución Nacional, la cual le reconoce a toda persona el derecho de usar y disponer de su propiedad.

Esta propiedad comprende, tratándose de los delitos contra ella, todos los intereses apreciables que una persona física, jurídica, privada o pública tiene fuera de los derechos de la personalidad, de los derechos de familia y de los derechos políticos que, con arreglo a su naturaleza, le pueden corresponder.¹⁵

Por eso hay que recurrir a la Corte Suprema de Justicia, la cual entiende que el término propiedad, utilizado en los artículos 14¹⁶ y 17¹⁷ de la Constitución Nacional, ampara a todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales e inmateriales, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, de su vida y su libertad.¹⁸

Como meramente orientador vamos a realizar una clasificación de los delitos contra la propiedad, que si bien se han propuesto distintas clasificaciones de estos delitos, la que permite seguir idóneamente los esquemas de la ley es la que atiende al núcleo de las acciones descriptas en los tipos fundamentales¹⁹.-

Tenemos así un grupo de delitos en los que se da la acción de apoderarse de la cosa quitándosela a quien la tienen –cosa mueble-, o excluyendo de ella a quien la ocupa –cosa inmueble-; otro grupo en donde la acción consiste en hacerse dar la cosa, obligando a quien la tienen -extorsión- o engañándolo –defraudación; otro constituido por la acción de quedarse con la cosa –abuso de confianza-; y un último grupo consistente en la destrucción de la cosa –daño-.

Una característica de estos delitos es que en ellos el agente actúa contra la voluntad –explícita o implícita- del sujeto pasivo, o viciada su voluntad por fraude o coacción. Procuraremos ahora analizar los distintos elementos de los delitos de hurto, hurto calificado y robo hasta llegar a la figura del robo con armas, motivo de este trabajo.

El delito de hurto simple es el primer ilícito del título que abarca los delitos contra la propiedad y consiste en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena²⁰.

Respecto al apoderamiento, evaluando el contenido de este tipo, debemos reseñar que la noción de apoderamiento utilizada por nuestra ley se construye con un concepto compuesto de un aspecto objetivo y de otro subjetivo.

Objetivamente requiere, en primer lugar, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa. Esto implica quitarla de la esfera de custodia, es decir, la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella. No se trata de una noción necesariamente referida a un determinado lugar, sino a una determinada situación de la cosa que permite el ejercicio de disposición de ella.

Hay entonces desapoderamiento cuando la acción del agente, al quitar la cosa de aquella esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre la misma su poder de disposición. Pero dentro del aspecto objetivo no basta el desapoderamiento, sino que además es necesario el apoderamiento material de la cosa por parte del agente.

En el hurto hay, pues, una sustracción de la cosa de la esfera de disponibilidad del tenedor que la hace pasar a la esfera de disponibilidad del agente.

A este aspecto objetivo descrito precedentemente corresponde un aspecto subjetivo constituido por “la voluntad de someter la cosas al propio poder de disposición”. No es suficiente querer desapoderar al tenedor; es necesario querer apoderarse de la cosa. Cuando el propósito está ausente, y la sustracción tiene otros motivos –hacer una broma- faltará el aspecto subjetivo que el apoderamiento tipo requiere y no se dará el tipo del hurto.

La ley exige a demás que el apoderamiento sea ilegítimo. Esto es que el autor debe saber que esta obrando ilegítimamente. En cuanto al objeto del apoderamiento, la norma establece que debe ser una cosa mueble ajena. Los datos con los que se caracteriza a la cosa como objeto del delito son su materialidad y su valor patrimonial. Dentro de este concepto de cosa así delimitado, quedan comprendidos los sólidos, líquidos, fluidos, gases y la energía –cualquiera sea su naturaleza- en cuanto sea detectable materialmente, y como tal pueda pertenecer a un patrimonio.

La cosa objeto del delito debe ser mueble y según la noción civil son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí misma, sea que sólo se mueva por una fuerza externa²¹. Pero para el criterio penal no solo quedan comprendidas las precedentes, sino también aquellas que el propio agente las ha convertido en transportable, separándola del inmueble al cual estaban adheridas.

Para ser objeto de un delito contra la propiedad, la cosa mueble tiene que ser además total o parcialmente ajena del sujeto activo del delito. Cosa ajena es toda aquella que pertenece a un patrimonio que no sea el del agente y la cosa sigue siendo ajena aún cuando no se conozcan ni su propietario ni quien ejerce su tenencia.

Este tipo de delitos requiere de dolo, o sea el conocimiento de las circunstancias típicas, incluidas las que componen los elementos normativos.

El delito de hurto, cuando se agrega fuerza en las cosas o violencia sobre las personas se transforma en robo. Mientras no se de esa circunstancia, no encontramos siempre en el ámbito de la figura del hurto. No obstante, el hurto puede alcanzar grados calificantes, independientemente de la fuerza y la violencia.

Existen los hurtos calificados, cuyas circunstancias de agravación están expuestas en el artículo 163²² de Código Penal. En varios de los delitos de hurto agravado, lo que se hace es brindar mayor protección a bienes respecto de los cuales se dan dificultades para que el tenedor ejerza sobre ellos una custodia efectiva o pueda oponerse con éxito al apoderamiento ilegítimo. Esto puede ser en razón de la situación en que esos bienes tienen que se dejados –hurto campestre-, sea por particulares circunstancias que afectan al sujeto pasivo –hurto calamitoso-, sea por ambas causas a la vez –hurto de mercaderías transportadas.

Luego del hurto nos encontramos con el robo que prevé el artículo 164²³ del Código Penal y determina que será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar la impunidad.

El hecho de que en este artículo se repita literalmente la definición del hurto, pone en evidencia que el robo es, en realidad, no obstante la diferencia de nombre, una figura agravada del hurto, y que en consecuencia se da una relación de género a especie. Siendo el hurto, con todos sus elementos, el núcleo constitutivo del robo, todo lo expuesto respecto al hurto es válido para el robo.

Con respecto a la fuerza en las cosas, la fuerza supone una cosa que por sí misma o por los reparos relacionados con ella opone una resistencia al apoderamiento. La fuerza se emplea para lograr el apoderamiento cuando el agente dirige su actividad a superar esa resistencia.

La cosa opone en sí misma resistencia cuando por sus características requiere una actividad en quien se apodera de ella, que exceda el esfuerzo necesario para transportarla o removerla del lugar donde estaba. Donde mayor discrepancia doctrinaria se presenta, es con relación a las características que debe presentar la fuerza que se ejerce. La mayoría exige que la fuerza sea destructora y anormal.

Lo primero significa que se altere dañosamente –romper, cortar- lo que rodeaba la cosa, como parte de ella o como reparo y la segunda, que la actividad del autor sea superior a la actividad normal que el legítimo tenedor deba realizar para tomar él mismo la cosa.

Ahora bien, para que la fuerza convierta el hurto en robo, tiene que estar vinculada objetiva y subjetivamente con el apoderamiento en alguna de las circunstancias enunciadas en la parte final de la norma. La vinculación objetiva requiere que la fuerza haya sido el procedimiento empleado para perpetrar o consolidar el apoderamiento y subjetivamente, la fuerza debe haber sido querida por el agente como procedimiento relacionado con el apoderamiento; el daño meramente culposo de la cosa misma o sus adherencias, no confiere tipicidad a la energía desplegada.

Referido a la violencia física en las personas, también el hurto se califica de robo cuando el apoderamiento o su consolidación se realiza con violencia en las personas. La violencia es en este tipo, el despliegue de energía física para vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo opone o puede oponer al apoderamiento.

La violencia puede recaer sobre el mismo sujeto pasivo del robo o sobre un tercero que se oponga o pueda oponerse físicamente al apoderamiento.

Hurto y robo, por lo tanto, son atentados contra la propiedad, pero tenemos que tener en cuenta que para diferenciar estas dos formas no es suficiente atender al efectivo empleo de fuerza de parte del delincuente, porque no deja de ser hurto la sustracción de un cajón de plomo, a pesar de la mucha fuerza que para ello sea necesaria y, en cambio no deja de ser robo el acto de arrebatarse la cartera de las manos a una niña que resulta incapaz de oponer una resistencia apreciable. La violencia y la fuerza deben medirse con relación a la voluntad del propietario.

El robo también puede agravarse por las modalidades de comisión y es así como llegamos al robo calificado por uso de armas que es el tema que nos ocupa y desarrollaremos en este trabajo.

3.- Evolución legislativa del robo con armas.

Primeramente, resulta necesario un somero repaso de los antecedentes legislativos que muestran cómo han operado aquellos criterios de política legislativa en el delito en estudio.

El Código Penal de 1921 castigaba con prisión de un mes a seis años al robo simple en su artículo 164, y la pena era de tres a diez años de reclusión o prisión si aquel se cometía en despoblado y con armas, así estaba previsto en su artículo 167, inciso 1º.

Como se advierte, el funcionamiento de la agravante requería conjuntamente de las dos condiciones: la primera –que se cometiera en despoblado- atendía a la dificultad de la víctima para recibir auxilio inmediato de terceros o para el amparo mutuo; y la

segunda –que se cometiera con arma- requería la utilización del arma como instrumento para la ejecución del robo.

Otra modificación operó con el decreto-ley 4778/63²⁴ el que en su redacción decía que si el robo se cometiere con armas o con intervención de tres o más personas”. Este decreto-ley fue a su vez derogado por la ley 16.648²⁵.

La ley 17.567²⁶, vigente a partir del 1º de abril de 1968, modificó la estructura original del delito de robo, conminando con prisión de uno a seis años al hecho cometido con fuerza en las cosas, y con reclusión o prisión de dos a ocho años cuando fuera ejecutado con intimidación o violencia en las personas.

Al mismo tiempo, dicha norma incluyó en el artículo 166²⁷, inciso 2, como agravante autónoma, la comisión con armas, cuya pena estableció en reclusión o prisión de cinco a quince años.

Su exposición de motivos expresaba que, se trate o no de lugar habilitado, en cualquier caso el empleo de armas agravará el robo, destacando la exclusión de la condición de “despoblado” que conjuntamente exigía el texto primitivo.

Advertimos con esta modificación un mayor rigor represivo, tanto por el notable crecimiento de la escala como por la exclusión hecha, que permitía encuadrar en la figura más grave, por ejemplo, a todos los robos con armas perpetrados en nuestra ciudad que hasta entonces eran, en principio, robos simples, con una pena mínima de un mes de prisión, siendo a partir de esta el mínimo de castigo cinco años de reclusión o prisión.

La ley 20.509²⁸, vigente a partir del 06 de junio de 1973, volvió al texto originario del Código Penal.

La ley 20642²⁹, vigente a partir del 06 de febrero de 1974, al tiempo que suprimió la frase “y con armas” del inciso 1º del artículo 167, modificó el artículo 166 inciso 2º, el que con su nueva redacción refería que si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda; con lo que manteniéndose la pena del robo simple en los límites del Código Penal de 1921, la del robo agravado por su comisión con armas pasaba a ser de reclusión o prisión de cinco a quince años.

La ley 21.338³⁰, vigente desde el 16 de Julio de 1976, volvió al esquema punitivo de 1968, disponiendo que el robo con intimidación o violencia en las personas es penado con reclusión o prisión de dos a ocho años y manteniendo la agravante por el uso de armas en la comisión con iguales penas alternativas entre cinco y quince años.

Finalmente fue sancionada la ley 23.077³¹, vigente desde el 04 de septiembre de 1984, la que estructuró el sistema vigente hasta la aparición de la ley 25.882³² con el primitivo artículo 164³³ y con la agravante del robo con armas que estableció la ley 20.642.³⁴

4.- Análisis de la ley 25.882³⁵.

El detonante para la sanción de la ley 25.882³⁶ modificatoria del artículo 166³⁷ del Código Penal fue el homicidio de Axel Blumberg, un hecho delictivo gravísimo y de gran repercusión pública ocurrido en marzo de 2004 que cambió la estrategia de la lucha contra la inseguridad en el país.

A partir de este crimen, el padre de Axel se convirtió en un referente social de políticas de seguridad, lideró grandes manifestaciones en reclamo de penas más duras, logrando que se aprueben más de una docena de leyes que endurecieron las mismas y además creó la fundación Axel Blumberg.

Lamentablemente, la reforma se apoyó en este marco social, en las campañas de los medios de comunicación y en los reclamos de la opinión pública, dejando de lado un serio debate parlamentario y la intervención de los académicos más renombrados.

El debate de esta norma fue francamente escaso, incompleto y deficiente. La misma fue parte de un grupo de leyes conocidas públicamente como “leyes Blumberg” las que fueron sancionadas en una sesión maratónica.

Como consecuencia de esta forma sancionar la norma, no se pudo apreciar algunas claras deficiencias del nuevo texto legal y tampoco evitar que el fin perseguido por la reforma sea desvirtuado.

Si bien son verdaderos y legítimos los reclamos populares, lamentablemente si se sigue reaccionando en forma impulsiva frente a ellos y legislando de manera fragmentada, sin ningún tipo de coherencia, ni respeto por el sistema como único modo de combatir el delito, solo se aportará mayor inseguridad jurídica y no se terminará con el problema de la delincuencia.

De esta forma se pierde de vista que el delito se combate exclusivamente mediante una política criminal eficaz mucho más profunda, diseñada y estudiada por los expertos y no con una simple modificación normativa.

4.1.- Antecedentes Parlamentarios.

La Cámara iniciadora fue la de Senadores y el proyecto se trató en la Comisión de Justicia y Asuntos Penales.

En el mensaje³⁸ del Poder Ejecutivo Nacional al honorable Congreso de la Nación de fecha 03 de diciembre de 2003 por el cual se pone a consideración el proyecto de ley, se hace especial hincapié en que la introducción del artículo 41 bis³⁹

que se realizara mediante ley 25.297⁴⁰ no tuvo los resultados esperados atento que surgieron dos posturas encontradas, reflejadas en antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

Una de ellas respaldada por la Cámara Nacional de Casación Penal Sala IV en fecha 30.09.2002 “Aldera, Yamil s/ recurso de casación”⁴¹ que consideró que aquella agravante incorporada por la ley 25.297⁴² no resultaba aplicable a la figura del artículo 166⁴³ inciso 2° del Código Penal, porque el uso de un arma de fuego debía tenerse por incluido en los elementos del tipo del artículo precitado en la parte que decía “si el robo se cometiere con armas...”, como una de las especies de ella. De lo contrario se violaría el principio constitucional del “*non bis in idem*”.

La otra postura, aplicaba la agravante genérica al robo, para lo cual realizaba una interpretación armónica de ambos artículos entendiendo que existía una relación de especialidad y de punición progresiva.

Descripta la cuestión en el mensaje antes mencionado, el Poder Ejecutivo Nacional propone que por medio de ese proyecto se incorpore un segundo párrafo al inciso 2° del Código Penal, siguiendo la letra del artículo 41 bis⁴⁴.

En el mismo mensaje el gobierno manifiesta que de esa forma se resuelve definitivamente la controversia, terminando con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

En su tratamiento en el Senado de la Nación, el Senador Agúndez⁴⁵ -miembro informante- se refiere a que en Argentina ha cambiado la modalidad de los delitos toda vez que hoy son más violentos que antes. También expresa que el uso del arma de fuego merece una sanción mayor que la prevista para cualquier otro tipo de arma.

Una vez en la Cámara de Diputados de la Nación, al tomar la palabra, el Diputado Fayad⁴⁶ plantea que esta norma contienen errores que van a conducir a nulidades y a inconstitucionalidades, a la vez que aconseja su discusión en profundidad y modificación de algunas partes del proyecto.

El mismo objeta el último párrafo del artículo propuesto y formula observaciones respecto a que no existe en el Código Penal, ni en las leyes suplementarias, ni en la ley de armas -salvo una referencia genérica- una definición de lo que es un arma de fuego. En base a esta situación, considera que debería incluirse una definición de arma de fuego en el artículo 77⁴⁷ del Código Penal.

A su turno, el diputado Damiani⁴⁸ -miembro informante- en nombre de la comisión manifiesta que no se aceptarían las modificaciones propuestas por el Diputado Fayad.

Aclara el legislador que ha sido criterio de la Comisión que el escalonamiento penal fuere de menor a mayor y que se intentó armonizar el proyecto por una parte, con lo dispuesto por el artículo 41 bis⁴⁹ del Código Penal por la otra.

La diputada Musa⁵⁰ pide la palabra y fundamenta la votación en contra del bloque del ARI, en los argumentos expuestos por el diputado Fayad.

La legisladora hizo especial hincapié en que no estaba de acuerdo con el agregado de la analogía penal por la cual se incluye la penalización del arma impropia diciendo que lo que no es arma no es arma.

Además entiende que el proyecto contiene deficiencias técnicas y que hay gran cantidad de jurisprudencia que lo hace inaplicable.

Finalmente esta norma fue sancionada por el Poder Legislativo Nacional en fecha 07 de Abril de 2004 y promulgada en fecha 22 de Abril de 2004.

Recordemos que ya existió un intento de agravación de penas con el Proyecto que diera origen a la ley 25.297⁵¹, no sancionado en este punto, que determinaba para los casos del artículo 166⁵² inciso 2 del Código Penal, la aplicación de reclusión o prisión de siete a diecisiete años si el robo se cometiere con un arma idónea para producir la muerte o las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.⁵³

A la redacción anterior que tenía el artículo 166⁵⁴ del Código Penal, en la que tipificaba la aplicación de una pena de cinco a quince años de prisión: en su primer inciso, si por las violencias ejercidas para realizar el robo se causaren algunas de las lesiones previstas por los artículos 90 y 91⁵⁵; en su segundo inciso, si el robo se cometiera con armas, o en despoblado y en banda; la entrada en vigencia de la ley 25.882⁵⁶ le agregó dos párrafos al inciso segundo del mencionado artículo.

De los dos párrafos agregados por la reforma, el primero prevé la circunstancia de si el arma utilizada fuera de fuego, y en tal caso eleva la escala penal prevista en un tercio en su mínimo en su máximo.

El segundo párrafo agregado por la norma, que constituye el tercer párrafo del inciso segundo del artículo en análisis, prevé la circunstancia de si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, en ambos casos la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

Atento el contenido del artículo con su nueva redacción, primeramente debemos adentrarnos en la cuestión de definir que se entiende por armas y cual es su clasificación.

El hecho de que nuestro código vigente no defina de un modo directo su concepto -como sí lo hace por ejemplo el Código Penal Italiano en su artículo 585 que, si bien es para los delitos contra la persona, remite al término “arma” también utilizado en el artículo 628 inciso 1º, de la rapiña⁵⁷- produce grandes dudas y es necesario precisar las definiciones para la correcta aplicación de la norma.

5.- Concepto de Armas.

Cuando el Código habla de armas, lo hace de una forma que podría entenderse como genérica, por tal razón dicha denominación comprende no solo a las que técnicamente pueden llamarse así, sino también a todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre.

Para la norma en el concepto estarán incluidos todos los objetos destinados a la defensa u ofensa, los que se denominan armas propias, pero también las llamadas armas impropias.

Esto resulta concordante con la acepción estrictamente gramatical del vocablo “arma” que en el diccionario de la Real Academia Española⁵⁸ es definida como todo instrumento, medio o máquina destinados a ofender o defenderse poniéndose así énfasis en el destino del instrumento.

Si realizamos una primera división general de las armas, nos encontramos que por un lado existen las armas propias, que son aquellos instrumentos fabricados ex profeso para ser empleados en la agresión o defensa de las personas.

Por el otro, se considera arma impropia a todos aquellos objetos fabricados con otro destino pero que se emplean ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o la salud de una persona⁵⁹.

En el caso del arma impropia, será el juzgador quien determinará si por el modo en que ha sido utilizado, el objeto aumentó el poder ofensivo del autor del delito, y en tal caso considerarlo como arma impropia.

La Cámara Penal de Santa Fe, Sala Segunda, en fecha 27 de Octubre de 1997 en autos “D.L.S. s/ Robo Calificado sobre empleo de arma”⁶⁰, resolvió que queda equiparado al concepto de arma un destornillador, elemento de real eficacia y que utilizándolo o amenazando a las víctimas colocándose en la zona de la garganta ha conferido al sujeto activo mayor capacidad ofensiva, la que a su vez se trasunta o identifica con el mayor poder intimidante que ejerce sobre los sujetos pasivos.

No es posible que un arma sea impropia por sí sola, lo que transforma a un objeto que no fue diseñado para aquél fin, es precisamente la intención del sujeto activo de utilizarlo como un arma, dándole un destino diferente con el fin de aumentar su capacidad ofensiva.

Tampoco es posible determinar cuales son aquellas porque cualquier objeto puede terminar siendo un arma impropia. No es necesario que el objeto se asemeje a un arma, sino que cumpla la función de potenciar la capacidad ofensiva del sujeto activo, por lo tanto, el uso de una lapicera amenazando que apunta un ojo de la víctima puede ser tomada como arma impropia.⁶¹

Asimismo una rama de árbol al utilizarse como garrote, etc; en definitiva todo elemento capaz de disminuir la capacidad defensiva del sujeto pasivo de manera que al sujeto activo le sea posible desapoderarlo habida cuenta de la menor defensa de la víctima, hasta se ha llegado a aceptar como arma la utilización de una jeringa conteniendo el virus del HIV⁶²

La intención y la funcionalidad de ambos tipos de armas -propias e impropias- son los mismos: ponen en riesgo la vida y cumplen la misma función en el delito.

Es también posible que un arma de fuego (arma propia) pueda ser usada como impropia al utilizarse como elemento contundente aplicando un culatazo.

Una segunda clasificación nos lleva a diferenciar, dentro de las armas propias, a las armas blancas y a las armas de fuego

5.1.- Armas Blancas.

Son aquellas que se utilizan a mano, empuñándolas, y que sólo actúan por la fuerza o energía que les otorga quien las esgrime; por ejemplo, el cuchillo, el sable, la espada, y otras⁶³. Pero para precisar su concepto debemos agregar que las mismas son construidas en algún tipo de metal, de allí que se las llame “blancas”.

A la vez, las armas blancas se pueden subclasificar en armas de punta, que son aquellas que actúan por penetración, como el florete, la lanza, el decir, perforan el cuerpo de la víctima, tienen punta pero no lo cortan, no tienen filos.

Dentro de esta subdivisión encontramos también a las armas de corte que son las que actúan por corte, no tienen punta, por ejemplo las hachas y finalmente tenemos a las de punta y corte, estas pueden actuar por penetración o por corte, como por ejemplo, el cuchillo, la espada, el machete los cuales tienen punta y filo, o filos.

5.2.- Armas de Fuego.

El arma de fuego es aquella que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia.⁶⁴

Esta definición nos permite afirmar sin lugar a dudas que las denominadas “tumberas” son armas de fuego, que conforme a su calibre y largo de cañón podrán entrar en cualquiera de las subcategorías legales.

La tumbera es un arma de fabricación casera que se confecciona con dos caños de diferente grosor, el de mayor tamaño lleva una arandela con un clavo –que hace de púa percusora- soldado en un extremo y el caño de menor diámetro, que se inserta en el otro es el que porta el cartucho, teniendo uno de ellos una agarradera a los fines de poder dar el impulso de un caño dentro del otro para que se produzca el disparo.

Nada impide que pueda ser considerada de esta forma, y además en ningún lugar la ley dispone que las armas caseras no sean armas o que las armas deban ser elaboradas en una fábrica.

Al dictarse el 23 de Mayo de 2005, el decreto N° 531/05⁶⁵, que reglamenta la ley 25.938⁶⁶ -ley que establece el Registro Nacional de Armas de Fuego y Materiales Controlados, Secuestrados o Incautados-; en su anexo I, apartado c, define las armas de fuego rudimentarias como toda arma de fuego fabricada a partir de elementos cuyo destino de utilización originario no corresponde en forma específica a un arma de fuego o de lanzamiento.

De acuerdo a la definición precedente, las tumberas son armas de fuego rudimentarias. En función de su calibre pueden ser armas de fuego de puño subcategoría pistolones o armas de fuego largas, subcategoría escopetas.

En ambos casos pueden ser en función de sus características, armas de fuego rudimentarias disimuladas, en cuyo supuesto revisten la categoría de armas de fuego de guerra de uso prohibido. O pueden ser armas de fuego rudimentarias no disimuladas, en

cuyo caso pueden ser armas de fuego rudimentarias de puño pistolones – por su calibre- donde no interesa el largo del cañón. O pueden ser armas de fuego rudimentarias largas donde sí interesa el largo del cañón y responder en ese caso a las dos categorías legales, armas de uso civil y armas de guerra.⁶⁷

Así lo entendió también la Sala Segunda de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de Paraná –Entre Ríos- en su sentencia N° 19 de fecha 09 de mayo de 2005 por la cual condenó a E.A.A. por Tenencia Ilegítima de Arma de Guerra al encontrársele en su poder un arma de fabricación casera de las denominadas tumberas calibre 28 a raíz de un allanamiento⁶⁸.

También las armas de fuego pueden ser clasificadas y consecuentemente, por un lado tenemos a las armas largas o de hombro, que son aquellas armas de fuego portátil, que para su empleo normal requiere el uso de las dos manos del tirador y el apoyo en la cintura o el hombro. Son los fusiles, carabinas y escopetas, también en algunos casos podrían entrar las tumberas.

Por otro lado, existen las armas cortas o de puño, que son armas de fuego portátiles, las cuales estas diseñadas para ser empleada normalmente utilizando una sola mano, sin ser apoyada en otra parte del cuerpo. A su vez, estas se dividen en pistolas, revólveres y pistolones.

Respecto a esta última división, podemos decir que las pistolas son armas de uno o dos cañones, de ánima rayada, con su recámara alineada permanentemente con el cañón; las cuales puede ser tiro a tiro, de repetición o semiautomática.

En cuanto a los revólveres, son armas de ánima estriada, que poseen una serie de recámaras en un cilindro o tambor giratorio montado coaxialmente con el cañón. Un mecanismo hace girar el tambor de modo tal que las recámaras son sucesivamente

alineadas con el ánima del cañón. Estos pueden ser de simple acción: en los cuales el gatillo debe ser puesto en posición manualmente antes de cada disparo; o de doble acción: donde basta con apretar la cola del disparador para que el gatillo se coloque en posición de disparo y se produzca el mismo.

También pertenecen a esta clasificación los pistolones, que son aquellas armas semejantes a una escopeta pero de puño, con cañones de ánima lisa.

Las armas de fuego también se pueden clasificar teniendo en cuenta el sistema de disparo que tienen. Nos encontramos con las de tiro a tiro, que son las que obligan al tirador a repetir manualmente la acción completa de carga del arma en cada disparo. Son las armas que carecen de almacén cargador, Ej. Escopeta.

Dentro de la misma división existen las semiautomáticas, que son aquellas en las que el ciclo de carga y descarga se efectúa mecánicamente por acción del tirador, estando los proyectiles acumulados en un almacén cargador. Ej. Escopeta Itaka.

Finalmente nos encontramos con las semiautomáticas y automáticas. Las primeras son aquellas armas en que el ciclo de carga y descarga se efectúa en forma automática y es necesario oprimir el disparador para cada disparo. Ej. La mayor parte de las pistolas. Las segundas son armas en las cuales manteniendo oprimida la cola disparadora se producen más de un disparo en forma continua. Ej. Ametralladoras.

5.3.- Armas de Lanzamiento.

Son aquellas que disparan proyectiles autopropulsados, granadas, munición química o munición explosiva. Se incluyen en esta definición los lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros⁶⁹.

5.4- Otro tipo de Armas.

El decreto N° 395/1975⁷⁰ reglamentario del Decreto-ley N° 20.429/73⁷¹ -Ley Nacional de Armas y Explosivos- en su artículo 5 al determinar taxativamente cuales armas se consideraran de uso civil incluye en su inciso 3° a los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvreadotes, gasificadores o análogos que sólo producen efectos pasajeros en el organismo humano.

Así fue entendido en fecha 16/05/2007 mediante interloc. 31/119 por la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires Sala I. en autos “B., L. A. y otro s/ Procesamiento”⁷² la que imputó de “robo con armas” el cometido con la utilización de un gas irritante para los ojos.

También en el inciso 4 del artículo precitado incluye a las armas electrónicas que sólo produzcan efectos pasajeros en el organismo humano y sin llegar a provocar la pérdida de conocimiento.

De acuerdo a las modificaciones introducidas por la ley 25.882⁷³ en el artículo 166⁷⁴ del Código Penal, el inciso 2° primer párrafo refiere ahora, exclusivamente a las armas que no son de fuego, salvo que éstas sean utilizadas de manera impropia.

Ello es así en la medida que el segundo párrafo de este inciso, comienza indicando “si el arma utilizada fuera de fuego...”, esta redacción excluye a las mismas de la regulación del primer párrafo del inciso 2°.

Entonces, el inciso 2° del artículo 166⁷⁵ del Código Penal en su primer párrafo ha quedado restringido a los supuestos de utilización de armas que no utilizan la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia, es decir, armas blancas, arco, ballesta, lanzallamas, armas de aire

comprimido, las denominadas impropias, para los que la escala penal permanece entre cinco y quince años de reclusión o prisión⁷⁶.

En el mismo sentido, en el año 2006 la Cámara Penal de Rosario, Sala 3ª en autos “S.L.G. s/ Robo calificado en tentativa”, consideró que una pistola de aire comprimido no es un arma de fuego, pero es un arma en sentido propio, ya que aumenta el poder ofensivo del agresor (del voto de la mayoría)⁷⁷.

Hecho el estudio precedente, ahora vamos a analizar el primer párrafo que introdujo la norma modificatoria al artículo 166⁷⁸ del Código Penal.

6.- Arma de fuego como agravante.

El segundo párrafo del inciso 2º del artículo 166⁷⁹ del Código Penal, incorporado por la ley N° 25.882⁸⁰ dispone que si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

En el antecedente del proyecto, en el Mensaje del Poder Ejecutivo⁸¹, se explica que la finalidad de la reforma fue la de terminar con la controversia doctrinaria y jurisprudencial que había generado la incorporación al Código Penal del artículo 41 bis⁸² en razón de la aclaración de su 2º párrafo, que exceptuaba de la agravante a todos los delitos que contemplaran el arma de fuego como elemento constitutivo o calificante de los mismos.

En el mensaje al Congreso de la Nación, se destaca que, para un sector, la agravante genérica del artículo 41 bis⁸³ no podía ser aplicada al robo calificado por el empleo de armas, puesto que allí ya se encontraban comprendidas las armas de fuego, con lo cual se vulneraría el principio del *non bis in idem*, criterio que era seguido por un sector de la jurisprudencia.

Para otra posición, en cambio, su aplicación era incuestionable, porque se refería a la utilización de armas de fuego y no de cualquier arma, por lo que resultaba aplicable a todos los casos en que se encontraba contemplado el uso de armas genéricamente.

La incorporación de este párrafo buscó establecer un criterio progresivo para las agravantes del robo, quedando expresamente establecido que el uso de un arma de fuego implica una escala penal más severa que la aparejada por la utilización de cualquier otro tipo de arma, resultando esta vez una figura calificada específica en lugar de una confusa pauta genérica de agravamiento como lo es el 41 bis⁸⁴ del Código Penal.

La existencia de un tercer párrafo en el inciso segundo del artículo 166⁸⁵ del Código Penal incorporado por la misma norma, el que se refiere al robo que se cometiere con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, nos lleva a interpretar que en el segundo párrafo quedarían incluidas solamente las armas de fuego que fueren aptas para el disparo.

Siguiendo esta interpretación, el robo cometido con un arma de fuego apta para el disparo -por ejemplo- una pistola calibre 22, llevaría una pena de entre seis años y ocho meses de mínimo y un tope de veinte años de reclusión o prisión como consecuencia de la aplicación de la agravante; mientras que si el desapoderamiento se cometiere valiéndose de una granada de mano, despojo realizado luego de lanzar una granada, este último quedará abarcado por el robo con armas básico del primer párrafo y en ese caso la pena iría de cinco a quince años de prisión o reclusión por no ser ésta arma de fuego⁸⁶.

Como se puede apreciar, este segundo párrafo del inciso 2º del artículo 166⁸⁷ del Código Penal –agregado por la ley 25.882⁸⁸- genera una incongruencia en las penas dejando fuera de la previsión más gravosa el empleo, por ejemplo, de una granada. Esta no es un arma de fuego, sino material explosivo y se la considera arma porque aumenta el poder ofensivo del sujeto activo y tiene una peligrosidad o letalidad semejante e incluso mayor a las de las armas de fuego respecto a la integridad física y la vida de la víctima como la de terceros.

Otra cuestión a destacar es que la reforma prevé una condena más gravosa, de seis años y ocho meses a veinte años, para la mera puesta en peligro de la integridad física o la vida de la víctima, a través de la perpetración del desapoderamiento mediante intimidación con un arma de fuego idónea, lo cual significa un riesgo remoto; que para la concreción de una lesión grave o gravísima al sujeto pasivo del robo, en cuyo caso la pena es de cinco a quince años de prisión o reclusión como lo establece el inciso 1º del artículo 166⁸⁹ del Código Penal.

Además, en el caso de producirse efectivamente la muerte de la víctima, la punición de la puesta en peligro por intimidación con un arma de fuego, es casi tan alta como la que dispone el artículo 165⁹⁰ del Código Penal para su concreción que es de diez a veinticinco años de prisión o reclusión.

De este modo, el hecho de prever una pena tan alta para la peligrosidad, desvanece los incentivos que deberían desalentar a quienes delinquen con armas de fuego, a fin de que no las utilicen en perjuicio de la vida o la salud de otro.

Si bien es cierto que los casos como el robo con una granada no son frecuentes, no por eso dejan de ser posibles y es uno de los tantos supuestos que desnudan las

falencias de la ley 25.882⁹¹, en este caso respecto al primer agregado que sufrió el inciso segundo del artículo 166⁹² del Código Penal.

Como podemos advertir, en la búsqueda de combatir la inseguridad se recurre al método de legislar apresuradamente en respuesta a los reclamos sociales, con el único objeto de agravar las penas, sin que exista un análisis serio y profundo sobre el tema, ni estén dadas las condiciones de base.

En este capítulo hemos podido demostrar que la normativa en cuestión tiene una gran vaguedad en sus conceptos, es imprecisa, ostenta una deficiente técnica legislativa y su sanción trajo aparejada desproporción en las penas.

Consecuentemente, nos encontramos con una reforma que no ha significado un avance jurídico, y que la verdadera motivación de la misma es lograr la aplicación del artículo 41⁹³ bis del Código Penal al delito de robo cometido con armas, tema del que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

Capítulo II

Relación con el artículo 41 bis del Código Penal, aptitud para el disparo, vulneración del beneficio de la duda.

Sumario: 1. Introducción. 2. Relación con el artículo 41 bis el Código Penal. 3. Aptitud para el disparo. 4. Carga probatoria. 5. Constitución de un arma de fuego. 6. Munición. 6.1. Cartucho. 7. Funcionamiento de algunas armas de fuego. 8. Determinación de la aptitud para el disparo. 8.1. Fallas más comunes en el funcionamiento. 9. Prueba del uso de armas en el robo. 10. Vulneración del beneficio de la duda.

1.- Introducción.

En este capítulo, continuaremos con el análisis de la ley 25.882⁹⁴ dando más razones que ameritan su derogación; estudiando su relación con el artículo 41⁹⁵ bis del código penal, destacando la gran importancia de las distintas posturas jurisprudenciales al respecto, como así también de la ley que dio origen a este último artículo. Más adelante nos ocuparemos de la problemática generada a partir de un tema tan trascendente como es la cuestión referida a la aptitud para el disparo, la cual genera dificultades a la hora de aplicar el tipo penal. También analizaremos las graves consecuencias que trajo aparejada la inversión de la carga probatoria y el tratamiento que ha dado a este tema la jurisprudencia.

Luego indagaremos sobre la constitución y funcionamiento de un arma de fuego para terminar con la determinación de la aptitud para el disparo, la cual resulta de vital importancia a la luz de la nueva norma y finalmente nos ocuparemos de la vulneración del beneficio de la duda que produce la deficiente redacción del nuevo artículo 166 del Código Penal.

2.- Relación con el artículo 41 bis del Código Penal.

En el caso de volverse a la redacción anterior al dictado de la ley 25.882⁹⁶ del artículo 166⁹⁷ del Código Penal, como postulamos, la cuestión sería determinar si es aplicable o no el artículo 41 bis⁹⁸ de dicho cuerpo legal. También cabe aclarar que con la nueva normativa, hoy vigente, no existe duda que la agravante genérica no es de aplicación.

El artículo 41 bis⁹⁹ del Código Penal, determina en su primer párrafo 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. Y en su segundo párrafo dispone que esa 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.

Este artículo, fue incluido en el Código Penal por la ley 25.297¹⁰⁰ la que instituyó una escala penal más gravosa para los supuestos en que medien las circunstancias en él previstas y trasladó aquello que anteriormente se había considerado ponderable como pauta aumentativa por el mayor contenido del injusto –en orden a la naturaleza de los medios empleados a que alude el artículo 41¹⁰¹ del Código Penal, para la determinación de la pena-, al nivel típico donde colocó aquella circunstancia como elemento objetivo, operando entonces como una calificante genérica que incorpora a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las modalidades descriptas.

Nos encontramos frente a una norma general que proyecta sus efectos a una pluralidad de figuras delictivas previstas en la parte especial del código, atributo que no es exclusivo de este precepto, así lo mismo puede afirmarse, por ejemplo, de la regulación relativa a la tentativa.

La incorporación en la parte general del Código Penal de agravantes genéricas conlleva en algunos casos irremediablemente a un desbalanceo general en los marcos punitivos, aplicando penas más gravosas de acuerdo a las modalidades del delito y creando una situación de injusticia.

Es el caso –por ejemplo- del homicidio previsto en el artículo 79¹⁰² del Código Penal, en que el autor dispone de un arma de fuego y un palo de béisbol para dar muerte a la infortunada víctima. Si el autor deja el revólver o la pistola para evitar la aplicación de la agravante, y le da a la víctima con el bate varios golpes hasta provocarle la muerte, parece claro entonces que en este caso no produce un daño mayor si le pega un tiro, e incluso en esas circunstancias la muerte puede ser hasta menos dolorosa o más rápida, evitándole a la víctima un padecimiento o sufrimiento prolongado.

En los fundamentos vertidos en el proyecto de la ley 25.297¹⁰³ se hizo especial hincapié en la preocupación de la sociedad por la grave situación de inseguridad, por la tendencia creciente de delitos cometidos, en particular, los robos con armas, los asaltos con rehenes y homicidios como consecuencia del robo.

Se refirió también que el aumento de las penalidades en forma generalizada no siempre es el remedio a la inseguridad, pero era evidente que en esa coyuntura eran necesarias algunas reformas que dieran solución a un problema muy específico como son los delitos tentados o consumados con armas de fuego.

Como se ve, el espíritu del legislador fue claro en ese entonces y apuntó a las razones de seguridad pública haciendo alusión específicamente al robo, sin embargo, ha sido el mismo cuerpo legislativo quien con una deficiente técnica legislativa frustró su intención con el contenido del texto sancionado lo cual se desprende, entre otras cosas, de la circunstancia de que el proyecto original no preveía el segundo párrafo.

El hecho de que el legislador viera que no fue satisfecho el fin que tuvo en miras al sancionar la agravante, es justamente una de las principales razones que lo impulsaron a sancionar la reforma del artículo 166¹⁰⁴ del Código Penal mediante la ley

25.882¹⁰⁵, según se desprende claramente del análisis de los debates parlamentarios¹⁰⁶ de la norma en los que se hace expresa mención de esta circunstancia.

Si bien podríamos afirmar que entre la figura del artículo 166¹⁰⁷ inciso 2 del Código Penal y la del 41 bis¹⁰⁸ podría mediar una relación de especificidad, en definitiva ello no es así por la simple razón de que la norma en cuestión contiene en su segundo párrafo, una concreta excepción a lo dispuesto en el primero que excluye de su ámbito de aplicación al tipo penal del robo con armas, por lo cual no cabe la aplicación de la agravante.

No se trata de un problema de doble valoración, sino de ubicar en su correcta posición y delimitación el ámbito de aplicación del precepto innovativo.

Es que cabe también relatar que no se afecta el “*non bis in idem*” cuando la ley penal agrava el robo con armas, cuando éstas fueran de fuego, como lo ha hecho la ley 25.882¹⁰⁹.-

Es decir, si bien la ley pudo haber hecho aquello respecto de todas las figuras, lo cierto es que lo hizo restringidamente, estableciendo una genérica circunstancia agravante que opera respecto de todos aquellos tipos penales que no la prevean como constitutiva o calificante, de lo que resulta la exclusión de su ámbito de aplicación de los tipos como el artículo 166¹¹⁰ del Código Penal inciso 2.-

El dispositivo legal sancionado produjo que las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias entendieran que el artículo 41 bis¹¹¹ no era aplicable al artículo 166¹¹² inciso 2 atento que el Código no especializa, en el delito de robo calificado por el uso de armas, la clase de arma que debe utilizarse para la procedencia del tipo, por lo que “claramente” quedan comprendidas todas, siendo el concepto de arma el género y arma de fuego la especie.

En igual sentido, entendemos que cuando la ley contempla como calificante el empleo de un arma en la ejecución de un hecho violento contra las personas, la circunstancia de que el arma sea de fuego o de otra naturaleza, deberá ser tenida en cuenta como elemento para la graduación de la pena dentro de la escala penal, pero lo que no puede negarse es que el empleo de cualquier arma es ya un elemento que constituye o califica la figura y, en consecuencia, es uno de los contemplados en al excepción¹¹³.

Entonces, no cabe más que concluir que el robo con armas es uno de los delitos a los que se refiere el segundo párrafo de la norma aludida.

También se expidieron -entre otros- por la no aplicación del agravante genérica establecida por el artículo 41 bis¹¹⁴ del Código Penal la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires¹¹⁵ y la Cámara de Apelación el lo Penal de la ciudad de Rosario en Pleno por Acuerdo de Cámara n° 10 de fecha 07 de Diciembre de 2005¹¹⁶.

Consideramos finalmente que no hay razones fundadas para introducir la agravante impuesta por la ley 25.297¹¹⁷ ya que el propio Código Penal establece escalas punitivas lo suficientemente gravosas y sin embargo la mayoría de las sentencias que vemos día a día en los tribunales argentinos no aplican el máximo de las penas previstas para los delitos de que se trate.

Además, el sistema de cuantificación de la pena delineado por el artículo 40¹¹⁸ del Código Penal, el que dispone que en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo 41¹¹⁹ del mismo cuerpo legal. Las reglas que fija el artículo de mención son

primeramente, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; en segundo lugar, la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso. Es más que suficiente para poder ponderar la pena que corresponda al imputado por el delito previsto en el artículo 166¹²⁰ del Código Penal y le brinda al juez todos los elementos que necesita para poder juzgar esa conducta de acuerdo a la modalidad y al contexto en que se desarrolló.

De acuerdo a ello, entendemos que la amplitud de las escalas penales existentes en el código le permiten al juez graduar una pena “justa” sin necesidad de tener que recurrir a normas como la dispuesta por la ley 25.297¹²¹.

3.- Aptitud para el disparo.

La ley 25.882¹²² incorpora un tercer párrafo al inciso segundo del artículo 166¹²³ del Código Penal que en su primera parte dispone, si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, ... la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

La incorporación de este agregado por su redacción, ha generado distintas interpretaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia teniendo como consecuencia penas totalmente diferentes y desproporcionadas.

En el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo, la redacción de este agregado era diferente a la que se termino legislando. La expresión originaria se refería al robo cometido con un arma de fuego de idoneidad no acreditada por ningún medio de prueba¹²⁴ y finalmente se legisló diferente, con la letra que hoy nos genera tanta confusión.

Veamos que no es lo mismo un arma de fuego de idoneidad no acreditada por ningún medio de prueba, que arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada -ley vigente-.

La ley habla de “aptitud para el disparo” y no de una categoría más general como podría ser la “ofensividad” del arma y hace referencia a la situación de que esa circunstancia no pudiera tenerse por acreditada de ningún modo, guardando silencio respecto del caso en que la inaptitud estuviera acreditada positivamente.

Con la expresión “aptitud para el disparo”, los legisladores emplearon una fórmula que nos lleva a preguntarnos si en este concepto entran las armas con idoneidad funcional pero que se encontraban descargadas al momento del hecho.

Consideramos que estas últimas no estarían abarcadas por el tipo, porque la circunstancia de que no estén cargadas en el momento de cometerse el hecho, no les hace perder la aptitud. Como podemos advertir, el arma descargada es un supuesto sin contemplar del que nos ocuparemos más adelante.-

A nuestro criterio el texto únicamente se refiere al mecanismo del arma, o sea a las circunstancias intrínsecas que debe tener la misma, dejando de lado el análisis de otras cuestiones que tienen que ver con la peligrosidad y el funcionamiento del arma que no son requeridas por el tipo.

Tampoco queda abarcado por la norma la aptitud de los cartuchos que se encontraren en el arma sujeta al peritaje.

4.- Carga probatoria.

La ley 25.882¹²⁵ incorpora en el tercer párrafo del inciso segundo del artículo 166¹²⁶ del Código Penal una cuestión probatoria innecesaria y ajena a un código de fondo. Invirtió la carga de la prueba sobre la habilidad del arma para disparar que había sido sentada por la Corte Suprema.

Ahora es el órgano de acusación quien debe probar que el arma de fuego utilizada era hábil para disparar –lo que no puede presumirse- y si no logra hacerlo, pudiendo acreditar solamente el empleo de tal elemento, es de aplicación entonces este último párrafo del artículo 166¹²⁷ inciso 2º del Código Penal que prevé una pena de tres a diez años, disminuida respecto al segundo párrafo del artículo en cuestión.

Si tenemos en cuenta que, el apoderamiento de una cosa cuya ajenidad total o parcial no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada queda impune. Que el apoderamiento de cosa ajena en el que la fuerza o la violencia utilizada para ello no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada debe encuadrarse sin lugar a dudas en la figura de hurto, artículo 163¹²⁸ del Código Penal.

El apoderamiento de cosa ajena mediante violencia en las personas en el que no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada la utilización de un arma debe calificarse

como robo simple. Todo esto, en virtud de que en el proceso penal la circunstancia que no ha sido acreditada no existe jurídicamente.

Por lo tanto, si el estado no logra acreditar debidamente la aptitud del arma, esta se tendría por no utilizada.

Legislar figuras con elementos no probados o negativos (no aptitud) nos dificulta en gran parte la aplicación de la norma.

El legislador al utilizar la frase “arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada” intenta cubrir normativamente todos los casos en que el autor del delito actuó con un arma, que por diversas razones no ha podido comprobarse si era ella apta para el disparo.

Esto es lo que pasa –por ejemplo- en el caso que no pueda procederse al secuestro del arma utilizada para someterla a la pericia correspondiente que determinará su aptitud.

En el proceso penal se puede probar de cualquier modo, que un arma es apta para disparar, por el principio de libertad de prueba, estableciendo que no existe ninguna clase de limitación en cuanto a las maneras de acreditación de su aptitud para el disparo, a fin del encuadramiento en la agravante del segundo párrafo del inciso segundo del artículo 166¹²⁹ del Código Penal.

Pero esa prueba se produciría solamente en aquellos casos de flagrancia y secuestro del arma o cuando se hubiesen efectuado disparos, pero no en los otros casos que nada de ello hubiese ocurrido.

La Cámara Penal de Santa Fe, Sala III en autos L.J. M. s/ Recurso de Apelación (aplic. Ley 25.882¹³⁰) determinó que la falta de secuestro del arma utilizada no excluye

la agravante, porque de las constancias de la causa, surge acreditada la utilización de la misma, disparando contra una persona en un hecho y dándole muerte a otras dos en el segundo hecho¹³¹.

Ello es así porque nos encontramos frente a una cuestión probatoria que es muy difícil de cumplimentar, pero si se efectuaron disparos y no se pudo secuestrar el arma en cuestión, también puede establecerse que el arma de fuego es apta. La forma es, probando la existencia de rastros de los disparos en el lugar del hecho, como es el caso de casquillos expulsados por una pistola; identificando los impactos de bala producidos en ocasión del robo; o cuando los testigos refieren claramente haber visto como se efectuaban y oído el o los disparos.

Esta es la línea que también había seguido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso “Juncal Gómez, Antonio¹³²” donde sostuvo que aunque el arma empleada en el robo no haya sido incautada, la prueba de testigos es suficiente para acreditar que la misma fue disparada.

Pero existen circunstancias en las cuales no se puede determinar con certeza esa aptitud como sucede –por ejemplo- en el caso que, luego de cometido el robo se persigue al delincuente y este, en plena fuga, arroja el arma que utilizó para el desapoderamiento, la que es secuestrada para realizarle el peritaje de rigor. Hecha la pericia correspondiente, la misma determina que el arma no es apta para el disparo por tener una rotura reciente en su mecanismo de percusión.

En estas circunstancias, cómo podría determinarse entonces si la rotura se produjo en el descarte del arma o momentos antes de cometerse el delito como consecuencia de una caída accidental, circunstancia esta última, en la cual el robo se habría cometido con un arma no apta.

Respecto a la prueba de la aptitud para el disparo, la Cámara Penal de la ciudad de Santa Fe, Sala 3° en fecha 12/10/06 en autos “A.Q.M s/ Recurso de Apelación Procesamiento”¹³³ resolvió que cuando no se puede acreditar si, en el momento del hecho, el arma estaba cargada, ya que al ser secuestrada posteriormente, se hallaba descargada; resultando apta para el disparo, no corresponde calificar la conducta como robo simple, sino como robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha sido acreditada.

Finalmente podemos decir que la aptitud para el disparo puede no tenerse por acreditada en dos supuestos:

- a) Porque una vez secuestrada el arma se determina, pericia mediante, que no es apta para el disparo
- b) Porque el arma no pudo ser secuestrada por lo que es imposible realizar la peritación

A los fines de poder analizar la aptitud para el disparo que tiene un arma de fuego, primeramente vamos a analizar la constitución de la misma.

5.- Constitución de un arma de fuego.

Las piezas que componen un arma de fuego varían en su forma, tamaño, peso y función, de acuerdo a las características particulares de su diseño. Generalmente el conjunto de esos elementos recibe las denominaciones de: armazón; cañón o tubo; aparato de puntería; mecanismo de carga; mecanismo de cierre; mecanismo de disparo; mecanismo de extracción y de expulsión; mecanismo de seguridad; guarniciones y finalmente tenemos los accesorios¹³⁴.

El armazón de un arma de fuego, es la pieza o estructura metálica sobre la que se arma y sostiene el resto de las que componen el arma. En ciertos casos el cañón y

parte o la totalidad del aparato de puntería forman un solo cuerpo con el armazón, y también éste por su particular construcción, resulta una pieza más.

En todas las armas portátiles hallamos en el armazón una o dos prolongaciones, empuñadura y culata, cuya función es facilitar al tirador tomarlas con una sola mano como es el caso del revólver y la pistola, o ayudarse apoyándolas en otra parte del cuerpo que puede ser el hombro, cintura o la cadera como la escopeta.

Cuando la prolongación está destinada a ser tomada solamente por una mano, recibe el nombre de “empuñadura” y por lo general está adherida al armazón o forma parte de él. Cuando tiene por destino servir de apoyo, recibe el nombre de culata y puede o no estar incorporada al armazón. Tradicionalmente la culata se construye en madera, pero algunas armas modernas las tienen de plástico o metálicas y rebatibles, lo cual facilita que puedan desplazarse o plegarse desde su posición original, como es el caso de las Ametralladoras Uzi.

La empuñadura o la culata se ubica en la parte trasera del arma, en el punto opuesto a la boca del cañón.- En las armas dotadas de empuñadura y culata, la primera ocupa el centro y la restante la parte posterior. En algunas armas el interior de la empuñadura es hueco, y en él se ubica el almacén cargador.

Luego tenemos el cañón o tubo que es la pieza metálica hueca en donde ocurren la mayor parte de los procesos físico-químicos que provoca el disparo del proyectil. Puede o no, según el tipo de arma, integrar el armazón y tener o no incorporado el aparato de puntería, total o parcialmente.

El hueco interior del cañón recibe el nombre de “ánima” o “alma”. Son dos las partes fundamentales que lo componen: la recámara y el tubo. En la recámara, ocurrido el proceso de carga se aloja el cartucho y, al producirse el disparo, contiene la gran

fuerza liberada por los gases combustionados, lo que exige que su construcción resulte lo suficientemente fuerte y segura, empleando materiales adecuados. En el tubo, el proyectil comienza su desplazamiento adquiriendo las características balísticas que le serán particulares como la velocidad, el movimiento de rotación y dirección.

En algunas armas, la recámara y el tubo integran una misma pieza, y en otras, como los revólveres, son independientes entre sí; en este último caso se ubican en el cilindro o tambor, recibiendo el nombre de “alvéolo”.

El cañón puede ser liso en escopetas y pistolones, o estriado en fusiles, pistolas, y revólveres. El estriado, que también recibe el nombre de rayado, está formado por hendiduras o canales de forma helicoidal (movimiento de hélice). Tiene por misión, imprimir al proyectil un movimiento de rotación sobre su eje longitudinal, que conservará durante todo su recorrido o trayectoria, penetrando en el aire a manera de tirabuzón y avanzando siempre con la punta hacia delante.

Este movimiento es el que le otorga la precisión al disparo, y por ello las armas con cañones más largos son más eficaces en cuanto a la puntería. A los fines de poder apuntar correctamente, las armas cuentan con el denominado aparato de puntería que es el elemento por el cual el tirador puede enfocar el arma hacia el blanco y obtener de esta manera la mayor precisión en el disparo. Sus componentes son dos: el alza o mira, y el guión o punto de mira.

El alza, generalmente, es una regla con una determinada graduación, que puede ser fija o rebatible y que se sitúa en la parte posterior del arma. En las pistolas, por lo general, se adhiere a la corredera, y en las armas largas, sobre el cajón del mecanismo.

Se ha procurado con ello que la ubicación resulte lo más cercana posible al ojo del tirador con el objeto de que éste pueda precisar la puntería en diferentes distancias desplazando la altura de alza conforme a la graduación que en ella se indica.

La corrección del alza, provoca la corrección de su alineación con el guión o punto de mira con relación al blanco, siendo necesaria esta operación para el tiro con armas largas y a distancias superiores, por lo general, a los cincuenta metros. En las armas cortas el alza por lo común no tiene graduación y puede ser desplazada lateralmente, aunque también es fija.

Tres son los tipos de mira más comunes, que reciben el nombre de abiertas, circulares y telescópicas. Las miras abiertas tienen la base o muesca indistintamente en forma recta, curva o en ángulo. La balística moderna se inclina por la mira de base recta. La mira circular sirve para que el tirador, con un esfuerzo visual inferior al que usa para operar con la mira abierta, pueda apuntar más rápidamente. La mira telescópica, como su denominación lo indica, es un aparato óptico, un telescopio, que se fija en el arma mediante un montaje especial. Acerca el blanco de acuerdo a las condiciones técnicas y de tal manera permite que el tirador obtenga una imagen del blanco nítida, ampliada, acercada. Para que su funcionamiento sea el adecuado, se exigen buenas condiciones de visibilidad.

El guión o punto de mira, segundo componente del aparato de puntería, se ubica muy cerca de la boca de salida del cañón, en la parte más alejada del ojo del tirador y tiene por función centrar el alza en el punto a apuntar.

Otro elemento constitutivo del arma es el mecanismo de carga, el que tiene por finalidad proveer al arma de los cartuchos necesarios y su pieza principal resulta ser el “cargador”. Recordemos que en el revólver esta función es cumplida por el cilindro o

tambor. El cargador está construido en metal laminado, es un recipiente de forma rectangular, en cuyo interior se almacenan los cartuchos cuya cantidad varía en función al tipo de cargador, de arma y de munición que se utiliza.

Un resorte o muelle elevador automatiza la carga, al ir elevando la munición para su introducción en la recámara en la medida que se consume. En el fusil Mauser o similares, el almacén cargador se halla incorporado al mecanismo y la carga se efectúa mediante peines, y lo mismo ocurre en algunos modelos de pistola, de muy antigua data.

Por otro lado, tenemos el mecanismo de cierre, que tiene por función introducir en la recámara el cartucho, cerrar ésta y habilitar de esta forma el arma para el disparo. En casi todas las armas esta función la cumplen piezas metálicas que responden a distintas denominaciones, conforme al arma de que se trate. Por ejemplo, en un fusil tipo Mauser, o similar, se le da el nombre de cerrojo; en una pistola semiautomática, como la Browning o Colt, se la denomina corredera.

El cerrojo en el caso del fusil Mauser, debe ser accionado manualmente. El tirador, mediante la respectiva manivela, es quien acciona el cerrojo. El mecanismo de cierre por el sistema de corredera fija el cartucho en la recámara y lo retiene allí por la acción del macizo central, que lo presiona. En el macizo central se ubican la uña extractora y el percutor.

En el revólver, al cerrarse el tambor, éste queda fijado a la armadura por un retén que impide su apertura y cada cartucho permanece en el alvéolo sostenido por un tope que le impide desplazarse hacia atrás y por el reborde del culote del cartucho, que le impide hacerlo hacia delante.

En cuanto al mecanismo de disparo, cada arma tiene el suyo. Las piezas que lo componen se hallan ligadas entre sí para transmitir la presión que ejerce el tirador sobre la cola del disparador al fiador y liberar el martillo o percutor, según el tipo de arma. Básicamente, estas piezas son: la cola del disparador (o gatillo), el fiador, el martillo y aguja percusora o percutor.

Se le da el nombre de mecanismo de extracción y expulsión, al conjunto de piezas que tienen por misión, producido el disparo, extraer la vaina servida de la recámara, expulsarla al exterior y colocar el arma en aptitud de recarga. Este mecanismo también funciona manualmente, por acción del tirador, cuando por cualquier causa debe desalojarse un cartucho que se ubica en la recámara.

Las piezas son dos: la uña extractora o extractor y el eyector. La primera de ellas, cuando se ubica el cartucho en la recámara, engancha el culote y, producido el disparo, acompaña el movimiento del retroceso, sea por accionamiento manual del cerrojo en las armas de repetición, por acción de los gases en las armas semiautomáticas o automáticas. En el trayecto el culote de la vaina golpea el eyector que está fijado a la armadura o armazón y salta al exterior por la abertura denominada ventana de eyección.

En el revólver, el extractor es una pieza en forma de estrella que acompaña el movimiento de rotación del tambor. Abierto éste, si es volcable, se oprime el eje y el extractor empuja hacia atrás las vainas o cartuchos, y si el sistema es basculante, de apertura hacia arriba, por lo general, el extractor funciona automáticamente.

El extractor de la escopeta funciona según el tipo de arma. En las de acción manual, cuando se abre, un resorte empuja parcialmente el extractor hacia atrás y el cartucho sale parcialmente, debiendo el tirador completar la extracción manualmente.

En las escopetas semiautomáticas la extracción se completa sin la intervención del tirador.

El mecanismo de seguridad, tiene por función evitar que el arma se dispare accidentalmente, sin que medie la voluntad del tirador, y el conjunto de piezas que lo componen, varían con el diseño del arma, y recibe la denominación de “seguro”.

Generalmente, las armas de concepción moderna poseen dos o más sistemas de seguro que se ubican en la corredera, en el cerrojo, sobre la cola del disparador y en la empuñadura. Por su accionamiento, el seguro puede ser manual o automático. El primero de los casos, únicamente funciona si así lo determina el tirador. En el segundo, funciona en forma permanente y sólo se anula por la voluntad de tirador.

Respecto a las guarniciones, se trata de los tornillos, pernos, engarces, anillas, cachas, cantonera o cualquier otra pieza que sirva para fijar entre sí las distintas piezas o mecanismos que integran el arma.

Finalmente, tenemos los accesorios, se trata de los elementos de “quita y pon” del arma, que no tienen relación directa con su funcionamiento, como la bayoneta, el dispositivo lanzagranadas o la correa portadora, manivela de portación y otros.

Hecho el análisis de la constitución del arma de fuego, ahora nos vamos a involucrar en el conocimiento de la munición y cartucho de la misma.

6.- Munición.

Conforme su acepción, esta palabra deriva del latín *munitio* y significa pertrechos y bastimentos de un ejército o de una plaza fuerte. Carga de las armas de guerra. Plomos, carga para la escopeta de caza.

De acuerdo con las definiciones que brinda la Ley Nacional de Armas y Explosivos 20.429¹³⁵, en su decreto reglamentario 395/75¹³⁶, Capítulo I, “Disposiciones generales”, Sección II, artículo 3, podemos enunciar conforme lo especifica el inciso 22, que munición es la designación genérica de un conjunto de cartuchos o tiros con que se carga un arma de fuego.

6.1.- Cartucho.

En función de su acepción, la expresión cartucho, deriva del italiano *cartoccio* y éste a su vez del latín *charta* (papel) y significa, carga de pólvora y municiones, o sólo de pólvora, que corresponde a cada uno de los tiros de algún arma de fuego, envuelta en lienzo o papel o encerrada en un tubo metálico, para cargar de una vez¹³⁷.

Genéricamente podemos decir que recibe el nombre de cartucho la unidad de carga de un arma de fuego o, también, la cápsula que contiene la carga suficiente para un tiro de arma de fuego.

El cartucho se compone de los siguientes cinco elementos¹³⁸: La vaina, que recibe esta denominación un casquillo construido en bronce, cobre, latón, cartón o plástico en forma de cilindro, cónica o angostada en a parte delantera. Es abierta en un extremo y cerrada en el otro. Esta base circular recibe el nombre de “culote” y por lo general, la mayoría de los cartuchos, tienen un hueco circular en su centro, donde se ubica la cápsula que contiene la carga fulminante.

El culote tiene en su interior una lámina metálica delgada, con dos agujeros denominados “oídos” a través de los cuales pasa el fuego producido en la cápsula fulminante que al entrar en contacto con la pólvora, provoca la deflagración. Este procedimiento ocurre cuando se produce el golpe del percutor en la cápsula fulminante. La parte inferior de la vaina puede ser totalmente lisa, o con una garganta que rodea

toda la circunferencia de la base o con una pestaña formada por el propio perímetro del culote.

Con respecto a la garganta, ella es típica en los cartuchos para pistolas o fusiles por cuanto facilita la fijación de la vaina cuando ésta se introduce en la recámara, por parte de la “uña” del mecanismo extractor.

En lo que se refiere a la pestaña, es típica del cartucho de revólver o de escopeta o de los calibre 22. Tiene por función hacer tope contra el borde de la recámara impidiendo que el cartucho se introduzca en ella más de los que corresponde; resulta el elemento en el cual se fija la uña del extractor y además, en determinados tipos de cartucho, contiene en todo su perímetro la carga fulminante, por lo que hace también las veces de cápsula detonante. Para definir a esta última, podemos decir que se trata de un recipiente de cobre o bronce, material no degradable y muy resistente a la humedad, cerrado con total hermeticidad, generalmente de forma redonda y que contiene una cantidad adecuada de explosivo fulminante. Contra ella golpea el percutor para producir el disparo, motivo por el cual el espesor del material que se compone es sumamente delgado.

Con respecto a la carga fulminante, es el compuesto químico encerrado en el interior de la cápsula detonante, de muy alta sensibilidad y que estalla cuando es golpeado por el percutor iniciando el proceso de combustión, a una altísima velocidad, que se transmite por los oídos del cartucho y entra en contacto con la carga impulsora a la que incendia provocando una expansión violenta semejante a un estallido.

Teniendo en cuenta la zona en que se ubica la cápsula detonante y su carga fulminante, el cartucho recibe distintas denominaciones:

a) De fuego central, cuando ésta se ubica en el centro del culote

b) De fuego anular, cuando está ubicada totalmente en la pestaña que bordea todo el perímetro de la base. Ej. Cartucho 22

Otro componente es la carga impulsora. Recibe esta denominación la pólvora contenida en el cartucho. Producido el choque de la aguja percusora en la cápsula detonante, entra en combustión la carga fulminante y por los oídos se transmite el fuego a la carga de pólvora que se enciende instantáneamente y que al quemarse produce un enorme volumen de gases, de extraordinaria presión, que se agrupa y tiende a salir por el lugar donde encuentra menos oposición, que resulta el culote del proyectil, al que empuja con toda violencia.

Simultáneamente, y en las armas automáticas y semiautomáticas, parte de esa energía se canaliza sobre el culote del cartucho, ocasionando el movimiento de retroceso y corredera, según el tipo de arma de que se trate y el arrastre de la vaina servida por medio de la uña del extractor, expulsión al golpear contra el eyector a través de la ventana respectiva y al retornar, por efecto de la energía del resorte recuperador, ubicación de un nuevo cartucho en la recámara, listo par un nuevo disparo.

Finalmente, tenemos el proyectil. Se da esta denominación a la parte constitutiva del cartucho destinada a ser lanzada por el ánima del cañón hacia el blanco por la acción de la carga impulsora.

Por su constitución, los proyectiles pueden ser enteros, denominados “bala” y múltiples, denominados “perdigones” o “postas” según el tamaño.

El proyectil único, esta constituido por lo general por un trozo de plomo, metal muy blando de alta densidad. Hay también proyectiles compuestos de aleación de

plomo y antimonio. Tiene forma cilíndrica con punta ojival, lo que facilita su desplazamiento y penetración en el aire. Puede ser blindado, de blindaje total, de punta dura con blindaje solamente en esa parte, de punta blanda donde carece de blindaje y si carece por completo de este elemento, se denomina de plomo desnudo.

El blindaje total o parcial responde a fines diversos, como el de otorgar al proyectil mayor penetración, para que no emplome el cañón o para que deslice mejor al interior de la recámara.

Por cada tipo de cartucho o munición, es común que se fabriquen distintos tipos de proyectiles. Por ejemplo, los proyectiles de uso común, de plomo, pueden ser de punta redondeada, aplanada o hueca. También en los blindados hay proyectiles de punta redondeada, perforante, semiperforantes, de punta hueca, de punta blanda, trazadores. Los de punta hueca tienen la particularidad de que al impactar se fragmentan; los de punta blanda se achatan siendo ambos son de uso prohibido.

7.- Funcionamiento de algunas armas de fuego¹³⁹.

Una de las más utilizadas es el revólver; es un arma corta, de puño, diseñada para su empleo con una sola mano y por un solo hombre, sumamente apta para el combate a corta distancia. Está difundida en el mundo entero y resulta muy empleada por las fuerzas policiales y no tanto por las militares.

Los modelos son numerosos, al igual que las marcas, calibres, largo de cañón, etc., pero el funcionamiento es básicamente común a todos ellos.

Se trata de un arma de repetición, así denominada porque es necesario repetir manualmente la misma operación para cada disparo. El cargador del revólver es un tambor o cilindro, con una serie de aberturas en las que se coloca cada cartucho, que reciben el nombre de alvéolos o recámaras.

Se ubica el tambor coaxialmente con el ánima del cañón, mediante un eje, y su capacidad varía en orden a la marca y calibre; en cuanto más grande, menos cartuchos; más pequeño, más cartuchos. La producción Standard ubica al revólver, por lo general, con un tambor con capacidad para seis cartuchos.

El proceso de disparo de este arma se produce luego de cumplimentar el siguiente procedimiento. Se ubican los cartuchos en cada alvéolo, se cierra el tambor que queda fijado a la armadura y el tirador presiona con el dedo índice de su mano la cola del disparador.

Sincronizadamente, ocurren una serie de movimientos, el martillo comienza a desplazarse hacia atrás, para lo cual vence la resistencia del muelle o resorte, lo propio hace el disparador y el tambor comienza a girar. Al alcanzar el martillo la máxima posición, el tambor ya no gira y el cartucho queda alineado con la embocadura del cañón. El fiador libera entonces el martillo que por la fuerza del muelle o resorte, golpea con fuerza con la “púa” o aguja percusora en el fulminante del cartucho, produciéndose el disparo.

Este proceso debe repetirse para cada disparo y finaliza cuando se agota la carga de cartuchos. La descarga se efectúa abriendo el tambor que se volcará sobre su eje a la izquierda o derecha, según el diseño, y se ejercerá presión sobre el extremo del referido eje; haciendo que a su vez desplace hacia atrás el extractor que en forma de estrella sacará cada vaina servida del alvéolo. Este proceso de extracción se produce en forma automática en los revólveres de sistema de apertura basculante.

Otra de las armas de uso masivo es la pistola semiautomática. Este tipo de armas funciona conforme a la operación que a continuación describimos. El cartucho, ya ubicado en el interior de la recámara del cañón, resulta prendido en la pestaña del culote

por la uña del extractor. La aguja percusora, al ser liberado el martillo por la acción de la cola del disparador sobre el fiador, por el impulso que recibe, golpea fuertemente en la cápsula fulminante produciéndose en forma instantánea un proceso de ignición de la pólvora contenida entre el culote y el proyectil.

La construcción de la recámara, debidamente reforzada, solo permite a los gases dos puntos de salida o expansión: hacia delante donde se encuentra menor resistencia y empujan el proyectil con enorme fuerza y hacia atrás, en escala mucho más reducida, pero con la potencia suficiente para accionar la corredera, venciendo la resistencia del resorte de recuperación.

La uña extractora acompaña el retroceso de la corredera y saca la vaina servida de la recámara, que en el trayecto golpea contra el eyector saliendo despedida al exterior por la abertura cuyo nombre es ventana de eyección.

Al retroceder la corredera, ha montado el martillo percutor y por acción del resorte recuperador inicia su recorrido hacia delante, levanta el primer cartucho que desprende del almacén cargador, lo desliza por la rampa de carga y lo ubica en la recámara, donde queda retenido con firmeza por el espaldar o muralla de contención, que es la parte anterior del macizo central.

Tiene una cavidad de diámetro ligeramente superior al culote del cartucho, que sobresale de la recámara, y en el centro, un orificio por el que se acciona la aguja percutora, denominado oído.

También ha actuado la uña del extractor, que adhiere el cartucho en el reborde. El arma se halla entonces armada y lista para un nuevo disparo. Este ciclo se repite tantas veces como cartuchos haya en el cargador.

Las pistolas que no tienen martillo interior o exterior, como por ejemplo la Luger, son armadas cuando el resorte de la aguja percusora es puesto en tensión por el recorrido de la corredera y con el cartucho en la recámara, lista para disparar.

Esta tensión resulta perjudicial para la vida útil del aludido resorte. Las pistolas con martillo exterior, ofrecen la alternativa de ubicarlo en una posición intermedia, con retención en una primera muesca, y para dispararse debe previamente llevarse el martillo hasta su máxima posición atrás.

Por lo general, esta posición del martillo se denomina de “primer descanso” y puede resultar de mucha utilidad cuando la entrada en combate es inminente o durante el mismo y es conveniente para asegurarse de la imposibilidad de un disparo accidental por caída o cualquier otra causa.

Actualmente la tendencia es producir pistolas de “doble acción” que, teniendo colocado un cartucho en la recámara y bajo el martillo, en posición de reposo, puede dispararse oprimiendo la cola del disparador como si se tratara de un revólver. Producido el primer disparo de esta forma, el arma queda habilitada para continuar disparando normalmente.

Finalmente vamos a ocuparnos de la escopeta, que se trata de un arma larga de uno o dos cañones de ánima lisa que normalmente se emplea utilizando cartuchos con perdigones.

Su capacidad de carga es muy limitada y en algunos modelos de carga a bomba o semiautomática puede contener entre cuatro y siete cartuchos.

Debemos destacar que el diseño de la escopeta responde a necesidades esencialmente deportivas, pero su evolución así como la producción de cartuchos

especiales como el caso de las postas de goma, la hacen sumamente apta para ciertos tipos de operaciones esencialmente policiales.

Cada disparo efectuado con este arma abarca una gran área de impacto como consecuencia de la natural dispersión debido a la multiplicidad de proyectiles - perdigones o postas- que contiene cada cartucho y el ánima lisa del cañón.

La excepción en relación a la dispersión ocurre cuando se disparan cartuchos con proyectil único, destinados a la caza de especies mayores por su gran poder de detención. Las escopetas cuentan con distintos sistemas de disparo, ellos pueden ser:

- a) De carga manual: caso en el cual el tirador debe practicar la operación de apertura, carga, cierre y montaje del martillo en forma manual. Lo mismo en cuanto a la descarga una vez producido el disparo.
- b) De recarga o repetición: son armas que al igual que los antiguos rifles Winchester tienen debajo del cañón un tubo que oficia de cargador en el que deben introducirse de uno en vez cada cartucho. Terminada esta operación, el tirador, por intermedio de un dispositivo que se ubica rodeando el tubo cargador, produce la apertura del arma y al cerrarla, coloca el cartucho en la recámara y monta el percutor. La misma operación debe efectuarse para cada disparo, lo que hace a este tipo de escopetas armas de repetición.
- c) De carga semiautomática: como las de repetición, en éstas se deben colocar los cartuchos en el tubo cargador, y la primera operación de carga debe efectuarse manualmente. Ocurrido el primer disparo y empleando parte de los gases de la pólvora combustionada se produce en forma automática la recarga de los restantes cartuchos.

8.- Determinación de la aptitud para el disparo.

Una de las tantas labores periciales con las que debe enfrentarse el perito balístico, cuando así se lo requiere el magistrado que interviene en una causa judicial, es la de determinar si la o las armas secuestradas son aptas para el disparo o, dicho de otra manera, si son aptas para sus fines específicos. Este es uno de los interrogantes más frecuentemente formulado.

Esa aptitud a la que hacemos referencia radica, especialmente, en el buen y normal funcionamiento del mecanismo de percusión del arma, y ello deriva de la existencia, integridad y ajuste adecuado de todas las piezas que lo integran¹⁴⁰.

Para establecer si el mecanismo de percusión funciona bien y normalmente, se comienza por observar y accionar las piezas visibles del mismo en vacío, luego de lo cual se llevan a cabo disparos de experiencia y, conforme el resultado, se procede al desarme del arma para observar y valorar el estado de las piezas interiores u ocultas.

De la manera aludida se estará en condiciones de establecer lo siguiente:

- a) Si al accionar la cola del disparador se produce el movimiento de traslación del martillo que concluye con el golpe del extremo anterior del percutor en la cápsula fulminante, concepto éste que se aporta en forma generalizada, ya que existen numerosas variantes de acuerdo con el tipo de arma, marca y modelo de que se trate;
- b) Si los resortes, muelles, sistemas de seguro de martillo o de cola de disparador no presentan debilitamientos, desgastes, roturas o fisuras;
- c) Si la púa o aguja percusora se encuentra intacta en cuanto a roturas, fisuras o aplastamientos que pueden incidir sobre el picado eficiente.

Obviamente resulta de suma importancia verificar previamente a todo lo expuesto, la existencia o no de algún proyectil que pudiera haber quedado alojado en el interior del cañón, ya que un descuido al respecto podría acarrear peligro para el perito en el momento de probar el arma.

Con igual criterio también es necesario previo a todo tomar conocimiento sobre la presencia posibles roturas, rajaduras o fisuras de piezas tan importantes como el cañón, la recámara o los alvéolos, según el caso.

Si bien un arma puede resultar apta para el disparo, puede ocurrir que se acuse alguna anomalía que no influya en la aptitud para el tiro, por ejemplo, desajustes en el sistema de fijación del tambor en los revólveres, deficiencias en el seguro del cargador en las pistolas, entre otros. En tales casos se tratará de un arma apta para el disparo y de anormal funcionamiento.

De la misma manera, el hecho de que por algún impedimento originado en deficiencias mecánicas, un arma automática o semiautomática no pueda concretar disparos sucesivos sin la alimentación manual del operador, no implica que no sea apta para el disparo.

8.1.- Fallas más comunes en el funcionamiento.

Algunas fallas en el funcionamiento de las armas de fuego son típicas y se advierten más a menudo, no siendo las únicas que se pueden producir, pero según la experiencia de los expertos, éstas son las más frecuentes¹⁴¹.

Comenzaremos por las fallas de alimentación que son aquellas que se producen en las pistolas cuando el sistema elevador del cargador no funciona correctamente y, por consiguiente, no ubica el cartucho en la posición adecuada para que la corredera de cierre pueda tomarlo y empujarlo hasta su lugar en la recámara.

Esta falla puede originarse en la pérdida de elasticidad del resorte o muelle elevador o atascamiento por acumulación de suciedad o ingreso de cualquier otro cuerpo extraño en el cargador. También puede ocurrir que el cargador no este insertado hasta el tope correspondiente y quede bajo, poniendo el cartucho fuera del alcance del mecanismo.

En este último caso estamos frente a un arma que en el momento del robo no era apta para el disparo, pero si se la perita sin tener presente esa falla de inserción del cargador se la tendrá por “apta” porque su mecanismo funciona perfectamente.

Otra de las fallas más comunes que advierten los especialistas, son las fallas de percusión, que ocurren cuando el fulminante del cartucho no es alcanzado debidamente por la púa percusora o lo es en forma defectuosa, de modo tal que no llega a ocurrir la ignición y el disparo.

También puede suceder que la aguja percusora resulte corta, esté torcida o falte directamente. No habrá entonces percusión ni disparo.

Lo que puede comúnmente dar origen a un desperfecto en el sistema de percusión, está estrechamente vinculado con el vicio de accionar el arma en vacío o sea descargada.

También se producen fallas por tener el arma su recámara sucia. Este tipo de desperfecto se produce por la existencia de suciedad en la recámara, oxidación o cuerpos extraños que impiden el ingreso del cartucho.

Lógicamente, estamos en presencia de una falla típica de un arma automática, no así del revólver que por su sistema de carga permite que el tirador, al introducir el cartucho en el alvéolo, constate la presencia de tal impedimento.

Existen otros tipos de fallas que son comunes también, como las fallas por cierre incompleto del recorrido que se produce cuando la corredera o cerrojo no realizan el recorrido completo hacia atrás luego del disparo, generalmente por resultar el cartucho de antigua data o en malas condiciones, careciendo de la potencia suficiente para vencer la resistencia del resorte recuperador. También puede ocurrir la rotura de la uña extractora, pero en estos últimos casos, el arma será apta para producir por lo menos un disparo.

Las fallas relacionadas con el funcionamiento del arma, generalmente ocurren en pistolas semiautomáticas o armas automáticas, siendo mucho menos frecuentes en armas de repetición.

Las fallas ocasionadas por cartuchos en mal estado, son comunes a cualquier tipo de arma, pero debe tenerse en cuenta que si falla un cartucho en un revólver, no se inutiliza el arma, como ocurre en el caso de las armas automáticas o semiautomáticas en las cuales producido el primer disparo, se inutiliza el arma para poder producir otro sin una operación manual.

9.- Prueba del uso de armas en el robo.

La utilización del arma en la comisión de un robo puede ser acreditada por medios probatorios distintos al examen pericial, pese a que no pueda determinarse si es apta o no para el disparo, igualmente la conducta encuadra en el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada.

Por lo tanto, si los testigos afirman la utilización por parte del imputado de un arma de fuego, y aún cuando ésta no haya sido secuestrada, deberíamos ingresar a la alternativa que ofrece el tercer párrafo del inciso segundo del artículo 166¹⁴² del Código Penal.

10.- Vulneración del beneficio de la duda.

La reforma al establecer en el tipo la circunstancia de no poder determinar la aptitud para el disparo del arma de fuego utilizada para cometer el ilícito, violenta el derecho constitucional establecido a favor del imputado. Nos referimos al beneficio de la duda, conocido más comúnmente como *in dubio pro reo*.

El artículo 18¹⁴³ de nuestra Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, declarando expresamente el principio de inocencia del que goza todo individuo sometido a proceso, el que solamente cederá en caso de que recaiga sentencia condenatoria que adquiera firmeza.

Esta garantía se ramifica procesalmente a través del *in dubio pro reo* plasmado en el artículo 5¹⁴⁴ del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe el que dice que al dictar sentencia el Juez o Tribunal deberá estar a lo que sea más favorable al procesado, en caso de duda sobre los hechos.

“A través del artículo 166¹⁴⁵, inciso 2º, párrafo 3º del Código Penal, el legislador ha establecido una duda que se hace pesar sobre el imputado en forma perjudicial, en contraste con la directriz señalada por el estado constitucional de inocencia, toda vez que cuando el delito de robo se cometiere con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (aquí la duda), no importará despejar dicho extremo porque ella resulta ser una conducta típica que conlleva pena privativa de libertad.”¹⁴⁶

La cuestión de no poder acreditar la aptitud para el disparo, genera la duda acerca de si se trataba de un arma de fuego o de otro tipo de objeto semejante –réplica, arma de juguete-, si en verdad era una arma de fuego apta para el disparo, si no era apta;

es decir, una duda procesal que no podrá ser superada en todo el proceso penal cuya solución debe buscarse en la garantía *in dubio pro reo* beneficiándose al imputado en caso de duda.

Es totalmente injusta esta solución ya que la sola duda sobre el funcionamiento del arma no debería agravar la conducta del imputado, pues el disvalor de la acción resulta idéntico en quien roba con un arma descargada o inepta independientemente que se pueda acreditar o no tal circunstancia en el proceso.

El hecho de seccionar la conducta prohibida en varias acciones, por ejemplo, según las diversas características que pueden tener las armas y tratar cada porción como si fueran prohibiciones independientes, desligadas unas de otras, puede generar serios problemas en materia de subsunción, llevando a soluciones injustas.

De acuerdo al análisis hecho en este capítulo hemos podido probar que el requerimiento de comprobar la aptitud para el disparo incorporado por la reforma en estudio, ha generado inconvenientes para su aplicación y diferentes posturas jurisprudenciales la cuales dieron como resultado penas extremadamente diferentes.

Por otro lado, como lo hemos explicado, la inversión de la carga de la prueba dificultó enormemente la posibilidad de obtenerla para agravar el delito. También pudimos demostrar que esta norma deja supuestos sin contemplar como lo es el del arma inepta para el disparo y si se ocupa del arma de utilería, temas de los cuales nos ocuparemos en el capítulo III,

A la vez, ha quedado demostrado que la nueva letra del artículo 166¹⁴⁷ vulnera el beneficio constitucional establecido a favor del imputado, por lo que dadas las complicaciones que esta nueva normativa acarrea y la falta de resultados positivos obtenidos, es que propugnamos su derogación.

Capítulo III

Arma de utilería, fundamento de las agravantes y arma inepta.

Sumario: 1. Introducción. 2. Arma de utilería. 3. Efectos de la reforma. 4. Fundamento de las agravantes. 5. Arma inepta para el disparo.

1.- Introducción.

Este capítulo tiene una gran importancia atento que vamos a profundizar sobre el tema del arma de utilería que incorporó la reforma, el problema de su interpretación, la imprecisión y vaguedad de sus términos; el arma de juguete, la cuestión de la analogía y la desproporcionalidad que ha generado el nuevo texto.

Nos ocuparemos luego de los efectos de la reforma, para lo cual nos apoyaremos en la jurisprudencia existente, entre ellos el no deseado como ley más benigna. Analizaremos también las doctrinas objetiva y subjetiva que dan fundamento a la agravante y el trato jurisprudencial dado a las mismas. Finalizaremos tratando uno de los supuestos no contemplados como es el del arma inepta para el disparo, otro elemento más que demuestra lo deficiente que es la modificación introducida.

2.- Arma de utilería.

La ley 25.882¹⁴⁸ incorpora también el tercer párrafo al inciso segundo del artículo 166¹⁴⁹ del Código Penal, el que en su última parte dispone que si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

Dos efectos, expresamente declarados en el Mensaje de Elevación del Proyecto de Ley por parte del Poder Ejecutivo¹⁵⁰, se quisieron lograr con la reforma.

Por un lado, posibilitar la aplicación de la agravante contenida en el artículo 41 bis¹⁵¹ del Código Penal y por el otro, “remediar un vacío legal”¹⁵² en aquellos casos en que la jurisprudencia y doctrina habían acotado el alcance del tipo robo con armas para

subsumir algunos supuestos en la norma básica del artículo 164¹⁵³, tales como el robo con armas de utilería.¹⁵⁴

Pero a veces el propósito del legislador no se logra y los resultados no son los esperados. La pretendida urgencia, la ausencia del debido debate y la falta de consulta a los especialistas sobre la cuestión coadyuvaron a lograr la referida redacción, imprecisa, con consignaciones de elementos normativos de difícil valoración y otros problemas semánticos que llevan a interpretaciones restrictivas y limitadoras que conducen a reducir a la mínima expresión los efectos del cambio legal.

Como puede advertirse, se ha introducido un oscuro concepto al tipo penal “el arma de utilería”, dado que en realidad no queda muy claro el alcance de tal objeto.

La fórmula plasmada en el texto es susceptible de otras críticas relacionadas con la vaguedad de su redacción y la falta de estrictez impuesta por el principio constitucional de legalidad.

En primer lugar la ley se refiere a arma de utilería, y atento lo planteado en la Cámara de Diputados¹⁵⁵ al tratarse la norma, se abre la discusión en torno a la posibilidad de incluir en su definición al arma de juguete.

Previo a todo vamos a definir que se entiende por utilería: “es el conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico”¹⁵⁶, mientras que también vamos a dejar en claro que no existe el “arma de juguete”, sino que estamos en presencia de un juguete con forma de arma y se entiende por juguete: “objeto atractivo con que se entretienen los niños”¹⁵⁷.

Con esto, es posible afirmar que, el robo cometido con un “juguete con forma de arma” haciendo una interpretación correcta de la norma nos lleva a desechar la

aplicación de la última parte del tercer párrafo del artículo 166¹⁵⁸ del Código Penal, tal como lo venía sosteniendo la jurisprudencia para subsumirlo en el artículo 164¹⁵⁹ del mismo cuerpo legal.

De considerarse un robo calificado el cometido con un juguete con forma de arma se estaría violando el principio constitucional de reserva, también llamado de tipicidad inequívoca, es decir, para que un hecho sea típico se necesita que la ley lo prevea.

Para que la garantía de tipicidad funcione, es necesario que la ley describa el hecho de manera inequívoca, tal como lo exige el artículo 19¹⁶⁰ de la Constitución Nacional. La función de la garantía es la culminación de toda la teoría y la técnica del tipo, su práctica consiste en que todo el ordenamiento jurídico garantiza que nadie será sometido a penas y en lo posible tampoco a proceso penal, sino en virtud de la realización de uno de los hechos previstos en la ley como supuestos de una determinada sanción penal.

Lo que no está clara, expresa y precisamente en la ley como delito, no puede ser tratado como tal, aunque se le parezca o sus consecuencias nocivas sean similares o peores. Este principio está contenido en el artículo 19¹⁶¹ de la Constitución Nacional cuando se refiere a que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están libradas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, esencialmente está en la última parte.

Debemos tener en cuenta que los métodos interpretativos en el Derecho Penal están sensiblemente limitados por el respeto a la literalidad a partir del principio de legalidad.

El principio de legalidad de los delitos y de las penas es el supremo postulado político criminal del Derecho Penal Moderno, a su formulación latina con la que se ha conocido en todo el mundo “*hullum crimen sine lege*”, la doctrina le ha redactado el postulado en una forma más acabada y completa “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*”.

Es así como en su máximo principio el Derecho Penal Moderno prohíbe las penas sin ley, y sin ley previa, escrita y estricta, además de ser precisas y determinadas, es decir, prohíbe y por lo tanto declara ilícitas, ilegítimas y antijurídicas las penas de hecho impuestas por cualquier autoridad, las penas retroactivas, las que pudieran dimanar de la costumbre y las que se pudieran aplicar por una interpretación analógica de la ley.

Sobre el particular se ha dicho que el límite máximo de la interpretación de la ley penal es el sentido literal de los términos lingüísticos utilizados en la redacción del texto legal.

Toda interpretación que exceda ese límite, deja de ser interpretación para convertirse en creación del derecho por vía judicial o doctrinal y, por lo tanto en la medida en que sirva para fundamentar o agravar la responsabilidad penal, infringe el principio de legalidad.

Atento lo expuesto precedentemente y teniendo en cuenta que evidentemente, la letra de la norma no coincide con la voluntad del legislador es necesario dejar en claro que únicamente se podrá aplicar este precepto cuando se trate de utilizarla, no pudiendo hacerse analogía *in malam partem* tratando de subsumir en él otro tipo de elementos que quedarían abarcados por la figura base del 164¹⁶².

Si lo que se pretendía por vía de la reforma era crear un tipo independiente, donde fueran a parar las hipótesis de uso de un arma de fuego inepta para el disparo, descargada, o cualquier otro arma aparente (lo que parece equiparable, por ser todos casos de mayor intimidación sin peligro), debió habérselo explicitado claramente en el texto legal.

En otro orden, la ley refiere a “arma de utilería” y no a “arma de fuego de utilería”, por lo que quedarán comprendidas en la figura cualquier clase de armas. Entendemos que esto es así, puesto que si se hubiese querido contemplar sólo a las armas de fuego bien podría haberse usado la expresión “arma de fuego”.

Siendo así, hasta la utilización de un cuchillo de plástico entraría en la nueva agravante, teniendo una pena mayor –que va desde los tres años a los diez de reclusión o prisión- que valerse de un arma de fuego que es declarada inepta para el disparo luego de realizado el peritaje, quedando este último supuesto comprendido por el artículo 164¹⁶³-cuya pena va desde un mes a seis años de prisión-.

Otra cuestión que nos preocupa es la injustificada desproporción que genera el legislador cuando realiza la equiparación, imponiendo la misma pena para quien se vale, a los fines de cometer el ilícito, de un arma de utilería que para quien utiliza un arma verdadera de fuego cuya aptitud para el disparo es dudosa por no haberse producido ningún disparo ni haber podido secuestrarse la misma.

Nos encontramos frente a una agravante que su razón se centra en la mayor intimidación que provoca el empleo de un arma de esta característica durante el robo, puesto que la víctima cree que es de verdad, de modo que desconoce la ausencia de capacidad ofensiva del objeto con el que el autor la amenaza.

En la Discusión Parlamentaria al producir la fundamentación el Senador Argundez¹⁶⁴ en la sesión del 17 de Diciembre de 2003 hace hincapié en la mayor intimidación sufrida por la víctima del hecho, que cree que se encuentra frente a un arma verdadera “porque no hay posibilidad de que la víctima sepa si se encuentra o no frente a un arma de fuego real”.

Posteriormente en la Cámara de Diputados en la sesión del 07 de abril de 2004 el diputado Fayad dijo¹⁶⁵ “...existe unanimidad en cuanto a que un arma de utilería no es arma, podemos decir arma de utilería o arma de cotillón o de lo que fuere, pero no existe ni un solo autor ni un solo fallo jurisprudencial que agrave un delito que se cometa con un arma de juguete...” “...propongo que se elimine esa parte del artículo...” luego el diputado Damiani dijo “...utilizando algo que parezca un arma sin serlo. Esto se define como arma de utilería y todos hubiéramos querido definirlo con mayor claridad. Hablamos de réplicas que hoy son exactas a las armas verdaderas. Por supuesto, aquí no estamos hablando de armas de fuego sino de algo que lo parece...”¹⁶⁶

Como podemos apreciar, lejos de resolverse viejos problemas, se renuevan los mismos bajo otra forma, pero siempre en el marco de las denominadas doctrinas “objetiva” y “subjetiva”.

3.- Efectos de la reforma.

Con respecto a los robos cometidos con armas, la nueva ley no ha producido ningún cambio, tanto para su redacción anterior como la actual el desapoderamiento cometido con un arma que no sea de fuego tiene una pena de cinco a quince años de prisión o reclusión.

En relación a los robos cometidos con un arma de fuego apta para el disparo, la nueva ley prevé una pena más gravosa que la vieja redacción del artículo

166¹⁶⁷ del Código Penal, incrementando en un tercio el mínimo y el máximo anterior, pero para quienes –previo a la reforma- eran partidarios de la aplicación del artículo 41 bis¹⁶⁸, el delito antes y ahora tendría la misma pena porque con su nueva redacción queda descartada la aplicación de la agravante genérica antes mencionada.

Respecto del robo cometido con un arma cuya aptitud para el disparo no se tenga por acreditada y con arma de utilería, a los fines de saber si la nueva normativa es más gravosa o benigna, habrá que estar a la interpretación que se haga del viejo artículo 166¹⁶⁹ del Código Penal.

Atento a lo precedentemente expuesto, vamos a encontrarnos con diversas situaciones las que a continuación analizaremos:

a) Siguiendo la teoría objetiva (o teoría de la ofensividad), la nueva ley es más gravosa porque para esta teoría, la ofensividad incluye la aptitud para el disparo, en sentido estricto, es una característica definitoria del concepto de arma utilizado en la vieja norma del artículo 166¹⁷⁰ inciso 2º y, por lo tanto, es un elemento que debe estar acreditado para que el hecho sea subsumido en este tipo penal.

Entonces de acuerdo a la teoría objetiva, el robo con arma de utilería o con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se tuvo por acreditada no está abarcado por el viejo artículo 166¹⁷¹ inciso 2º, sino en el tipo penal previsto en el artículo 164¹⁷² (robo simple), cuya escala penal es de un mes a seis años de prisión o reclusión.

Por lo tanto, la nueva ley, que prevé para este caso una pena de tres a diez años de prisión o reclusión es más gravosa que la ley anterior interpretada a la luz de la teoría objetiva.

b) Siguiendo la teoría subjetiva (o teoría de la intimidación), la nueva ley, a través del párrafo tercero del inciso 2º del artículo 166¹⁷³ es más benigna.

Para esta teoría, la ofensividad no es una característica definitoria del concepto de arma utilizado en la vieja norma del artículo 166¹⁷⁴ inciso 2º y, por lo tanto, no es un elemento que debe estar acreditado para que el hecho sea subsumido en este tipo penal mencionado.

Para esta teoría, es suficiente que se encuentre acreditada la utilización de un arma de fuego, ofensiva o no, para encuadrar el robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se tuvo por acreditada en el viejo artículo 166¹⁷⁵ inciso 2º cuya escala penal era de cinco a quince años de prisión o reclusión.

Por lo tanto, la nueva ley en esta parte es más benigna que la anterior mirada desde el punto de vista de la teoría subjetiva.

Así las cosas y más allá de que la voluntad del legislador haya sido establecer un fuerte incremento de las penas para este tipo de delitos. Cabe también destacar que en algunos supuestos el nuevo texto legal aparece como más benigno con relación a la norma anterior y que los supuestos de hecho subsumibles en el tercer párrafo son ahora excarcelables.

Con lo que, el agregado tiene como efecto beneficiar la situación de quienes se encuentren con prisión preventiva en virtud de estar imputados de tales conductas y a los que se les ha aplicado el inciso 2º del artículo 166¹⁷⁶ interpretado conforme la tesis subjetiva. Similar conclusión cabe respecto de los condenados con sentencia no cumplida.¹⁷⁷

Como hemos podido advertir, esta modificación genera condenas más gravosas y más benignas. No cabe dudas que el nuevo artículo 166¹⁷⁸ deberá aplicarse a los casos por el alcanzado, cometidos desde su entrada en vigencia.

Pero cuando el caso descrito en esa norma es un hecho cometido con anterioridad a la reforma, habrá que estar al caso puntual para ver cual es la solución adecuada.

En los casos en que la nueva ley agrava la pena y que los procesados o condenados lo hayan sido con la vieja redacción del artículo 166¹⁷⁹, debe mantenerse la calificación por efecto de la ultra actividad de la ley más benigna.¹⁸⁰

Pero distinta es la solución para el procesado o condenado -que no hubiere cumplido con la totalidad de la condena- con el viejo artículo 166¹⁸¹, si la nueva normativa resulta más benigna, en cuyo caso deberá aplicarse aún de oficio esta última.

Hasta la reforma constitucional del año 1994, el concepto de ley más benigna sólo tenía un rango legal, pero esa situación se vio alterada al incorporarse con status constitucional (artículo 75 inciso 22¹⁸² de la Constitución Nacional) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸³ (Pacto de Nueva York) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸⁴ (Pacto de San José de Costa Rica) que en sus respectivos artículos 15, 1 y 9 in fine, luego de afirmar el principio del *nullum crimen, nulla poena sine praeter lege*, agregan, si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello.

Debemos tener en cuenta que la determinación de cuando nos encontramos frente a una ley más benigna, está sujeta a diversas pautas que deben respetarse si es que se pretende tener éxito en la tarea.

Una de ellas se refiere a si es posible comparar las dos leyes que se suceden en el tiempo en forma aislada del pertinente ordenamiento positivo en el cual se insertan o si, por el contrario, ambas partes deben ser apreciadas como una parte inescindible de un todo armónico, al cual pertenecen generando recíprocas interacciones en el momento dado, no siendo lícito hacerlas jugar en abstracto, esto es, desconectadas del sistema en el cual se encuentran incorporadas.

Es decir, la comparación debe articularse entre el sistema positivo vigente tal como funcionaba durante la vigencia de la ley anterior, con la anticipación hipotética de la que resultará a partir de la sanción de la ley nueva.

En síntesis, habrá que subsumir el caso en la ley correspondiente al momento de comisión del hecho y hacer igual operación, pero ahora referida a la nueva ley que entra en vigencia.

Una vez realizada la confrontación, se podrá tener una visión más acertada para determinar si la nueva ley es más benigna.

En la determinación de la ley más benigna, deben evitarse pautas generales formuladas a priori, porque no todas las situaciones son siempre iguales para todos los sujetos y corresponde a los tribunales ponderar en cada caso concreto cuál de las leyes contrapuestas resulta más beneficiosa para el particular procesado o condenado de que se trate.

Es muy importante recordar que les está expresamente vedado a los jueces componer una tercera ley con las partes más benignas de dos leyes en pugna, salvo en cuanto al cómputo de la prisión preventiva.

A partir de la entrada en vigencia de la ley 25.882¹⁸⁵ hubo numerosos fallos que redujeron las penas por aplicación de la ley posterior más benigna.

Es el caso –por ejemplo- de la Cámara Penal de Rosario, Sala 4º que en fecha 04.06.04 en autos “V.H.G. y P.A.F s/ robo calificado”¹⁸⁶ aplicó de oficio la reforma por considerarla más benigna. En la causa mencionada, el juez de primera instancia había condenado a la pena de cinco años de prisión accesorias legales y costas a V.H.G y P.A.F por el delito de robo calificado por uso de armas, cometido en fecha 11 de abril de 2002 (anterior a la reforma) en calidad de coautores. El robo se había perpetrado utilizando un arma de fuego apta para el disparo pero descargada y la Sala al resolver la apelación entendió que la ley 25.882¹⁸⁷ era más benigna y consideró que la conducta de los coautores debía ser subsumida dentro del artículo 166¹⁸⁸, inciso 2º tercer párrafo del Código Penal rebajando la pena a la de tres años y seis meses de prisión para cada uno, más las accesorias legales y costas.

Otras rebajas en las penas se produjeron en aquellos casos en los cuales no se ha probado que el instrumento utilizado por el imputado para cometer el robo fuera un arma de fuego cargada y apta para efectuar disparos, en cuyo caso no caben dudas que luego de la reforma ubicaríamos el hecho dentro del supuesto previsto en el tercer párrafo del inciso 2º del artículo 166¹⁸⁹ del Código penal, descartando la aplicación del artículo 41 bis, ya que se daría la situación excluyente prevista en su segundo.

Así también la Cámara Primera en lo Criminal de la Provincia de Mendoza en un recurso de revisión solicitado en los autos “F. c/ Ameller Flores Ricardo s/ Revisión de sentencia”¹⁹⁰ donde se había condenado al imputado a la pena de cinco años de prisión por considerarlo coautor del delito de robo agravado por uso de arma (artículo 166¹⁹¹ inciso 2º del Código Penal), declaró admisible y señaló que la ley 25.882¹⁹² ha reducido sustancialmente la pena en el caso de un robo cometido con un arma de fuego

que según el informe técnico no era apta para disparar, al comprobarse que el martillo percutor estaba seccionado de vieja data, lo que impide ejecutar disparos debido al faltante de esa pieza principal destinada a excitar el fulminante del cartucho a través del golpe de doble acción, por lo que se rebajó la pena al imputado condenándolo a tres años y seis meses de prisión.

4.- Fundamento de las agravantes.

A partir de los fundamentos de la agravante se han formado los dos puntos de vistas que podríamos denominar como tesis o doctrinas “subjetiva” y “objetiva”. La primera tuvo su punto más alto en el recordado plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal “Scioscia, Carlos¹⁹³” de fecha 10 de diciembre de 1976, en el cual se resolvió que encuadraba en el concepto de arma del artículo 166, inciso segundo del Código Penal (redacción anterior) el uso de un arma descargada apta para disparar.

Como podemos advertir, en el fallo plenario precedente se interpretó que el fundamento de la agravante residía en el efecto intimidatorio que produce un arma descargada. Esto surge con claridad, del voto del doctor Ledesma, entre otros, cuando manifiesta que lo que importa de todo esto es que el instrumento utilizado sirva para intimidar por su aptitud ostensible para lesionar. A mayor abundamiento veamos que el doctor Scimé fundó su voto en el enorme poder intimidatorio, innegable desde todo punto de vista, que deja a la víctima sujeta a la voluntad del ladrón o atacante, la que no tiene generalmente otra alternativa que la de cumplir con sus requerimientos.

Finalmente queremos destacar del voto del doctor Gómez, cuando el mismo refiere a que es de entera exactitud que el fundamento de la agravante reside en la magnitud del factor intimidante, pues el arma obra en función de una mayor cantidad de amenaza para la víctima, teniendo el natural efecto de facilitar el delito.

Respecto a la tesis “objetiva” que fue incorporada a partir de un fallo también de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal “Costas, Héctor y otro¹⁹⁴” de fecha 15 de Octubre de 1986 donde se resolvió que no encuadraba en el concepto de arma del artículo 166 inciso 2º del Código Penal (redacción anterior) el uso de un arma descargada apta para disparar.

Como podemos advertir, se resolvió exactamente lo contrario que en el plenario anterior, residiendo el fundamento de la agravante para esta nueva integración en la peligrosidad del medio empleado. De los votos en él emitidos son de destacar el del doctor Valdovinos quien manifestó que se sumó sin vacilación a quienes ven en el mayor peligro concreto corrido por la víctima el sentido de la calificante legal, criterio que conduce a desestimar la vigencia de ésta cuando el sujeto activo emplea un arma descargada, aunque sea apta para disparar.

Asimismo fue contundente en su voto el doctor Navarro cuando opinó que el sentido de la ley penal, al crear la figura agravada, es reprimir con una penalidad más severa la conducta de quien, además del atentado contra la propiedad, pone en peligro la vida o la integridad física de la víctima.

El peligro concreto al que se hace referencia en la teoría objetiva, es de presencia eventual y no necesaria, porque aún en el caso de armas cargadas y hábiles puede no existir el mismo, atento que el autor del robo utiliza un arma de fuego con el solo propósito de intimidar para facilitar el desapoderamiento y sin intención de agredir a la víctima, para lo cual acciona todos los seguros de que dispone la pistola para evitar el disparo no querido. En este supuesto es muy dificultoso hallar el peligro concreto que sufrió el desapoderado.

La doctrina en general tiene dicho que el fundamento de la agravante tiene su génesis en el mayor poder ofensivo que posee el agresor respecto de la víctima cuando media un arma, a su vez y en consecuencia del menor poder de respuesta que le permite al sujeto pasivo. Es decir, que existe un mayor poder intimidante por la presencia del arma y además un peligro real que se materializa en su utilización.¹⁹⁵

Respecto al fundamento de la agravante, es nuestra posición que el mismo radica en el mayor poder intimidatorio y consecuentemente en la disminución de las defensas que el mismo genera en la víctima, ya que esta no está en condiciones de poder determinar si está corriendo verdadero peligro su integridad física o su vida.

Si para calificar la conducta hay que estar al verdadero peligro corrido por la víctima, podríamos llegar a la absurda situación de no calificar un robo cometido con un arma de fuego apta y cargada como ocurrió en el caso “Sanchez Juan”¹⁹⁶, en el cual la sentencia de primera instancia y su confirmación por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional habían tenido por probado que el imputado –junto a otro sujeto- intimidó con una pistola a las personas que ocupaban una oficina y comenzó a sustraerles dinero, acción que fue frustrada por la policía. El hecho había sido calificado como robo simple en grado de tentativa, descartándose la figura agravada del artículo 166 inciso segundo del Código Penal (redacción anterior) por haberse omitido una peritación destinada a comprobar si las armas empleadas eran aptas para disparar sus proyectiles.

Al llegar a la Corte Suprema, esta resolvió que si la acusación probó que el intento de robo fue cometido con armas que se hallaban cargadas y que resultaron aptas para ser disparadas, no parece razonable que además se ponga a su cargo la demostración –mediante reconocimiento pericial- de la idoneidad de los proyectiles que integran la carga, cuando ellos por sus características y calibre, son los que

corresponden para que el arma funcione. En todo caso corresponderá a aquel que ha controvertido ese extremo poner en evidencia el defecto en el funcionamiento del arma o la inidoneidad de los proyectiles.

En casos como el anterior, si se pretende determinar el verdadero peligro corrido por la víctima, no alcanzará con secuestrar el arma, que la misma este cargada, que se determine su aptitud para el disparo, sino que además habría que peritar los proyectiles y a la vez hacerlo en el orden que estaban colocados, a los fines de saber si el proyectil alojado en la recámara o en el alvéolo alineado con el cañón –según el caso- era apto para vulnerar la vida o la integridad física de la víctima.

Creemos que el legislador ha fundado la calificación del tipo en el poder intimidatorio que genera el uso de un arma de fuego, atento que si bien esta tiene como función la de vulnerar o afectar la integridad física de las personas, no es menos cierto que en base a ese presupuesto –y a raíz de él- con un arma de fuego se pueden vulnerar otros bienes, como lo son por ejemplo la libertad y el patrimonio de las personas, agravantes que el Código Penal prevé respecto de las amenazas, coacciones y otros delitos cuando media el empleo de armas.

Ahí es donde en cada supuesto exige que esa arma tenga determinadas características, condiciones, o sea utilizada de una determinada forma para que se verifique la situación que la norma estima como agravante en miras a la protección del específico bien jurídico que allí se protege.

Así el código contempla la punibilidad de algunas conductas o el agravamiento de la pena en determinados delitos cuando media el empleo de armas, atendiendo a la manera que el uso de tales artefactos puede aumentar sensiblemente la afectación a los bienes jurídicos que en cada caso se están protegiendo.

Así, en las figuras de abuso de armas y agresión del artículo 104¹⁹⁷ del Código Penal, insertadas en el capítulo de los delitos contra la vida, es indudable que se atiende a la peligrosidad que para la integridad física o la vida representa el uso de un arma y mayormente si es de fuego.

Pero veamos que no sucede lo mismo en el caso de los delitos contra la libertad como las amenazas previsto en los artículos 149 bis¹⁹⁸ para las cuales corresponde prisión de seis meses a dos años para el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas; una pena de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueran anónimas y prisión o reclusión de dos a cuatro años para el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad; y en el caso de coacciones previsto en el artículo 149 ter¹⁹⁹ que impone para el caso del último apartado del artículo anterior, la pena de tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueran anónimas; de lo que debe inferirse que el agravamiento por el uso de armas tiene su razón en que es un medio de producir mayor afectación a ese bien jurídico protegido – la libertad- y no por el peligro que corriere la vida o integridad física, porque no cabe ninguna duda de que quien está siendo amenazado o coaccionado, mayor intimidación sentirá y más dispuesto estará a soportar la afectación cuando mediere el uso de un arma.

Como podemos ver, la agravante por empleo de armas se coloca junto a otra; el origen anónimo de las amenazas o coacciones y se lo hace también uniendo ambos supuestos con la conjunción disyuntiva “o” la que indica alternativas similares o indistintas. Tampoco podremos decir que la circunstancia de que las amenazas sean anónimas implica un peligro concreto para la integridad física de la víctima.

Por todo lo expuesto, al encontrarse el robo dentro del capítulo de los delitos contra la propiedad, el uso de armas como agravante debe entenderse que se lo determina, teniendo en cuenta la mayor afectación que se produce sobre ese bien jurídico protegido –propiedad-.

Por lo tanto el empleo de un arma debe ser contemplado de acuerdo al objeto principal de la acción que se contemple en cada tipo penal, y en el robo se prevé el apoderamiento de cosa ajena como propósito intrínseco de la acción, por lo tanto el arma debe ponderarse como elemento que aumenta las posibilidades o facilita la finalidad del delincuente.

Llegados a este punto, corresponde reflexionar sobre el fundamento de las agravantes de la reforma, lo que remite al debate de si se califica el tipo básico en virtud del peligro real sufrido por la víctima o por el mayor poder intimidatorio del medio utilizado.

La modificación introducida al artículo 166²⁰⁰ por la ley 25.882²⁰¹ ha establecido cuatro categorías diversas a saber:

- a) El robo con arma de fuego en condiciones de disparar, que se castiga con pena de reclusión o prisión de seis años y ocho meses a veinte años;
- b) El robo con cualquier otra arma que no sea de fuego, arma blanca, arma impropia, arma de aire comprimido, lanzallamas, que no se encuentre comprendida en las siguientes categorías que señalaremos a continuación, que se castiga con pena de cinco a quince años de reclusión o prisión;
- c) El robo con un arma de utilería que se castiga con una pena de tres a diez años;

d) El robo con un arma cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, que se castiga con una pena de tres a diez años de reclusión o prisión.

El tratamiento diferenciado de los distintos supuestos, al mantenerse la pena entre cinco y quince años si se trata de un arma que no sea de fuego; aumentarse dicha escala en un tercio si se trata de un arma de fuego apta para efectuar disparos y establecerse la misma en tres a diez años en los casos de no acreditación de la aptitud o de arma de utilería, sólo puede entenderse partiendo de una distinta fundamentación de las agravantes.

En el caso del punto a) el fundamento de la agravante reside en el mayor poder vulnerante, de esa manera de atentar contra la propiedad, haciendo correr peligro cierto a la vida y a la integridad física; en el caso del punto b), la agravante estaría fundada en la mayor peligrosidad del arma empleada por ser de fuego y apta para el disparo; mientras que en los puntos c) y d) la justificación de la asignación de una menor escala penal de los párrafos anteriores, es la ausencia de peligro para la víctima, con lo que el fundamento de la agravación respecto de la figura básica del artículo 164²⁰² reside, únicamente, en el mayor poder intimidatorio empleado.²⁰³ Esto se desprende también de lo expuesto por el Diputado Damiani en la discusión parlamentaria "... cuando se utilice algo que parezca un arma aunque no lo fuere. ¿Por qué? Por el mayor poder intimidatorio que ello tiene..."²⁰⁴

Al hacer una tipificación tan minuciosa la ley 25.882²⁰⁵, nos hace presumir que el nuevo artículo 166²⁰⁶ del Código Penal contempla todas las modalidades de comisión, pero nuevamente el legislador no ha tenido la mejor actuación y ha dejado supuestos sin contemplar como el que analizaremos a continuación.

5.- Arma Inepta para el disparo.

Luego de un análisis profundo de la normativa en cuestión –ley 25.882²⁰⁷- advertimos que en la misma no se encuentra previsto como agravante el caso en el cual, se cometa el robo empleando un arma de fuego no apta para producir disparos.

Determinada la ineptitud mediante la correspondiente pericia, hecha con posterioridad al secuestro del arma, hay que determinar en que artículo del Código Penal vamos a subsumir esta conducta.

No podrá subsumirse dentro del primer párrafo del inciso 2º porque se trata de un arma de fuego y además por la irracionalidad que significaría someter a una escala penal más grave -cinco a quince años- el supuesto de uso de un arma que ha sido calificada como no apta por la pericia; que la prevista para aquellas en las que no se puede determinar la aptitud –tres a diez años-.

Tampoco podrá ser abarcada por la frase “arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada” porque en este caso precisamente se ha podido determinar su ineptitud, por lo que escapa a las pretensiones del legislador plasmadas en el último párrafo del inciso 2º del artículo 166²⁰⁸ del Código Penal.

Por otro lado, advertimos que al carecer de poder vulnerante necesario hace que no lo podamos encuadrar en el segundo párrafo del inciso segundo del artículo citado.²⁰⁹

Si se interpretara linealmente la voluntad del legislador o el espíritu de la ley, podríamos decir que; si el arma de utilería -que no es arma- o la que no se pudo incautar, imponen una sanción mayor que la figura base, dado que lo que está faltando no es el grado de intimidación, sino el objetivo poder vulnerante, cómo no intentar considerar al arma inepta una hipótesis contemplada en la agravante, si teniendo el arma

secuestrada, es un arma verdadera y justamente ha logrado el nivel de intimidación que funda la agravante a la vez que carece del poder vulnerante, pero no es así.

Este último parecería el razonamiento más adecuado que surge de inmediato, pero a poco de reflexionar en el marco constitucional, vemos que la situación no está descrita en el tipo penal del artículo 166²¹⁰ del Código Penal y que de aplicarse la agravante se estaría afectando el principio constitucional de legalidad y se estaría efectuando una interpretación analógica *in malam partem* de la ley penal (entendemos por ella el hecho de completar el texto legal, de forma tal de prohibir lo que no se prohíbe, reprochar lo que no se reprocha, o punir lo que no se pena, integrando la ley y extendiendo la criminalización), en contra del imputado extendiendo el alcance del tipo, por lo cual estaríamos en presencia de un robo simple²¹¹.

Una vez más podemos apreciar que la reforma en nada ha contribuido por lo que sostenemos que con la vieja redacción del artículo 166 del Código Penal la situación era diferente, no estaba el juez encorsetado en un tipo muy casuístico que le impidiera hacer la subsunción de acuerdo a las características de cada caso como sucede con la nueva redacción.

Antes de la ley 25.882²¹², este tema estaba ya resuelto por la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Rosario en el Acuerdo Pleno n° 03/2003²¹³ en autos “Villagra Martin s/ Robo” por el cual se resolvió que el empleo de un arma de fuego inhábil para el disparo por defecto conformaba la circunstancia agravante prevista en el artículo 166²¹⁴ inciso 2° el Código Penal.

Ahora vamos a realizar una reseña de los fundamentos dados por los vocales que votaron en tal sentido, a los cuales adherimos en un todo.

Así, en dicho pleno se sostuvo que la única interpretación posible, es la que en doctrina se ha llamado subjetivamente, y que debe entenderse o considerarse que la aptitud intimidante que posee un arma, es el fundamento de la figura agravada que contempla el artículo 166, inciso 2º del Código Penal, con independencia de la efectiva capacidad vulnerante que se acredite con relación a ese elemento, sin que pueda negarse el carácter de arma, de aquella inepta, so pretexto de una inidoneidad funcional, al objeto que ha servido para alcanzar la finalidad de la acción delictual.

La redacción del artículo previo a la reforma, solo exigía que el robo fuera cometido con armas, sin ningún distingo respecto a la calidad o condiciones de su uso o poder ofensivo, careciendo por lo tanto de trascendencia que el arma sea o no idónea para producir disparos, ya que no existían elementos normativos que permitieran interpretar que no constituye verdadera arma la que se encuentra en circunstancialmente incapacitada para funcionar. Por lo tanto el arma sigue siendo arma aunque esté incapacitada para funcionar, como el automóvil sigue siendo automóvil y objeto de especial protección aunque no tenga nafta o le falte alguna pieza en el motor.

Un revólver defectuoso seguirá siendo un revólver y volverá a tener aptitud ofensiva apenas un armero le repare el defecto que hoy impide su normal funcionamiento, así “...un hombre es hombre aunque le falten brazos y piernas...”²¹⁵. Nadie que haya comprado un arma de fuego sin proyectiles tendrá duda alguna de que compró un arma y que deberá registrarla y cumplimentar todos los trámites establecidos por la legislación; y tampoco tendrá esa duda si el arma comprada no funciona por defecto, y únicamente recurrirá a la garantía del fabricante para que la repare.

También se argumentó que el arma de fuego como es un objeto específicamente diseñado y fabricado para provocar daño corporal su utilización durante el robo conlleva una potencialidad gravemente ofensiva -de conocimiento generalizado-, la que provoca

en la víctima del desapoderamiento un bloqueo absoluto de su alternativas de defensa, dado el comprensible temor a un eventual disparo letal.

Otro de los fundamentos fue que el dolo del autor se ve plenamente satisfecho cuando el mismo porta un arma descargada o defectuosa, y lo hace con el expreso propósito de aumentar con ella su poder intimidante y facilitar de tal modo el desapoderamiento perseguido.

También se hizo referencia a la existencia de tres niveles de afectación, que merecen –al representar distintos grados de intensidad en el resultado vulnerante de defensas- tratamiento y sanciones diferentes. Así, en un primer nivel genérico y en tipo básico del artículo 164²¹⁶ se aglutina cualquier tipo de intimidación, sin especificarla, constituyéndose en un nivel residual; el segundo nivel puede verse en el artículo 167²¹⁷ y finalmente un tercer nivel donde el Código Penal prevé otras dos formas comitivas del robo en las que estima se produce una mayor afectación de los medios de defensa de la víctima, el robo con armas, o en despoblado y en banda, modalidades en las cuales el efecto intimidante hacia el sujeto pasivo puede estimarse total y absoluto.

Para finalizar, concluimos que siendo lo esencial la intimidación, la utilización de un arma defectuosa para perpetrar el desapoderamiento, satisface el tipo penal, lógicamente con la salvedad de que la víctima no tenga conocimiento de esta circunstancia.

No basar la agravante en el poder intimidatorio, y hacerlo en la peligrosidad podría conducirnos a la tan equívoca como absurda conclusión de que si alguien, que ha utilizado un arma para el robo se revelare totalmente inepto para su manejo, cabría en tal caso considerar que al no saber operarla quien la utiliza, supuestamente no presenta peligro para aquellos hacia quienes se dirige.

Como lo hemos demostrado a lo largo de este capítulo, con la incorporación del arma de utilería el legislador ha complicado aún más la situación existente previo al dictado de la reforma, incorporó un oscuro concepto al tipo penal y no logró remediar el vacío legal como era su intención, por el contrario, agregó vaguedad al tipo y busco darle una extensión que no tuvo. Además como lo desarrollamos precedentemente, esta reforma generó una injustificada desproporción al equiparar un arma de utilería –que no es arma- con una verdadera de aptitud para el disparo dudosa, además que no se definió por una de las doctrinas existentes y fundamentó sus agravantes en ambas.

Respecto al robo cometido con un juguete con forma de arma, quedó claro que actualmente sería de aplicación la figura base atento que al no ser el arma de utilería, no se podría aplicar la agravante por la prohibición de analogía.

También hemos podido demostrar que lejos de agravar las penas, para muchos casos, la reforma resulto ser una ley más benigna generando una gran cantidad de excarcelaciones. Además pudimos probar la persistencia de supuestos sin contemplar como es el caso del arma descargada, falsa arma (de las que nos ocuparemos en el capítulo venidero) y el arma inepta para el disparo, generando respecto de este último supuesto, un nuevo problema ya que el mismo se encontraba resuelto por medio de un fallo pleno con la redacción anterior del artículo.

Capítulo IV

Falsa arma, arma descargada, legítima defensa y utilización de las armas.

Sumario: 1. Introducción. 2. Falsa arma. 3. Arma descargada. 4. Legítima defensa. 5. Utilización de las armas. 5.1. Tenencia y portación de arma de fuego. 5.1.1. Tenencia ilegal de arma de fuego. 5.1.1.1. La tenencia. 5.1.1.2. La falta de autorización. 5.1.2. Portación ilegal de arma de fuego. 5.1.2.1. Concepto de portación. 5.1.2.2. La falta de autorización.

1.- Introducción.

En este último capítulo vamos a abordar un tema de gran trascendencia y vital importancia, que no se encuentra contemplado como una agravante, que es la cuestión de la falsa arma y analizaremos como la reforma intenta abarcarla. También profundizaremos la cuestión sobre el arma descargada, su evolución, trato dado por la ley 25.882²¹⁸ y por la jurisprudencia. Estudiaremos la problemática vinculada a la legítima defensa en caso de uso de armas descargadas o ineptas en la comisión del desapoderamiento, para lo cual recurrimos a la doctrina especializada. También haremos un repaso sobre el uso del arma en el robo, la portación, la tenencia de armas y como juegan éstas a la hora de producirse el delito.

2.- Falsa Arma.

El tema es bastante difuso porque en realidad una cosa es arma o no lo es, salvo aquellos casos en que sea cual fuere el elemento utilizado lo fuera como arma impropia.

Pero si tenemos en cuenta la intención que tuvo el legislador al incorporar el arma de utilería en la reforma –la cual surge con claridad de los antecedentes parlamentarios-²¹⁹, vemos que si bien no la define específicamente, lo que buscaba era que dentro de esa calificación, que ubicó en el tercer párrafo del inciso segundo del artículo 166²²⁰ del Código Penal, pudieran subsumirse los robos cometidos con las mal llamadas armas falsas, armas de juguete, réplicas y cualquier otro elemento que aumentaran el poder intimidatorio del sujeto activo, facilitándole de tal forma el desapoderamiento.

Una cosa debe quedar bien clara, que la característica propia de la falsa arma es que la misma carece de poder vulnerante, teniendo solamente el intimidante sobre la víctima en el desapoderamiento.

3.- Arma Descargada.

Es el caso en cual se secuestra el arma utilizada para cometer el ilícito y se verifica que la misma es apta para el disparo pero no contiene los proyectiles.

La cuestión vinculada a si se agrava el robo cometido con un arma de fuego descargada, viene desde hace tiempo y tiene su primer fallo plenario en fecha 12 de Diciembre de 1976 en autos “Scioscia, Carlos A.”²²¹ en el cual la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal resolvió por mayoría de 14 votos contra 5 que encuadra en el concepto de arma del artículo 166²²² inciso 2º del Código Penal, el uso de un arma descargada apta para disparar, determinando que el fundamento de la agravante reside en la magnitud del factor intimidante que produce dicho elemento.

En el mismo sentido en fecha 11 de abril de 1980, la Cámara Penal de la ciudad de Rosario, en autos “Moglia, Jorge y otros”²²³ tuvo su pleno en el cual se resolvió que la utilización por parte de los sujetos activos de un robo, de arma de fuego sin balas configura la calificación del tipo del inciso 2º del artículo 166²²⁴ del Código Penal, también basado en la llamada doctrina subjetiva como el caso “Sciocia”.

Uno de los votos más destacables del pleno antes mencionado, al cual adherimos en un todo, es el del doctor Artana el cual dijo que debe tenerse especialmente en cuenta la razón que motivó al legislador al establecer la agravante, y ese motivo fue el auge de robos a mano armada. Siguió su exposición manifestando que esos delitos logran consumarse independientemente de que el autor o autores, en el caso de armas de fuego

porten las mismas cargadas o descargadas. Expresó que la finalidad está en el robo y no en las posibles consecuencias vulnerantes, hizo también referencia a que el arma va dirigida contra la víctima, y es su resistencia lo que se procura vencer, lo que se logra mediante ese poder compulsivo e intimidatorio aunque el arma no tenga proyectiles en el momento de ser empleada.

Esta fue la corriente que tuvo vigencia hasta el año 1986 cuando el 10 de Octubre de ese año la misma Cámara revisaría la decisión del plenario “Scioscia” por medio del plenario “Costas, Héctor y otro”²²⁵ para resolver por mayoría de 16 votos contra 4 exactamente lo opuesto o sea que no encuadra en el concepto de arma del artículo 166²²⁶ inciso 2º del Código Penal, el uso de un arma descargada apta para disparar. En este caso el fundamento de la agravante radica en el peligro realmente corrido por la víctima.

Cabe resaltar que la evolución que han tenido los fallos de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de Capital Federal, el cambio de postura, se asentó únicamente en la variación de su identidad de miembros del tribunal en ese lapso y no en una evolución del pensamiento de los jueces.

Es nuestra opinión que, para poder subsumir la conducta en el tipo, hay que hacerlo teniendo en cuenta el poder intimidatorio producido sobre la víctima y es a la hora de graduar la pena cuando se tiene que tener en cuenta el peligro realmente corrido por la misma como consecuencia del elemento empleado para cometer el robo.

Luego de esta breve reseña de los antecedentes jurisprudenciales que tuvo el robo cometido con armas descargadas, nos encontramos con la realidad de que actualmente, luego de la reforma incorporada por la ley 25.882²²⁷ la situación es

diferente atento que ha cambiado la redacción del artículo 166²²⁸ del Código Penal con las consecuencias que a continuación detallamos.

La falta de incorporación del robo con un arma descargada al tipo del artículo 166²²⁹ del Código Penal, hace que esta modalidad de comisión tenga ahora, de acuerdo al juez que entienda en cada causa, distintos tipos de encuadramiento en virtud de las modificaciones producidas por la ley 25.882²³⁰ y consecuentemente distintas penas, las cuales son exageradamente disímiles, lo que trae aparejado consecuencias nefastas para el justiciable. Los distintos tipos de subsunción del arma descargada son los a continuación describimos:

- a) Que no se la considere arma y por ende se aplique la figura base del artículo 164²³¹ del Código Penal en cuyo caso la pena será de un mes a seis años. Siendo así tendría una pena increíblemente menor que la obtenida por robar con un arma de utilería (que no es un arma verdadera).
- b) Que se la encuadre dentro del tercer párrafo del inciso 2º del artículo 166²³² del Código Penal en cuyo caso la pena será de tres a diez años.
- c) Que se la considere arma de fuego apta para el disparo, independientemente de que este descargada y se aplique el segundo párrafo del inciso 2º del artículo 166²³³ del Código Penal para lo cual la pena será de seis años y ocho meses a veinte años.

Esta última forma de subsumir el arma descargada es la que propiciamos atento que adherimos a la doctrina subjetiva, radicando la causa del agravamiento en el mayor poder intimidatorio que se causa a la víctima con tal elemento, la que como consecuencia de ello, se ve imposibilitada de ejercer la defensa de su patrimonio por el poder ofensivo que se le exhibe.

Tan es así los diferentes tipos de encuadramiento que genera el arma descargada con la reforma, que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en fecha 22 de noviembre de 2007 al dictar Sentencia en autos “M. A. C. s/ procesamiento”²³⁴ resolvió la cuestión con la disidencia de uno de sus miembros y con posturas diferentes de cada uno de sus vocales respecto a esta modalidad.

En el caso, un imputado por robo calificado solicitó el cambio de carátula a “robo simple” porque sostuvo que el delito fue cometido con un arma de fuego descargada. Su impugnación se basaba en la analogía “in malam partem” practicada por el juez de grado. Los fundamentos de los señores jueces fueron los siguientes:

El Dr. Luis María Bunge Campos al formular su voto dijo que el robo cometido con un arma de fuego descargada debe encuadrarse en la figura legal del robo simple del artículo 164²³⁵ del Código Penal.

También hizo referencia a que la reforma no trata específicamente el supuesto de robo con un arma de fuego habiéndose acreditado que ésta se encontraba descargada. Al respecto indicó que no puede el juez interpretar analógicamente dicha agravante si la letra de la ley no contempla específicamente el caso y resaltó la prohibición de la aplicación analógica como derivación del principio de legalidad.

Considerando que le asiste razón al apelante propone la modificación del fallo de primera instancia considerando que debe subsumirse la conducta del imputado en la de robo simple.

El Dr. Julio Marcelo Lucini al formular su voto dijo que si bien el arma no se encontraba cargada, sí era apta para producir disparos y de funcionamiento normal. Cuando se refirió al revólver expuso que aún descargado seguía presentando externamente las características definitorias de tal elemento, siendo por tal motivo

perfectamente equiparable por su destino a aquellos que intentan imitarlos para simular la violencia de un desapoderamiento armado –los llamados de juguete o utilería-, justamente por generar una mayor intimidación en la víctima.

Hizo hincapié en que la reforma introducida por la ley 25.882²³⁶ tuvo por fin terminar con la discusión existente en torno a la utilización de armas que no provocaban un peligro real, ya sea por no ser aptas para producir disparos, ya sea por no estar cargadas, o por no ser verdaderas. Por lo expuesto, entendió que el auto apelado debe ser confirmado.

El Dr. Gustavo A. Bruzzone al expresar su voto dijo que la utilización de un arma descargada para amedrentar a las víctimas y lograr el robo, encuadra en el tipo penal del robo agravado por el uso de armas, puesto que el legislador, al introducir las modificaciones no solo tuvo en cuenta el poder ofensivo de tales instrumentos sino también el temor que ellos pueden provocar en la víctima del delito. Por ello, propugnó la confirmación de la sentencia apelada.

Como podemos advertir, la reforma que sufrió el artículo 166 del Código Penal, nada aportó respecto a la cuestión vinculada al robo cometido con un arma descargada y contrariamente a lo esperado, generó grandes inconvenientes a la hora de su aplicación. Es por eso que propiciamos la derogación, debiendo en consecuencia volverse al texto anterior del artículo en cuestión.

De ser así, con la formulación previa a la reforma, consideramos que el robo cometido con un arma descargada encuadra en la agravante del inciso segundo en base a los argumentos que a continuación desarrollaremos.

La presencia de un arma de fuego verdadera –descargada-, coloca a la víctima en una situación que jamás tendrá la oportunidad de advertir si la misma se encuentra

cargada o no, aún cuando se trate de un revólver –que por sus características permite observar de frente si están colocados los proyectiles en el tambor- siempre le quedará la duda respecto del alvéolo alineado con el cañón, el que puede contener un proyectil que le produzca un disparo mortal, lo que no le permitirá activar sus defensas por la intimidación a la que esta siendo sometida.

Considerar que la utilización de un arma descargada no implica riesgos para la víctima, constituye una afirmación meramente dogmática, si tenemos en cuenta que la integridad del ser humano abarca tanto lo físico como lo psíquico, fácil es concluir que la vulneración y las consecuencias que sufre el individuo en ese último campo es mucho mayor cuando se ostenta una arma de fuego verdadera.

Ello, sin perjuicio de ponderar las eventuales consecuencias letales que podría generar la situación de que la intimidación psíquica que produce el hecho repercute sobre la integridad física, produciendo en la víctima un infarto que le cause la muerte o una reacción defensiva razonablemente proporcionada frente a la supuesta ofensividad que se desprende de la exhibición del elemento utilizado.

La utilización de un arma descargada por parte del sujeto activo para consumar el robo logra infundir un mayor temor e intimidación en la víctima quien siente amenazada su vida o integridad física y, la observación del instrumento fijada en su mente, la predispone naturalmente por el instinto de conservación, la inhibe de intentar una defensa, como si lo haría en caso de no existir el arma.

Si el delincuente no utiliza el arma descargada con el fin de vencer la resistencia de la víctima, cual sería el motivo por el cual este la lleva? Como podemos advertir, acá el dolo se ve plenamente satisfecho porque el delincuente porta el arma en esas condiciones y lo hace con el expreso propósito de aumentar con ella su poder

intimidante y de esa forma facilitar el desapoderamiento, lo que brinda motivo suficiente para agravar el delito.

4.- Legítima defensa.

Una cuestión que nos parece importante analizar es si existe legítima defensa de la víctima cuando en el momento de producirse el robo con un arma de fuego descargada o no apta para el disparo, ésta reacciona y le da muerte al ladrón utilizando también un arma de fuego.

La legítima defensa es un instituto jurídico de carácter universal, y que ha sido reconocido por todas las legislaciones del mundo.

El encuadre legal en nuestro ordenamiento jurídico lo encontramos desde la sanción del Código Civil argentino, en 1969, cuando en su artículo 2470²³⁷ y refiriéndose a la acción personal, dispone que el hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde, y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.²³⁸

De lo que se infiere que el derecho a la legítima defensa es excepcional, y se ejerce cuando los auxilios de la fuerza pública no pueden llegar solícitos en ayuda del agredido, a quien el Estado, que tiene el monopolio de la fuerza y la justicia, le reconoce ese derecho como propio y natural, puesto que si alguna ley lo prohibiera, se convertiría en un despropósito y nadie cumpliría con la misma.

En el Código Penal argentino, vigente desde 1921, se ha legislado el instituto de la legítima defensa, en el Título V, artículo 34²³⁹. Este artículo determina que no son punibles: en su inciso primero, el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea

por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones; en su inciso sexto, el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Finalmente en su inciso séptimo, al que obrare en defensa de la persona o derecho de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

Podríamos decir que mientras el delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable, es decir que contraría lo prescrito por la ley en forma intencional y voluntaria, sujeta a una sanción penal, la legítima defensa, es un acto típicamente jurídico y no culpable, porque cumple cabalmente con lo que dispone el derecho, siendo por ello no punible, y exenta de incurrir en agravantes, lo que no debe confundirse con los excesos, que son factibles.

La doctrina moderna considera a la legítima defensa como una causa de justificación, no punible, ya que no se trata de una conducta ilícita y así debe interpretarse lo que preceptúa el artículo 34²⁴⁰, incisos 6º y 7º del Código Penal.

El derecho a la legítima defensa comienza entonces en el mismo momento (de la agresión ilegítima) en que se hace evidente por parte del agente, su intención de agredir, típico del caso de un ataque delictivo.

Es ahí cuando el que decide defenderse debe hacerlo de una manera proporcional, es decir, equitativa, en el sentido de que el poder ofensivo que sufre por parte del atacante le debe oponer un poder defensivo, similar o equivalente, con la capacidad de neutralizar o rechazar eficientemente la agresión.

Esto debe ser visto en el sentido de que siempre es proporcional el medio utilizado para la defensa, cuando éste puede lograr el mismo resultado final que el que utiliza el ataque, pero nunca uno mayor, sino habrá exceso.

La proporcionalidad, equidad o equivalencia de la que estamos hablando no debe confundirse nunca con el concepto de igualdad, ya que si no incurriríamos en el error de considerar que ha actuado con exceso, a quien utiliza un medio diferente para ejercer su defensa legítima, respecto del que es utilizado para atacarlo.

Finalmente, no debe, quien se defiende legítimamente, haber provocado suficientemente al que lo ataca, porque ello inhibe el derecho a la legítima defensa. Esto ha sido legislado teniendo como objetivo el de evitar la posible simulación de un estado o situación de legítima defensa, cuando el que se defiende no ha sido atacado injustamente, arbitrariamente, sino en un acto de respuesta defensiva a su vez, de quien ha sido solapadamente provocado.

Nadie puede evitar ser sancionado penalmente, causando un daño y simulando un acto de legítima defensa, cuando él mismo lo ha provocado, mediante una pelea, por cualquier pleito anterior que hubiere tenido con la otra parte.

Volviendo al análisis del caso planteado, vemos que en apariencia se cumpliría con los requisitos que la legítima defensa requiere, atento que la víctima sufre una agresión ilegítima por parte del delincuente; que a su criterio se defiende proporcionalmente de la agresión, atento que es agredido con un arma de fuego y se

defiende con un arma de fuego y finalmente no hubo de parte del sujeto pasivo provocación alguna.

Pero la realidad de los hechos nos indica que no habría una legítima defensa propia, porque no se dieron los tres requisitos básicos faltando la proporcionalidad del medio empleado, por la falta del poder vulnerante que carece el arma que portaba el delincuente. Este es otro de los efectos negativos que genera tener que determinar el peligro verdaderamente corrido por la víctima de un desapoderamiento a la hora de aplicar la ley penal.

Pero la víctima que actúa en estas circunstancias no va a ser imputada del delito de homicidio sino que existe lo que se denomina la Legítima Defensa Putativa o de Buena Fe.

La legítima defensa putativa es aquella en la cual se dan los tres requisitos del tipo clásico, pero quien la ejerce lo hace de buena fe, bajo los efectos de un error esencial de conocimiento invencible, ya que para defenderse eficientemente, no puede detenerse a preguntarle al que lo ataca, si lo hace para dañarlo, psíquica o físicamente, leve o gravemente, o con la intención de matarlo.

En el caso que nos ocupa la víctima no va a detenerse si tiene la posibilidad de defenderse, para preguntarle al delincuente cuales son sus intenciones reales, si el arma esta descargada o no, si funciona o no, ya que en ese tiempo se podría producir la agresión terminando con la vida del sujeto pasivo del robo.

Por ello no es punible la conducta de quien se defiende legítimamente de una amenaza con arma de fuego, cualquiera fuera el daño que le cause al agresor, aunque después resulte que el atacante utilizó un arma inidónea.

Esto es en virtud de la utilización en conjunto del los incisos 1º y 6º del artículo 34²⁴¹ del Código Penal.

Con respecto a la prueba, en nuestro ordenamiento rige el principio general de inocencia., o sea que siempre el que acusa debe probar. En la legítima defensa, es uno de esos casos en que se invierte la carga de la prueba, el principio general de responsabilidad vence al principio general de inocencia, y la misma nos e presume, debiendo entonces, quien ha actuado de esa forma, probar que así lo ha hecho, acreditando todos los extremos necesarios, para verse beneficiado con la eximición de la pena.²⁴²

5.- Utilización de las armas.

La pregunta que normalmente se hace es si las armas deben ser utilizadas en la comisión del delito o basta, para la aplicación de la calificante, que el ladrón las lleve consigo en ocasión de producirse el hecho, aunque ni siquiera las exhiba.

Algunos antecedentes extranjeros que resultan equívocos en su redacción, merecen la crítica por referirse al mero hecho de la portación. Frente a estos textos, los autores se esfuerzan en hacer diferencias basadas en la presuntiva intencionalidad derivada de la calidad de ciertas armas.

Un sector minoritario de la doctrina, especialmente Moreno y Gómez, interpretan que si el autor del robo porta armas propias, aunque no las exhiba, incurre en la figura calificada; no así si porta armas impropias.

Lo que no se advierte por parte de estos autores y quienes los han seguido, es que la expresión de nuestro Código Penal “cometiere con armas”, equivale a decir, en lenguaje jurídico, “si se ejecutare o consumare el robo con armas”; sentido diferente al

que le han dado otras legislaciones, como la española, cuyo Código de 1870 decía “llevaren armas” (agravante dejada de lado en la reforma de 1995).²⁴³

En la legislación comparada, cuando se ha querido que el hecho resulte agravado sin necesidad de que las armas hayan sido empleadas, se han utilizado fórmulas claras. Es distinto “llevar armas” (Código Alemán), o portar armas (Código Francés) de cometer el robo con armas como dice la ley Argentina.

Para Molinario y Aguirre Obarrio, postura a la que adherimos, es preciso que las armas sean efectivamente empleadas en la comisión del delito, y no basta con que el delincuente las lleve consigo; sin que obste a esta conclusión la circunstancia cierta de que la portación de armas evidencia el propósito del portador de utilizarlas en caso necesario.²⁴⁴

Sancionar como agravante la mera portación, importaría tanto como sancionar como delito el mero propósito de utilizar las armas, si las circunstancias lo exigen, lo cual no es otra cosa que una arbitrariedad.

Esta cuestión viene ya del Código de 1886, y Rivarola entendió que los términos “con armas” parecen referirse a la simple posesión de armas, aunque agrega, refiriéndose el inciso al robo con violencia o intimidación en las personas, hubiera sido más acertado recordar que ni la intimidación ni la violencia pueden resultar del hecho de tener armas ocultas.²⁴⁵

La reflexión de Rivarola es de toda lógica, puesto que el hecho se agrava porque el robo ha sido cometido con armas, de modo que constituyan un modo de violencia en la ejecución del delito. Esto ocurre cuando el arma ha sido usada o blandida por el mismo autor del apoderamiento o por un coautor, porque el efecto intimidatorio es el mismo.

En el mismo sentido, Nuñez²⁴⁶ explica que como lo que califica es la comisión del robo con armas, éstas deben ser un instrumento para la ejecución de aquél, constituyendo su uso la violencia física ejercida por el autor para cometer el delito; de manera tal que la concurrencia de un arma sólo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra una persona para vencer o evitar su resistencia al apoderamiento de la cosa.

En otras palabras, el arma debe ser un instrumento para la ejecución del robo, de modo que la concurrencia del arma solo contribuye a la calificación si es utilizada o blandida contra las personas.

Soler dice, que la ley exige que el robo haya sido cometido con armas, lo cual no quiere decir que el ladrón simplemente las tenga.²⁴⁷

De acuerdo al desarrollo precedente, es necesario involucrarnos ahora en el análisis de la portación y la tenencia de armas de fuego, y su relación con el robo calificado por el uso de armas.

5.1.- Tenencia y portación de arma de fuego.

El delito de tenencia y portación de armas de fuego se encuentra tipificado en el actual artículo 189²⁴⁸ bis del Código Penal el que en su segundo inciso dice que la simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal será reprimida con prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de mil pesos (\$1.000) a diez mil pesos (\$10.000), si las armas fueren de guerra, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión; La portación de armas de fuego, de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un (1) años a cuatro (4) años, si las armas fueren de guerra, la pena será de tres (3) años y seis (6) meses a ocho (8) años y seis (6) meses de reclusión o prisión.

Todos los delitos regulados en este inciso tienen una característica común. El objeto es siempre un arma de fuego. Nos encontramos frente a delitos de peligro abstracto, o sea la seguridad pública y, a través de ella, la vida e integridad física de las personas.

Cuando los tipos previstos en el artículo 189²⁴⁹ bis del Código Penal se insertan entre los delitos contra la Seguridad Pública, debemos admitir que la tenencia o portación de armas que allí se mencionan deben verificarse en condiciones tales en las que indudablemente exista un peligro –aún abstracto- de afectación en ese bien jurídico protegido, y allí sí es necesario que las armas y municiones involucradas deban tener al momento del hecho el poder ofensivo capaz de generar el peligro.

5.1.1.- Tenencia ilegal de arma de fuego.

La ley castiga la mera tenencia de armas de fuego sin la debida autorización, estableciendo una diferente penalidad en función de si el objeto de la tenencia es un arma de guerra o de uso civil.

En ambos casos el delito se compone de dos elementos fundamentales: la tenencia y la falta de autorización.

Nos encontramos frente a un tipo con estructura compleja, integrada de una “acción” (la tenencia o posesión del arma) y una “omisión” (el no haber tramitado la autorización o permiso).

5.1.1.1.- La tenencia.

Es estos delitos, la acción típica es la mera “tenencia” del arma dentro de la esfera de custodia del autor, de modo tal que se encuentra en su poder, a su alcance o a su disposición. Es decir, estamos ante una relación especial entre la persona y el arma,

que permite la libre disponibilidad de ésta, en el sentido de que el autor puede utilizarla voluntariamente conforme a su destino y función.

Puede sostenerse válidamente que el concepto de tenencia se integra de un componente objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, el arma debe estar al alcance del autor, en un lugar físico en el que tenga poder de disposición. En cuanto al plano subjetivo, es necesario que el sujeto tenga “ánimo de poseer”, es decir, voluntad de ejercer dicho poder sobre la cosa. Esta última circunstancia es fundamental porque necesariamente nos conduce al carácter doloso del delito y además permite descartar el dolo eventual puesto que no alcanza con la duda ni con que el autor “asuma” el riesgo de la presencia del arma si no se cumple con la exigencia subjetiva aludida.²⁵⁰

El aspecto subjetivo es muy importante porque no basta para configurar el tipo un contacto meramente fugaz con el arma sino que se exige un mínimo ánimo de poseer.

A pesar de que estamos ante delitos de peligro abstracto, el principio constitucional de lesividad –que rige en materia penal– exige establecer algunas limitaciones para la aplicación de esta figura. Desde este punto de vista, la tenencia exige que el arma se encuentre en condiciones de ser utilizada, conforme su función, de modo que el delito debe excluirse cuando aquella no funciona o no resulta apta para el disparo.

Del mismo modo falló la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en autos “L. G. G. s/ Procesamiento”²⁵¹ revocando el procesamiento de dos imputados de la supuesta comisión del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil, atento que el arma que fue encontrada en poder

de los imputados, además de ser secuestrada sin proyectiles no resultaba apta para sus fines específicos ya que no tenía martillo percutor, por lo cual no era apta para producir disparos.

En estos casos ni siquiera existe una acción “objetivamente peligrosa” y por lo tanto la intervención del Derecho Penal resultaría inconstitucional por no haber, aún remotamente, una posible afectación del bien jurídico.

5.1.1.2.- La falta de autorización.

Otro elemento fundamental del tipo es la falta de autorización debida por parte del autor. En realidad, el delito puede cometerse cuando el autor aún no tenga la autorización de tenencia que expide la autoridad competente, o bien cuando dicha autorización hubiese caducado.

También se configura cuando el autor tiene en su poder un arma distinta de aquella para la que obtuvo la autorización.

Según el artículo 54²⁵² del decreto 395/75, las autorizaciones de adquisición y tenencia para los legítimos usuarios comprendidos por el artículo 53²⁵³ de la presente reglamentación, con la única excepción prevista por sus incisos 1° y 2° (material que se entrega a miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad), serán extendidas por el Registro Nacional de Armas.

La autorización de tenencia juntamente con el documento de identidad son los documentos que legitiman la tenencia en el ámbito nacional y deberán en todo momento acompañar el arma y ser exhibidos cuando fueren requeridos por la autoridad competente.

La ley es clara respecto de que el otorgamiento del permiso de tenencia no importa, en ningún caso, autorización para la portación de las armas que el mismo comprende.

5.1.2.- Portación ilegal de arma de fuego.

En la portación de armas sigue siendo “la seguridad pública” el bien jurídico protegido. Hay que destacar la voluntad del legislador al tipificar esta conducta, ya que si fue incluida entre los delitos contra la seguridad común es porque se consideró que esa seguridad es la que puede verse amenazada con las conductas que la conforman.²⁵⁴

Por eso entendemos que al considerar cada caso en concreto se deberán valorar sus particulares circunstancias fácticas a efectos de establecer si la portación importa una posibilidad de peligro abstracto para la seguridad pública, es decir, para un conjunto indeterminado de personas y en consecuencia determinar si la misma resulta o no punible.²⁵⁵

La ley castiga la portación de armas de fuego sin la debida autorización, estableciendo una diferente penalidad en función de si el objeto de la tenencia es un arma de guerra o de uso civil.

5.1.2.1- Concepto de portación.

La portación es un concepto más estricto y restringido que el de la tenencia, puesto que se ha definido como el hecho de disponer, en un lugar público o de acceso público, un arma en condiciones de uso inmediato.

Portar un arma significa, básicamente, llevarla encima o consigo teniendo la posibilidad de esgrimirla de inmediato ante cualquier circunstancia que haga necesaria su utilización. No obstante, la jurisprudencia usualmente extiende dicho concepto,

considerando que también puede haber portación cuando el arma se lleva en un lugar muy próximo como un bolso o dentro del automóvil al alcance directo del autor.

El Registro Nacional de Armas resolvió que la portación es la acción de disponer en un lugar público, o de acceso público, de un arma de fuego cargada o en condiciones de uso inmediato.

5.1.2.2.- La falta de autorización.

Para que el delito de portación ilegal de armas se configure es requisito típico que el autor no haya sido autorizado a portar.

La acción típica de portación exige el cumplimiento de tres recaudos básicos.²⁵⁶

- a) El arma debe llevarse en condiciones de uso inmediato, de modo que se la pueda utilizar inmediatamente
- b) La portación debe efectuarse en un lugar público o de acceso público, es decir, fuera del ámbito privado del autor. No obstante, también debería incluirse en el concepto los casos en que el sujeto porta un arma en un lugar privado que no sea el propio.
- c) Desde el punto de vista subjetivo, al igual que lo que ocurre con la tenencia, es imprescindible la voluntad de poseer o llevar el arma en esas condiciones, de modo que la acción sólo es compatible con un actuar doloso del autor y éste debe ser directo, pues el sujeto debe obrar con plena conciencia de que porta el arma y que se halla en condiciones de ser utilizada.

No debe confundirse la portación con el transporte del arma, pues se trata de dos cuestiones distintas, atento que el transporte de armas debe realizarse siempre por separado de sus municiones y dentro de la mayor reserva, disimulando en lo posible la naturaleza de los materiales transportados.²⁵⁷

Además, la autorización de tenencia legítima habilita el transporte pero no la portación del arma.

Con respecto al caso de que el arma se lleve encima estando descargada, solo puede haber portación si el individuo esta en condiciones de cargarla en forma inmediata, que es lo que ocurre en el caso de quien que lleva los proyectiles en el bolsillo y el arma en la cintura. En este último caso aunque no este cargada el arma igual estamos frente a una portación ilegal porque se cumple con el requisito de disposición inmediata para el disparo.

Con respecto al arma descargada que no se puede cargar en forma inmediata para lograr así su disposición, es innegable desde cualquier análisis que si bien es suficiente para amedrentar o anular la voluntad de las víctimas y así facilitar la comisión de un robo, no es idónea según nuestra opinión, para atentar por sí misma contra la seguridad común como bien jurídico protegido.

La Sala Tercera de la Cámara Penal de Rosario, en autos “G.M.A. y otros s/ Robo calificado por uso de arma de fuego en concurso ideal con potación ilegal de arma de guerra”²⁵⁸ se expidió sobre la portación de armas de fuego en un robo, revocando la calificación delictiva considerando la existencia de concurso real entre el robo y la portación, puesto que el tema de la idealidad o materialidad concursal, parte de la intención, por cierto, pero no en unidad sino en cuanto a los bienes jurídicos que se afectan y que se han violentado voluntariamente, sabiendo que aunque haya actuado con un fin –robo- previamente ha afectado otro bien jurídico distinto –seguridad-, haya o no previsto el robo, haya o no cometido o intentado el robo, ya que la portación, o sea, llevar un arma de fuego preparada para el disparo afecta la seguridad, no sólo en el robo, tipo delimitado y agravado por ese uso, sino previamente ante de cometer el

hecho, han portado el arma hasta llegar a ese lugar, o también lo han hecho luego de escapar, prosiguiendo con la portación de las armas en vez de esconderlas o guardarlas, lo que ha afectado la seguridad común de la comunidad pero no sólo porque la portaban, sino porque previamente, y luego, no tenían ni tuvieron nunca autorización legal, que es donde se concreta y consuma el delito en su inicio, al conocerse y saberse que no están autorizados, pese a lo cual, cualquiera sea la finalidad de su utilización, ya que hay conciencia y voluntad de portarla.

Nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, al igual que en la tenencia, el principio constitucional de lesividad exige para la portación que el arma se encuentre en condiciones de ser utilizada, conforme su función, de modo que el delito debe excluirse cuando aquella no funciona o no resulta apta para el disparo.

En el mismo sentido se expidió -en un fallo dividido- el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea por el cual absolvió a un imputado por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego. Para así decidir explicó que a través de una pericia se comprobó que el arma en cuestión no era apta para el disparo. La mayoría sostuvo que, en función del principio de lesividad, “la portación de un arma de fuego carente de aptitud para ser disparada no es idónea para lesionar o poner en riesgo la seguridad pública”²⁵⁹

Cabe destacar que como consecuencia de ser otro el bien jurídico protegido, la portación requiere la idoneidad del arma, no así -según nuestro criterio- el robo, para el cual no es necesario siquiera que el arma se encuentre cargada.

Respecto de este último supuesto -robo con arma descargada- hemos demostrado en este capítulo que la ley 25.882²⁶⁰ sin incluirla en el tipo, pero por su redacción, generó una variedad de encuadramientos con penas muy diferentes y encontradas posiciones jurisprudenciales, no dando solución al problema. Un efecto

similar se advierte en la reforma, cuando al intentar regular la falsa arma incluye en el tipo al arma de utilería, como pudimos probar la regulación quedo solo en una buena intención del legislador por su poca claridad, imprecisión e imposibilidad de aplicación.

6.- Conclusión.

Lamentablemente se sigue legislando de manera fragmentada, sin ningún tipo de coherencia ni respeto por el sistema. Una vez más el estado insiste en creación de figuras delictivas, instrumentos jurídicos de persecución penal o aumento en la punición como modo de combatir la delincuencia, olvidando que ello se logrará exclusivamente mediante una política criminal mucho más profunda que una simple modificación normativa.

A nuestro juicio se ha producido un retroceso, se han ampliado los alcances de las prohibiciones penales con la redacción de tipos no del todo claros, tanto en su redacción como en su alcance.

Se ha asimilado al concepto de arma lo que no es tal, echando mano a una normativización de la realidad que, como ya hemos tenido oportunidad de ver en este trabajo, y admitido por el creador del proyecto, el artículo 41²⁶¹ bis del Código Penal vino a resultar un argumento para esclarecer su propio alcance, dando lugar a esta nueva creación represiva, que nace justamente porque una norma anterior no fue del todo clara.

La ley 25882²⁶² agrega dos nuevos párrafos al inciso segundo del artículo 166²⁶³ del Código Penal, el primero siguiendo la letra del artículo 41²⁶⁴ bis del Código Penal, el que según el legislador servía para resolver definitivamente la controversia y terminar con las discusiones doctrinales y jurisprudenciales, cosa que no sucedió, a nuestro juicio, no se resuelven las dificultades interpretativas y además se generaron otras

nuevas. Este párrafo agregado provocó también una grave desproporción de las penas, al agravar solamente la comisión con armas de fuego y no otro tipo de armas.

Por eso lejos de resolverse viejos problemas, se renuevan los mismos bajo otra forma, pero siempre en el marco de las denominadas doctrinas “objetiva” y “sujetiva”. Sin embargo en el optimista mensaje enviado por el Poder Ejecutivo²⁶⁵ se agrega que, en el segundo párrafo agregado al inciso segundo del artículo 166²⁶⁶ del Código Penal se contempla el caso del robo cometido con un arma de fuego de idoneidad no acreditada por ningún medio de prueba o con arma de utilería, manifestando que de esta manera se remedia un vacío legal.

La reforma al establecer en el tipo la circunstancia de no poder determinar la aptitud para el disparo del arma de fuego utilizada, vulnera el derecho constitucional creado a favor del imputado “in dubio pro reo”, a la vez que genera inconvenientes para su aplicación y da lugar a encontradas posturas jurisprudenciales.

Respecto al arma de utilería, queda suficientemente claro que la voluntad del legislador ha sido la de establecer un supuesto de hecho típico intermedio, algo más agravado que el robo simple cuando se utiliza algo que simula ser un arma de fuego, causando esa impresión o percepción en la víctima. Pero quedó solo en la intención y no se resuelve la cuestión relacionada a las armas simuladas o falsas armas, como es el caso, entre otros, del juguete con forma de arma y las réplicas.

Si bien compartimos el fundamento por el cual se agrava la figura base, creemos que debió haber sido más claro el legislador y definir más precisamente los elementos que deseaba abarcar a fin de no producir problemas de interpretación y encuadramiento.

No podemos dejar de advertir que el término arma de utilería abre la puerta para un sinnúmero de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, prestándose

arbitrariamente a que existan operadores jurídicos que entiendan que un objeto revista la calidad de ser un arma de utilería, mientras que para otro tal objeto no quede atrapado por dicha expresión, todo esto por la vaguedad e imprecisión del tipo, situación que coloca al imputado en un limbo jurídico.

Así y más allá que también la voluntad del legislador haya sido establecer un fuerte incremento de las penas para este tipo de delitos, lo cierto es que en algunos supuestos el nuevo texto legal aparece como más benigno con relación a la norma anterior, al igual que sigue dejando supuestos sin contemplar como es el caso del arma descargada y el arma inepta para el disparo, que se encontraban resueltos por la jurisprudencia, pero por la nueva redacción del artículo 166²⁶⁷ del Código Penal, ha reavivado la discusión sobre su encuadramiento.

Por todo lo expresado y demostrado en este trabajo en que consideramos necesaria la derogación de la ley 25.882²⁶⁸.

Propuesta.

Nuestra propuesta concreta es primeramente que: de acuerdo a la deficiente técnica legislativa que contiene la ley 25.882²⁶⁹, su vaguedad e imprecisión y las dificultades que ha traído aparejada su aplicación -dando lugar a distintas posturas jurisprudenciales-, además de los supuestos sin contemplar que ha dejado la misma, todo lo que ha sido debidamente demostrado en este trabajo, propugnamos su derogación para dar paso nuevamente a la redacción anterior del artículo 166²⁷⁰ del Código Penal.

Por otro lado como segunda parte de nuestra propuesta, recomendamos que la pena para el inciso segundo del artículo 166²⁷¹ del Código Penal sea de tres a quince

años, para lo cual es necesario bajar el mínimo estipulado por dicho artículo, pero solamente para el inciso segundo.

Esta derogación permitirá que de acuerdo a la amplitud de la letra del inciso segundo del artículo 166²⁷² del Código Penal, el juez vuelva a tener la libertad de valorar los hechos y en base a las características propias de cada uno de ellos poder agravarlos si correspondiere y graduar la pena para aplicar en cada caso.

Así, si el arma utilizada era de fuego, si estaba cargada o no, si era apta o no, son todas variables que se van a tener en cuenta al igual que el verdadero peligro que corrido en su integridad física y/o la vida de la víctima a la hora de estipular una pena justa.

La variación en el mínimo de la pena, permitirá que el delito sea excarcelable y de esa manera se va a evitar que -por las características especiales del caso, o por los medios empleados u otra circunstancia especial- se produzcan injustas privaciones de la libertad de los imputados, dando la posibilidad a nuestros jueces de no tener que aplicar una pena mínima tan elevada como es la de cinco años de prisión o reclusión.

Asimismo alentamos la tipificación del robo con arma simulada como otra circunstancia agravante de menor entidad a la prevista para el cometido con un arma verdadera, pero superior a la de la figura base, atento que la utilización de dichos elementos aumenta el poder intimidatorio del agente sobre la víctima, lo que facilita el desapoderamiento.

Anexo I

Plenos de la Cámara de Apelaciones
en lo Penal de la ciudad de Rosario.

ACUERDO PLENO

ACUERDO Nro. 03/2003

En la ciudad de Rosario a los veintisiete días del mes de mayo de dos mil tres, se reúnen en Acuerdo los señores Vocales de la Cámara de Apelación en lo Penal de la Segunda Circunscripción Judicial, con la Presidencia del Dr. Guillermo J. Fierro, a los fines de tratar los siguientes temas:

1.-)...

2.-) **“VILLAGRA, MARTÍN y OTRO s/ROBO – RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA LEGAL”**

Conforme lo dispuesto en el Acuerdo de Cámara Nro. 01/2003 de fecha diecinueve de marzo de 2003 en el Expediente Nro. 149/03 de registro de mesa de entradas “Villagra Martín s/Robo – Recurso de Inaplicabilidad de la Doctrina Legal”; siendo admitido el mismo por la Sala IV de esta Cámara, y habiendo resuelto este Cuerpo que existe contradicción en los términos del art. 479 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, se fijó mediante Acuerdo de Cámara Nro. 02/2003 de fecha veintitrés de abril de 2003, la cuestión a resolver que a continuación de transcribe: *El empleo de un arma de fuego inhábil para el disparo por defecto, ¿conforma la circunstancia agravante prevista en el art. 166, inc. 2º del Código Penal?*

Al respecto tomó la palabra el Dr. **OTTO H. CRIPPA GARCIA** y dijo: Frente al interrogante que se formula, cabe reiterar el criterio que he seguido en mi actuación en la Justicia, y como docente en la faz universitaria, que afirma la subsunción legal del robo con armas, sea o esté esta inapta o descargada, en la norma del art. 166, inc. 2º del Código Penal.

En ese sentido, no me cabe duda alguna, que cuando la norma habla de armas, lo hace bajo la base exclusiva del contenido conceptual de arma, cual es la expresión genérica que comprende no solamente a los instrumentos que técnicamente pueden llamarse así, sino todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, quedando incluido en ese concepto, todos los objetos destinados a la defensa u ofensa, o sea a los que se denomina armas propias; pero también a aquellos que no teniendo inicialmente, o por su naturaleza misma, ese destino específico, pueden utilizarse eventualmente para el fin mencionado, en virtud de su poder ofensivo.

Obviamente el arma de fuego, a que refiere el art. 166, inc. 2º Código Penal, encuadra en la primera de las categorías, o sea la de arma propia y específicamente creada con sentido técnico como tal.

A partir de ello, entiendo que la única interpretación posible es la que en doctrina se ha llamado subjetivamente, y que debe entenderse o considerarse que la aptitud intimidante que posee un arma, es el fundamento de la figura agravada que contempla el art. 166, inc. 2º C.P., con independencia de la efectiva capacidad vulnerante que se acredite con relación a ese elemento, sin que pueda negarse el carácter de arma, de aquella inapta, so pretexto de una inidoneidad funcional, al objeto que ha servido para alcanzar la finalidad de la acción delictual.

Es que la norma en cuestión establece la exigencia de que el robo se cometa con armas, sin incluir distingos respecto a la calidad de los mismos, las condiciones de su uso o su poder ofensivo, siendo por ello de estricta aplicación al caso el aforismo “ubi lex non distinguit non distinguere debemos”.

Carece por lo tanto de significación que el elemento arma sea o no idóneo para producir disparos, ya que no existen en el tipo penal del art. 166, inc. 2º C.P., elementos normativos que autoricen a interpretar, que no constituye

verdadera arma –en el sentido normativo del tipo– la que se encuentra en circunstancial incapacidad funcional, puesto que las certezas de que el arma funcione, no son condiciones que aparezcan legalmente indicadas o impuestas como requisito de validez; y el arma sigue siendo arma aunque esté incapacitada para funcionar, como el automóvil sigue siendo automóvil y objeto de especial protección aunque no tenga nafta o le falte alguna pieza en el motor, o ese motor no funcione en la oportunidad.

El tipo penal de marras, exige el empleo de armas –vale decir, como tantas veces he dicho en casos similares– que se las haya utilizado como medio para intimidar objetivamente a la víctima, a fin de vencer su resistencia al despojo de lo que posee o se le exige, bajo el temor de ver en notorio peligro su integridad física, sin que por ello, pueda ser objeto de agravación el llevar armas con plenitud de capacidad funcional, cuando las mismas no son exhibidas, pese al grado de peligrosidad que implica objetivamente ello, por haber propuesto el agente su portación para su eventual uso, si lo estimare necesario.

Es que lo que se sanciona, es realmente, la mayor intimidación derivada de la exhibición de el elemento técnico del arma, y no la mayor peligrosidad emergente del posible resultado lesivo o letal del uso, de un arma de fuego en sentido estricto.

La finalidad del tipo penal en cuestión está, de tal modo, en el despojo mediante esa intimidante, y no en las posibles consecuencias vulnerantes que se obtendrían de un eventual disparo de un arma utilizada como medio para lograrlo.

Si el agente usa un arma de fuego, aún inapta, para lograr consumar el despojo previsto, es que libre, a plenitud de conciencia y voluntariedad, elige ese medio para lograr infundir un mayor temor e intimidación en el sujeto pasivo, que implica una notoria peligrosidad en el autor, que es la razón de la agravante a todas luces. Es que, va de suyo, que el sujeto pasivo del delito frente a ese cuadro intimidatorio no está en condiciones ni de determinar, ni tan siquiera dudar que esa arma, con la que se lo intimida, es apta o no.

Es que en ese caso, el agente busca voluntariamente un efecto psicológico cual es el que se causa en quién con el arma, aún inapta siente amenazada su vida o su integridad física, y la observación de tal instrumento, fijada en la mente del amenazado, predispuerto naturalmente por el instinto de conservación, lo inhibe de intentar una defensa –como haría en caso de no existir arma, eventualmente– como también de reflexionar adecuadamente, contribuyendo ello a la consumación del despojo.

Ello ha sido y es la teleología de la norma, puesto que no cabe duda que, conforme lo antes expuesto y en relación a la coherencia del legislador, cabe concluir en que la agravante por arma, es la del robo simple, cuando la intimidación, factor en la figura simple, se produce por o con arma, factor elegido por el autor como mayor intimidante, y por ende, como mayor factor de disminución de la posible defensa, como es agravante la actuación de tres o más personas en el robo o en el homicidio, aunque alguno de ellos sea inimputable. Es que ese criterio seguido por la ley, para establecer la gravedad de las distintas figuras del robo, se sustenta en la mayor intensidad de la violencia ejercida y correlativamente en la disminución producida en las defensas del violentado, sea cual fuere el motivo que ha generado esta disminución, en tanto sea imputable al accionar del agente delictivo.

Es que, como ha dicho el Dr. Pettigiani en su voto en el reciente fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, en el caso “Manso, Miguel” del 02.05.2002, considerar que la utilización de arma inapta no implica riesgos para la víctima, constituye una afirmación meramente dogmática, desde que entendemos que la integridad del individuo humano abarca tanto lo físico, como lo psíquico, por lo

que fácil es concluir que la vulneración y las consecuencias que sufre en este último campo el intimidado por un arma, aún inidonea, es mucho mayor, como consecuencia de la ostentación de ese objeto.

También cabe apuntar como dato a considerar, la propuesta del Dr. De Lazzarri en el citado Acuerdo, cuando pone en consideración que no es posible partir de diferenciar conceptos o términos similares en el Código, según los casos, y si es arma, en el delito previsto por el art. 189 bis del C.Penal, aun inapta o descargada –Tenencia y portación de arma ilegal– también debe tenerse por tal en el delito de Robo con arma, sea que esté inútil o sin proyectiles.

Por todo ello, si lo esencial es la intimidación, debemos concluir que se satisface el tipo legal cuando se ha empleado, a sabiendas y voluntariamente, un arma, aun inapta en la circunstancia, para intimidar a la víctima y hacerle deponer su resistencia u oposición, creando con ello la profunda convicción en la víctima, de que está siendo amenazado con un elemento capaz de producirle un daño físico de entidad, en caso de oposición; con lo que, a los efectos de la agravante contenida en el art. 166, inc. 2º C.Penal lo relevante y fundante, no es el poder ofensivo real del objeto, sino el efecto intimidatorio concreto que conlleva su utilización.

De tal forma, mi respuesta al interrogante formulado, es por la afirmativa.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **HUMBERTO HORACIO GIMÉNEZ** y dijo: En definitiva, la cuestión a resolver plantea el alcance que ha de otorgarse al término “armas” en el contexto del art. 166, inc. 2do. C. Penal. Se trata, en consecuencia, de un problema de definición del concepto que reconduce, obviamente, al ámbito de interpretación de la ley penal. A sus métodos ha entonces de recurrirse.

En este cometido, se impone partir del sentido gramatical del término “arma”, que por lo demás, en razón de su modo de percepción, se inscribe entre los elementos descriptivos del tipo penal. Semánticamente, arma ha de entenderse “cualquier instrumento apto para atacar o defenderse” (Enciclopedia VOX, Barcelona 1961). Lo que define el concepto no es la morfología del objeto sino su potencialidad lesiva. En este sentido, resulta evidente que un arma de fuego que perdió su capacidad para el disparo ya no es arma sino que se convirtió en un mero objeto que adopta morfológicamente el aspecto de tal. Del mismo modo que un piano despojado de sus cuerdas o sus martillos ya no es un instrumento musical ni un semental que por cualquier motivo perdió su capacidad reproductiva ya no puede considerarse un padrillo. Cuando la funcionalidad es distintiva del objeto, sin aquélla, éste pierde su esencia y ontológicamente deja de ser lo que era, mas allá de que el lenguaje usual continúe denominándolo en algunos casos del mismo modo, simplificación que no puede ser receptada sin más por la interpretación jurídica.

La tesis que extiende el concepto de arma también a estos supuestos parece partir de la asignación de carácter normativo a este elemento del tipo y deducirlo sistemáticamente del modo de incriminación legal de la figura del art. 164 C.P., afirmando que el establecimiento de dos modos comisitos diversos admite tal extensión ya que, conforme el tipo básico, arma sería cualquier objeto que no sólo aumente el poder ofensivo del agente sino también el efecto intimidatorio sobre la víctima, facilitando por ello su despojo.

Dos observaciones merece lo expuesto. En primer lugar, la actual posición de cierta doctrina que refuta la tradicional clasificación de los elementos del tipo penal, considerando que en la mayor parte de los casos hay un entrecruzamiento de los aspectos que fueran tomados por diferenciales de unos y otros – descriptivos y normativos–. El criterio tiene obviamente incidencia en el tipo subjetivo para determinar el conocimiento que se requiere del agente y la eventual aproximación

al ámbito del error de prohibición que de ello podría deducirse (conocimiento paralelo en la esfera del lego). Sin embargo, aún manteniendo la distinción, “subiste el entramado normativo en los elementos descriptivos y requiere consideración en los contextos en que la distinción resulta importante (Roxin Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ed. CIVITAS, ed. 1997, p. 307).

En segundo lugar, cabe señalar que a falta de una definición legal expresa, las inferencias intrasistemáticas para extraer el alcance de un concepto ha de enfrentarse al “sentido literal posible” como límite extremo (Jescheck Hans Heinirich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I, Ed. Bosch, Barcelona, p. 214). “Por razones jurídico-políticas el criterio del sentido literal posible es infranqueable, pues con él se ofrece el único elemento objetivamente verificable que con una cierta seguridad deja conocer dónde comienza la responsabilidad del juez que crea autónomamente el Derecho”.

Sobre el punto, conviene traer a colación dos casos paradigmáticos fallados por el Tribunal Supremo Alemán. En el primero se trataba de decidir si había una lesión causada “por medio de un arma” cuando el agente arroja ácido clorhídrico a la cara de las víctimas. La respuesta afirmativa reivindicó que como el lenguaje corriente maneja el concepto de “arma química”, el sentido literal no requiere restringir el concepto de arma a los instrumentos que operen mecánicamente; asimismo, que el fin de la ley de castigar severamente los métodos lesivos especialmente peligrosos también aboga por incluir los medios químicos en el concepto de arma.

En el otro, se trataba de dirimir la aplicación del parágrafo 223 del Cód. P. Alemán cuando el autor golpea la cabeza de la víctima contra una pared. “La percepción natural del lenguaje se rebela contra la pretensión de calificar como “instrumento” a una pared fija, al suelo firme o a una roca”. Aunque según el fin de la ley podría parecer lógico aceptar que hay unas lesiones peligrosas, el tenor literal de la ley lo impide (en Roxin, op. cit. p. 149).

Me interesa detenerme en el primer caso en cuanto se establece el fin de protección de la norma –castigar severamente los métodos lesivos especialmente peligrosos– que si bien en el precedente se refería a las lesiones causadas por medio de armas, la idea me parece perfectamente extrapolable al sub-discussio.

En esta línea argumental, la figura del art. 166, inc. 2º primer apartado Cód. Penal constituye un delito complejo que lesiona varios bienes jurídicos; la tenencia, la libertad individual y, lo que resulta su nota característica respecto de la figura básica, la vida e integridad física bajo la modalidad de peligro. Se trata de una figura que al tipo básico de lesión –o daño– adiciona una agravante de peligro. Ninguna perplejidad ofrece esta formulación típica desde que no resulte extraño para el Derecho que cuando se trata de bienes jurídicos especialmente valiosos, cual son los recién expresados, aquél le provea de una tutela anticipada conminando sanciones para la mera puesta en peligro de dichos bienes jurídicos –así art. 104 Cód. Penal– (cfr. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T.E.A., ed. 1951, T.III, p. 194: “siempre que un bien jurídico se halla altamente jerarquizado, su defensa suele estar rodeada de una doble muralla protectora: la una que se refiere a la violación misma del bien, la otra que llega hasta impedir la creación de situaciones de mero peligro para ese bien”). Dogmáticamente se convalida el criterio con la agravante genérica que la ley n° 25.297 agregó al art. 41 bis Cód. Penal, sancionada en un momento en el que la sociedad mostraba honda preocupación por las muertes producidas en ocasión de diversos delitos. Ello, y la extensión de la agravante a cualquier figura legal que no incluyera el uso de armas en su formulación típica, demuestra que el legislador, antes que atender a la menor dificultad para vencer la resistencia de la víctima, atendió a la tutela de bienes jurídicos fundamentales para ella que trascienden aquéllos que encarnan los respectivos

tipos penales en que pudiera subsumirse la actividad del agente. En el mismo sentido opera igualmente la ampliación de incriminaciones en el art. 189 bis Cód. Penal.

Por otra parte, cuando el legislador ha querido agravar figuras con fundamento en la dificultad o imposibilidad de resistencia de la víctima, ha recurrido a fórmulas legales explícitas que no dejan dudas de su intención (vgr. art. 80, inc. 2do, homicidio cometido con alevosía o por medio insidioso; art. 163, inc. 2do, hurto calamitoso). En estos casos, el agente orienta su actuación al aprovechamiento de la situación de desvalimiento de la víctima.

En la misma perspectiva, puede afirmarse que cuando el medio empleado para la comisión del ilícito no se encuentra previsto como agravante o adolece de algún recaudo para alcanzar el carácter de tal, no por ello diluye necesariamente su entidad sino que tendrá ponderación en las pautas a considerar en la dosificación penal –arts. 40 y 41 Cód. Penal– (fundamentalmente la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla). En principio, resulta ajena a nuestra sistemática la configuración de agravantes por el impacto subjetivo que la conducta del agente, por distintos motivos, pudo tener sobre la víctima. En este sentido, la referencia al uso de armas en la figura de amenazas –simples o coactivas–, que ha sido a veces reivindicada en el tratamiento del tema por quienes sostienen la posición contraria, no hace sino convalidar lo que se viene exponiendo a poco que se atienda a la naturaleza de la infracción –formal– a cuya consumación satisface la mera potencialidad amedrentante de la conducta desplegada.

La interpretación sistemática viene a coronar esta línea argumental.

En efecto, atendiendo a las incriminaciones inmediatamente anteriores se observa que el art. 165 reprime el homicidio en ocasión del robo en tanto el art. 166, inc. 1ro. las lesiones graves o gravísimas en similar ocasión. En el inciso siguiente sanciona el robo con armas. En mi criterio, el hecho de que los arts. 165 y 166, inc. 1ro. reprimen severamente resultados de daño a la vida e integridad física de las personas define el alcance de la norma siguiente en que, retornando las agudas expresiones de Soler, se erige una mera muralla defensiva de similares bienes jurídicos mediante una figura calificada en virtud del peligro corrido por aquellos bienes.

Además, el Cód. Penal parifica las penalidades conminadas para las lesiones graves o gravísimas, producidas en ocasión del robo y aún las *crimins causae* (sobre el desplazamiento de tipo penal del art. 92 –por remisión al art. 80 inciso 7mo., véase Soler, S. op, cit., T. IV, ed. 1988, p. 293–) y para el robo con armas. Ningún reparo puede ofrecer que el legislador haya impuesto penas severas equiparando los supuestos en que, en ocasión del robo o para perpetrarlo, se hayan lesionado bienes altamente jerarquizados o simplemente se los haya puesto en riesgo. La presunción de legislador racional cedería no obstante cuando tan gravosa penalidad –al menos respecto de la figura básica, cuyo mínimo se incrementa nada menos que sesenta veces– quisiera hacerse extensible al simple supuesto en que la víctima sólo creyó encontrarse en peligro, sin estarlo, cediendo por ello su resistencia, lo que, por lo demás, es meramente presuntivo. No parece consultar ninguna pauta de razonabilidad que el legislador haya propiciado la aplicación de similar escala penal para el supuesto de quien se apodera ilegítimamente de cosas muebles ajenas intensificando ardidamente la intimidación sobre el sujeto pasivo empleando un instrumento que carece de los atributos que lo hacen especialmente peligroso, de aquél que, para concretar su designio delictivo, con el arma empleada produce, por caso, la pérdida de un órgano en la víctima o, quizá, del simple transeúnte que quedó inmerso en el enfrentamiento.

Por lo demás, la interpretación de la ley no puede prescindir de las consecuencias de sus resultados ni tampoco pueden éstas resultar totalmente indiferentes a los postulados mínimos de una política criminal racional propia de un Estado de Derecho que prioriza la seguridad de todos sus ciudadanos antes que un ejercicio ciego del poder de retribución no exento de ciertos resabios vindicativos.

Encauzar la criminalidad hacia modos notoriamente menos ofensivos respecto de las víctimas, u ocasionales terceros, aún cuando no pueda considerarse un desideratum político criminal, constituye sin duda una fórmula de compromiso hacia un fenómeno que ninguna sociedad ha podido erradicar y que en, algunas sociedades en crisis, como la nuestra, ha adquirido una magnitud que impacta profundamente a todos los ciudadanos. Propiciar similares escalas penales para quienes recurren, en sus fines delictivos preordenados, a medios particularmente peligrosos para las personas, con consecuencias altamente disvaliosas en muchos casos, y para aquéllos que sólo acuden a un inofensivo artificio para idéntico fin, impone desalentar a estos últimos quienes, por otra parte, se revelan más vulnerables en los supuestos en que la víctima, o un tercero en defensa de ésta, decida repeler la agresión, facilitando así la producción de resultados altamente disvaliosos. Por otra parte, las dificultades probatorias que pudieran suscitarse en torno a la acreditación de la configuración del pliego no invalida lo expresado, pues a más de responder a un orden de análisis posterior, no sólo por razones lógicas –su carácter procesal– sino también axiológicas –la política judicial no puede anteponerse a la política criminal–, la cuestión, desde esta perspectiva, merece distinta consideración según se encare el peligro desde un punto de vista concreto o abstracto, por su incidencia en materia de carga probatoria, lo que por lo demás no es materia de esta convocatoria.

Así, mi respuesta al interrogante planteado es por la negativa.

Al respecto tomó la palabra la Dra. **ELENA RAMON** y dijo: Tócame expedirme sobre la cuestión fijada, esto es, “si el arma de fuego inapta por defecto encuadra en el art. 166, inc. 2, del Código Penal”.

He meditado acerca de los precedentes, en los que se han expresado enjundiosas fundamentaciones en abono de las posturas contrapuestas.

Anticipo, mi adhesión a la tesis negativa.

Una primera línea argumental parte del análisis de la figura del art. 164 del Código Penal, hoy vigente que, restituida por la ley 23.077, es la original de la ley 11.179.

Se ha sostenido que, con el restablecimiento del mencionado texto, ha desaparecido la forma comisiva de intimidación, criterio que no comparto, siguiendo al maestro Soler, para quien “debe considerarse comprendido dentro del concepto de violencia física no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquélla que “quebranta o paraliza la voluntad “sin motivarla”; (pág. 277), esto es, sin dejarle margen de decisión.

“En cierta medida –ha dicho– hasta debe afirmarse que es necesaria al robo cierta influencia psíquica sobre la voluntad de la víctima, de manera que pueda efectivamente afirmarse que se trataba de una voluntad renuente”. (pág. 278).

Avala que la figura básica incluye la intimidación la circunstancia que añeja jurisprudencia encuadrara en la figura del art. 164 el robo con empleo de armas para intimidar a la víctima (*), considerando este supuesto “violencia física” en el sentido de “violencia tácita” formulado por Carrara. (*) (vide, “No basta que el asalto se realice por varios individuos con armas; es necesario además que éste se haya verificado en lugar despoblado, y esta circunstancia calificante no está demostrada en el sumario; por tanto no puede

sostener el Fiscal la calificación del art. 167, inc. 1°. Corresponde encuadrar el delito como robo simple, art. 164, y condenar al procesado...”. Fallo del Juzgado de Sentencia 1ª Nom., 1ª Secretaría, Rosario, 12/7/1923. –Libro 12, Folio 469.– Declarada firme y ejecutoriada por la Cámara Penal de Rosario, el 14/9/23; en González, Juan F. “El Código Penal y la Jurisprudencia”, T. II, Librería y Editorial Perrot, Bs. As., 1935).-

Ello no podía ser de otro modo, porque habiendo adoptado el texto originario del Código agravantes que requerían circunstancias que debían concurrir simultánea y conjuntamente, no cabía la calificación del despojo por empleo de armas si no se producía, además, en despoblado, descartándose el encuadre en la Extorsión habida cuenta que, como enseña Soler, entre ambas figuras media diferencia en cuanto a la acción misma: “*apoderarse*” en el Robo, “*obligar a entregar,..etc...*” en la Extorsión.

A través de sucesivas reformas, el Código Penal ha retornado por imperio de la ley 23.077 al originario de 1921, con las modificaciones que la ley 20.642 introdujera a los arts. 166 inc. 2 y 167 inc. 1.

Considerando que el art. 164 C. P., incluye la intimidación, el primer supuesto del art. 166, inc. 2, “*si el robo se cometiere con armas*”, implicaría una reiteración de la figura básica si se considerara que se fundamenta en el amedrentamiento ejercido sobre la víctima, no resultando razonable a mi criterio que se sustente en una intensificación o cuantificación de tal intimidación.

Debe escudriñarse, por consiguiente, la razón de ser de la agravante y, teniendo en cuenta el carácter pluriofensivo del robo, entiendo que no puede fincar en un mayor grado de intimidación para el despojo, sino en el peligro realmente corrido por el sujeto pasivo por el empleo de armas.

En tal entendimiento, sólo el arma apta para el disparo coloca en riesgo real la vida o la integridad física de la víctima. Ello, sin perjuicio de considerar el empleo de un arma no apta para el disparo a los fines de la graduación de la pena, en los términos del art. 41, inc. 2°, del Código Penal.

No se me escapa que la tesis subjetiva argumenta que el sujeto pasivo se encuentra en el momento del hecho imposibilitado de establecer si el arma empleada es hábil o no para causar lesiones o muerte. No obstante, opino que la subsunción legal requiere que el agente haya obrado con pleno conocimiento del empleo de un elemento capaz de ofender o lesionar o, en otros términos, que ello haya sido abarcado por el dolo del sujeto activo.

La víctima del despojo con empleo de un arma de fuego apta para el disparo ha corrido un riesgo, ha estado realmente en peligro de sufrir lesiones o muerte y es este riesgo el que castiga el legislador en la figura agravada. Los supuestos de empleo de arma inhábil encuadran, como señalara, en el Robo simple, cuya amplia escala penal permita graduar la pena teniendo en cuenta el modo de comisión.

La responsabilidad del agente no puede superar el límite de la funcionalidad o potencialidad del arma empleada y si por defecto de ésta, no ha habido riesgo para la víctima, desaparece el fundamento de la agravante.

De otra parte, abona, además, esta tesis el principio sustentado en que el legislador no ha podido razonablemente sancionar con la misma escala penal, equiparando a los fines de la sanción los supuestos de efectiva causación de lesiones graves y gravísimas, que prevé en el inc. 1° del art. 166, y el supuesto de peligro para la integridad física a que alude la primera parte del inc. 2° del mismo artículo.

En síntesis, en el entendimiento que el art. 164 del Código Penal incluye la intimidación como medio comisivo del Robo, opino que la agravante prevista por el art. 166, inc. 2, no encuentra su fundamento en el efecto que la exhibición de un arma de fuego inapta ejerce sobre la psiquis del sujeto pasivo –efecto

que contempla la figura básica– sino que finca en el peligro real a que ha sido expuesta por la utilización del adminículo.

Así, mi respuesta al interrogante planteado, es por la negativa.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **RAMÓN TEODORO RÍOS** y dijo: **I.-** En primer lugar y como en casos anteriores reitero mi reserva sobre la inconstitucionalidad de la jurisprudencia obligatoria, remitiéndome a la fundamentación obrante en los precedentes de esta Cámara, así como a las motivaciones oportunamente expuestas por el Dr. De Olazabal en la Cámara de la Capital de la Provincia. Por otra parte la imperatividad de la vigencia futura de cualquier interpretación resuelta por la mayoría de los integrantes de una Cámara en lo Penal, además de configurar una función legislativa, ni siquiera cumple la finalidad de la casación unificadora en todo el territorio de Santa Fe ya que el resultado del recurso de inaplicabilidad de la doctrina legal aquí intentado puede discrepar con la opinión mayoritaria de todos los integrantes de las Cámaras en lo Penal de la Provincia.

II.- En cuanto al tema del recurso, adhiero al voto del Dr. Humberto Gimenez y de la Dra. Elena Ramón que traducen mi pensamiento sobre el tema de la convocatoria. Además agrego las siguientes consideraciones.

II.1.- Si hay un ámbito donde el juez encuentra ceñido el cauce de su interpretación es en la estricta delimitación de los elementos del tipo penal al resolver el caso concreto: el *nullum crimen sine lege* le impide hacer analogía in malam partem (art.18 y 19 de la C.N. y 9º del Pacto de San José de Costa Rica). Aquí la interpretación no puede superar el tenor literal de la ley si quiere respetar el principio de legalidad y no incurrir en analogía prohibida.

Es cierto que al cumplir su faena interpretativa la argumentación judicial suele echar mano del procedimiento lógico de la comparación de similitudes, como sucede en la equiparación analógica, pero el hecho de usar el mismo método no es óbice para “distinguir entre su aplicación dentro y fuera (al margen) del límite del tenor literal” (Roxin, Derecho Penal, I, 5 n°36, p.154).

La clave del límite del tenor literal tiene suma importancia como estandar de control al efectuar cualquier interpretación pretendidamente generosa o amplia, como por ejemplo la teleológica u orientada por el fin de la norma, y para distinguir la dosis de política criminal dogmática legítima que puede iluminar la concreta decisión judicial.

A nuestro entender, el robo es un hurto agravado por la violencia que se ejerce como fuerza en las cosas o como violencia sobre las personas; el robo con armas, a su vez, es un robo agravado por el peligro real corrido por la víctima del robo al utilizarse, para ejercitar la violencia física o psíquica, o sea un objeto que aumenta, *no* la mera intimidación del afectado, *sino*, el poder ofensivo del autor. Según este razonamiento la frontera de la interpretación con la analogía se delinearía, en este caso, a partir de la máxima capacidad de la palabra “arma”: un medio apto para hacer daño a uno físicamente (síntesis de “arma” y “ofensa” en el diccionario de la Real Academia).

Partiendo de la premisa precedente aquello que no sirva para provocar un daño físico a otro (para atacarlo o para defenderse) o a sí mismo (para herirse o suicidarse), sólo puede ser un arma en sentido figurado (acepción n° 12 : medio que sirve para conseguir alguna cosa); es decir, al margen de la calificante en razón de su imprecisión y equivocidad semántica.

De acuerdo con esta significación esencial, Soler ha comprendido en el concepto de arma “tanto el instrumento específicamente *destinado a herir o dañar a la persona* como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, *al ser empleado como medio contundente*” (p.267). Para Nuñez (T.V,

p.240), “es un arma tanto el objeto destinado para la defensa u ofensa (arma propia) como el que eventualmente, *por su poder ofensivo*, puede utilizarse para ese fin (arma impropia). Tozzini la define como “todo elemento que aumenta de cualquier modo *el poder ofensivo* del hombre” (“Delitos de Robo y Hurto”, p.300); es decir, el poder de, “*hacer daño a uno físicamente, hiriéndolo o maltratándolo*” según el diccionario citado, por lo que no basta con que sólo aumente el poder de intimidación. La sustancia del término puede apreciarse en Nuñez (op.cit. nota 118 en la p.240) cuando resume: “todo *lo que puede dañar*, todos los objetos con los cuales *se puede matar o herir* pueden convertirse en armas; el Código Penal tampoco requiere una capacidad ofensiva determinada, *basta que tenga un poder ofensivo suficiente para lesionar a la persona*” (cfse. Díaz, n° 794; Gonzalez Roura, t.III, p.189; Gomez, T.IV, ps.150; Soler (2ª Ed., p.247).

En concordancia con ello la jurisprudencia ha señalado que el legislador, en el caso del art. 166 inc.2º, “no ha pensado exclusivamente en el bien jurídico propiedad, sino que ha protegido preventivamente la integridad física de las víctimas de ciertas modalidades de desapoderamiento violento. *El arma* está integrada conceptualmente con el *peligro real que haya corrido la integridad física* del sujeto pasivo para doblegar su voluntad” (C.N.Crim., Sala 6ª, in re “Calabrese, E. s/ Robo Calificado).

En consecuencia, para nuestro convencimiento, el límite del elemento descriptivo - normativo del tipo (“arma”) se traduce en una cosa que incrementa el poder ofensivo del autor, porque puede dañar físicamente a una persona, porque es apto para lesionar, herir o matar. De allí que en este contexto estimemos inexistente la agravante del robo cuando objetivamente el medio empleado resulta inocuo, sea porque el revolver intimidante carece de proyectiles, sea porque la supuesta arma no sirve para causar daño físico (como en el caso de blandir un aparente garrote confeccionado en material plástico muy liviano). En esta tónica reflexiva la opinión contraria conmoviera el principio de legalidad al dar pábulo al reproche de incurrir en analogía prohibida.

Para una línea consecuente con semejante desarrollo el error de la víctima, al creer que su depredador esgrime un instrumento con poder ofensivo, no puede tener el efecto de convertir en arma lo que en la realidad no lo es; ni la auténtica impresión sufrida por el sujeto pasivo del delito puede confirmar la existencia del tipo subjetivo contradiciendo el real y concreto conocimiento de la acción consentida (o desplegada) por su autor. Si éste fraguó una intimidación fingiendo utilizar un arma pero sin usarla realmente (porque en su despliegue se valió de un remedo de arma), no hay dolo de la circunstancia calificante y sólo subsiste el tipo de la figura del robo, sin perjuicio que la intensificación intimidatoria trasunte un injusto más grave computable en oportunidad de individualizar la pena (arts. 40 y 41 del CP). En este cauce discursivo la verificación del tipo subjetivo no pasa por el convencimiento de la víctima sino por el conocimiento y la voluntad del autor.

II.2.- El problema del tenor literal del tipo y del dolo del autor, analizado en el punto precedente, deriva casi en forma inevitable a la clasificación de armas propias e impropias.

Consideramos como armas propias los instrumentos fabricados ex profeso para ser empleados en la agresión o defensa de las personas y como impropias los objetos fabricados con otro destino pero que se emplearan ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona (cfr. Edgardo A. Donna, Parte Especial, T.II-B, p.160 y 161). Si arma “es un instrumento destinado a ofender”, ese destino puede anclar en la naturaleza del instrumento por haber sido construido para ello (un revolver) u obedecer al designio del autor que “ordena o determina la cosa para un fin o efecto” ofensivo pese a que la misma

originariamente no lo tenga (cfr. destino y destinar en el Diccionario de la Real Academia).

Para el Dr. Campos (plenario “Costas”) el arma de fuego, cargada o descargada, puede utilizarse como arma propia o impropia y lleva implícita un peligro cuando es esgrimida en ocasión del robo. Con esta óptica “para construir el dolo basta el conocimiento no equivocado y actual de que se va a utilizar un medio que aumenta el poder ofensivo del autor (aumento que se produce aunque se trate de un arma de fuego descargada o descompuesta) y la voluntad eventual de utilizarla si se presenta la ocasión, aún como objeto contundente” (Cfr.comentario a fallo en La Ley, t.1989-C, pág. 536). La misma tesis abrazó el Dr. Julio C. Ledesma al cifrar el fin de la agravante en *el despojo* y no en las consecuencias vulnerantes, de tal manera que el instrumento debe servir para *intimidar* por su destino ordinario o por su empleo ocasional como *arma impropia*. Coincidentemente se pronunció la CNCrim.y Corr. al señalar que la falta de proyectiles, aunque tornaba inútil el revolver como arma propia, dejaba subsistente el instrumento como arma impropia capaz de intimidar (La Ley, t. 140, p.60 y t.143, p.625).

El rasgo común de estos fallos sobre el art. 166 inc.2º del CP es tomar prioritariamente en cuenta el bien jurídico “propiedad” en su más amplia concepción (como pertenencia), prescindiendo del peligro que en el robo corriera la vida o la salud del agraviado. Así, cuando el instrumento tiene el poder de intimidar, neutralizando radicalmente la oposición o resistencia de la víctima al despojo, estaremos ante un robo agravado aunque se tratase de un arma propia inutilizada (por ejemplo, un revolver sin tambor), y habrá dolo de la agravante por cuanto el autor conocía la potencialidad amenazadora del instrumento, captado, alternativamente, como arma propia o impropia.

La posición tiene algunos inconvenientes. Si lo que se computa para la figura del art. 166 inc. 2º es la intensificación de la intimidación para la víctima en razón del instrumento amedrentante, el asalto con un arma de juguete cabalmente construida resulta atrapada por la agravante, cuando en esta hipótesis luce indiscutible que ella no es un arma. Además algunas decisiones judiciales, al defender la tesis, transforman por arte de magia el arma propia defectuosa en arma impropia pese a no relevarse en concreto un uso realmente ofensivo. Por último resulta difícil establecer cual es el máximo de las carencias de cualidades naturales que puede soportar un arma propia para dejar de ser arma ¿hasta qué grado debe llegar el destrozo de un viejo revolver para eliminar la agravante (por ejemplo, si le falta el cañón, o el tambor, o el gatillo)? ¿cómo incide en la intimidación la falencia? ¿basta sólo para acreditar la calificante con la aseveración de la víctima de haberse sentido intimidada con un arma o se necesita una apreciación objetiva en abstracto de su poder intimidante? En esta última hipótesis subsisten los problemas probatorios que los partidarios de la tesis afirmativa pretenden evitar.

En el extremo opuesto, para Marcelo Colombo un arma impropia no es un arma en el sentido literal del texto (Cfr. “La Ley”, Suplemento de Jurisprudencia Penal del 23 de setiembre de 2002, nota a fallo, pág. 25), de manera que su uso encuadra en la figura del robo simple, aunque la circunstancia debiera ponderarse en la más severa individualización de la pena a tenor de lo previsto por los arts. 40 y 41 del CP. Si el legislador hubiera querido comprender a las armas impropias en la agravante, agrega el comentarista, habría emulado al CP español que en su art. 242 equipara al robo armado el uso de “otros medios igualmente peligrosos que llevaré”(El fallo del T.S. de Córdoba, en un caso donde el autor enlazó desde el asiento de atrás con una bufanda el cuello del taxista para perpetrar el atraco, resolvió la inexistencia de la agravante).

En cambio, según la tesis que aceptamos, la distinción entre arma propia e impropia no parece afectar el principio de legalidad: la cosa construida para herir o matar (un revolver) y la que no ha sido hecha para ello pero por la voluntad de la persona que la usa pretende cumplir ocasionalmente el mismo destino (enarbolar una piedra sobre la cabeza del ofendido), ambas deben superar el umbral mínimo de exigencia para ser reconocidas como armas: potenciar el poder ofensivo o vulnerante de quien la esgrime.

Con esta orientación un arma de fuego inepta para el disparo, no utilizada en el hecho como elemento contundente, parece no cumplir la exigencia esencial para aprobar el test de subsunción como “arma” agravante del robo, por faltarle su necesaria capacidad de dañar físicamente. Es cierto que el uso del lenguaje conspira contra nuestra postura en cuanto se habla de *“arma defectuosa”*, *“arma rota”*, *“falsa arma”*, *“arma descargada”* o *“arma inhábil”*, pero ello no implica ineludiblemente definir la existencia del tipo descriptivo-normativo en los casos citados: también el uso del lenguaje recepta locuciones como “dinero falso” o “persona muerta” sin dar por entendido que se trate realmente de dinero ni que subsista la persona en la dimensión sensible.

Trazada la frontera de la interpretación en el límite del tenor literal del tipo es posible dentro de este cauce recurrir a las restantes herramientas hermenéuticas (intención del legislador, fin de la ley, por el resultado, etc.) sin entrar en conflicto con el principio constitucional de legalidad. Con este talante es convincente la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en materia penal al considerar como *arma* el uso de ácido clorhídrico listo para arrojar a la cara de la víctima (BGHSt 1,1) y negar ese carácter a una pared contra la cual golpeará el autor la cabeza de la persona lesionada (BGHSt 22, 235). En el primer caso la clave teleológica de abarcar los métodos lesivos peligrosos extiende el fin de la norma a las ofensas perpetradas con medios químicos de grave dañosidad, sin encontrar obstáculo en la máxima capacidad de la palabra: el ácido clorhídrico es un *instrumento* potenciador del poder ofensivo del hombre para dañar a otra persona configurando un peligro real para su integridad física. En cambio, en el segundo caso, “la percepción natural del lenguaje se rebela contra la pretensión de calificar como *instrumento* a una pared fija, al suelo firme o a una roca” (sent. cit., 336) sin incurrir en una analogía prohibida.

En resumen. La aseveración genérica de que el empleo de un arma de fuego inhábil para el disparo conforma la circunstancia agravante, lleva a la solución inadecuada de incluir a una pistola, ostensible y prácticamente destruida, en la figura calificada. La exclusión del arma impropia conduce a subsumir simplemente en la figura básica del robo al despojo cometido con un pesado bate de béisbol esgrimido para golpear la cabeza de la víctima, o a descartar la agravante cuando el autor para perpetrar el atraco enlazó desde el asiento atrás al taxista con una bufanda hasta prácticamente asfixiarlo (Cfr. el fallo del T.S. de Córdoba en el caso comentado por Marcelo Colombo), decisiones que, a mi entender, no consultan a la justicia ni a la finalidad perseguida por la figura. Se me ofrece como mejor alternativa consolidar el límite del tenor literal del texto en la dañosidad física o capacidad ofensiva del instrumento y desde esa base establecida por el principio de legalidad razonar teleológicamente las irrepetibles singularidades contenidas en los casos concretos.

II.3.- La posición que asumimos discrepa con la decidida por el plenario “Scioscia” (La Ley, t.1977-A, pág. 1) y la actual Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires; pero coincide con el plenario “Costas” de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital (La Ley, t.1986-E, p.376) y, además de los penalistas que antes citara en mi voto, con la doctrina de Carlos Creus y Edgardo A. Donna. El primero (Parte Especial, I, p.455, n° 1059) aclara: “pero, en cualquier caso, tiene que tratarse de un arma. No lo es el *arma simulada o falsa arma*, que aunque

pueda **resultar apta para aumentar la intimidación** de la víctima, **no tiene idoneidad para hacer correr peligro a su persona**. Dentro del concepto de arma falsa o simulada hay que considerar las armas propias que no son funcionalmente aptas para su destino, por defectos de mecanismos (p.ej., falta de percutor en el rifle) o por otras insuficiencias (p. ej., ausencia de proyectiles en ellas), salvo que en la emergencia se utilicen como armas impropias en el sentido expuesto en el párrafo anterior (p. ej., esgrimir un pesado máuser como maza contundente); fuera de este último supuesto la utilización del arma falsa o simulada deja la conducta en la figura básica del art.164.”

Por su parte, Edgardo A. Donna (Parte Especial, t.II-B, p.166) señala: “la doctrina excluye de la agravante el **arma falsa**, el arma de juguete, el **arma que está inutilizada** y el **arma descargada**, con el fundamento de que, si bien puede esgrimirse y provocar un efecto paralizante, esta circunstancia lo único que hace es transformar el apoderamiento en robo, ya que forma parte de la violencia requerida por el tipo legal. Para que exista el robo agravado por el empleo de armas, deben reunirse dos requisitos: uno es el efecto intimidante en la víctima, y el otro que ese efecto tenga un correlato real, en cuanto se ha corrido real riesgo de que el arma sea empleada como tal, peligro que con las armas que no son tales o están descargadas, obviamente no ocurre”. Agrega el autor citado que la agravante exige, además del dolo de despojar mediante fuerza en las cosas o violencia física en las personas, “la voluntad de llevarlo a cabo mediante el uso de un arma de fuego”. Es decir: “el sujeto activo debe saber que el arma utilizada aumenta su capacidad ofensiva, circunstancia que no se da, en modo alguno, si éste porta un arma de fuego descargada, no apta para disparar, de juguete, etcétera. Querer imputar subjetivamente el uso de arma y agravar el robo cuando el sujeto no tiene dolo de robar con armas, es la vuelta a la responsabilidad objetiva, y por ende la violación de principios básicos, como el de la culpabilidad” (ibidem, pág.169).

II.4.- Pero seamos francos: la posición contraria que asume la mayoría de los colegas de esta Cámara no deja de ser tan razonable como la que postulamos. Posiblemente albergan otras raíces o preocupaciones que también influyen en nuestra opción.

Dice el juez Holmes: “para predecir el comportamiento posible del juez, no se atengan a lo escrito. Esto, es decir lo escrito, es lo aparente. Los razonamientos, los silogismos son una suerte de racionalización a posteriori. Subyacentemente están las verdaderas razones de la determinación judicial”. La cita pertenece a Carlos Borinsky en el sustancioso comentario a un fallo (“Derecho penal y política judicial”, La Ley, t.1989-C, pág. 536) donde el autor advierte que en los casos de los fallos contradictorios “la disputa **se presenta como semántica**, mas la intensidad del debate y las marchas y contramarchas de los tribunales muestran claramente que la confrontación trasciende el marco dogmático, de interpretación del derecho vigente según ha sido formulado por el legislador, para transitar el terreno de **la política criminal, de una orientación en la lucha contra el delito** que actúa como directriz en la reformulación de las reglas jurídicas”. Se trata – continúa el destacado jurista – de “los criterios de decisión que utilizan los jueces para resolver los conflictos concretos y a la vez influir en una – para ellos – necesaria reforma legislativa”. Profundizando su análisis y parafraseando a Nino recuerda que el conocimiento jurídico “no está fundado en verdades indudables; en realidad se procuran buenas razones para respaldar determinados compromisos axiológicos.”

En el caso de definir si el arma defectuosa configura la agravante acuñada por el art. 166 inc. 2º del CP, la respuesta “estará determinada por factores de índole axiológica, por la valoración de intereses y por consideraciones de política judicial, lo adviertan o no los jueces, lo expliciten o no en sus sentencias. Como señala Alf Ross, una vez que los factores de motivación combinados – las palabras de la

ley, las consideraciones pragmáticas, la estimación de los hechos – han producido su efecto en el espíritu del juez e influido sobre él a favor de una determinada decisión, entonces construye una fachada de justificación que a menudo no concuerda con lo que en realidad le hizo decidir el caso en la forma en que fue decidido” (ibid., La Ley, 1989-C, 536 y ss.). ¡Todo el proceso de interpretación formal no puede dejar de ser una indumentaria lógica jurídica compatible con la intimidad filosófica y pragmática palpitante en el intérprete!

El juez no puede desentenderse de las consecuencias de su decisión y por ello le resulta importante predecirlas y evaluarlas. En efecto, el doctor Rivarola, en el plenario “Costas” sostuvo que la tesis negativa incrementará las dificultades para hacer efectiva la aplicación de la agravante en casos de auténticos robos con armas. El doctor Bonorino Peró, por su parte, destacaba el peligro de desnaturalizar la figura por vía de la prueba cuando se alegue la falta de proyectiles en el arma, favoreciéndose así al agente quien no solamente obtendrá una menor pena sino que podrá resultar excarcelado. En el plenario “Scioscia” el doctor Martínez advertía que la respuesta negativa abría “el camino hacia la liberación de la delincuencia más peligrosa, la que más aflige a la sociedad actual, pues ya no bastaría probar que el ladrón usó el arma aunque no se pueda lograr su secuestro, sino que sería necesario justificar que era apta para el tiro y que estaba cargada”. Como se ve el telón de fondo puede ser, la lucha eficaz contra la delincuencia, la satisfacción de plausibles metas de defensa social y, sobre todo, evitar la desvirtuación e inoperancia de la agravante al exigirse una prueba imposible en el juicio para el acusador.

Nos animamos a deslizar algunas reflexiones sobre el punto:

Hay una frontera indesbordable: la política judicial en la línea incriminante no puede avanzar más allá de la línea trazada por la política criminal de la legislación penal de fondo.

- 1) La cuestión de la inseguridad ciudadana y aún las manifestaciones de la opinión pública no pueden proyectar sombras sobre el principio de legalidad y las garantías preestablecidas de un proceso equitativo.
- 2) A veces suele darse una confusión al poner en cabeza del tribunal el éxito del combate con la delincuencia, la defensa social o la eficiente lucha contra el delito, cuando esas funciones atañen directamente, en el sistema, a la Policía y al Ministerio Público Fiscal. En cambio, la esencia de la jurisdicción radica en resolver los conflictos presentados por las partes en el proceso, en calidad de tercero independiente e imparcial.
- 3) Si la razón de la agravante del robo con armas reside según la Cámara Criminal de La Plata (J.A., t.1970, p. 342, n° 64) en que las mismas convierten a sus autores en homicidas en potencia que no trepidarían en usarlas ante la menor resistencia de las víctimas, sucumbe la fundamentación cuando esos autores operan con armas que saben descargadas o inútiles para dañar.
- 4) Un motivo ponderable para descartar la posición afirmativa en el tema es que la misma, quebrantando el principio de proporcionalidad, imposibilita cualquier alternativa procesal que prescinda del encarcelamiento preventivo y sella el monto de la eventual condena a la pena de por lo menos cinco años de prisión efectiva, sin hacer diferencia alguna entre el autor que esgrime un arma mortífera y aquél que intimida con un arma simulada.
- 5) Es necesario distinguir lo que es materia de interpretación de un tipo penal acuñado por el código sustantivo de la eventual complicación o dificultad probatoria para verificar la conducta imputada en el curso del juicio, aspecto este último reglamentado por la Constitución Nacional y los códigos

procesales respectivos. En ese sentido los obstáculos probatorios se repiten en múltiples confluencias de figuras (por ejemplo entre la tentativa de homicidio y las lesiones dolosas) sin que el problema altere la interpretación de los tipos sustanciales involucrados.

- 6) Quizás una solución adecuada a la preocupación de los tribunales pueda ser la propuesta, ya sugerida por jueces y doctrinarios, de contemplar en la ley la situación intermedia del uso de un arma simulada o defectuosa -carente de poder ofensivo pero idónea para intimidar y paralizar a la víctima-sancionándola con una pena mayor al robo pero susceptible de permitir, en su caso, la excarcelación y la condena de ejecución condicional (p. ej., con un mínimo de tres años).

Por estas consideraciones, voto por la negativa.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **ERNESTO ATILIO PANGIA** y dijo: Comparto la postura del doctor Giménez. La cuestión se centra –como ha sido reiterada materia de análisis en doctrina y jurisprudencia– en el concepto que cabe asignarse a la palabra *arma* acuñada en el tipo descripto por el art. 166 inc. 2° del Cód. Penal.

Al respecto y mas allá de posturas disímiles, entiendo que una correcta interpretación refiere que la citada norma calificante exige para su aplicación, que la intimidación a la víctima haya sido materializada con un elemento útil para que accionado por el agente, éste se halle seguro del disparo. A mi criterio, no basta la mera intimidación al sujeto pasivo, sino que un arma es tal para la ley penal cuando el efecto que se pretende con su uso, en consonancia con su naturaleza, puede efectivamente lograrse. Es decir, cuando es hábil para matar, herir, etc. o cuando por su destino y naturaleza sea capaz de producir un perjuicio físico para la víctima intimidada, y permitiendo a su vez del agente, el domino de la situación, sin mengua.

En ese lineamiento, un arma inhábil para el disparo, conforma un instrumento distante del concepto de arma que pretende la ley sustantiva, porque aún siendo un revólver o una pistola, su específico fin no puede brindarlo.

Es indudable que no revela el mismo peligro una persona que va a robar con un arma cargada y apta para el disparo que aquel que va a delinquir sabiendo que a lo sumo con el arma podrá asustar a la víctima, excepto que utilice el elemento como arma impropia. El concepto de arma en sentido propio, debe extraerse de pautas que mas que atender al efecto atemorizante hacia el sujeto pasivo, debe servir para potenciar el riesgo de ésta, por el real y efectivo poder vulnerante del instrumento.

En ese marco, el mérito de un arma de fuego inhábil para el disparo no utilizado en sentido impropio, no excede del efecto intimidatorio que hace a la violencia prevista en el tipo del robo simple, no comulgando con una interpretación adecuada, la que no distinga un robo con un arma idónea y un robo con un instrumento que haya perdido su capacidad de fuego, cuando la pena prevista en el primer caso es sustancialmente mayor que en el segundo. Ello a la luz de la justicia de un pronunciamiento, torna razonable interpretar que el poder intimidante del arma como anulador de defensas –si ésta es inhábil para el disparo– debe estar previsto en la figura básica del robo (art. 164 del Cod. Penal), reservándose la calificante para el caso de aptitud para el disparo.

Mas aún, una pauta de razonabilidad indica que la intimidación con armas implica una agravante, porque esa circunstancia convierte al sujeto activo en un homicida en potencia ante una eventual resistencia que pueda ofrecer la víctima. Incluso un arma para ser tal, además de reunir las características naturales de su ofensividad, debe ser así considerada por quien la exhibe. Pero la imposibilidad material de utilizarla para el efecto destructivo natural, aparecería teñido

de un marcado rigorismo si la conceptuamos como idónea para la agravante, cuando la amplia escala que prevé el art. 164 del Cód. Penal permite ameritar sobre una sanción que conforme a las pautas de los artículos 40 y 41 del Cód. Penal, faculta al órgano jurisdiccional cabalgar en un amplio marco –un mes a seis años de prisión- para intentar una justicia mas consustanciada con la razonabilidad de la pena.

Pero además de ello, modernamente ésta es la postura que se desprende del texto de la ley 25297 –publicada el 22/9/00- que incorpora al Cód. Penal el art. 41 bis, que establece una agravante genérica para delitos cometidos mediante violencia o intimidación contra las personas con *arma de fuego*. Y aquí no cabe duda que la expresión *arma de fuego*, refiere al bien jurídico tutelado –la vida– y obvio es que la vida se pone en peligro con un elemento apto para matar.

La disposición, conforme a la letra y espíritu de la norma, fue aumentar la pena por considerar de mayor contenido de injusto ciertos delitos en cuya comisión se utiliza un arma de fuego. El propio Senador Agúndez, Presidente de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de esa Cámara, expuso en lo pertinente *“que la contundencia del arma de fuego y la vulnerabilidad de la víctima reflejan evidentemente que el arma contundente es la de fuego, y no otra...”*, enfatizando que el bien jurídico que se tutela es la vida y que *“las muertes producidas en la Argentina son producidas por armas de fuego”*.

No cabe duda, entonces, que la intención del legislador es aumentar la pena por considerar de mayor contenido de injusto ciertos delitos en cuya comisión se utilizó un arma de fuego y huelga decir, que las armas aptas para el disparo son las únicas que pueden hacer perder la vida.

En ese contexto, siendo un código un cuerpo orgánico, integral y coherente en sus disposiciones, manteniendo siempre proporcionalidad entre las penas previstas y los bienes jurídicos protegidos en cada caso, ¿Puede aceptarse que arma sea algo que no tenga virtualidad para matar?. Entiendo que no, porque se trataría de un objeto que solo asusta con imposibilidad de efectuar disparos y provocar lesiones o muerte.

En síntesis, un arma es tal para la ley penal cuando puede lograr el efecto al que por su naturaleza está destinado. Obviamente, no lo es, en mi concepto, un arma inhábil para el disparo.

Así, mi respuesta al interrogante planteado, es por la negativa.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **JUVENCIO LIBERAL MESTRES** y dijo: Adelanto que respecto al tema en cuestión comparto el voto del Dr. Humberto Giménez. El mismo resume cabalmente los fundamentos en que, desde la perspectiva del uso de los modos de interpretación, se arriba a una conclusión, en mi parecer, sin fisura dogmática alguna.

Desde la base gramatical lógico abstracta (en el elemento descriptivo, o descriptivo normativo pertinente), pasando por la voluntad del legislador, el telos objetivo actual de la ley misma, la correlación sistemática con el resto de la normativa vigente, la veda de pasibles interpretaciones analógicas o extensivas in malam partem, y la consideración de los efectos de las mismas a la luz de los principios generales constitucionales, se sostiene como adecuadamente legal la conclusión que se adelantara ut supra.

También, en mi concepto esclarecedoramente, cabe traer al caso las siguientes palabras jurisprudenciales: “Para que un objeto sea arma, en el sentido propio o impropio, no basta con que tenga capacidad de intimidar (como lo tiene una horrible máscara). Si carece de verdadera aptitud materialmente vulnerante, no es arma propia ni impropia. Pienso que ése criterio es el adecuado a la materia penal, por

que es el que está en relación con la conducta, con lo que el sujeto quiso y podía hacer, con lo que hizo: el comportamiento de quien, para cometer el robo, sólo se propone asustar a la víctima con lo que no puede hacerla, y actúa, voluntariamente imposibilitado de causarle otro daño que no sea el de robo mismo, no es equiparable en cuanto gravedad, al de quien, realmente armado, va a asaltar sabiendo que el hecho puede terminar en disparos y muerte. El grave peligro realmente corrido en un caso, totalmente ausente en el otro, marca la gran y decisiva diferencia” –del Voto del Dr. ROMERO VICTORICA in re “RÍOS, Modesto y Otros”; Cámara Criminal y Correccional, Julio 971 ED 37 fallo 18.399-.

En conclusión, un objeto intrínsecamente inhábil para el disparo cuando en su uso concreto no se ha intensificado el peligro real corrido por la víctima, no puede ser considerado “arma” dentro del tipo penal objetivo de discusión en los presentes.

Así, mi respuesta al interrogante planteado, es por la negativa.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **ERNESTO MARTÍN NAVARRO** y dijo: Ante el interrogante que nos convoca, reitero ahora mi criterio en el sentido de que el encuadre típico que corresponde a un hecho de robo con arma, aunque la misma no sea apta para el disparo o se encuentre descargada, es el de robo calificado en la modalidad delineada por el art. 166 inc. 2° (primer supuesto) del Código Penal.

Mi respuesta por la afirmativa tiene sustento en los argumentos que he esgrimido, precisamente, en los caratulados “VILLAGRA, Martín s/robo calificado” (Acuerdo Nro. 40 del 20 de mayo de 2002) y que dieran lugar a esta convocatoria.

Ese es el criterio que he sostenido desde antes, como por ejemplo en el Acuerdo Nro. 64 del 23 de junio de 1998 in re: “ORTIGOZA, Juan Manuel”.

Querer añadir andamiaje a mi postura me llevaría a repetir lo ya dicho o bien a acudir a argumentos ya enarbolados por colegas que se pronuncian en este sentido; por ello, y para no ser tenido por “machacón”, me limito a pronunciarme por la afirmativa, no dejando de reconocer la riqueza argumentativa de quienes se han pronunciado por la conclusión inversa.

Así, mi respuesta al interrogante planteado, es por la afirmativa.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **EDUARDO SORRENTINO** y dijo: Que, examinada la cuestión fijada *si el arma de fuego, inapta por defecto, encuadra en el art. 166, inc. 2° del C.P.*, deseo apuntar que lo único que exige la ley de fondo en relación a la figura agravada señalada en el art. 166, inc. 2°, es que se perpetre con **armas**. El Código no habla de **armas de fuego**, y cuando el robo se comete con el uso de ellas, entiendo que no es indispensable la acreditación de su poder vulnerante, o sea que esté cargada y sea apta para disparar. Así, en el extremo de que un arma no funcione o se encuentre descargada, para los efectos legales, será siempre un arma, ya sea arma descompuesta o arma descargada en definitiva tendremos siempre un arma, y amen de ello, no debe dejarse de evaluar que el arma de fuego, puede utilizarse a manera de porra, y sintetizando lo expuesto, llego al convencimiento que es el poder intimidatorio –que anula la resistencia de quien sufre el despojo-, lo que prevé la norma para agravar el robo y ello resguarda no sólo el bien jurídico de la propiedad, sino igualmente el de la persona que se ve acometida con un arma, en este caso, las de fuego, sin poder apreciar o advertir, si es o no idónea para disparar o se la utilizará de otra

manera. Así, concluyo que ya sea arma descompuesta o inhábil para el disparo, en definitiva, es arma. Así voto.

Así, mi respuesta al interrogante planteado, es por la afirmativa.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **RUBÉN DARÍO JUKIC** y dijo: I.- Ya expuse mi opinión sobre el tema en debate –dando respuesta positiva al interrogante aquí planteado- en pronunciamientos de la Sala que integro, con fundamentos que –en tales casos- sirvieron para extender la conclusión a la que estimo debe arribarse, también para las armas de fuego descargadas (Cámara Penal de Rosario, Sala IV: “Gauna”, Acuerdo n° 77, T° II, F° 244, de fecha 11/11/1993; “Luna”, Acuerdo n° 78, T° VIII, F° 174 de fecha 15/10/1999; y otros). Intentaré por ello transcribir, sintetizar y actualizar lo que en tales precedentes dije.

Conforme al panorama existente, que ha dividido las aguas en doctrina, parecería una empresa destinada al fracaso el intento de decir algo nuevo al respecto porque todos los tratadistas de nota y tribunales de reconocida solvencia del país, han dicho ya tanto acerca del tema que se genera la impresión de que cada uno se mantiene en su postura sin lograr convencer al otro, y se espera solamente que el legislador recoja el guante que muchas veces se le ha arrojado, invitándolo a brindar una interpretación auténtica que hasta hoy no se avizora. Lo dicho puede apreciarse -por ejemplo- en la evolución que han tenido los fallos plenos de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, que del caso “Scioscia” del 10 de diciembre de 1976 (La Ley t.1977-A, pág. 1), donde se resolvió que tales elementos conformaban la agravante del art. 166 inc. 2° Cód. Penal, pasó al pleno “Costas” del 16 de octubre de 1986 (La Ley, t.1986-E, pág. 376) donde se decidió lo contrario, asentándose tal cambio de doctrina únicamente en la variación de la identidad de los miembros del Tribunal en ese lapso, y no en evolución del pensamiento de alguno de los jueces. Algo similar ha ocurrido con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que –inversamente- de considerar que el arma de fuego descargada o inútil -a la que no se le haya dado un uso impropio- no es arma en sentido legal; pasó a sentar el criterio contrario –con un solo miembro en disidencia- en fallo de fecha 2/5/2002 en la causa “Manso, Miguel Feliciano s/ Robo calificado”. Entre nosotros, el pleno “Moglia” de esta Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, de fecha 11 de abril de 1980 (La Ley t.1980-D, pag.403), dando respuesta afirmativa unánime al interrogante aquí planteado, continuó airoso hasta las actuales disidencias que provocan este nuevo encuentro, las que se han verificado también por variación de la identidad de los componentes de la Cámara y no por evolución del pensamiento de quienes intervinieron en el pleno anterior.

La lectura de los precedentes permite apreciar en mi opinión, que mas allá de otros componentes que concurren a completar esos análisis hasta ahora efectuados, el argumento reconocible como determinante en tales opiniones pasa sustancialmente por el criterio que se adopte acerca del alcance a otorgar al vocablo “*armas*” utilizado por la ley, sustentado en la consideración de qué es lo que atiende o tiende a proteger la aludida agravante prevista en el art. 166 inc. 2° del Código Penal. Les negarán a las armas de fuego descargadas o inhábiles para el disparo virtualidad para conformar la agravante, quienes visualicen esta última como dirigida a contemplar el peligro hacia la integridad física de la víctima que representa el empleo de tal instrumento, inexistente en el caso de las inhábiles o descargadas –no usadas de modo impropio- dada su incapacidad de provocar daño; y se la otorgarán en cambio quienes conciban a la norma como previendo el resultado de mayor estado de indefensión del afectado, provocado por el especial y absoluto poder intimidante reconocible en tal tipo de elemento ofensivo.

Si concebimos el arma de fuego como un objeto específicamente diseñado y fabricado para provocar daño corporal, convendremos en que su utilización durante un robo conlleva –eventualmente, conforme veremos– un componente de peligro hacia la integridad física del sujeto pasivo; pero también en que esa potencialidad gravemente ofensiva que representa –de conocimiento generalizado– es justamente la que provoca en la víctima de la sustracción un bloqueo absoluto de sus alternativas de defensa, dado el comprensible temor a un eventual disparo letal. Ambas vertientes doctrinarias no pueden en consecuencia ser tildadas de caprichosas o arbitrarias, puesto que tienen su raíz en datos ciertos de la realidad. Pueden reconocerse entonces en la generalidad de los robos con armas –en principio– ambos componentes protegibles por la ley: el peligro concreto hacia las personas, y el mayor estado de indefensión y consecuente intimidación que el arma provoca. La cuestión radica en determinar cual de esas dos circunstancias es la que ha sido tenida en miras por la ley para fundar la agravante, o si lo han sido las dos.

II.- Estimo que ese alcance otorgado por la ley al vocablo debe determinarse tanto por su significado como por la funcionalidad que la norma le asigna.

En cuanto a lo primero, si le asignamos calidad de elemento normativo del tipo con la consecuente necesidad de recurrir al resto del ordenamiento jurídico para aprehender tal significado, advertiremos que el resultado de la búsqueda abona la postura que propugno. En el plenario “Costas” al que hice referencia precedentemente, el Dr. Ouviaña en su voto proporciona una explicación técnica acerca de lo que denomina “armas lanzadoras” –entre las cuales ubica a las de fuego– concluyendo que en el caso de ellas el instrumento no se conforma como arma sin la necesaria unión de sus dos elementos: el lanzador y el lanzado –léase el revólver y el proyectil– por lo cual ambos por separado –cualquiera de ellos– no reviste técnicamente la calidad de arma, y lo hacen solamente cuando están reunidos.

Existe a mi juicio un error puramente técnico en el que se incurre, puesto que las disposiciones específicas sobre la materia contradicen la explicación dada en ese voto. En el decreto n° 395/75 –reglamentario de la Ley Nacional de Armas y Explosivos (n° 20.429)– se puede apreciar como en el art. 3, destinado a dar las definiciones sobre los elementos técnicos que aborda la ley, en los inc. 1° y 2° se diferencian las armas de fuego en general de las de “lanzamiento”, caracterizándose a las segundas como aquellas que lanzan proyectiles **autopropulsados**, lo que marca ya una primera diferencia con el concepto del Dr. Ouviaña. Además, en el citado inc. 1° se define al “*arma de fuego*” como “*la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvora para lanzar un proyectil a distancia*”, expresión que claramente hace referencia a lo que el Dr. Ouviaña llama el “instrumento lanzador”, sin vinculación alguna con el “elemento lanzado”, el que es abordado separadamente en los incisos 19° y 20° del mismo artículo y decreto bajo la denominación de “*cartucho o tiro*”, o “*munición*” en el caso de multiplicidad de ellos, los que sí forman un conjunto inseparable compuesto de la vaina, el proyectil, y el elemento propulsante. Conforme a las normas técnicas específicas entonces, lo que Ouviaña llama el instrumento lanzador es por sí solo un arma, con total prescindencia del elemento físico para lanzar el cual fue fabricada. Además, desde el punto de vista jurídico existe un argumento que –en el mismo fallo “Costas” citado– le dispara el Dr. Rivarola en su voto con incontestable contundencia: como una especie entre las armas de fuego están las de guerra, cuya simple tenencia y acopio se penaliza en el art. 189 bis. del Cód. Penal, norma que también y en forma independiente penaliza la tenencia o acopio de otros objetos que no son armas, y que la ley denomina “municiones”, que no son otra cosa que los objetos lanzados por las armas, lo cual ofrece al análisis total concordancia con las

disposiciones del decreto reglamentario de la Ley Nacional de Armas que acabamos de mencionar.

La normativa encargada de definir el concepto de arma –y dentro de ellas específicamente a las de fuego que nos ocupan- independiza en primer término al elemento lanzador de los proyectiles que lanza, y –además- ninguna de sus disposiciones autoriza a excluir de tal categoría a aquellos objetos que –adecuando a tal descripción- se encuentren circunstancialmente descargados, o presenten defectos de funcionamiento que –por lo general- son también circunstanciales y reparables. Un objeto estructuralmente reconocible como arma de fuego de acuerdo a la definición de la ley específica en la materia, no puede dejar de serlo hoy por hallarse descargada o presentar un defecto, y volver a serlo mañana cuando sea cargada o se le repare el defecto. Si lo es, pues lo será siempre y *hasta que no sea alterada sustancialmente esa estructura que la caracteriza como tal*.

Si concebimos en cambio al vocablo como elemento meramente descriptivo que remite al concepto que acerca de él existe fuera del mundo jurídico, habremos de admitir inicialmente un considerable grado de “normatización” en su definición; porque en un ida y vuelta son los aspectos técnicos los que condicionan el tenor de las leyes que abordan temas técnicos, pero también es la regulación jurídica la que incide directamente en la conformación de la acepción vulgar del término. No puedo compartir el argumento de que el significado literal posible del término arma –específicamente referido a las de fuego- sea diferente al que, como acabamos de ver, brindan las leyes específicas sobre la materia en este más superficial plano de conocimiento que implica definir si un arma descargada o con defecto de funcionamiento es o no un arma de fuego. Creo que la postura contraria dialécticamente está haciendo una afirmación dogmática, atribuyendo una hipotética extensión analógica del tipo que supuestamente afectaría los principios de culpabilidad y legalidad, la que resulta alejada de una realidad empíricamente constatable.

El sentido común señala en mi criterio que a nadie se le ocurriría decir que un automóvil con su tanque de combustible vacío, o con un defecto mecánico que le impide funcionar, deja por ello de ser tal. Mientras estuvieron en vigencia las normas penales del decreto ley 6582/58 de automotores, no conocí doctrina o jurisprudencia que descartara la aplicación de las agravantes allí contempladas en casos de sustracción de automotores sin combustible en el tanque o con defectos que le impedirían funcionar. El Dr. Julio Chiappini, en su comentario al plenario “Mogliá” hecho en la publicación que cité, decía que un hombre sigue siendo hombre aunque le falten brazos y piernas. En referencia a uno de los votos que me precede, un piano sin cuerdas sigue siendo un piano y volverá a sonar apenas le coloquen nuevas; y un caballo seguirá siendo caballo aunque haya perdido su aptitud de semental. Un revólver defectuoso seguirá siendo un revólver, y volverá a tener aptitud ofensiva apenas un armero le repare el defecto que hoy impide su normal funcionamiento. Nadie que haya comprado un arma de fuego sin proyectiles tendrá duda alguna de que compró un arma y que deberá registrarla y cumplimentar todos los trámites establecidos por la legislación; y tampoco tendrá esa duda si el arma comprada no funciona por defecto, y únicamente recurrirá a la garantía del fabricante para que la repare.

Esto resulta concordante con la acepción estrictamente gramatical del vocablo “arma”, que en el diccionario de la Real Academia Española (20ª edición, 1984, Tº I, pág. 124) es definida como “*Instrumento, medio o máquina destinados a ofender o defenderse*”, poniéndose así énfasis en el **destino** del instrumento y no en la habilidad para cumplirlo en determinado momento, que puede ser circunstancial y subsanable.

La interpretación literal posible -que la normativa técnica contribuye a conformar- a mi juicio empíricamente constatable, indica que fuera de los

ámbitos estrictamente jurídicos donde esta discusión se lleva a cabo, a nadie se le ocurriría dudar de que un arma de fuego descargada o defectuosa *continúa siendo igualmente un arma*, aventándose así cualquier perplejidad acerca de un eventual error que incida en la culpabilidad de quien emplea en un robo un arma inhábil para el disparo. Quien lo hace, *sabe* inequívocamente conforme a la acepción vulgarmente difundida del término que lleva *un arma*, tal como lo prevé el tipo penal en consideración, y no hay en consecuencia extensión del tipo ni afectación al principio de legalidad. El dolo del autor se ve plenamente satisfecho cuando el mismo porta un arma descargada o defectuosa, y lo hace con el expreso propósito de aumentar con ella su poder intimidante y facilitar de tal modo el desapoderamiento perseguido.

III.- Pero aunque hayamos arribado a la conclusión de que las armas de fuego defectuosas o descargadas *siguen siendo armas*, tal como lo adelanté debemos no obstante avanzar en otro análisis, que concierne a la funcionalidad que a tal elemento le asigna la ley en el específico caso bajo examen. Ello en mi concepto debe ser así porque al tratarse de un elemento material que no resulta ilícito en si mismo – como por ejemplo el falso dinero (no “*dinero falso*” como erróneamente se lo denomina en otro voto invirtiendo los términos)- su empleo resultará típicamente relevante sólo cuando se haga en las circunstancias concretamente previstas por la norma, las que – conforme sea el caso- aludirán al modo, tiempo, lugar, propósito, etc. Esa funcionalidad a la que se hace referencia habrá de extraerse de un análisis sistemático: del delito donde la agravante por empleo de arma se inserta, y del resto de las normas del código que prevén la concurrencia de ese específico instrumento.

En la primera de tales tareas advertiremos que el robo en su figura básica es un tipo agravado en relación al hurto, y considero no habremos de discutir que la razón de tal agravamiento se centra en el mayor poder vulnerante que el empleo de fuerza -en las cosas o en las personas- tiene sobre las defensas que la víctima pueda oponer; y -en segundo término- veremos que todas las calificantes del robo pueden clasificarse en dos grupos: uno minoritario que atiende a un *resultado agregado* al desapoderamiento patrimonial propio de la figura –el que por su gravedad desplaza toda consideración a las circunstancias de comisión del delito- como lo son el de muerte y lesiones de los arts. 165 y 166 inc. 1° C.P.; y el segundo constituido por figuras que relevan distintas *circunstancias de comisión* del hecho en pro de la obtención del resultado propio de la figura que es el desapoderamiento patrimonial. Esas “circunstancias” de comisión que la ley considera agravantes de la figura básica son inequívocamente reveladoras de *un especial estado de indefensión* en que la víctima se encuentra frente a ellas, sea por el especial poder vulnerante del medio comisivo empleado, o bien por la vulnerabilidad intrínseca de las defensas dado el especial lugar o situación en que las cosas sustraídas se encuentran, que hacen más dificultosa su vigilancia y cuidado. Estimo que no otra puede ser la conclusión al repasar los supuestos de los arts. 166, 167 y –por remisión de este último- 163 del C.P.: robo en despoblado; en lugar poblado y en banda; con efracción; de ganado, cercos o maquinaria rural; calamitoso; con ganzúa, llave falsa o sustraída; con escalamiento; de mercadería en tránsito; de vehículos en la vía pública; en despoblado y en banda; y el cuestionado *o con armas*

El *peligro* corrido por la víctima en su integridad física evidentemente no está contemplado en ninguna de las disposiciones vistas. Otorgar al supuesto de uso de armas esa significación no encaja entonces armoniosamente en el capítulo analizado, y por el contrario sí lo hace considerarlo como figura que atiende –al igual que el resto- a las circunstancias de comisión del hecho en pro del logro del resultado propio del tipo que es el desapoderamiento patrimonial, y –dentro de ellas- a la mayor intimidación y consecuente vulneración concreta de defensas de la víctima, lo que se enmarca sistemática y coherentemente con el resto de las disposiciones que

atienden al mayor poder vulnerante del medio comisivo empleado, o a la situación de indefensión de los bienes que protege.

Esta afirmación se robustece a mi criterio a poco de reparar en el preciso y específico lugar en el cual el uso de armas se consagra como calificante. No merece en la norma una consideración separada, individual o autónoma - un inciso propio al menos- que autorice a deducir que se trata de una agravante única en su finalidad, y haga por ende posible su consideración como norma de peligro conforme se pretende. Por el contrario, se observa que el inc. 2º del art. 166 prevé dos supuestos unidos por la conjunción disyuntiva “o”, la que por su naturaleza semántica trasunta la clara idea de alternativas iguales e indistintas. Para la norma es similar e indistinto que el robo se cometa con armas, o en despoblado y en banda, cualquiera sea el caso le dedica la misma sanción. No creo razonable pensar que el redactor, en una suerte de anarquía técnica, haya “amontonado” en un mismo inciso -y unido por la conjunción “o”- a dos disposiciones que contemplen la protección de dos bienes jurídicos diferentes: el peligro corrido por la vida de la víctima en la primera, y el mayor grado de indefensión y consecuente intimidación en la segunda. Por el contrario, creo que se impone la conclusión de que la consideración dispensada a ambas circunstancias dentro de un mismo inciso, separadas por la “o”, indica inequívocamente que ambas nacen de la misma idea, se dirigen a proteger la misma situación, describiendo dos formas diferentes pero igualmente eficaces de vulnerar con similar gravedad y contundencia un mismo valor protegible. No puede decirse que el despoblado y en banda atienda al peligro concreto corrido por la integridad física de la víctima, ya que claramente contempla la minimización de las posibilidades de defensa del afectado para repeler el ataque contra su patrimonio. Siendo esta también la finalidad que atribuimos a la agravante por empleo de armas, se advierte entonces la esperable coherencia de la ley al tratar conjuntamente y en paridad a dos situaciones con un denominador común. Esta observación permite contrarrestar a su vez la pretendida objeción de la doctrina contraria en cuanto a una supuesta desproporción de la pena prevista para el caso de quien roba con un instrumento inhábil para provocar daño físico a la víctima. Es que si esa misma pena se prevé para el despoblado y en banda, circunstancia en la que tampoco es dable advertir peligro para la integridad física del ofendido; no se comprende porqué coherentemente no se tacha también de desproporcionada a la pena para este supuesto alternativo al de armas.

Quienes sostienen que únicamente en el peligro corrido por la víctima está el bien jurídico protegido por la ley que analizamos, afirman que allí ha debido ser encontrado puesto que el poder intimidante del arma como anulador de defensas está ya previsto en la figura básica del robo -como intimidación expresa en la anterior redacción, y como violencia física a la que resulta equiparable en la actual- y por ende no puede construirse una figura agravante en base a un elemento ya comprendido en el tipo básico. No pretendo abordar y agotar aquí esa otra discusión, acerca de si la intimidación está realmente comprendida entre las formas comisivas del robo, generada a partir de la postura que -aferrándose al texto del art. 164 vigente que menciona solamente la violencia física en las personas- traslada tales casos a la figura de la extorsión, pero es insoslayable detenerse y efectuar algún tipo de referencia al respecto, y en cuanto toca o concierne a lo que estamos hablando, ya que si así fuera el caso cambiaría el curso de esta discusión que estamos tratando. Sin perjuicio del cúmulo de argumentos existentes para refutar esa forma de conceptualizar el robo y trasladar las sustracciones cometidas con intimidación a la extorsión, baste para esta oportunidad recomendar la lectura del comentario hecho por Carlos Creus al fallo de la Sala IV de la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe en fecha 29-03-1994 en autos “Miranda, Omar y otro” (publicado en La Ley, t. 1994-E, pág. 75) donde se pone en crisis que los conceptos de violencia e intimidación contenidos en la ley civil

y en el art. 34 inc. 2º Cód. Penal sean equiparables a los contemplados en los arts. 164 y 168 del Cód. Penal, puesto que los primeros pertenecen a las excusas, mientras los segundos atañen a las afirmaciones típicas de punibilidad. Allí se pregunta dónde encuadrar bajo ese presupuesto que critica, al supuesto de quien obliga a otro a entregar algo bajo amenaza de un mal futuro, dado que en el concepto de la ley civil y del art. 34 inc. 2º C. Penal la intimidación requiere la *inminencia* del mal prometido. Sostiene Creus -a mi juicio con acierto- que la intimidación excepcional de responsabilidad (Art. 937,941 Cód. Civil, 34 inc. 2º C. Penal) se presenta como un factor que disminuye o condiciona la libertad de quien la sufre, constreñido a **elegir** entre la conducta adecuada a la norma y la contraria a ella, mientras que la intimidación instrumental para cometer delito (Art. 164 y 168 C. Penal) no persigue dejar al afectado posibilidad alguna de elección, sino que se propone que el actuar del sujeto pasivo sea exactamente el que el autor busca, razón por la cual esta última admite grados de intensidad que van desde la anulación de la voluntad de la víctima -equiparable a la violencia física- hasta una capaz de ser sobrellevada en virtud del lapso que media entre la amenaza y el momento de su concreción, lo que marca la diferencia principal entre el robo y la extorsión.

Partimos entonces de la premisa de que la intimidación a las personas constituye una de las formas comisivas del robo, por su identificación y equivalencia con la violencia física mencionada en el art. 164 Cód. Penal. En el robo se exige por vía de intimidación una entrega "*inmediata*" bajo amenaza de un mal de producción también "*inmediata*", y de allí su equiparación con la violencia física, porque puede afirmarse que la amenaza de fuerza se confunde con la fuerza misma cuando es de inminencia total.

Retomando entonces aquella afirmación de que la intimidación se encuentra ya comprendida en la figura básica, y que por ende es el peligro corrido por la víctima lo que la ley toma en cuenta en la norma que nos convoca, vale reparar en que resulta una aseveración que puede válidamente reformularse en sentido inverso. Es que conforme lo puntualizó el Dr. Gómez en su voto en el plenario "Scioscia" que cité al principio, la variante del robo que se comete mediante "*violencia física en las personas*" -conforme reza el art. 164 C. Penal- importa siempre un innegable componente de peligro concreto para la víctima, puesto que cualquier despliegue de violencia física tiende o se propone inequívocamente causar un daño en su integridad física, con un resultado que siempre será eventual o aleatorio. Es decir que el peligro concreto para la integridad física de la persona de la víctima, **también** estaría ya comprendido y contemplado en la figura básica, y por lo tanto -conforme al argumento que se expone- no podría ser utilizado tampoco como fundante de una figura agravada.

Quienes han criticado entonces el concepto de cuantificación de la intimidación, intentando desacreditar la alternativa de varias intensidades o grados de la misma, la mas grave de la cual se contemplaría en el art. 166 inc. 2º C. Penal, se ven presos de su propia crítica, puesto que existiendo ya un componente de peligro para la integridad física de las personas en todo robo cometido en su alternativa de violencia física hacia las personas, su consagración como fundante de la figura agravada sería propiamente el reconocimiento de una cuantificación, pero ahora del peligro.

Debo expresar que disiento con la apreciación de que esa intimidación *inmediata* y absoluta -vis compulsiva- es única, no cuantificable, que no existen grados o intensidades de ella, siendo equiparables todas las maneras o medios comisivos de ejercerla, las que estarían por tanto comprendidas todas en la figura básica; y ello no solamente porque si puede cuantificarse el peligro también puede serlo la intimidación, sino porque estimo que es el mismo Código Penal -en el capítulo que nos ocupa- el que se encarga de dar una versión distinta al respecto, demostrando

acabadamente mediante ella que no cualquier forma de intimidación propia del robo está contemplada en el tipo básico del art. 164 Cód. Penal. Entiendo -y creo que también lo hizo el legislador- que siendo la situación atendida la vulnerabilidad o la vulneración concreta de las defensas del ofendido, conforme sea el modo de intimidar será mayor o menor la afectación que habrá de producirse en ellas y el consecuente estado de indefensión provocado, y de allí que el estudio sistemático de la figura del robo permite detectar tres niveles de afectación que merecen -al representar distintos grados de intensidad en el resultado vulnerante de defensas- tratamiento y sanciones diferentes. Así, es dable observar que en un primer nivel genérico y en el tipo básico del art. 164, el Código Penal aglutina cualquier tipo de intimidación, sin especificarla, constituyéndose por tanto en un nivel residual por defecto de verificación de los niveles superiores, a la que se le dedica la sanción de menor gravedad: un mes a seis años. El segundo nivel puede verse en los incisos 1º y 2º del art. 167 -robos en despoblado, o en poblado y banda- supuestos en los cuales no es posible cuestionar que se está contemplando también el mayor estado de indefensión que el lugar o las circunstancias previstas provocan para la víctima, quien sabiendo de la absoluta improbabilidad de contar con algún tipo de ayuda en tales supuestos se siente presa de un mayor temor. La intimidación que se ejerce mediante estas modalidades comisivas del robo, es evidentemente reputada por la ley como de mayor intensidad, y por ello les dedica una sanción sustancialmente mayor a la anterior: prisión de tres a diez años. Finalmente, y en el tercer nivel, el Código Penal prevé otras dos formas comisivas del robo en las que estima se produce una mayor afectación de los medios de defensa de la víctima: el robo con armas, o en despoblado y en banda, modalidades en las cuales el efecto intimidante hacia el sujeto pasivo puede estimarse total y absoluto, a excepción de eventuales actitudes temerarias que -por infrecuentes- no hacen más que confirmar la regla, para las cuales prevé una pena de cinco a quince años. Estas figuras de agravamiento progresivo del robo, son a mi juicio inequívocamente demostrativas de que el código está cuantificando la intensidad de la intimidación y su efecto vulnerador de las defensas. No se aprecian en cambio, figuras progresivas que fragmenten y diferencien distintas intensidades del peligro para la víctima que todo robo con violencia física hacia las personas contiene en la figura básica.

Podría decirse que lo que la ley contempla en estos casos es en realidad la mayor vulneración de las defensas del afectado, y no a distintas intensidades de intimidación, pero ello podría llevarnos a un círculo vicioso de causa-efecto. Si las circunstancias previstas por la ley provocan esa progresiva disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, no lo hacen sólo como factores objetivos y externos, ajenos a la voluntad del damnificado, sino que actúan justamente operando sobre esa voluntad y condicionándola. El robo en despoblado -por ejemplo- no produce mayor indefensión solamente porque la lejanía de centros poblados impedirá que llegue a destino cualquier pedido de auxilio, y será improbable que este llegue solo y espontáneamente, sino también -y fundamentalmente- porque la víctima **sabe eso**, es consciente de la inutilidad de cualquier pedido de auxilio, y es justamente eso lo que la atemoriza e intimida, inclinándola a no intentar actitudes de resistencia. El grado o la intensidad del temor o intimidación, está en directa relación con las posibilidades de defensa, y consecuentemente mayor será la intimidación que sienta la víctima cuanto menor posibilidad de defenderse vea.

Conforme a este análisis, no puede afirmarse entonces que la intimidación esté ya prevista como forma comisiva en la figura básica, y no pueda en consecuencia ser pilar de una agravante como la del uso de armas, puesto que la ley admite al menos tres grados de intimidación como medio comisivo del robo, progresivas en cuanto a su intensidad o efecto sobre la víctima. En el art. 164 - conforme vimos- se contempla una forma genérica e indeterminada de intimidación a la

que se considera mas leve (amenaza de golpear con los puños, por ejemplo), tratándose luego en las agravantes y de modo progresivo -bajo sanciones mayores- otras formas de intimidar estimadas de mayor intensidad y efecto.

Esta premisa de la cual suele partir la postura contraria - que la intimidación estaría contemplada en la figura básica- es por tanto y a nuestro juicio errónea, y ante la inexistencia de ese presupuesto que se esgrime, no hace falta acometer la búsqueda de algún otro motivo que justifique y otorgue razonabilidad a la agravante por uso de armas, y menos aún hallarlo en el peligro corrido por la víctima. El fundamento de la calificante está en el sustancialmente mayor grado de afectación que tal modalidad provoca en las defensas del afectado para resguardar su propiedad, debido a la intimidación absoluta que produce.

En esta inteligencia, resulta lógico y coherente entonces que la ley no haga distinciones, aclaraciones o salvedades, respecto a si el arma siendo de fuego está o no cargada, o si es hábil o inhábil por defecto para el disparo, porque cualquier objeto estructuralmente reconocible como arma de fuego posee la virtualidad de producir el efecto intimidante especial que la ley quiere reprimir. Si en cambio fuese *únicamente* el peligro sufrido por la víctima lo que la norma quisiera proteger, hubiese establecido las precisiones necesarias para definirlo.

No puede obviarse en este análisis una referencia a lo que en la postura que impugnamos resulta de cita obligada y harto frecuente: el “*poder vulnerante*” del arma de fuego, al que permanentemente se hace referencia de un modo que -a mi juicio- resulta fragmentado y parcial, puesto que se lo relaciona exclusivamente al poder vulnerante *de la integridad física de las personas*. Entiendo que si bien es indiscutible -y lo he dicho precedentemente- que es esa la función específica de un arma de fuego: vulnerar o afectar la integridad física de las personas, no es menos cierto que en base a ese presupuesto -y a raíz de él- con un arma de fuego se pueden vulnerar otros bienes, como lo son por ejemplo la libertad y el patrimonio de las personas, y el Código Penal a mi juicio recoge sabiamente esta realidad en los arts. 149 bis y 149 ter, donde agrava las amenazas y coacciones cuando media el empleo de armas, y en el art. 166 inc. 2º, cuando agrava el robo cometido con armas. Sostener que en esta última norma se contempla únicamente el peligro corrido por la víctima, implica también afirmar que es el mismo bien jurídico -la vida- el que se prevé en las agravantes de las amenazas y coacciones, donde habría forzosamente de trasladarse la conclusión de que la calificante no se verifica si el arma empleada está descargada o presenta defectos que le impiden disparar.

Retomando aquella consideración de que es necesario establecer la funcionalidad que a las armas le asigna la ley en cada caso concreto, estimo mas lógico y sistemático concluir en que el código ha contemplado la punibilidad de algunas conductas o el agravamiento de pena en algunos delitos cuando media el empleo de armas, **atendiendo a la manera en que el uso de tales artefactos pueden aumentar sensiblemente la afectación a los bienes jurídicos que en cada caso se están protegiendo.** Aún cuando podamos llegar a conceptualizar como verdaderas *armas en sí mismas* a las de la discordia, habremos de superar entonces el limitado marco de la específica ley de armas y explosivos a la que hemos hecho referencia, y también al concepto vulgar que en la sociedad existe sobre tales elementos, para bucear en el resto del sistema en cuanto refiera a ellas. Esa tarea muestra, en mi criterio, que sin perder de vista las definiciones que sobre tales objetos brindan las citadas fuentes, el concepto de arma en la ley penal en cada caso está insoslayablemente condicionado por la ubicación sistemática de cada uno de los tipos que la prevén. Ello no implica afirmar que en el sistema jurídico existen diferentes conceptos acerca de lo que *ES* un arma, sino que -establecido ello por la ley especial y la acepción general ya mencionadas- en cada supuesto la ley exige que esa arma tenga determinadas características, condiciones,

o se utilice de determinado modo, para que se verifique la situación que la norma estima como agravante *con miras a la protección del específico bien jurídico que allí se atiende*.

Así, en las figuras de abuso de armas y agresión del art. 104 Código Penal, insertadas en el capítulo de los delitos contra **la vida**, es indudable que se ha atendido a la peligrosidad que para la integridad física -o la vida- representa el uso de armas, y mayormente las de fuego; pero en el caso de los delitos de amenazas y coacciones de los arts. 149 bis y 149 ter, ubicados entre los delitos contra la **libertad**, debe inferirse que el agravamiento por uso de armas se conceptualiza como un medio de producir mayor afectación a ese bien jurídico protegido -la libertad- porque ninguna duda valdría oponer a la afirmación de que quien está siendo amenazado o coaccionado, mayor intimidación sentirá, y más dispuesto estará a soportar la afectación de su libertad, cuando esas amenazas se refuerzan con el empleo de un arma. Vale la pena detenerse a observar como en ambos artículos, de modo similar a lo que vimos al analizar sintácticamente el art. 166 inc. 2º, la agravante por empleo de armas se coloca junto a otra: el origen **anónimo** de las amenazas o coacciones, y se lo hace también uniendo ambos supuestos con la conjunción disyuntiva “o” la que -como vimos- indica alternativas similares o indistintas. Tampoco aquí -como lo hicimos antes- podremos decir que el hecho de que las amenazas sean anónimas implica un peligro concreto para la integridad física de la víctima, y sí en cambio volveremos a estar de acuerdo en que, al igual que el “despoblado y en banda”, el anonimato constituye un factor que indudablemente aumenta el temor o la intimidación en la víctima por la indeterminación del origen de la amenaza y la consecuente mayor dificultad para intentar algún tipo de defensa. Cuando los tipos previstos en el art. 189 bis del Código Penal se insertan entre los delitos contra la **seguridad pública**, deberemos admitir que la tenencia o portación de las armas que allí se mencionan deben verificarse en condiciones tales en las que indudablemente exista un peligro -aún abstracto- de afectación a *ese* bien jurídico protegido, y allí sí convendremos en que las armas y municiones involucradas deberán tener al momento del hecho el poder ofensivo capaz de generar ese peligro. Finalmente, y de modo coherente, cuando en el capítulo de los delitos contra la **propiedad** se prevé como agravante el uso de armas, debe colegirse que se lo hace atendiendo también a la sustancialmente mayor afectación que sobre *ese* bien jurídico protegido -la propiedad, y no otro- produce el uso de armas, puesto que tampoco habrá discusión de que quien es requerido bajo amenaza a entregar de inmediato algún bien que le pertenece, más atemorizado se sentirá, y consecuentemente más proclive estará a desprenderse del mismo y satisfacer el requerimiento, cuando se lo esté conminando a hacerlo bajo la amenaza de un arma.

En resumen, el empleo del arma debe a mi juicio ser visualizado y considerado en cada caso, conforme sea el objeto principal de la acción que se contemple en cada tipo penal, y en el que aquí nos ocupa se prevé el apoderamiento de cosa ajena como propósito intrínseco de la acción, y -en consecuencia- el arma debe visualizarse como instrumento que aumenta las posibilidades, o brinda facilidades mayores para lograr esa finalidad del autor, porque allí -como antes expresé- la agravante encuentra toda su lógica y su sentido, y ofrece total coherencia con otros tratamientos similares en otros delitos. Que pueda apreciarse en la agravante que analizamos -*además*- otro efecto accesorio y *eventual* de generar peligro para la integridad física de la víctima, tal como lo he admitido al comienzo en apreciación que se refuerza con la inclusión en el Código Penal de una figura *también complementaria o accesorio* como la del art. 41 bis, no autoriza en modo alguno a subvertir ese tratamiento dado por la ley, cancelando toda posibilidad de aplicación de la agravante cuando en un caso concreto no se verifique ese peligro. Esta consecuencia sobrevendrá solamente cuando este último sea el *único* bien jurídico contemplado en el

tipo, pero no cuando sea *uno no previsto dentro de la previsiones propias del tipo*, de presencia *eventual* y accesoria, y no el que *únicamente* la norma se dirige a atender.

El peligro concreto al que se hace referencia en la postura contraria es de presencia siempre *eventual* y no necesaria, y aún en el caso de armas cargadas y hábiles, ya que podemos imaginar casos –de hecho los he conocido- de autores de robo que portando un arma de fuego en tales condiciones emprenden la acción con el solo propósito de intimidar facilitando el despojo y sin intención alguna de agredir a la víctima, accionando todos los seguros de los que dispone la pistola para evitar un disparo no querido, y que ante la menor resistencia del ofendido abortan el hecho emprendiendo la retirada sin consumarlo. Sería dificultoso en tal hipótesis hallar el *peligro concreto* que legitimara la concurrencia de la agravante para esa tentativa.

No estimo atendible el argumento de desalentar mediante esta interpretación el empleo en los robos de armas no peligrosas, al equiparar su tratamiento al de aquellos casos donde efectivamente se verifica un peligro concreto para las víctimas, en los cuales la realidad actual muestra lamentables desenlaces fatales cada vez más frecuentes. En primer lugar no estimo acorde a lo que indica la experiencia suponer que quien emplea en un robo un arma inhábil lo hace *eligiendo* no usar una hábil, y no porque no la tenga disponible. En segundo término el razonamiento resulta propio de una elaboración de política criminal más que una herramienta hermenéutica; y finalmente son las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal las que específicamente brindan parámetros y posibilidades claras para atender convenientemente la justa diferenciación de un caso y otro.

Las referencias que se han hecho a casos eventuales en los cuales la intimidación procurada con el arma descargada o defectuosa realmente no se verificó, porque el sujeto pasivo advirtió o conocía ese estado del artefacto, en mi criterio no perjudican en absoluto lo dicho hasta aquí, porque el supuesto sería equiparable al de la víctima que advierte el ardid de su pretenso estafador. Al igual que en la estafa, donde se valora la idoneidad del ardid en abstracto y atento al normal proceder de un ser humano medio, también aquí la ley debe por lógica definir en su texto –también en abstracto- una conducta o comportamiento como generalmente idóneo para intimidar, mas allá de que en algún caso puntual no haya cumplido tal cometido. De allí que si en algún caso concreto la víctima sabía con certeza que el arma estaba descargada o era inhábil para el disparo –por ejemplo por tratarse de la suya que le acababan de sustraer en el mismo hecho- ninguna intimidación habría sufrido con su empleo; no se habría entonces configurado la situación que la norma quiere atender al no estar presente la funcionalidad otorgada por la ley a tal elemento, y la agravante por tanto no se verificaría; salvo el caso de su uso de modo impropio.

IV.- Suele achacarse a la postura que defiendo, que el arma simulada o de juguete también produce el mismo efecto intimidante sobre la víctima que el que se verifica con arma verdadera, por lo que se consagraría entonces en la norma una incoherencia al no contemplar también como agravante a tal tipo de efectos. Este reproche resulta en mi estima infundado, y podría refutarse con el argumento dado por el Dr. Artana en el plenario “Moglia” de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario: la ley requiere el empleo de un arma, y la simulada no es tal; debió habérsela incluido conforme a lo que el legislador se propuso, y se trata entonces de una omisión que el Juez no está autorizado a suplir. Pero este razonamiento no borra la incoherencia apuntada por la crítica y admitida en él, aunque comulga con todo lo que expresamos anteriormente acerca de que la ley es como es, a pesar de que pueda no gustarnos.

No obstante, un examen profundo del tema indica a mi juicio que tal incoherencia no existe. Si concluimos precedentemente en que la mayor agravante por empleo de armas, contenida junto a la comisión en despoblado y en banda

en el art. 166 inc. 2º C. Penal, se justifica y explica en la intimidación absoluta e irresistible y consecuente estado de indefensión total en que se coloca a la víctima, podremos apreciar que el arma simulada o de juguete no provoca siempre el mismo e idéntico efecto absoluto, y allí podremos encontrar la razón de su no inclusión en la figura agravada que tratamos. Es que ante la presencia de un arma de fuego verdadera, la víctima jamás tendrá la oportunidad de advertir que no es tal, y ello simplemente porque lo es. Aun en el supuesto de arma de fuego descargada, y que se trate de revólver -que por sus características permite observar de frente si están los proyectiles en el tambor- siempre le quedará al intimidado una duda que no le permitirá activar sus posibilidades de defensa: el alvéolo alineado con el cañón del arma puede contener un proyectil, y el cañón impide observar si está o no, quedando por ende la posibilidad de que esté y su disparo le sea mortal. Demás está decir que también es imposible para la víctima advertir cualquier defecto de funcionamiento del arma de fuego que le impida disparar, por lo cual la misma sigue cumpliendo su tarea y finalidad de intimidación absoluta e invalidante de toda acción de defensa. En el caso del arma simulada en cambio, siempre queda a la víctima la posibilidad de apreciar que no es un arma, simplemente porque no lo es, y por mas perfecta que sea la imitación tal oportunidad existe, y brinda una alternativa de la cual carece el amenazado por un arma verdadera. Además, parece no repararse en la dificultad que representaría la consagración del empleo de arma simulada como agravante, pues debieran en tal caso formularse precisiones acerca de la perfección de la simulación. No parece razonable otorgar en un robo efecto agravante al uso de un burdo juguete de niño, incapaz por su forma de confundir a nadie. ¿Cómo hacer entonces, qué precisiones establecer en la norma para diferenciar cuando un juguete o simulación de arma tiene efectos agravantes y cuando no?. Es posible que esta dificultad también haya incidido en el redactor de la ley para no incluir el caso como agravante, ante la presunción de que -dada la dificultad en precisarla- provocaría mas inconvenientes e injusticias que utilidad.

No existe incoherencia entonces entre la finalidad que según consideramos surge de la norma y la no inclusión de estos supuestos de arma simulada en la misma, pues ambas hipótesis son distintas. Podremos -a lo sumo- apuntar una falta de correspondencia precisa con la idea rectora de la ley, y -de lege ferenda- promover la consagración del robo con arma simulada como otra circunstancia agravante de menor entidad y con menor sanción a la prevista para el cometido con arma verdadera -en mérito a la posibilidad de advertencia que no tiene esta última- ello siempre y cuando consideremos que el resultado intimidante de su empleo supera el nivel genérico de la figura básica, y concluyamos además en que estamos en condiciones de definirla de modo tal que no sea fuente de conflictos e injusticias. Lo que no podemos, es modificar por vía interpretativa el claro texto y espíritu de la ley, en aras de una supuesta incoherencia que en realidad no existe.

V.- Conclusión.

Resumiendo, a mi juicio el arma de fuego descargada o con defecto de funcionamiento sigue siendo un arma, y como tal, su empleo en un robo conforma plenamente la circunstancia agravante prevista en el art. 166 inc. 2º del Cód. Penal, lo que resulta coherente no solo con el texto y el sentido gramatical de la norma, sino también con el bien jurídico y las situaciones de afectación a él que la misma tiende a proteger, lo que se extrae del análisis sistemático de todo el capítulo del Código Penal que la comprende y de otros donde el mismo elemento también es considerado agravante. El propósito de la figura es atender el sustancialmente mayor estado de indefensión que provoca en la víctima para resguardar su *propiedad*, gravemente intimidada ante un instrumento al que visualiza extremadamente vulnerable de toda posibilidad de defensa, y presa por ende de un grado de intimidación de mayor intensidad al contemplado en otras agravantes a las que se dedica menor sanción, en

virtud de lo cual se facilita en grado sumo el desapoderamiento patrimonial reprimido por el tipo básico. Que el arma de fuego esté cargada y apta para disparar, o que por el contrario carezca de proyectiles o sea inhábil para el disparo, son alternativas de análisis en la oportunidad que prevé el art. 41 del Cód. Penal, donde el factor peligrosidad del acto y del autor están específicamente contemplados como pautas para la graduación de la pena a imponer.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha mostrado recurrentemente esquiva en pronunciarse sobre este tema, afirmando en todos los casos que fueron sometidos a su consideración -tal vez con razón- que *“es una cuestión de derecho común opinable”* -y ajena por tanto al recurso extraordinario federal- si el tipo penal se refiere o no solamente a las armas cargadas y hábiles para el disparo (Fallos, 311-2548, considerando 6º, segundo párrafo - El Derecho, t. 168, pág. 593), pronunciándose siempre únicamente acerca de la carga probatoria de esa habilidad en la postura que la exige, la que pone en quien la alega; puesto que -de lo contrario- *“significaría que la agravante pudiese ser aplicada solamente en aquellos casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos, pero no en aquellos en que nada de ello hubiese ocurrido, con lo cual se desvirtuaría el sentido de la figura del art. 166 inc. 2º del Cód. Penal.”* (fallo citado).

Propongo pues que se fije como doctrina de este Pleno que *“el empleo de un arma de fuego inhábil para el disparo por defecto conforma la agravante prevista en el art. 166 inc. 2º del Código Penal; a excepción de que el sujeto pasivo tuviera certeza de esa inhabilidad y no fuera usada de modo impropio.”*

Al respecto tomó la palabra el Dr. **GUILLERMO J. FIERRO** y dijo: I-) Ciertamente que no expreso ninguna originalidad si describo el sustrato de este Acuerdo Pleno, que refleja lo que tradicionalmente ha sido presentado como el enfrentamiento de dos tesis contrapuestas en la cual la primera de ellas ante el tema propuesto a discusión – exhibiendo una naturaleza marcadamente objetiva– se inclina por sostener que arma de fuego, y por tanto configurativa de la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2º del Código Penal, es solamente aquella que tiene un funcionamiento apto que la convierte, por ello, un peligro real y efectivo para la vida o integridad personal de la víctima de dicho ilícito punible. Por su parte, el otro enfoque, teñido de subjetivismo, pone el énfasis más que en la aptitud real para el disparo, en el incuestionable poder intimidante y disuasivo que tiene para el sujeto pasivo del robo la circunstancia de serle mostrada un arma por el asaltante con indudable apariencia de tal, sea esta realmente idónea para cumplir con su fin vulnerante o no lo fuere en razón de tener algún defecto o porque se encuentre descargada. Dicha intimidación que enerva toda posible reacción y facilita la comisión del hecho, es el efecto directo de la mera exhibición de lo que para la víctima constituye un arma de fuego, sea ella capaz de disparar o no.

II-) Si bien es cierto que el Pleno al establecer el tema en debate lo circunscribió a las armas de fuego, no es menos cierto que ello no puede ser óbice –más bien resulta insoslayable– formular referencias generales al concepto de *arma* pues media una relación de género a especie y, por sobre todo, el precepto legal (artículo 166, inciso 2º del Código Penal) se refiere a ésta que, como queda dicho, comprende también a las de fuego. Considero que el planteo tradicional antes aludido – en base a cuyos términos se ha estructurado el debate en este Pleno– se muestra insuficiente. Sobre este tema al que le asignamos gravitación decisiva volveremos luego.

III-) En oportunidad de que la Sala Cuarta que integro tuvo que fallar en la causa "Luna", Acuerdo Nº: 78, Tº: VIII, Fº: 174 de fecha 15 de octubre de 1999, adherí al extenso y meduloso voto de mi colega el Dr. Jukic, formulando algunos reparos tangenciales que versaban acerca de los fundamentos de la teoría de la

interpretación de la ley que en dicho voto se formulaban y que no vienen al caso en el *sub discussio*, más no en cuanto al fondo del tema aquí analizado –con la sola salvedad de que el enfoque subjetivo de la teoría sustentada no podía sostenerse en los casos en que la víctima *sabía a ciencia cierta* que el arma era defectuosa o que estaba descargada– adhesión que ratifico en este acto a excepción del caso en que ella sea utilizada como arma *impropia*. Por ello, comparto en lo esencial las conclusiones a las que arriban también los Dres. Crippa García, Bernardini, Navarro, Paolicelli y la del Dr. Sorrentino. Los certeros y exhaustivos fundamentos que suministran todos ellos en sus posiciones en defensa de la tesis subjetiva, tornaría redundante su reiteración y, por ello, trataré de complementarlos, de robustecerlos en la medida de lo posible intentado explorar otra alternativa adicional, *supletoria*, habida cuenta de que los argumentos sustanciales que fundamentan el punto de vista subjetivo que defiendo –aunque sea parcialmente– ya han sido larga y adecuadamente desarrollados.

IV-) Como lo destaca con acierto el Dr. Giménez en su voto, "**...la interpretación de la ley no puede prescindir de las consecuencias de sus resultados...**" y en virtud de lo expuesto, un primer análisis se vincula con las consecuencias prácticas que traen aparejadas la adopción de uno u otro enfoque. En efecto, las normas jurídicas, más allá de las consideraciones ontológicas, tienen una indudable raigambre en la *praxis* a la que deben remitirse necesariamente. Un derecho que formule sus normas sobre la hipótesis de una realidad mal conocida o mal interpretada lleva el sello de la ineficacia. Para regular la conducta humana de un modo que satisfaga las necesidades del grupo social al cual van destinadas; para lograr cierta eficacia en tan delicada tarea, resulta no sólo menester auscultar muy finamente el *contenido*, sino también, necesariamente, el *telos* de la ley. En orden a la interpretación de los preceptos legales el problema no centra en la obvia afirmación que antecede, sino en establecer si se discierne también con razonable claridad si la interpretación modificatoria propuesta ha de traer una mayor claridad que la que ofrece la situación actual o, si extirpará una falencia actualmente evitable ya que nunca se sabe bien de antemano lo que sucederá en el futuro. Esta clase de interrogantes resultan inherentes a la difícil y compleja labor de desentrañar el sentido y finalidad de las leyes vigentes.

La sencilla solución que aparentemente ofrece el enfoque objetivo, que parecería se circunscribe a la producción de una pericia balística a practicarse en el transcurso del proceso para concluir en base a ella si la agravante se configuró o no, no es tal y conlleva algunas dificultades que someramente señalaré. A partir de la premisa que la sustenta, dicha pericia, no sólo debe practicarse sobre el arma en sí, sino también necesariamente sobre todos y cada uno de los proyectiles con los que estaba cargada, pues la existencia del peligro real que se reclama para admitir la agravante inexorablemente así lo requiere ¿pero si alguno de esos proyectiles se encontraban en buen estado y otros no? ¿cuál de ellos estaba en la recámara y cual no? ¿qué ocurre cuando uno de ellos fue disparado y el restante que queda era inservible?. La cuestión no es meramente académica o conjetural, pues en el reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en el caso "Manso, Miguel", la Sala IV de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de La Plata, sostuvo que no estaba configurada la agravante del artículo 166, inciso 2º del C.P. por cuanto si bien la pericia practicada sobre el arma demostró que ella era apta y que con la misma se habían efectuado dos disparos, el último de los cuales fue escuchado por testigos, la Sala IV no obstante entendió que en el momento del secuestro el revólver no tenía proyectiles, de manera que no puede sostenerse que quedó debidamente establecido que el arma estaba necesariamente cargada en el momento del robo con todos sus proyectiles en condición de ser disparados y, como consecuencia, que tenía aptitud para poner en peligro la vida de la víctima. Debido a ello, sancionó a los responsables del hecho como coautores de robo simple.

Traspolando legítimamente la esencia de la cuestión debatida –la real existencia de un peligro *cierto y objetivo* para la vida o integridad física de la víctima para configurar la agravante– al supuesto que señalan los Dres. Ríos y Giménez referido a la sentencia de un tribunal alemán que tuvo que decidir si la amenaza de arrojar en la cara ácido clorhídrico era o no un arma, ello nos lleva a considerar asimismo si alguien amenaza a otro con un recipiente conteniendo un líquido humeante manifestándole que se trata de una sustancia química sumamente tóxica, ¿habrá que estar a lo que determine la pericia posterior acerca de la mucha, poca o nula potencialidad lesiva del líquido en cuestión? o asimismo en otros casos que también se han presentado con alguna frecuencia, cuando un sujeto que se manifiesta enfermo con HIV esgrime una aguja hipodérmica conteniendo un líquido que parece sangre y amaga con hincarla al agredido ¿habrá que establecer mediante la prueba bioquímica si se trata efectivamente de sangre y si ella es portadora del virus sidoso? y los ejemplos se pueden extender hasta el cansancio.

Que no se diga que se trata de un problema puramente probatorio que no hace al meollo del debate, porque no lo es. Está claro que la tesis que subordina la configuración del agravante a la existencia real del peligro objetivo, es la que genera esta clase de problemas probatorios que requieren necesariamente *ex post* la comprobación del presupuesto exigido con las dificultades antes apuntadas que producen más dudas que certezas, sumiendo la aplicación de la ley en un tembladeral de perplejidades.

V-) Dejando atrás las reflexiones precedentemente expresadas, señalaré que la mera existencia de numerosos acuerdos plenos y plenarios a lo largo y a lo ancho del país –muchos de ellos plasmando doctrinas contrapuestas– es índice más que suficiente para concluir que el tema aquí abordado no es de fácil solución. Más bien y por el contrario es uno de aquellos que apasionan al jurista por su naturaleza polémica y por los mil pliegues y repliegues que conforman su estructura, en cuyo desarrollo hay que tener mucho cuidado para no incurrir en flagrantes contradicciones lógicas. Quizás, estas particularidades y la circunstancia de ser una materia engañosa y escurridiza expliquen por qué este problema, sin ser ni remotamente uno de los temas centrales del derecho, haya preocupado tanto a los penalistas.

Esa característica resbaladiza que hemos apuntado, se muestra patente en la *reversibilidad* que tienen muchos de los argumentos que utilizan cada uno de los sectores enfrentados para fundar sus respectivas posiciones. Baste tan sólo con verificar que en los votos de quienes basándose en la más calificada doctrina nacional (Soler, Nuñez, Gómez, etc.) como así también en las más conspicuas expresiones de la lengua española, tienen por buena la definición de arma que suministra la Real Academia Española, que expresa: "**...un medio apto para hacer daño a uno físicamente...**" o parafraseando a Nuñez: "**...es un arma tanto el objeto destinado para la defensa u ofensa (arma propia) como el que eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse para ese fin (arma impropia)...**". Pues bien, esas referencias indudablemente certeras, también abonan el enfoque que defiendo, pues el arma de fuego defectuosa puede ser igualmente utilizada como arma impropia. Piénsese al respecto, que un culatazo de viejo fusil Mauser que carece de percutor y por tanto no es apta para el disparo, es un artefacto de acero y madera con un peso aproximado de cinco kilogramos y 1,20 mts. de largo que ciertamente incrementa efectiva e incuestionablemente el **poder ofensivo** de quien lo blande como también lo hace una pistola calibre 45 que pesa más de un kilogramo, una 9 mm. marca Bersa que pesa 870 gramos sin sus proyectiles y similar carga tiene un revólver calibre 38 largo. Sin dudas, dichas armas de puño pueden ser eficazmente usadas a modo de martillo, de lo que se desprende que el ejemplo utilizado de blandir un garrote de material plástico liviano no es aplicable en el supuesto que específicamente consideramos en este punto.

Sin hesitaciones comparto la postura de quienes aceptan la existencia de las armas *impropias*, las que llevan consigo el riesgo cierto de ser utilizadas en perjuicio de la víctima. Se trata de una posibilidad, de una capacidad similar a la que le es inherente a las armas de fuego idóneas para el disparo, ya que nunca nadie ha sostenido que dichas armas tengan que ser disparadas para recién entonces considerarlas *armas*. Del mismo modo que un cuchillo de grandes dimensiones tiene aptitud lesiva y genera un riesgo cierto para el sujeto pasivo, también la tienen las armas de fuego aptas para el disparo o no. Si se quiere comprender el verdadero sentido y alcance de mi voto, será menester retener lo antedicho.

Esa naturaleza escurridiza del tema que mencionábamos antes se presenta claramente también en el ejemplo que con una lógica impecable expone el Dr. Crippa García cuando señala que: "**...el arma sigue siendo arma aunque esté incapacitada para funcionar, como el automóvil sigue siendo automóvil y objeto de especial protección aunque no tenga nafta o le falte una pieza en el motor o ese motor no funcione en la oportunidad...**", afirmación que corrobora el Dr. Negri en su voto en el fallo ya citado en la causa "Manso", cuando sostiene sagazmente que se puede comprar un revólver sin adquirir las municiones y no por ello "**...nadie dirá que compré algo distinto a un revólver...**", argumentos que trata de desvirtuar el Dr. Ríos señalando que el uso del lenguaje recepta locuciones como "dinero falso" o "persona muerta" sin dar por entendido que se trate realmente de dinero ni que subsista la persona en la dimensión sensible. Ciertamente es el lenguaje el que nos juega una mala pasada, pues a partir de que acepta la calificación de *inexistente* referida a algo, se da la paradoja de que el objeto adjetivado no es tal, pues en realidad no existe, con lo cual la crítica a la afirmación del Dr. Crippa no invalida ese argumento que sigue permaneciendo cierto.

VI-) Se ha traído al debate la duda de si el concepto de *arma* constituye un elemento *descriptivo* de la figura o si, por el contrario, lo es de naturaleza *normativa*. Señala Soler en su Derecho penal argentino (T. II, p. 189) que a veces la distinción entre ambos es más aparente que real, pues por lo general, "**...todo concepto jurídico esta siempre tejido sobre una urdimbre normativa (Beling). Así ocurre, por ejemplo, que cuando la figura hace una referencia aparentemente naturalista, en realidad, siempre el objeto mentado queda como teñido por la coloración jurídica... Cuando una figura menciona, por ejemplo, "una puerta" (art. 167, inciso 3º, C.P.) aun cuando no es totalmente seguro, existe la mayor posibilidad de que se trate de lo mismo que es puerta para el carpintero o el herrero...**". Pero ello no siempre es así según veremos. Por ejemplo, los conceptos de *tiempo* y *lugar* no son, en modo alguno, privativos del derecho y sería absurdo afirmar que un hecho ocurrió en Rosario el día 1 de enero, pero también aconteció en Buenos Aires el 3 de febrero. No obstante ello según sea la teoría que se acepte acerca de esta materia en punto a establecer el lugar o el tiempo de comisión de un delito (de la manifestación de la voluntad o del resultado), es posible sostener *jurídicamente* sin que medie contradicción que, efectivamente el hecho ocurrió en Rosario al manifestarse la acción el 1 de enero, pero el resultado aconteció en Buenos Aires el 3 de febrero, y al respecto destaca Mezger que una cosa distinta es la consideración naturalista de la acción punible y otra diversa es a cual de esas relaciones espacio-temporales –previa valoración– toma en cuenta el derecho, en cada caso, para conectarle determinadas consecuencias jurídicas.

Esos "datos naturales" alcanzan existencia jurídica solamente a costa de transformarse en "hechos típicos", pues eso es lo que constituye el sentido técnico de las expresiones jurídicas: estas siempre dicen lo que el derecho *quiere* que signifiquen y al admitirse el concepto de arma *impropia* como abarcado por la figura del artículo 166, inciso 2º C.P., nos encontramos con que *para el derecho* el

arma de fuego funcionalmente idónea es tan arma como aquella que no lo es. Por otra parte, estimo que el concepto de *arma* no es un elemento normativo puro de la figura, pues siguiendo el pensamiento de Soler estimo que estos son aquellos que no tiene existencia en la realidad física que desconoce lo que es una hipoteca, un documento, un contrato, mientras que sí existen las armas cualquiera sea el particular alcance que el derecho les acuerde. La circunstancia de que a los fines hermeneúticos deben ser integrados al resto de los demás componentes del sistema –tarea que muchas veces acota, lima, pule o aumenta su significación original– es algo común a todas las palabras de la ley, pero no por ello deben ser considerados como auténticos elementos normativos.

VII-) Tanto las opiniones vertidas por los Dres. Giménez, Pangia, Ramón y en menor medida Ríos, como los de los Dres Crippa García y Jukic se ciñen a debatir dentro del marco que establece el planteo tradicional al que me referí en el punto I-), inclinándose los cuatro primeros por la posición objetiva y los segundos por la tesis subjetiva. Más existe una particularidad y ella reside en que algunos de ellos formulan claramente la excepción a sus conclusiones objetivistas en aquellos casos en que el arma de fuego sea utilizada como arma *impropia*. No comparto este punto de vista, pues nada dicen acerca de que solución hay que dar cuando ese supuesto de excepción se configura y resulta en este sentido –a mi juicio– poco claras o incompletas sus respectivas posiciones, pues de ese modo se escamotea uno de los extremos posibles de la discusión y no se está contestando acabadamente lo que este Cuerpo debe decidir. De la lectura de sus respectivos votos, parecería más ajustado que rechacen el componente subjetivo de la intimidación como fundamento de la calificación de arma de fuego, pero no así si el uso de tal arma esta abarcado por la agravante, toda vez que reiteradamente excepcionan el supuesto del uso como arma impropia.

VIII-) Culminando este análisis y aprovechando para recordar lo expresado en el punto II-) afirmaré que el debate en los términos que tradicionalmente ha sido planteado, termina por anular el concepto –generalmente admitido– de la existencia del *arma impropia*. Si tenemos presente que la cuestión a debatir fue definida para que el Pleno se expida acerca de si el empleo de un arma de fuego defectuosa constituye la agravante del artículo 166, inciso 2º del Código Penal se advierte un error de apreciación con respecto al interrogante que estrictamente hay que responder, pues él no pregunta si el arma de fuego defectuosa puede ser genuinamente calificada como arma de fuego, *sino inquiriere si el arma de fuego defectuosa constituye la agravante contemplada en el artículo 166, inc. 2º del C.P.* Por ello, considero que la respuesta a la pregunta del Pleno no puede dejar de ser afirmativa, ya sea que se arribe a esa conclusión –que también comparto– por la vía del efecto amedrentador e intimidante que ella produce en la víctima a la que no se le puede imponer la carga de verificar la existencia o no del defecto a costa de su propia vida y en virtud de ello tanto la constriñe una arma apta como una inapta; o lo sea porque ese resultado provenga subsidiariamente como consecuencia de calificarla como arma impropia.

Por ello, mi respuesta al interrogante planteado, es por la afirmativa. Así voto.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **ANTONIO PAOLICELLI** y dijo: Impuesto del contenido de los votos de los colegas que me anteceden en el orden de expedición, comparto en esencia el fundamento que anima el de los Dres. Otto H.R. Crippa García y Rubén Darío Jukic, como así también el emitido por el Dr. Guillermo Julio Fierro, en tanto más abarcativo y complementario de los anteriores, los que reflejan acabadamente la interpretación que ha venido aplicando pacíficamente el tribunal que integro desde su creación, y así voto.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **ALBERTO PLÁCIDO BERNARDINI** y dijo: Los votos precedentes, con claridad y profundidad argumental, recorren y profundizan los fundamentos de las divergentes respuestas que ha dado la doctrina y la jurisprudencia al interrogante de naturaleza hermenéutica que nos convoca. Facilitada así la tarea, voto afirmativamente de acuerdo a los fundamentos de quienes me han precedido en tal tesitura, que contestan adecuadamente los argumentos contrarios, sin que correspondan demasiados abundamientos en un tema que admite discrepancias. La respuesta afirmativa no desconoce o resiente los principios liminares del Derecho Penal consagrados desde los niveles de rango constitucional ni supera el límite literal apelando a una extensión por analogía, sin perjuicio de las distintas alternativas legislativas que puedan llegar a postularse a partir de una crítica de "*lege ferenda*". Mi posición, en consecuencia, confirma la que he sostenido como integrante de esta Cámara y que ya fue así definida en anterior pleno que se ha recordado en votos precedentes ("Moglia, Jorge", Acuerdo 92/79), Sólo he de reafirmar algunos aspectos del análisis y agregar una nueva consideración.

Considero que la diversa cuantificación de la intimidación está presente y es lo más relevante en la sistemática de los tipos de los delitos contra la propiedad y en la interpretación del extremo de comisión "con armas" que nos ocupa. Y esa cuantificación se revela con coherencia en la respuesta punitiva correspondiente a los diferentes tipos, conforme se ha expuesto particularmente en el exhaustivo voto del Dr. Jukic que valida el peso de los fundamentos de la posición interpretativa que postula.

Ciertamente que tal interpretación no debe superar la resistencia semántica del término empleado como extremo típico, por lo que no es arma un juguete o la construcción de una imagen que la simula, independientemente de las extensiones que puedan efectuarse por vía del arma impropia sobre lo cual he de volver.

Sin perjuicio de lo expuesto, estimo que la distancia de las discrepancias se acortan si se advierte que existe un afirmado consenso en la jurisprudencia (que se revela en también en todos los votos precedentes) en que el tipo que tratamos alude tanto a las armas propias como a las impropias, cuestión que ha sido puesta de relieve por el ilustrado y acertado voto del Dr. Fierro, al precisar los alcances del interrogante de la convocatoria.

En tal aspecto, las diferencias sólo subsisten en cuanto algunos requieren verificar si el arma de fuego fue esgrimida en el caso concreto como arma impropia (para excluir la calificación agravante si no lo fue) y otros afirman que un arma de fuego empuñada como tal (con lo que obtiene un plus de violencia intimidatoria), también es un arma en sentido impropio, en cuanto puede operar como bien sujeta y contundente porra que no es necesario esperar a que se la esgrima y utilice en esa específica función para otorgarle calidad de arma calificante (lo que ordinariamente ocurre –muchas veces con cruentos resultados– cuando no funcionando como arma de fuego existe resistencia de la víctima, como también puede ocurrir que quien esgrima un arma de fuego, hábil como tal, la utilice como porra o que haya concurrido con la voluntad de no utilizarla en forma alguna y huya ante la resistencia, sin que ello modifique el extremo típico aunque tenga interés para la individualización de la pena).

Quien utiliza un arma de fuego que esgrime como tal para obtener un mayor grado de intimidación reductor de las defensas, no pierde por ello el propio peso ofensivo como objeto contundente suficiente para la calificante en cuanto eventualmente puede ser utilizada como arma en este último sentido con mayor intimidación y anulación de las defensas que una simple porra, porque se trata de un arma de fuego que puede llegar a tener altísimo poder ofensivo desde la óptica de quien

es sujeto de violencia y no puede conocer, en su caso, su inhabilidad específica para disparar si el ofensor decide utilizarla como porra.

Debe repararse que la cuestión que tratamos atañe a los tipos de robo con violencia física en las personas, lo que implica que el sujeto activo afronta el hecho sabiendo y queriendo una violencia que efectivamente recae y vulnera directamente al sujeto pasivo, y cuando utiliza un arma, aún la de fuego inhábil para el disparo, también sabe y quiere la cuantificación de la violencia que ejerce y que concretamente recae sobre el sujeto pasivo, violencia que tiene una entidad real como bien se señala en el voto del Dr. Crippa García en los párrafos en los que culmina citando el voto del Dr. Pettigiani en el reciente fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires en el caso "Manso, Miguel", por lo que lo dicho conforma adecuadamente tanto el aspecto objetivo como el subjetivo del tipo en cuestión.

Cabe agregar, en este aspecto, que el tipo básico ubica la modalidad con violencia física en las personas, tanto antes del robo para facilitararlo, como en el acto de cometerlo o después de cometerlo para procurar su impunidad. En cambio, el tipo calificado que nos ocupa refiere al robo que "se cometiere con armas", lo que permite apreciar que en este caso la violencia tiene que tener lugar durante la ejecución hasta la consumación mientras que el tipo básico amplía la localización temporal de la violencia. La diferencia apuntada lleva a que fuera del momento de ejecución puede llegar a utilizarse arma de fuego sin que el hecho supere el tipo básico, por lo que puede afirmarse que el legislador no ha valorado especialmente la objetividad del riesgo del uso de arma (pues desde ese punto de vista no cabría diferenciar el momento en que se la utiliza para robar), sino el mayor poder intimidatorio de toda arma sobre la víctima que tiene que ser despojada, en el preciso momento de la ejecución de la depredación en el que puede ejercer sus defensas para impedir el desapoderamiento.

Así, como lo he anticipado, mi respuesta al interrogante planteado es por la afirmativa.

Por lo tanto la Cámara de Apelación en lo Penal de la Segunda Circunscripción Judicial, reunidos en Tribunal Pleno, y por el voto de la mayoría de sus miembros, **RESUELVE: I)** Establecer como doctrina aplicable, con los alcances previstos en el artículo 488 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe: *“El empleo de un arma de fuego inhábil para el disparo por defecto, conforma la circunstancia agravante prevista en el art. 166, inc. 2º del Código Penal”*.

II) Desestimar la pretensión del recurrente devolviendo el presente expediente a la Sala III de esta Cámara.

3.-)...

4.-)...

5.-)...

6.-)...

7.-)...

Con lo que se da por finalizado el acuerdo, firmando los señores vocales que han participado, por ante mi que doy fe. Fdo.: FIERRO (Presidente) – JUKIC – PAOLICELLI – NAVARRO – CRIPPA GARCIA – RAMÓN – RÍOS – GIMÉNEZ – MESTRES – BERNARDINI – SORRENTINO – PANGIA – Ante mi: DI MARCO.-

ACUERDO de CÁMARA Nro. 10/2005

En la ciudad de Rosario a los 07 días del mes de diciembre de dos mil cinco, se reúnen en Acuerdo los señores Vocales de la Cámara de Apelación en lo Penal de la Segunda Circunscripción Judicial, con la Presidencia del Dr. Juvencio Liberal Mestres, a los fines de tratar los siguientes temas:

1.-) JURISDICCIONAL: Expte. Nro. 1221/05, caratulado MUÑOZ, JAVIER MARCELO s/robo calificado por uso de arma. Recurso de Inaplicabilidad de la Doctrina Legal.

Conforme lo dispuesto en el Acuerdo de Cámara Nro. 07/05, de fecha veinte de octubre de dos mil cinco, en el Expte. Nro. 1221/05, del registro de Mesa de Entradas, “MUÑOZ, JAVIER MARCELO s/robo calificado por uso de arma. Recurso de Inaplicabilidad de la Doctrina Legal”, siendo admitido el mismo por la Sala II de esta Cámara y habiendo resuelto este Cuerpo que existe contradicción en los términos del art. 479 del C.P.P., se fijó mediante el acuerdo de cámara precitado la cuestión a resolver que a continuación se transcribe: *“Si la norma del art. 166 inc. 2do. en la redacción vigente con anterioridad al dictado de la ley 25.882 admite la concurrencia de la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal”*.

Al respecto, tomó la palabra el Dr. **CRIPPA GARCIA** y dijo: El artículo 41 del Código Penal, incluido en el mismo por ley 25.297 (B.O. del 22/09/00) ha establecido como circunstancia general de agravación de los tipos penales, su comisión con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, y al instituir esa escala penal más gravosa para los supuestos en que medien las circunstancias indicadas, la ley ha trasladado aquello que tradicionalmente se había considerado mensurable como pauta aumentativa por el mayor contenido del injusto –en orden a la naturaleza de los medios empleados a que hace referencia el art. 41 C.P. para la determinación de la pena- al nivel típico al que incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, apareciendo entonces operativamente como una calificante genérica que incorpora a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que puedan cometerse con la referidas modalidades.

Esto importa partir de admitir que, mas allá de lo que pueda decirse o valorarse entorno a la técnica legislativa usada, la norma en cuestión proyecta sus efectos a una pluralidad de figuras delictivas previstas en la parte especial del Código, circunstancia que también se da por ejemplo con la regulación de la tentativa, quedando excluidos de su ámbito de aplicación, los delitos no dolosos, los delitos dolosos que no exijan violencia o intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas.

Ello así, y habida cuenta de las discrepancias que han motivado el presente, cabe establecer si en el caso del delito previsto por el art. 166 del Código Penal, en su inciso segundo, texto anterior al dictado de la ley 25882, admite la concurrencia de la agravante prevista por el citado artículo 41 bis al que he hecho referencia.

Si bien puede admitirse que entre la figura del art. 166 inc.2, y la que hipotéticamente resultara de su relación con la norma en cuestión podría mediar una relación de especialidad, ello no es así, puesto que la norma en cuestión tiene previsto, en su segundo párrafo, una concreta excepción a lo dispuesto en el primero que excluye de su ámbito de aplicación al tipo penal del robo con armas; dado

que no se trata de un problema de doble valoración, sino de ubicar en su correcta posición y delimitación el ámbito de aplicación del precepto innovativo.

Es que cabe también resaltar que no se afecta el “ne bis in idem”, cuando la ley penal agrava el robo con armas, cuando estas fueran de fuego, como lo ha hecho la ley 25882 ya que en este caso se ha tratado de establecer una mayor escala punitiva acorde con el superior disvalor de cada una de las conductas descriptas de manera general y abstracta en el tipo penal; pero si bien la ley pudo haber hecho eso respecto de todas las figuras, no lo ha sido así en el caso, ya que lo ha hecho restringidamente, estableciendo la genérica agravante que opera respecto a todos los tipos penales que no le prevean como constitutiva o calificante, lo que entiendo lo ha excluido de su aplicación respecto al art. 166 inc. 2do. del C.P.

Ello resulta como lógica y debida consecuencia, ya que no puede tenerse o abrigarse ninguna duda respecto a que la calificante del apoderamiento ilegítimo violento, contenido en el art. 166 inc. 2do. –texto anterior ley 25882- incluye dentro del género “arma” la especie “arma de fuego”, en tanto cabe dar como fundamento que las armas de fuego no son las únicas que abastecen las exigencias típicas de las figuras calificadas.

Por otro lado, no cabe mas que aceptar que el robo con armas es uno de los delitos a los que se refiere el segundo párrafo de la norma en cuestión, por cuanto incluye dentro de la calificante de comisión con armas la violencia ejercida por medio de la utilización de un arma de fuego, sin que pueda admitirse que aquella exclusión se refiere solamente al caso en que se contemple como elemento constitutivo o calificante la específica utilización de un arma de fuego, puesto que si así fuera, la disposición establecería una excepción para un único supuesto, respecto del cual además sería innecesaria.

Un repaso de los tipos penales contemplados en nuestro Código, nos muestra que solamente el artículo 104 contempla como elemento típico el ejercicio de la violencia con específica referencia a un arma de fuego, y en tal supuesto la disposición sería innecesaria porque aparece evidente la imposibilidad de ponderar nuevamente la exacta circunstancia que aparece desvalorada en el tipo, si la genérica agravante no incorpora ninguna particularidad que justifique un mayor disvalor de la conducta.

Y si se sostuviera, como algunos pretenden, que la intención del legislador fue la de aumentar en ese momento, la escala penal del robo con armas, como recién se ha producido con el dictado de la ley Nro. 25.882, partiendo del proyecto de los legisladores Garre, Cafferata Nores, Aramburu, Cruchaga y Vensentidni, cabe apuntar que entre ese proyecto y la ley finalmente aprobada en aquel momento, median diferencias fundamentales, ya que el primer párrafo de esta última es distinto al único del proyecto (repárese en que en este se tenía en cuenta “el delito o su agravamiento”, mientras que sólo “el delito de que se trate” es considerado en la ley sancionada, y además, se ha introducido la excepción del segundo párrafo al que he hecho referencia, que por otra parte, no estaba contemplado en el original, de manera pues que ha sido el propio legislador el que, al formular el texto legal, ha obstado e impedido, en su caso, la aparente intención de que fueran más severamente penados los robos con armas de fuego (Cfme. Antecedentes Parlamentarios, pags. 164/166).-

E inclusive, en el mismo sentido y camino, argumentalmente, cabe resaltar que cuando el diputado Quinzio advertía “que la mayoría de las conductas típicas descriptas por el Código de fondo ya tienen un agravante referido al empleo de arma de fuego”, claramente estaba aludiendo a las que contenían el vocablo “arma”, porque solo en el art. 104, conforme he dicho antes, el texto legal menciona específicamente las de fuego; y además, para reforzar esto, cuando el Senador Agundez, miembro informante de la Cámara revisora, precisó que “la

agravación toma el homicidio, las lesiones leves, graves y gravísimas, la privación ilegal de la libertad, los apremios ilegales, la extorsión, etc.”, omitió expresamente –sin que sea permitido presumir desatención al respecto- todos los delitos cuya penalidad ya había sido aumentada por el empleo de “armas” conceptualizadas estas como lo estaba en el Código, es decir, de manera genérica (Cfme. “Antecedentes Parlamentarios”).

Así además lo han resuelto la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa “Garay, Marcos s/recurso de Casación; 10.6.02; la Sala I de la misma Cámara, in re “P., R s/recurso de casación, 4.7.2002; la Sala IV del mismo Tribunal, in re “Aldera Yamil s/recurso de casación; y en el mismo sentido se han expedido la Cámara en lo Criminal de Corrientes, in re “Montiel, Mercedes; 4.9.2003; la Cámara Nacional Criminal y Correccional, por su Sala I (F., R 25.4.2002), Sala IV (Maizares, Fabio), Sala V (Viola, Miguel Angel); Suprema Corte de Mendoza, Sala II, C., C., 8/10/2003; y así también lo han entendido la Sala III de esta Cámara, que integro, en los casos presentados.

Y en el plano doctrinal, cabe citar también a Ledesma, Guillermo (“Es aplicable el art 41 bis C.P. –ley 25297-, al delito de Robo con armas del art. 166 inc. 2 del C.P. J. A. 2002-III, fascículo Nro. 12 del 18/09/2002), Friele, Guillermo, “Algo más sobre la aplicación de la agravante genérica contenida en el art. 41 del Código Penal”, Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, marzo 3 de 2003 –La Ley 2003, B, 411); o Donna en fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, causa “Fernández, Roberto”.

Por lo tanto, la respuesta al interrogante, es negativa, en tanto la agravante genérica establecida en el art. 41 bis del C. Penal no alcanza al tipo penal del art.166 inciso segundo del mismo cuerpo legal, en su texto anterior a la ley 25.882.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **ALBERTO P. BERNARDINI** y dijo: Un nuevo análisis de la cuestión me lleva a reiterar la posición expuesta en la causa que nos convoca así como en Ac. Nro. 99 del 08/11/04, in re “Sotelo, Darío Rubén s/robo calificado por uso de arma”, Expte. Nro 635/04 del registro de Mesa General de Entradas; y así es que, la norma del art. 166 inc. 2do. en la redacción vigente con anterioridad al dictado de la ley 25.882, admite la concurrencia de la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal, por lo que voto afirmativamente.

El fundamento de tal criterio interpretativo, estriba en que al legislarse el art. 41 bis por ley 25.297 (BO 22-09-00), incorpora en el libro primero del código una *agravante general para los delitos cometidos con violencia o intimidación contra las personas*, “mediante el empleo de un arma de fuego”, siempre que la agravante no se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate. Arma de fuego es, obviamente, un arma, pero específica: de fuego. La especificidad apuntada agrega un plus al género arma, que la especifica y consecuentemente la distingue, de modo que no se agrava el hecho cometido con arma, sino con arma de fuego. La excepción no hace más que determinar con precisión el marco de la agravante atento a que es genérica y se difunde por todos los delitos cometidos con violencia o intimidación contra las personas, más allá de la cuestión sobre si es estrictamente necesaria su expresa mención, y la expresión del delito de que se trate, permite abarcar también con correcta síntesis y técnica legislativa, tanto a los básicos como a los calificados que correspondan. Al ingresar la reforma aludida al sistema, califica dentro del marco exclusivo de los delitos con violencia o intimidación contra las personas, el caso del robo con armas del art. 166 inc. 2, cuando el arma es de fuego (circunstancia que no se encuentra contemplada como elemento constitutivo, aunque no se advierta la estricta necesidad de la excepción expresa y a otros tipos que puedan presentarse en la legislación, para excluir una incorrecta doble incriminación de

una agravante que, como se ha sostenido, y más allá de la crítica que por ello merezca, es genérica. La mencionada interpretación, en consecuencia, no importa agravar dos veces *por el mismo medio típico, sino que se asienta sobre el primero (arma) en función de una característica que habilita el plus de la agravación (de fuego).*-

Con la reforma de la ley 25.882 (BO 26-04-04), el art. 166 inc. 2do. se fragmenta en tres tipos: robo con arma, robo con arma de fuego (agrava la pena anterior, en la misma forma que lo hace el art. 41 bis), robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería (morigera la pena del robo con arma). Es evidente que la distinción entre género y especie se encuentra a partir de la mencionada reforma, dentro del art. 166 inc. 2do., por lo que, en lo que exclusivamente atañe a las cuestiones del presente Acuerdo, la agravación por empleo de arma de fuego de remisión típica genérica del art. 41 bis, continúa para otra hipótesis y se excluye en el art. 166 por encontrarse específicamente contemplada.

Frente a la jurisprudencia discrepante a partir del art. 41 bis con anterioridad a esta última reforma, el nuevo art. 166 inc. 2do. define sin dudas que el robo con arma sigue con la misma pena agravada por uso de armas y que el robo con armas de fuego se agrava por la especificidad de ser de fuego, con el mismo incremento de pena del art. 41 bis, que obviamente, queda ahora excluida su aplicación al caso contemplado específicamente como calificante en el propio tipo y repele la calificación genérica.

La definición que incorpora el legislador, no puede estimarse interpretación con validez retroactiva para reformar el sistema anterior a la modificación. Si así lo hubiera querido hacer y más allá de la operatividad de la retroactividad lo hubiera hecho con la estructura de una norma de interpretación auténtica. La modificación, en cambio viene a zanjar la cuestión sobre la procedencia de aplicación de la agravante a una correcta modalidad típica que el art. 41 bis estimaba especialmente agravante, colocándola en el propio tipo. Tal técnica legislativa afirma el criterio de doble agravamiento por el plus específico de arma de fuego que negaba parte de la jurisprudencia para el robo con arma, y lo hace mediante la definición legal en el tipo, que cierra la posibilidad de discrepancia jurisprudencial.

Repárese que la reforma que introduce el art. 41 bis se efectúa dentro de un contexto de reclamo social en el que especialmente se incluía, en los delitos con *violencia o intimidación en las personas, al robo con armas de fuego de altísima* incidencia en la sensación de inseguridad ciudadana que caracterizó a ese contexto, al que no fue ajeno el legislador. Independientemente de la opinión que pueda merecer el auge legislativo de aumento de las penas frente a los reclamos de seguridad, no pueden dejar de desconocerse en la interpretación de la ley las circunstancias del contexto social en el cual y para el cual se legisló. Si el texto legislado en el art. 41 bis permite distinguir claramente el género y la especie, si dicha distinción encuentra una inserción sistemática coherente para su aplicación tanto en la hipótesis de aplicación como en la excepción y además responde con coherencia al contexto histórico en el que operó el legislador, el criterio discrepante aparece con cierto forzamiento textual que no encuentra suficiente apoyo en otros extremos válidos para la interpretación, más allá que puedan tener fuerza como crítica legislativa, aspecto en el que la jurisdicción no puede incursionar sin lesionar el sistema republicano.

En definitiva, el actual régimen de la ley 25.882 no ha modificado benignamente el régimen del robo con armas de fuego de la ley anterior – salvo en el caso del robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada- pues bajo el sistema exclusivo del art. 41 bis de la ley 25.297, el robo con armas de fuego se encontraba igualmente agravado por ese

dispositivo genérico y la ley 25882, ése aspecto, no hizo mas que reafirmarlo frente a la jurisprudencia que no lo había entendido así.

Sobre la cuestión el Dr. **ERNESTO ATILIO PANGIA** dijo: Respecto del interrogante “*Si la norma del art. 166 inc. 2 en la redacción vigente con anterioridad al dictado de la ley 25882 admite la concurrencia de la agravante prevista en el art. 41 bis del Cód. Penal*”, me inclino por la tesis afirmativa.

Ello por cuanto con anterioridad a la reforma de la 25882, el art. 166 inc. 2° contemplaba el robo con arma, que podía ser de fuego o no. En este último caso, en modo alguno era posible aplicar la agravante del art. 41 bis (Ley 25297), aunque sí los casos de comisión de delitos con armas de fuego. Razones de política criminal, que en modo alguno comparto, con fundamento en que penas mas duras harían disminuir los delitos a mano armada, consideraron conveniente particularizar en los hechos cometidos con armas de fuego, legislando sobre la agravante.

Así, interpretando ambas normas (redacción anterior del art. 166 inc. 2 y 41 bis) fluyen dos conductas típicas diferentes: por un lado el robo con armas que no es de fuego (art. 166 inc. 2), con una pena que oscila entre cinco y quince años de prisión; y por otro el robo con arma de fuego, con una previsión entre seis años y ocho meses a veinte años de prisión.

En ese marco, la excepción del art. 41 bis que prevé no aplicar la agravante cuando la circunstancia mencionada ya se encuentra contemplada, no aparece típica en los casos donde el arma no sea de fuego, atendiendo a que el tipo del art. 166 inc. 2° solo cubre el robo con el género “*arma*” sin la especie “*arma de fuego*” que sigue un régimen de agravamiento propio y que en modo alguno multiplica pena sobre una misma conducta, no exhibiendo a mi criterio, incoherencia alguna.

Es decir, el nuevo art. 41 bis califica el delito de robo con armas, especificándose en esta norma el agravamiento por tratarse, precisa y específicamente de un arma de fuego y no cualquier otro tipo de arma o elemento intimidante, aspecto zanjado a partir de la ley 25882, que reafirma lo que parte de la jurisprudencia entendía como aplicable.

En definitiva, el art. 41 bis del Cód. Penal califica el delito de robo con armas, especificándose en esta norma el agravamiento por tratarse de un arma de fuego y no cualquier otro tipo de arma.

Y si bien el art. 41 bis del Cód. Penal, en su segunda regla, especifica que la nueva agravante no es aplicable cuando la figura penal contempla como elemento constitutivo o calificante el uso de armas, *cuadra considerar en pro de su aplicación, que aquella, o sea la comisión del delito mediante la utilización de un arma de fuego, es una agravante específica de la general que prevé el uso de toda arma, generado en el principio de que toda norma especial desplaza a la general.* (Conf. CNCCorr. , Sala V, 9-4-02 in re “B., F. s/excarcelación” c. 18428).

Voto en consecuencia por la afirmativa a la cuestión planteada.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **EDUARDO DANIEL SORRENTINO** y dijo que adhiere sin reservas a los votos de los Dres. Bernardini y Pangia.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **ERNESTO MARTIN NAVARRO** y dijo que adhiere sin reservas al voto del Dr. Crippa García

Al respecto tomó la palabra la Dra. **ELENA RAMON** y dijo que adhiere sin reservas al voto del Dr. Crippa García.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **HUMBERTO HORACIO GIMENEZ** y dijo que adhiere sin reservas al voto del Dr. Crippa García.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **RAMON TEODORO RIOS** y dijo: que adhiere sin reservas al voto del Dr. Crippa García.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **JUVENCIO LIBERAL MESTRES** y dijo: que adhiere sin reservas al voto del Dr. Crippa García.

Al respecto, tomó la palabra el Dr. **GUILLERMO J. FIERRO** y dijo que adhiere sin reservas al voto del Dr. Crippa García.

Al respecto, tomó la palabra el Dr. **RUBEN DARIO JUKIC** y dijo que adhiere sin reservas al voto del Dr. Crippa García.

Al respecto tomó la palabra el Dr. **ANTONIO OSCAR PAOLICELLI** y dijo que adhiere al voto del Dr. Crippa García.

Por lo tanto la Cámara de Apelación en lo Penal de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe, reunidos en Tribunal Pleno y por el voto de la mayoría de sus miembros, **RESUELVE: I)** Establecer como doctrina aplicable, con los alcances previstos en el art. 488 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe: *“La norma del art. 166 inc. 2do. en la redacción vigente con anterioridad al dictado de la ley 25.882 no admite la concurrencia de la agravante prevista en el art.41 bis del Código Penal”*

II) Hacer lugar a la pretensión del recurrente dejando sin efecto el Acuerdo Nro. 249 de fecha 08/07/2005 de la Sala I de esta Cámara de Apelación en lo Penal.

III) Remitir el presente expediente a la Sala II de esta Cámara a los fines previstos por el art. 488 del C.P.P.

Con lo que no siendo para más, se da por finalizado el acuerdo, firmando los señores vocales que han participado, por ante mi que doy fe.

MESTRES

RIOS

GIMENEZ

BERNARDINI

SORRENTINO

PANGIA

CRIPPA GARCIA

NAVARRO

RAMON

FIERRO

JUKIC

PAOLICELLI

Ante mi: DI MARCO

-
- ¹ Ley 25.882 B. O. del 26.04.2004.
- ² Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 166 Pág. 36.
- ³ Código Civil Argentino. Ed. Zavalía 2005. Art. 2506 Pág. 666.
- ⁴ Código Civil Argentino. Ed. Zavalía 2005. Art. 2513 Pág. 669.
- ⁵ Donna, E.A. Delitos contra la propiedad Bs. As. Rubinzal Culzoni, Pág 7 y siguientes.
- ⁶ Fontán Balestra, C. Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Parte Especial, Segunda edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma. Reimpresión. Bs. As., Abeledo-Perrot, Pág. 447/448.
- ⁷ Soler, S. Derecho Penal Argentino Tomo IV, Actualizador Manuel Bayala basombrio. Bs. As. TEA Pág. 176 y siguientes.
- ⁸ Soler, S. Derecho Penal Argentino Tomo IV, Actualizador Manuel Bayala basombrio. Bs. As. TEA Pág. 176 y siguientes.
- ⁹ Constitución de la Nación Argentina. Fundación Ross. Art. 17 Pág. 17.
- ¹⁰ Constitución de la Nación Argentina. Op. Cit. Pág. 12.
- ¹¹ Soler, S. Derecho Penal Argentino Tomo IV, Actualizador Manuel Bayala basombrio. Bs. As. TEA Pág. 176 y siguientes.
- ¹² Constitución de la Nación Argentina. Op. Cit. Pág. 12.
- ¹³ Nuñez, R. Delitos contra la propiedad. Bs. As. Bibliografía Argentina. Pág. 7.
- ¹⁴ Código Civil Argentino. Op. Cit. Pág. 11.
- ¹⁵ Nuñez, R. Delitos contra la propiedad. Bs. As. Bibliografía Argentina. Pág. 8.
- ¹⁶ Constitución de la Nación Argentina. Fundación Ross. Art. 14 pág. 17.
- ¹⁷ Constitución de la Nación Argentina. Op. Cit. Pág. 14.
- ¹⁸ CSJN, Fallos: 184:137.
- ¹⁹ Soler, S. Derecho Penal Argentino Tomo IV, Actualizador Manuel Bayala basombrio. Bs. As. TEA Pág. 220.
- ²⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 11.
- ²¹ Código Civil Argentino. Ed. Zavalía 2005. Art. 2518 Pág. 670.
- ²² Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 163. Pág. 36.
- ²³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 17.
- ²⁴ Decreto-ley 4778/63 B.O. del 19.06.1963.
- ²⁵ Ley 16.648 B.O. del 18.11.1964.
- ²⁶ Ley 17.567 B.O. del 12.01.1968.
- ²⁷ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 10.
- ²⁸ Ley 20.509 B. O. del 28.05.1973.
- ²⁹ Ley 20642 B. O. del 20.02.1974.
- ³⁰ Ley 21.338 B. O. del 01.07.1976.
- ³¹ Ley 23.077 B. O. del 27.08.1984.
- ³² Ley 25.882 B. O. del 26.04.2004.
- ³³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 17.
- ³⁴ Ley 20.642 Op. Cit. Pág. 20.
- ³⁵ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ³⁶ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ³⁷ Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. 166. Pág. 38/9.
- ³⁸ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional N° 1174 Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004 Bs. As. La ley Pág. 815/817.
- ³⁹ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 41 bis. Pág. 14.
- ⁴⁰ Ley 25.297 B.O. 22.09.2000.
- ⁴¹ Cfr. <http://ar.vlex.com/vid/35246232>
- ⁴² Ley 25.297 Op. Cit. Pág. 23.
- ⁴³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁴⁴ Redacción según ley 25.297 B. O. 22.09.2000. Pág. 22.
- ⁴⁵ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 842 y siguientes.
- ⁴⁶ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 842 y siguientes.
- ⁴⁷ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 77. Pág. 22.

- ⁴⁸ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 845 y siguientes.
- ⁴⁹ Redacción según ley 25.297 B. O. 22.09.2000.
- ⁵⁰ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 846.
- ⁵¹ Ley 25.297 B.O. 22.09.2000.
- ⁵² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁵³ La nueva reforma y consiguientes dificultades del artículo 166 inciso 2° del Código Penal Argentino DJ Doctrina, 2004-2 Pág. 1251.
- ⁵⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁵⁵ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada Pág. 24.
- ⁵⁶ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ⁵⁷ Tozzini, C.A. Los Delitos de Hurto y Robo en la Legislación, la Doctrina y la Jurisprudencia. Segunda Edición actualizada. Bs. As. Lexis Nexis, Desalma. Pág. 295 y siguientes.
- ⁵⁸ Diccionario de la Real Academia Española 20ª edición, 1984, T° 1, Pág. 124.
- ⁵⁹ Cfr. en Donna, E. A. Parte Especial, T. II – B. Pág. 160 y 161.
- ⁶⁰ Zeus R. 11, Pág. 1108 C. Penal Santa Fe, Sala 2ª 27.10.97 D.L.S. s/ Robo calificado sobre empleo de arma. Tomo 78 R. 23. Registro Zeus en CD. V. 5.0 Nro. 21.329.
- ⁶¹ Donna, E. A. Delitos contra la propiedad. Bs. As. Rubinzal Culzoni Pág. 161/162.
- ⁶² En tal sentido, TOC N° 14, 24-02-94, “Muñoz, Carlos J.”, c. 4, entre otros.
- ⁶³ Larrea, J. Manual de armas y de tiro., Bs. As. Universidad Pág. 39 y siguientes.
- ⁶⁴ Artículo 3 inciso 1 Decreto 395/1975 B. O. del 03.03.1975.
- ⁶⁵ Cfr. http://www.redproteger.com.ar/Legal/armas_y_explosivos/ae_decreto_531_2005.htm
- ⁶⁶ Ley 25.938 B. O. del 18.10.2004.
- ⁶⁷ Prunota Laborde, A. Consideraciones sobre las tumberas y las distintas municiones. Zeus Tomo 100 D 134.
- ⁶⁸ Cfr. www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=25708#.
- ⁶⁹ Artículo 3 inciso 2 decreto 395/1975 Op. Cit. Pág. 28.
- ⁷⁰ Decreto 395/1975 Op. Cit. Pág. 28.
- ⁷¹ Decreto-Ley 20.429/73 B.O. del 05.07.1973.
- ⁷² Cfr. www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=34247#.
- ⁷³ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ⁷⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁷⁵ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁷⁶ Arietti, C. Comentario al nuevo artículo 166 del Código Penal. Zeus Tomo 95 D. 17-21.
- ⁷⁷ Zeus, Tomo 101 Pág. 835/837.
- ⁷⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁷⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁸⁰ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ⁸¹ Mensaje del Poder Ejecutivo nacional N° 1174 Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004 Bs. As. La ley Pág. 815/817.
- ⁸² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ⁸³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ⁸⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ⁸⁵ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁸⁶ Cfr. Vismarra, S. Nuevo régimen del delito de robo con armas. T.2004-D, Sec. Doctrina Pág. 1080/1089.
- ⁸⁷ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁸⁸ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ⁸⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁹⁰ Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 165. Pág. 38.
- ⁹¹ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ⁹² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁹³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ⁹⁴ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ⁹⁵ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ⁹⁶ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ⁹⁷ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ⁹⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ⁹⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.

-
- ¹⁰⁰ Ley 25.297 B.O. 22.09.2000.
- ¹⁰¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ¹⁰² Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 79. Pág. 22.
- ¹⁰³ Ley 25.297 Op. Cit. Pág. 23.
- ¹⁰⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹⁰⁵ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ¹⁰⁶ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 815 y siguientes.
- ¹⁰⁷ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹⁰⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ¹⁰⁹ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ¹¹⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹¹¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ¹¹² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹¹³ C.N. Casación Penal, Sala II Garay M s/ Recurso de Casación, causa 3811.
- ¹¹⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ¹¹⁵ Cfr. <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=25872>
- ¹¹⁶ Acuerdo Pleno de la Cámara Penal de la Ciudad de Rosario, fallo completo en anexo.
- ¹¹⁷ Ley 25.297 Op. Cit. Pág. 23.
- ¹¹⁸ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 40. Pág. 14.
- ¹¹⁹ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 41. Pág. 14.
- ¹²⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹²¹ Ley 25.297 Op. Cit. Pág. 23.
- ¹²² Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ¹²³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹²⁴ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 816.
- ¹²⁵ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ¹²⁶ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹²⁷ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹²⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 17.
- ¹²⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹³⁰ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ¹³¹ Zeus Tomo 103, J. 380/384.
- ¹³² CS., Fallos 312: 2526.
- ¹³³ Zeus, Tomo 103, J. 427/428.
- ¹³⁴ Cfr. Larrea, J.C. Manual de armas y de tiro. Segunda edición aumentada. Bs. As. Universidad. Pág. 45 y siguientes.
- ¹³⁵ Ley 20429 Op. Cit. Pág. 19.
- ¹³⁶ Decreto 395/1975 Op. Cit. Pág. 28.
- ¹³⁷ Cfr. Guzman, C. Manual de Criminalística. Bs. As. La Rocca. Pág. 417 y siguientes.
- ¹³⁸ Cfr. Larrea, J.C. Manual de armas y de tiro. Segunda edición aumentada. Bs. As. Universidad. Pág. 45 y siguientes.
- ¹³⁹ Cfr. Larrea, J.C. Manual de armas y de tiro. Segunda edición aumentada. Bs. As. Universidad. Pág. 69 y siguientes.
- ¹⁴⁰ Cfr. Guzman, C. Manual de Criminalística. Bs. As. La Rocca. Pág. 354 y siguientes.
- ¹⁴¹ Cfr. Larrea, J.C. Manual de armas y de tiro. Segunda edición aumentada. Bs. As. Universidad. Pág. 77 y siguientes.
- ¹⁴² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹⁴³ Constitución de la Nación Argentina. Op. Cit. Pág. 14.
- ¹⁴⁴ Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. FAS. Art. 5. Pág. 7.
- ¹⁴⁵ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹⁴⁶ López Gastón, R. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal , Año X, Números 18 – 19 – 2005, Director Esteban Righi, Subdirector Gustavo A. Bruzzone, Bs. As. Ad Hoc Pág. 831 y siguientes.
- ¹⁴⁷ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹⁴⁸ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ¹⁴⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ¹⁵⁰ Antecedentes parlamentarios, L.L. 2004-A-815.
- ¹⁵¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.

¹⁵² Antecedentes parlamentarios, L.L. 2004-A-816.

¹⁵³ Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 164. Pág. 38.

¹⁵⁴ Donna, E., Barbero, N., Erbetta D., Cantisani, I., Gonzalez, M., Defranco, A., Lurati, C y otros. Reformas Penales II. Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Pág. 135/136.

¹⁵⁵ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 816.

¹⁵⁶ Cfr. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21° edición, Espasa Calpe, Madrid, T.2, h-z.

¹⁵⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22° edición, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001 h-z.

¹⁵⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁵⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 70.

¹⁶⁰ Constitución de la Nación Argentina. Ed. Fundación Ross. Art. 19 Pág. 18.

¹⁶¹ Constitución de la Nación Argentina. Op. Cit. Pág. 72.

¹⁶² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 70.

¹⁶³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 70.

¹⁶⁴ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 842 y siguientes.

¹⁶⁵ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 844 y 845.

¹⁶⁶ Donna, E.A. Reformas penales actualizadas. El nuevo robo con armas "sin armas" por Julio Cesar Castro. Bs. As. Rubinzal Culzoni. Pág. 298 y siguientes.

¹⁶⁷ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁶⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.

¹⁶⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁷⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁷¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁷² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 70.

¹⁷³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁷⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁷⁵ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁷⁶ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁷⁷ Arietti, C. y Priou Mantaras, R. Comentario al nuevo artículo 166 del C.P. Zeus Tomo 95 D. 17-21.

¹⁷⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁷⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁸⁰ Tolnay, I. Las nuevas figuras de robo con arma introducidas por la ley 25.882, La Ley Tomo 2004, E. Secc. Doctrina Pág. 1523 y siguientes.

¹⁸¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁸² Constitución de la Nación Argentina. Ed. Fundación Ross. Art. 75 inc. 22 Pág. 26.

¹⁸³ Cfr.

http://www.derhuman.jus.gov.ar/normativa/pdf/PACTO_INTERNACIONAL_DE_DERECHOS_CIVIL_ES_Y_POLITICOS.pdf

¹⁸⁴ Cfr. <http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/39.html>

¹⁸⁵ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.

¹⁸⁶ Zeus Robo Agravantes. Tomo 95. J. 599/607.

¹⁸⁷ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.

¹⁸⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁸⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁹⁰ Cfr. <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=21842#>

¹⁹¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

¹⁹² Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.

¹⁹³ L.L. Tomo 1977, Pág. 1 y siguientes.

¹⁹⁴ L.L. Tomo 1986-E, Pág. 376 y siguientes.

¹⁹⁵ En igual sentido cfr. Donna Edgardo A, Derecho Penal, Parte especial. Santa fe. Rubinzal Culzoni, T. II-b Pág. 159.

¹⁹⁶ La ley Tomo 1989-C Pág. 535 y siguientes.

¹⁹⁷ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 104. Pág. 26.

¹⁹⁸ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 149 bis. Pág. 36.

- ¹⁹⁹ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 149 ter. Pág. 36.
- ²⁰⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²⁰¹ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²⁰² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 70.
- ²⁰³ Donna, E.A. Reformas Penales actualizadas. El nuevo robo con armas “sin armas” La reforma de la ley 25.882 por Julio César Castro. Bs. As. Rubinzal Culzoni. Pág. 306.
- ²⁰⁴ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 845.
- ²⁰⁵ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²⁰⁶ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²⁰⁷ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²⁰⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²⁰⁹ López Gastón, R. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal , Año X, Números 18 – 19 – 2005, Director Esteban Righi, Subdirector Gustavo A. Bruzzone, Bs. As. Ad Hoc. Pág. 840.
- ²¹⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²¹¹ Donna, E.A. Reformas Penales actualizadas. El nuevo robo con armas “sin armas” La reforma de la ley 25.882 por Julio César Castro. Bs. As. Rubinzal Culzoni. Pág. 307 y siguientes.
- ²¹² Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²¹³ Acuerdo Pleno de la Cámara Penal de la Ciudad de Rosario, fallo completo en anexo.
- ²¹⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²¹⁵ Comentario del Dr. Julio Chiappini al pleno “Mogliá, La Ley T. 1980 D, Pág. 403.
- ²¹⁶ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 70.
- ²¹⁷ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 167. Pág. 39.
- ²¹⁸ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²¹⁹ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 845 y siguientes.
- ²²⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²²¹ La Ley, T. 1977 – A Pág. 1 a 9.
- ²²² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²²³ La Ley. T. 1980 D, Pág. 403 - 408.
- ²²⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²²⁵ La Ley T. 1986 E, Pág. 376 – 396.
- ²²⁶ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²²⁷ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²²⁸ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²²⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²³⁰ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²³¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 70.
- ²³² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²³³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²³⁴ Cfr. <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=35272>
- ²³⁵ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 70.
- ²³⁶ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²³⁷ Código Civil Argentino. Ed. Zavalía 2005. Art. 2470 Pág. 653/654.
- ²³⁸ Frank, J. L. Legítima Defensa con Armas de Fuego, Volumen III Bs. As. Ad-Hoc Pág. 16 y siguientes.
- ²³⁹ Código Penal de la República Argentina Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 34. Pág. 13/14.
- ²⁴⁰ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 34. Pág. 13/14.
- ²⁴¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 102.
- ²⁴² Frank, J. L. Legítima Defensa con Armas de Fuego, Volumen III Bs. As. Ad-Hoc. Pág. 22.
- ²⁴³ Cfr. Donna, E. A. Delitos contra la propiedad. Bs. As. Rubinzal Culzoni. Pág. 163/164.
- ²⁴⁴ Molinaro, A. Los delitos. Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, II, Bs. As. Tea Pág. 273/274.
- ²⁴⁵ Fontán Balestra, C. Tratado de Derecho Penal. Tomo V, Parte Especial, Segunda Edición actualizada. Reimpresión. Bs. As. Abeledo Perrot Pág. 557 y siguientes.
- ²⁴⁶ Nuñez, R. Delitos contra la propiedad. Bs. As. Bibliografía Argentina. Pág. 28 y siguientes.
- ²⁴⁷ Soler, S. Derecho Penal Argentino IV, Atualizador Manuel Bayala Basombrio. Bs. As. Tea Pág. 299.
- ²⁴⁸ Código Penal de la República Argentina. Legislación complementaria. Librería El Foro. Edición actualizada. Art. 189 bis. Pág. 45/46.

-
- ²⁴⁹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 107.
- ²⁵⁰ Donna, E., Erbetta, D., Salduna, M., Lurati, C., Goerner, G., Abraldes, S., “Reformas Penales” coordinador Edgardo A. Donna. Bs. As. Rubinzal Culzoni. Pág. 213 y siguientes.
- ²⁵¹ Cfr. <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=28066>
- ²⁵² Decreto 395/1975 Op. Cit. Pág. 28.
- ²⁵³ Decreto 395/1975 Op. Cit. Pág. 28.
- ²⁵⁴ Cfr. Creus, C. Derecho Penal. Parte Especial, T. 2, Bs. As. Astrea, Pág. 30.
- ²⁵⁵ Cfr. Molinario, A. Los delitos, T. III, Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Bs. As. Tea, Pág. 71.
- ²⁵⁶ Donna, E., Erbetta, D., Salduna, M., Lurati, C., Goerner, G., Abraldes, S., “Reformas Penales” coordinador Edgardo A. Donna. Bs. As. Rubinzal Culzoni. Pág. 220/221.
- ²⁵⁷ Según artículo 125 del Decreto N° 395/75 Op. Cit. Pág. 28.
- ²⁵⁸ Zeus, Revista N° 13, T. 107, Jurisprudencia. Pág. 718/720.
- ²⁵⁹ Cfr. <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=33923#>
- ²⁶⁰ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²⁶¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ²⁶² Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²⁶³ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²⁶⁴ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 22.
- ²⁶⁵ Antecedentes Parlamentarios. Director Carlos J. Colombo Año XI, N° 4 Mayo de 2004. Bs. As. La ley Pág. 845 y siguientes.
- ²⁶⁶ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²⁶⁷ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²⁶⁸ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²⁶⁹ Ley 25.882 Op. Cit. Pág. 10.
- ²⁷⁰ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²⁷¹ Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.
- ²⁷² Código Penal de la República Argentina. Op. Cit. Pág. 21.

BIBLIOGRAFÍA

a) General

Donna, Edgardo A. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II-B Parte Especial, Bs. As. Rubinzal Culzoni. 1999.

Fontán Balestra, Carlos. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V Parte Especial 2º edición actualizada - reimpresión, Bs. As. Abeledo-Perrot. 1994.

Soler, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”, Tomo IV, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Bs. As. Tea. 1997.

Donna, Edgardo A. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II Parte Especial, Bs. As. Rubinzal Culzoni. 1999.

b) Específica

Tozzini, Carlos A. “Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia” 2ª edición actualizada, Bs. As. Depalma. 1998.

Donna, Edgardo A. “Delitos contra la propiedad”, Bs. As. Rubinzal Culzoni. 2008.

Larrea, Juan. “Manual de armas y de tiro” 2ª edición aumentada, Bs. As. Universidad. 1984.

Guzmán, Carlos. “Manual de criminalística”, Bs. As. La Rocca. 1987.

Barbero, Natalia; Erbetta, Daniel; Canstisani, María; Gonzalez, Alejandro; Defranco, Gustavo; Lurati, Carina y otros “Reformas Penales II” Director Edgardo A. Donna, Bs. As. Rubinzal Culzoni. 2007.

Donna, Edgardo A. “Reformas penales actualizadas”, Bs. As. Rubinzal Culzoni. 2006.

Molinario, Alfredo. “Los Delitos” Tomo II, Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Bs. As. Tea. 2002.

Frank, Jorge L. “Legítima defensa con armas de fuego” Volumen III, Bs. As. Ad-Hoc. 1996.

Abraldes, Sandro; Goerner, Gustavo; De la Fuente, Javier; Donna, Edgardo; Piña, Roxana; Erbeta Daniel “Reformas Penales” Coordinador Edgardo A Donna, Bs. As. Rubinzal Culzoni. 2005.

ÍNDICE

Capítulo I

El bien jurídico protegido, evolución histórica y análisis de la ley 25.882.

1. Introducción	10
2. El bien jurídico protegido	10
3. Evolución legislativa del robo con armas	19
4. Análisis de la ley 25.882	21
4.1. Antecedentes parlamentarios	22
5. Concepto de armas	26
5.1. Armas blancas	28
5.2. Armas de fuego	28
5.3. Armas de lanzamiento	31
5.4. Otro tipo de armas	32
6. Armas de fuego como agravante	33

Capítulo II

Relación con el artículo 41 bis del Código Penal, aptitud para el disparo y vulneración del beneficio de la duda.

1. Introducción	38
2. Relación con el artículo 41 bis del Código Penal	38
3. Aptitud para el disparo	43
4. Carga probatoria	45
5. Constitución de un arma de fuego	48
6. Munición	54
6.1. Cartucho	55
7. Funcionamiento de algunas armas de fuego	58
8. Determinación de la aptitud para el disparo	63
8.1. Fallas más comunes en el funcionamiento	64
9. Prueba del uso de armas en el robo	66
10. Vulneración del beneficio de la duda	67

Capítulo III

Arma de utilería, fundamento de las agravantes y arma inepta.

1.	Introducción	70
2.	Arma de utilería	70
3.	Efectos de la reforma	75
4.	Fundamento de las agravantes	81
5.	Arma inepta para el disparo	88

Capítulo IV

Falsa arma, arma descargada, legítima defensa y utilización e las armas.

1.	Introducción	94
2.	Falsa arma	94
3.	Arma descargada	95
4.	Legítima defensa	101
5.	Utilización de las armas	105
5.1.	Tenencia y portación de arma de fuego	107
5.1.1.	Tenencia ilegal de arma de fuego	108
5.1.1.1.	La tenencia	108
5.1.1.2.	La falta de autorización	110
5.1.2.	Portación ilegal de arma de fuego	111
5.1.2.1.	Concepto de portación	111
5.1.2.2.	La falta de autorización	112
6.	Conclusión	115
	Propuesta	117
	Anexo I	119
	Bibliografía	166
	Índice	168