

El concepto de “arma impropia” como artilugio punitivo

Andrés M. Zelasco¹

Resumen: La columna analiza el concepto de “arma impropia” a la luz de diversos principios constitucionales, para determinar si se trata de una construcción dogmática compatible con el Estado Constitucional de Derecho.

Palabras clave: Robo con armas – arma impropia – principio de legalidad – principio republicano de gobierno – derecho penal mínimo

Introducción

El Código Penal de la Nación castiga, en su artículo 166 inciso 2, diversos supuestos de robo con armas. Se encuentra separado en tres párrafos distintos, que disponen que:

“se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiere tenerse de ningún modo acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión”.

Como se observa, de la letra de la ley no surge ninguna diferenciación entre armas “propias” y “armas impropias”, sino que únicamente se hace referencia al concepto de armas, distinguiendo sólo si son de fuego y, en este último caso, si su aptitud para el disparo pudo o no tenerse por acreditada.

Sin embargo, parte de la doctrina y de la jurisprudencia han intentado construir, de modo pretoriano, el concepto de “arma impropia” como una forma de subsumir, dentro de las figuras agravadas transcriptas más arriba, supuestos en los cuales el ofensor no utiliza un objeto creado con el fin de atacar o de defenderse – que denominan “armas propias” – sino también cualquier elemento que, si bien de naturaleza distinta y creado con otro fin, puede aumentar la capacidad agresiva del autor.

Por todos viene al caso citar a Donna, para quien las armas impropias deben ser merituadas como agravantes, sosteniendo que *“son aquellos objetos que, sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diverso destino, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona”*.²

Por su parte, desde la jurisprudencia, la Cámara Nacional de Casación Penal ha sostenido, por ejemplo, que una botella de

¹ Abogado y Especialista en Derecho Penal – UBA | Especialista en Teoría del Delito – Universidad de Salamanca, España | Maestrando en Derecho Penal – UBA.

² DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*, 2da. edición actualizada, 1ra. reimpresión, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni Editores, 2008, página 211.

vidrio cortada debe ser tenida como arma en los términos del art. 166 inciso 2 del Código Penal, entendiéndose también que lo constitutivo del agravante es su capacidad de aumentar el poder ofensivo del agente, con mayor grado de peligro para la vida, la integridad física o la salud de la víctima.³

Sentado lo anterior, a lo largo del presente intentaremos demostrar que esta creación dogmática de la figura de “arma impropia” resulta un intento por aumentar el poder punitivo del estado que es absolutamente incompatible con el principio de legalidad, y en particular con el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa de la ley penal, que deriva de aquel.

También vulnera la prohibición de analogía en contra del imputado, y el principio *pro homine*, maximizando el derecho penal más allá de los límites tolerables en un Estado Constitucional de Derecho.

Por otra parte, como veremos, el legislador ha previsto aumentar la escala penal del delito de robo para aquellos casos en los cuales – entre otros supuestos – el autor se valga de la utilización de armas. Como veremos más abajo, aquellas son solamente los elementos creados con el fin de atacar o defenderse. No se ha previsto mayor castigo para los casos en los cuales se utiliza una botella de vidrio o, por nombrar otro ejemplo tratado en la jurisprudencia, un destornillador⁴. Esos casos no pueden ser tipificados como robo con armas, bajo la utilización del eufemismo de “arma

impropia”, sin vulnerar el principio republicano de gobierno.

Por último, mencionaremos el principio de derecho penal mínimo y su relación con la función limitadora del derecho penal, cuyo rol es el de minimizar la violencia en la sociedad, y no puede tolerar que se apliquen mayores castigos a los establecidos en base a interpretaciones ampliatorias del poder punitivo.

Del principio de legalidad

El principio de legalidad constituye un límite fundamental a la potestad de castigar del Estado y está previsto expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Se expresa bajo el axioma “*nullum crimen sine lege*” y prescribe que para que una conducta configure delito debe estar tipificada expresamente como tal con anterioridad al hecho. A su vez, dicha tipificación debe haberse realizado mediante una ley formal, escrita y estricta, que no deje lugar a dudas respecto de qué conductas se castigan y cuáles quedan por fuera de la persecución estatal.

Este último es el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa de la ley penal, que ha sido enunciado por la doctrina como aquel en virtud del cual la norma penal debe ser creada por el legislador “*en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible*”⁵, a la vez que, a la hora de interpretarse el contenido de las palabras, debe estarse a “*la forma más limitativa de la criminalización*”⁶.

Sentado aquello, huelga recordar que toda norma – incluidas las penales – deben ser

³ CNCCC, Sala I, causa CCC 31287/2014, “Cordero”, reg. nro. 605/2015.

⁴ CNCP, Sala III, causa nro. 12.506, “Vargas, Pablo Sebastián”, reg. nro. 1746/10.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General. 2da. edición, 3ra. reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 2014, página 116.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*, ob. cit., página 119.

analizadas a la luz de los principios constitucionales. El artículo 166 inciso 2 del código penal no es una excepción.

Ahora bien, la norma penal aludida hace referencia, en lo que aquí interesa, únicamente al concepto de “arma”. En consecuencia, siempre desde la base del principio de legalidad y de máxima taxatividad legal e interpretativa, debemos dilucidar qué contenido tiene la palabra “arma” y qué elementos incluye.

Para ello resulta adecuado recurrir al criterio asentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes⁷, en virtud del cual la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y cuando esta no exige esfuerzo de interpretación, debe ser aplicada directamente.

Así las cosas, cuando recurrimos al diccionario de la Real Academia Española, vemos que “arma” es todo *“instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse”*. Ciertamente, podrían incluirse en esa definición sin mayor esfuerzo un revólver, una escopeta, o un sable, pero no así una botella de vidrio cortada ni un destornillador. Estos últimos no son elementos que hayan sido creados con el destino de atacar o defenderse.

En aplicación del principio constitucional mencionado, aquellos elementos deben descartarse de plano. Lo contrario implicaría exceder el sentido literal de la norma, incurriendo en una analogía prohibida por ser realizada in *malam partem*⁸, es decir, en perjuicio del acusado.

Al respecto, debe recordarse que “*el principio de máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía in malam partem*” y que cuando se pretende completar la norma penal “*en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena (...) este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídica del derecho penal, porque la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra*”⁹ – énfasis agregado.

Pero en adición a lo dicho, es la propia categorización de armas como “impropias” la que reconoce la existencia necesaria de “armas propias” para que pueda hacerse esa distinción. Si profundizamos en esa línea, advertiremos fácilmente que si existen armas en sentido “propio” es porque los otros elementos no son verdaderas armas por más de que, por vía de analogía – prohibida – se las intente hacer pasar como tales.

Por último, en cuanto a este acápite, vale mencionar que la exclusión de las “armas impropias” es también la solución que más se compadece con el principio pro homine, es decir, aquel que impone que, en caso de duda, deba decidirse siempre en favor de la solución más garantizadora de derechos hacia el ser humano.

Si bien lo dicho hasta aquí sería suficiente para dejar de lado el artilugio punitivo de las “armas impropias”, hay todavía más razones que van en la misma dirección, y que también tienen basamento en principios constitucionales. Veamos.

⁷ CSJN, Fallos 319:2617 y 343:625, entre otros.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*, ob. cit., página 117.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*, ob. cit., página 118.

Del principio republicano de gobierno

El artículo 1 de la Constitución Nacional prevé el principio republicano de gobierno, en virtud del cual el Estado argentino se organiza bajo la forma representativa, republicana y federal.

De ahí se deriva la separación de poderes en el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Cada uno con facultades propias e independientes, que no pueden ser subrogadas por unos u otros.

Con relación al tema aquí debatido, se vuelve necesario poner de resalto que la creación pretoriana por parte de jueces y juristas del concepto de “arma impropia” para agravar supuestos de hecho no contemplados por la norma penal implica disponerse a transitar el peligroso camino de permitir que sean aquéllos, y no los miembros del poder legislativo¹⁰, quienes arrogándose su función definan los alcances y el contenido de la política criminal.

Es necesario insistir en cuanto a que el legislador ha decidido, conscientemente, agravar los robos en caso de que el sujeto activo recurra a la utilización de “armas”. No ha sancionado una norma que incluya en el agravante a “todo elemento que pueda aumentar el poder ofensivo” de quien la utiliza.

Por más de que a algunos autores del ámbito del derecho pueda parecerles desacertado, ha sido ése, y no otro, el mandato de los representantes del pueblo, que son los únicos encargados de definir qué

conductas puede castigarse, de qué modo y con qué intensidad.

En este sentido, no puede perderse de vista que *“la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal que de ellos emana, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución. La CN no admite que la doctrina, la jurisprudencia ni la costumbre puedan habilitar poder punitivo”*¹¹ – el resaltado me pertenece.

En este estado de cosas, debe recordarse también que es jurisprudencia consolidada del Máximo Tribunal que *“las leyes deben interpretarse evitando suponer la inconsecuencia, la falta de previsión o la omisión involuntaria del legislador; de ahí que cuando la ley emplea determinados términos y omite, en un caso concreto, hacer referencia a un aspecto, la regla más segura de interpretación es que esos términos no son superfluos, sino que su inclusión se ha realizado con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador”*¹² – el destacado no es del original.

En el caso del artículo 166 inciso 2do. del Código Penal, el legislador ha omitido expresa y voluntariamente, y así debe ser interpretada su decisión, castigar como una circunstancia agravante la utilización de lo que en doctrina se ha decidido llamar “armas impropias”.

No corresponde a los operadores judiciales alzarse contra esa decisión legislativa. Permitirlo pondría en jaque el sistema de frenos y contrapesos establecido por los constituyentes en el artículo 1ro. de

¹⁰ c

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*, ob. cit., página 112.

¹² CSJN, Fallos 331:866; 299:167; 321:2453, entre muchos otros.

nuestra Norma Fundamental, cuando adoptaron el sistema republicano de gobierno. Ello abriría la puerta a la más peligrosa discrecionalidad judicial, pues serían los magistrados los que podrían decidir, según su propio criterio y dejando de lado la voluntad legislativa, el contenido y los alcances de las normas penales, pudiendo definir respecto de la figura bajo análisis en qué casos un elemento cualquiera podría ser subsumido como agravante, en virtud de su “poder ofensivo”.

Derecho penal mínimo

En adición a lo expuesto hasta aquí, viene al caso también hacer referencia al principio de derecho penal mínimo, como un norte a seguir de modo permanente en la administración y aplicación del castigo estatal.

A lo largo de la historia siempre ha existido poder punitivo. Hasta hace no mucho tiempo hemos recurrido a los más aberrantes métodos de castigo, sin atender a ningún tipo de límite e incurriendo en penas crueles, inhumanas y degradantes.

El derecho penal, como expresión del Estado liberal que viene a traer racionalidad de la mano de la ilustración, no puede sino estar dirigido a contener el poder punitivo, a acotarlo, y minimizar lo más que se pueda la violencia existente en la sociedad – ya sea entre ciudadanos en la relación ofensa-venganza¹³, o bien aquella ejercida desde el aparato gubernamental.

No puede haber dudas respecto a que la imposición de una pena es un acto de

violencia, de carácter aflictivo y coercitivo¹⁴, por más de que sea el Estado quien lo realiza.

En consecuencia, es esa finalidad de disminución de la violencia la que impone también estar siempre a la interpretación que más condicione y limite la aplicación de sanciones penales. Así, en palabras de Ferrajoli, en virtud del derecho penal mínimo “*resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos*”.¹⁵

No puede entonces intentarse, por vía de interpretaciones extensivas, ampliar el poder punitivo estatal, para aplicar mayores penas. O, lo que es lo mismo, para ejercer una mayor violencia por parte del Estado.

En consecuencia, también por respeto al principio de derecho penal mínimo, debe descartarse la posibilidad de subsumir dentro del agravante del artículo 166 inciso 2 del Código Penal a aquellos casos en los cuales el autor recurre a la utilización de un elemento cualquiera, que por más de que pueda aumentar su poder ofensivo, no ha sido creado con el destino específico de atacar o de defenderse.

Conclusión

En función de lo desarrollado hasta aquí, estamos en condiciones de afirmar las siguientes conclusiones.

En primer lugar, es en respeto del principio de legalidad y del de máxima taxatividad legal e interpretativa, que “arma” solo puede ser aquella que califica como tal según los límites de la lengua castellana. Toda construcción dogmática que lleve a exceder

¹³ Ver FERRAJOLI, Luigi, «El Derecho penal mínimo», en *Prevención y teoría de la pena*, 25–48. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, página 39.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, página 95.

su significado literal, *“ignora, por completo, los límites constitucionales al poder punitivo”*.¹⁶

Además de ello, cualquier creación pretoriana por parte de la doctrina y la jurisprudencia abre la puerta a la más peligrosa arbitrariedad judicial, pues los magistrados estarían arrogándose funciones legislativas.

En todo caso, si se pretende agravar esas conductas, debería optarse por emprender una modificación del código penal, para incluir una nueva categoría agravante que castigue más severamente los robos cometidos con elementos que, sin ser un arma, puedan ser utilizados para aumentar el poder ofensivo del agente.

Hasta que ello suceda, no puede ser tarea de los juristas la de suplantar a los legisladores, en la intención de abarcar un mayor universo de conductas dentro de la escala penal agravada. Menos aún, cuando al hacerlo violan principios constitucionales, como ocurre en el presente.

Por último, es también el principio de derecho penal mínimo como modelo de derecho penal que disminuya la violencia el que prohíbe las interpretaciones extensivas y ampliatorias del poder punitivo.

En síntesis, al menos en el actual estado de cosas, corresponde dejar de lado el concepto de “arma impropia” y aplicar, para todos aquellos casos en los que el sujeto activo no utilice un arma – como vimos, un elemento creado con el destino de atacar o de defenderse –, la figura del robo simple, prevista en el artículo 164 del Código Penal de la Nación.

¹⁶ VITALE, G. L., “Los Robos Agravados del art. 166 del Código Penal”, en NIÑO, Luis F. (director),

Delitos contra la propiedad. Tomo I, 1ra. edición, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011, página 138.