

ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS"

"Aportes para su interpretación"

Por: Bernardo Daniel Bibel

Año 2003

INDICE

I. CONSIDERACIONES PREVIAS _____

II. DIVERSAS INTERPRETACIONES DEL VOCABLO ARMA

II.A. Definición del concepto arma

II.A.1. Su consideración en la doctrina

II.A.2. Diversas clasificaciones de armas

II.A.3. Armas de fuego

III. TRATAMIENTO Y EVOLUCION LEGISLATIVA DEL

DELITO DE ROBO AGRAVADO POR EL USO DE

ARMAS

III.A. Motivaciones político-criminales para la
Composicion de la figura penal

III. B. Referencias Parlamentarias

III.B.1.Antecedentes en la Legislación
Nacional

IV. EXAMEN DE LA FIGURA PENAL: ROBO AGRAVADO

POR EL USO DE ARMAS

IV.A.Razón de ser de la agravante

IV.B. Arma de fuego, falsa, inútil o
descargada

IV.C. Caso especial: Arma de juguete

V.ANÁLISIS DEL TIPO PENAL EN

EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

Consideraciones Previas:

Es un tema recurrente en nuestros días la preocupación que genera la utilización de armas como modo comisivo del delito de robo.- Muy especialmente en la doctrina, nacional y extranjera , así como en los anales de jurisprudencia he procurado hallar la fuente de análisis del tema en cuestión.

El tema abordado ha adquirido notable interés en la sociedad en los últimos tiempos. Desde hace varias décadas el delito de Robo agravado por el uso de armas ha recibido un tratamiento legislativo que ha provocado diferentes modificaciones a su encuadre típico.-

Y el punto reside justamente en distinguir y valorar los distintos casos en que el delito de marras es cometido con armas -utilizándola o portándola.-

Debemos preguntarnos aquí ¿es necesario el efectivo "uso" del arma para tenerse por configurado el delito de robo agravado por el uso de armas?

Parte de la doctrina española y argentina entiende que solo basta su posesión, mientras que otros autores sostienen que "se agrava cuando ha sido

cometido con armas", constituyendo esta una forma de violencia en la comisión del delito.-

Analizaré, además la utilización de armas propias cuanto las impropias, definiéndolas y describiendo casos en que se utiliza objetos que en apariencia no revisten la calidad de arma.

Señalaré la importancia de la aptitud intimidante del arma (con independencia de su poder vulnerante) introduciéndome en el análisis de las tesis subjetiva o objetiva que se aplican en el caso.

Clasificaré los distintos tipos de armas, definiéndolas y por último el analisis del tipo penal en el codigo penal español.-

II. A. Definición del concepto arma

II. A.1. Su consideración en la doctrina

II. A.2. Diversas clasificaciones de armas

II. A.3. Armas de fuego

II. A. Definición del concepto arma:

La divergencia acerca del concepto de "arma" es jurídica y no practica, al mismo tiempo más gramatical que practica., pues para el diccionario de la lengua española es: "instrumento destinado a ofender o defenderse". Ha sido definido como "todo instrumento destinado al ataque o la defensa"¹. Mientras que en la sociedad por vía de simbolismos es amplio su significado a punto tal que a veces se entiende "arma", cualquier medio que posibilite la obtención de un fin, aunque comúnmente su significado más correcto y simple

¹ Manuel Osorio, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Ed. Heliasta, 1982, pag.64.

sea el de: "todo adminículo fabricado para herir o matar".-

En el ámbito jurídico la cuestión no es tan sencilla desde que el concepto debe acomodarse a la ley, puesto que esta no indica que es un arma, ya que la presupone conocida. De allí que las limitaciones o extensiones interpretativas hicieron variar su sentido, aunque a través de detalles que por cierto, no dejan de tener importancia, máxime cuando ellos pueden incidir en la decisión de un caso, sea por la condena o por la absolución.-

Para que un objeto sea arma, no es necesario que esté destinado para matar específicamente, pues arma, en los términos de nuestro Código Penal, es todo elemento que aumente la capacidad ofensiva por parte del sujeto activo.-

En el sentido de la ley, es todo objeto "apto para matar u ofender". Es la formula con la que lo definen los códigos belga y francés.²-

² Octavio Gonzalez Roura, "Derecho Penal", parte especial, TIII, Ed.Valerio Abeledo, 1922, pag.189.

No hay dudas que habrá casos en los que ciertos instrumentos ofensivos, como una cortaplumas, un látigo o un rebenque, u otro análogo de uso personal y corriente, no podrán ser catalogados en la categoría de armas.-

Será considerada arma, entonces, todo objeto con poder ofensivo suficiente, cuando por las circunstancias de ocasión, naturaleza del mismo, destino, etc. se puede estimar ha sido llevada expresamente para realizar el robo, o que al menos ha sido utilizada con tal fin; apreciación que en cada caso queda librada al juicio de los tribunales.-

Se considera que el concepto de arma es un elemento normativo del tipo, de modo que su concepto debe surgir del orden jurídico, por una parte, teniendo en cuenta el bien protegido. Las normas sobre el punto son variadas, pero esto no debe llevar a dar un concepto caprichoso de lo que debe entenderse por arma. Por eso ha sido necesario buscar un criterio objetivo de que se entiende por arma.-

La ley 20.429, de armas y explosivos, y sus decretos reglamentarios, llevan a que debe reservarse lo que se entienda por arma a todo objeto

concretamente utilizado en cada caso, que haya creado un peligro real y de efecto inmediato para la víctima, como para haberla llevado a una seria disminución de sus posibilidades de defensa, entendiéndose este peligro ex ante, pero con los conocimientos conocidos ex post.-

En palabras de Bernardo Rodríguez Palma³ "debe entender por arma todo objeto destinado específicamente a herir o dañar y todos aquellos objetos que de haber sido empleados contra la víctima hubieran podido causar la muerte o grave daño en el cuerpo o la salud de la misma.-

II. A.1. Su consideración en la doctrina:

El tema es determinar si desde el punto de vista conceptual el "arma" en el sentido jurídico de la agravante del tipo penal de robo coincide con el concepto popular que de tal instrumento se posee y qué

³ Bernardo J. Rodríguez Palma, "El concepto de arma en el delito de robo", en J.A.-Doctrina, serie contemporánea, 1972, p.874.

efecto causa en el sujeto pasivo de la relacion delictual habida cuenta que el hombre, como ser gregario que es, se maneja con significados sociales corrientes en vigencia, sin poner atención en lo que ellos, jurídica o científicamente, representan.- La cita legal (artículo 166 inciso 2° del código penal), como se ha dicho, agrava el robo "si se cometiere con armas".

Rivarola⁴ entendió que los términos "con armas", parecen referirse- como en el código español⁵ a la simple posesión de armas y agrega (cuando se refiere a la violación o intimidación, en las personas) que : " hubiera sido más acertado recordar que ni la intimidación ni la violencia pueden resultar del hecho de tener armas ocultas.

Lo que Rivarola afirma, en síntesis, es que la figura penal encuentra su agravante en el hecho que el delito ha sido cometido "con armas", de modo que

⁴ Rodolfo Rivarola "Exposicion y Critica"; Ed. Felix Lajouanne, Bs. As., 1890, T.II, nº766, p.295.

⁵ Artículo 242: ...2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

constituyan un modo de violencia en la ejecución del delito.

Ello ocurre cuando el arma ha sido usada o blandida por el mismo autor del apoderamiento o por su coautor, porque el efecto intimidatorio es el mismo,

Es, entonces, necesario haber utilizado las armas para cometer el robo, sea físicamente, sea blandiéndolas, como amenaza; lo que importa es que exista relación entre el uso del arma como medio violento o intimidatorio y el apoderamiento como fin.

En contraria opinión se halla Eusebio Gomez⁶ quien al referirse al Código Penal sostiene que es defensista y estatuye las penas teniendo en cuenta la peligrosidad del delincuente "peligrosidad que se pone de manifiesto cuando el autor lleva armas consigo", afirma textualmente; considerándose suficiente la portación de armas para agravar el robo ante la mayor peligrosidad que ello revela.

⁶ "Tratado de Derecho Penal", T IV, nº 134, pag. 154.

Por su parte el autor Fontan Balestra⁷ sostiene que la reflexión del autor Rivarola es lógica puesto que el hecho delictuoso se agrava porque el robo ha sido cometido con armas, constituyendo a esa forma un modo de violencia en la ejecución del delito.-

En definitiva, continua diciendo Fontán Balestra: "es necesario haber utilizado las armas para cometer el robo, sea físicamente, sea blandiéndolas como amenaza; lo que importa es que exista relación entre el uso de armas como medio violento o intimidatorio y el apoderamiento como fin". Carlos Creus⁸, en tanto, separa dos aspectos como base de la calificación por un lado el mayor poder intimidante del arma y por otro el peligro que constituye para el agraviado la utilización del arma por parte del agente.-

II. A.2. Diversas clasificaciones de armas:

⁷ Carlos Fontan Balestra "Tratado de Derecho Penal tomo V, parte especial, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pag.556

⁸ Carlos Creas, "Derecho Penal, Parte General", 4º Edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1996

Las armas pueden clasificarse, según el doctrinario Donna⁹, en: a) propias e b)impropias.

a) Armas propias: son aquellos instrumentos que han sido fabricados ex profeso para ser empleados en la agresión o defensa de las personas.

Este grupo comprende:

1) Armas de fuego: instrumentos de dimensiones y formas diversas, compuestos por un conjunto de elementos mecánicos que con un funcionamiento normal y armónico entre sí, resultan aptos para el lanzamiento de distancia de diversos cuerpos, llamados proyectiles, aprovechando la fuerza expansiva de los gases que se desprenden al momento de la deflagración de un compuesto químico llamado pólvora, con producción de un estallido de gran potencia, fuerza, dirección y precisión.-

Han recibido este nombre por el fuego que se desprende al ser percutido el fulminante. En general los elementos fundamentales constitutivos de un arma de

⁹Edgardo Alberto Donna "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD", Colección AUTORES DE DERECHO PENAL, dirigida por Edgardo Alberto Donna; Editada por Rubinzal-Culzoni, 2001, pag. 160.-

fuego son: el armazón, el cañón o tubo, el aparato de puntería, el mecanismo de carga, el mecanismo de cierre, el mecanismo de disparo, el mecanismo de extracción y expulsión, el mecanismo de seguridad, las municiones y los accesorios.-

2) Armas blancas: son las ofensivas de hoja metálica punzante o cortante, como los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase, los cuchillos acanalados, estriados o perforados, dagas, espadas y las navajas llamadas automáticas.-

Se incluyen también en el concepto de armas propias, todas aquellas cuyo destino sea ofender a las personas y aquellas cuyo uso ha sido prohibido por la ley, y se asimila a las armas explosivas, gases asfixiantes y lacrimógenos.

b) Las armas impropias son aquellos objetos que sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diversos destinos, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona.

No es necesario que el objeto se asemeje a un arma, sino que cumpla la función de potencializar

la capacidad ofensiva del sujeto activo, una lapicera, utilizada a modo de cortaplumas, puede ser tomada como arma impropia. Asimismo una rama de árbol utilizada como garrote.- Es decir que será arma impropia todo elemento capaz de disminuir la capacidad defensiva del sujeto pasivo de manera que al sujeto activo le sea posible efectuar el desapoderamiento habida cuenta de la menor defensa de la víctima, ya sean navajas, cuchillos. Hasta incluso, agrega Donna "se ha llegado a aceptar como arma la utilización de una jeringa conteniendo el virus de HIV".

Entonces, se deben considerar armas impropias todos los instrumentos punzantes, aún cuando no hayan sido originariamente fabricados con el fin de servir propiamente como armas, toda vez que lo decisivo, desde un punto de vista teleológico, no es la finalidad con la que se construyó el instrumento, sino el peligro que de su uso se deriva y el aumento del poder coactivo de la acción, pudiendo hasta una piedra puede ser considerada arma impropia.

Tozzini¹⁰ , por su parte, entiende que la introducción del concepto de armas impropias termina por vulnerar el principio de legalidad, al introducir un concepto extensivo, por analógicos, como asimismo el de certeza jurídica, al desdibujar el entorno lo más preciso posible que debe otorgarse a todo elemento del tipo penal, mediante distinciones que no aparecen como surgidas de un análisis sistemáticos del código.

Nuestro código, cuando agrava la pena del robo cometido con armas, se refiere tanto a las armas propias como a las impropias, y así lo ha entendido a toda la doctrina.-

Ricardo Juan Caballero¹¹, apunta que el proyecto Tejedor definía el arma como "todo instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida, pero en la nota, como resumen de los textos antiguos, considera que el arma tenía su carácter, no tanto por la materia

¹⁰ Carlos Tozzini, "LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO en la Legislación, la Doctrina y la Jurisprudencia", 2º Edición actualizada, Ed. Lexis Nexis Depalma, Bs. As, 2002, pag. 295 y ss.

¹¹ Ricardo Juan Caballero, "Sobre el delito de robo agravado por el uso de armas", en LL, 1981-A, Sección Doctrina, p.774 y ss.

que la forma, como la del uso a la que se la destina, todo lo que se puede dañar: "*omne quod nocendi causa habetur*": todos los objetos con los cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas.-

El Dr. Alejandro W. Slokar, al referirse a las armas de fuego, esboza una clasificación que surge, según refiere en su elaboración doctrinal¹², del artículo tercero del decreto 395/75 (B.O. del 3/3/75) que reglamenta parcialmente el Decreto-Ley n°20.429/73 (Ley Nacional de Armas y Explosivos B.O. del 5/7/73), estableciendo las siguientes distinciones en los diferentes apartados:

Arma portátil: Es el arma de fuego o de lanzamiento que puede normalmente ser transportada y empleada por un hombre sin ayuda animal, mecánica o de otra persona.-

Arma no portátil: Es el arma de fuego o de lanzamiento que no puede normalmente ser transportada y empleada por un hombre sin la ayuda animal, mecánica o de otra persona.-

¹² "Codigo Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", AAVV, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2002, pag. 95 y ss.

Arma de puño o corta: Es el arma de fuego portátil diseñada para ser empleada normalmente utilizando una sola mano, sin ser apoyada en otra parte del cuerpo.-

Arma de hombro o larga: Es el arma de fuego portátil que para su empleo normal requiere estar apoyada en el hombro del tirador y el uso de ambas manos.-

Arma de carga de tiro a tiro: Es el arma de fuego en la que el ciclo de carga y descarga de la recámara se efectúa mecánicamente por acción de tirador, estando acumulados los proyectiles de un almacén cargador.-

Arma de repetición: Es el arma de fuego en la que el ciclo de carga y descarga de la recámara se efectúa mecánicamente por acción del tirador, estando acumulados los proyectiles en un almacén cargador.-

Arma Semiautomática: Es el arma de fuego en la que es necesario oprimir el disparador para cada disparo y en la que el ciclo de carga y descarga se efectúa sin la intervención del disparador.-

Arma Automática: Es el arma de fuego en la que manteniendo oprimido el disparador, se produce mas de un disparo en forma continua.-

Es dable citar la clasificación que propone Bernardo Jorge Rodríguez Palma¹³ haciéndose así un replanteo sobre lo que debe entenderse por arma:

Aclara el autor Rodriguez Palma¹⁴ que se considera armas defensivas a los escudos, corazas, cascos, entre otros.-

Por armas propias entiende el autor que se trata de aquellas destinadas específicamente a herir o dañar. Las mismas se dividen en armas de fuego, que son las que funcionan por expansión de los gases de una sustancia explosiva que impulsa el proyectil; de disparo, tales como el arco, ballesta, fusiles de aire comprimido; blancas (espadas, sables); arrojadizas; contundentes. Entre las de fuego distingue las de guerra y las de uso civil.-

¹³ Bernardo J. Rodriguez Palma, "El concepto de arma en el delito de robo", en J.A.-Doctrina, serie contemporanea, 1972, p.872 y ss.

¹⁴ Bernardo J. Rodriguez Palma, "El concepto de arma en el delito de robo", en J.A.-Doctrina, serie contemporanea, 1972, p.872 y ss.

Por armas impropias tiene a aquellos objetos que son transformados en armas por el empleo que se hace de ellos.

		De guerra
	Propia	De fuego
		De uso civil
ARMA		De disparo
	Impropia	Otras

Sostiene el escritor Rodríguez Palma que sin embargo en el caso particular de las de fuego puede suceder que el arma empleada para intimidar sea inútil para disparar, ya sea por su estado, por encontrarse descompuesto el mecanismo, etc., o que se emplee al mismo fin un juguete que imite un arma. No cabe duda que si ello sucede en un apoderamiento, se estará en presencia de un robo con violencia en las personas, porque basta que

la víctima sea lo que lo amenaza un arma, para que quede a merced del delincuente, intimidada¹⁵.-

En cambio, en el caso del robo calificado- artículo 166 inciso segundo del Código Penal- no ocurre lo mismo. Es decir que si se trata del empleo de armas inservibles o de juguete es suficiente para poder encuadrar el ilegítimo apoderamiento como robo, no es bastante para calificar ese hecho en los términos del inciso citado. Ello porque la razón de la agravante es el peligro personal corrido por la víctima, lo que no puede decirse que haya ocurrido si la amenaza se ha efectuado con un arma inútil como tal o de juguete.- Y continúa: si un arma no funciona, no puede considerarse propia, porque no cumple con su destino específico, lo mismo ocurre con las de juguete.

Armas, seguramente, pueden intimidar, pero ninguna de las dos crea peligro para la víctima. Por otra parte no puede decirse que un arma propia inútil puede transformarse en impropia, salvo que se la

¹⁵ Bernardo J. Rodríguez Palma, "El concepto de arma en el delito de robo", en J.A.- Doctrina, serie contemporánea, 1972, p.873

esgrima de tal manera que pueda considerársela así (Ejemplo: aplicando con ella un culatazo).-¹⁶

En el caso de las impropias debe extremarse el cuidado de la determinación del carácter de arma. Evidentemente en la amplia gama de las armas impropias habrá alguna de mayor poder vulnerante que otras y ello no solo por su configuración, sino también por el modo como se las emplee en el caso concreto. Y solo es posible equiparar a las propias los elementos que puedan ser usados en un momento determinado con un poder vulnerante similar al de aquellas.

Culmina Rodríguez Palma, sosteniendo que: *"En definitiva puede decirse que será considerada arma impropia aquella que en el caso concreto puedan ser empleadas por el sujeto de manera tal que hubieren podido causar la muerte o grave daño en el cuerpo o la salud del sujeto pasivo"*¹⁷

II. A.3. Armas de fuego:

¹⁶ Bernardo J. Rodríguez Palma, "El concepto de arma en el delito de robo", en J.A.-Doctrina, serie contemporánea, 1972, p.872

¹⁷ Bernardo J. Rodríguez Palma, "El concepto de arma en el delito de robo", en J.A.-Doctrina, serie contemporánea, 1972, p.873

Según la Real Academia Española arma de fuego es aquella en que el disparo se verifica mediante la pólvora u otro explosivo¹⁸. La definición legal resulta del art. 3º del Decreto 395 /75 (B.O. 3/3/75) : es aquella que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvora para lanzar un proyectil a distancia. Consecuentemente es arma de fuego aquella que funciona mediante el empleo de pólvora a explosión y por impulsión de proyectil.

Lo medular de la cuestión es determinar si para el derecho penal se da el concepto de "arma" en el artículo 166 inciso 2º (cuando se trata de fuego) bastando con su exhibición tendiente a "intimidar" o es preciso que cuente con proyectiles en condiciones de ser disparados. Sobre el particular los plenarios "Scioscia" y "Costas" han marcado rumbos divergentes en jurisprudencia.-

Se parte de la consideración que el empleo de armas agrava el robo porque disminuye de manera notoria las posibilidades de defensa del agredido, lo neutraliza ante cualquier posible reacción

¹⁸ Diccionario de la lengua española, 22º edición, Madrid, 2002, pag.138.

en ese sentido, resultando irrelevante que el arma de fuego utilizada (auténtica) no sea apta para producir disparos, esta circunstancia no la desmerece ni la descalifica como tal, ya que es razonable y atendible que la víctima en el momento de ser asaltada, no está en condiciones de discernir si el arma con la que se lo está intimidando funciona o no, es decir si sirve o no.-

El arma de fuego no apta para el disparo constituye "arma" a los fines del agravamiento pues cumple con tres requisitos que debe reunir :

- Tiene forma de arma de fuego
- Es ontológicamente arma
- Tiene aptitud intimidatoria

Es factible que el autor (sujeto activo en el hecho delictivo) pueda actuar en conocimiento de la ausencia de proyectiles en el arma, pero ¿qué implicancia puede tener esto para la víctima, quien ignora tal situación, inhibida por el evento que le toca vivir y que le impide conocer la verdadera letalidad del instrumento utilizado?. ¿En esa emergencia tiene capacidad de análisis para determinar

si el arma con la que es encañonado va a ser disparada o no?¿puede discernir si esa arma es operativa en su mecanismo o si tiene los proyectiles pertinentes?.

Todas esas preguntas ponen en evidencia ante el común de la gente y aún ante un experto en armas que quien es apuntado solo ve un arma de fuego y nada más, y que su capacidad intimidatoria se basta por si misma.-

El arma de fuego como medio de agravación en el delito de robo, se sustenta en su sola exhibición dirigida a la obtención del fin, vale decir que, en cualquier situación con o sin proyectiles, se logra el objeto criminoso, pues el dolo del sujeto que actúa con armas se finca también en la impresión paralizante o semiparalizante que provoca su exhibición amenazante.-

III. TRATAMIENTO Y EVOLUCION LEGISLATIVA DEL DELITO DE ROBO AGRAVADO POR EL USO DE

ARMAS

III. A. Motivaciones político- criminales para la
composición de la figura penal.

III. B. Referencias Parlamentarias

III. B. 1. Antecedentes Legislativos

III. A. Motivaciones político- criminales para la
composición de la figura penal:

La exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Honorable Cámara de Diputados del año 1922 recuerda que las instituciones concernientes al robo conservan las disposiciones de los proyectos de 1821 y de 1906¹⁹. A su vez no se innova respecto del código penal de 1886.-

El empleo de armas como medio comisivo especial del robo cobra autonomía del robo en

¹⁹ "Codigo Penal de la Nación Argentina", Edición oficial, p196, Buenos Aires, 1923.

despoblado y en banda, mediante la utilización en el texto legal de la conjunción disyuntiva "o". Esto no era así en la redacción original del Código Penal pues en ese entonces el arma se constituía en elemento agravante cuando el robo se cometía, además, "en despoblado".

La ley 17.567 independizó el robo con armas y tras ser derogada tal reforma por la ley 20.509 del año 1973 fue reimplantada por la ley 20.642 quedando de ese modo el arma incorporada definitivamente como agravante autónoma.-

En su versión original el código solo se refería en sus artículos 166 (incisos 1º y 2º) y 167 al robo cometido en despoblado y en banda, en despoblado y con armas y en lugares poblados y en banda.-

Esta técnica legislativa, en verdad anticuada, no preveía el caso de "ROBO EN POBLADO" y "CON ARMAS".-

Se ha explicado que ello se debía a que se intentaba proteger los casos de robo en despoblado y con armas en lugares alejados de las poblaciones y de paso obligado para los viajeros, penándose estos casos más severamente que otros.

En cambio, luego de la reforma lo que agrava la figura penal es el uso del arma, sea el lugar poblado o despoblado.-

La expresión "con armas" comprende tanto las propias como las impropias, vale decir los que son destinadas al ataque o defensa de las personas, como también los objetos que adquieren tal carácter en razón de su empleo como medio contundente.-

En su inciso segundo el artículo 166 del código penal agrava el robo cuando se cometiere "con armas o en despoblado y en banda "²⁰.-

La primera agravante se dá en razón del medio empleado. La versión de este inciso proviene de la reforma del año 1968, decreto-ley 17.567, que fue derogada por la ley 20.509 de 1973 y nuevamente puesta en vigor por la ley 20.642.

Cabe recordar que el texto original del Código Penal, el artículo 167, en su inciso primero calificaba el robo cuando se cometiere en despoblado "y" con armas, figura que provenía del Código de 1886 (artículo 188 incisos primero); pasó al proyecto de

²⁰ Texto según Ley 20.642, reestablecido por la Ley 23.077.

1891 (artículo 202 inciso primero) y luego a la ley de reformas 4.189 (artículo 22) y sucesivamente a los proyectos de los años 1937 (art.217) y 1960 (art.211 inciso 2º).-

El supuesto del actual del inciso 2º (del art.16 del Código Penal Argentino) comprende el uso de armas por parte del sujeto activo y contra el sujeto pasivo.

Es importante que se aclare que el fundamento de esta agravante se centra en el mayor poder ofensivo que detenta el sujeto activo, que redundaría, por el contrario, en el mayor estado de indefensión de la víctima. Además, se puede afirmar que hay dos razones que se conjugan para intensificar la pena; por un lado el mayor poder intimidante del arma y por otro, el peligro real que constituye para el agraviado la utilización del arma por parte del agente.-

Ante el interrogante si es ¿necesario la simple posesión o el uso del arma?

Por su parte afirma Rodolfo Moreno²¹, -y lleva la razón al justificar la mayor penalidad del ilícito- que "el delincuente que lleva armas no las de carga para dar un paseo, ni para cumplir con deberes sociales. Si las tiene es un con un propósito delictuoso y para usarlas si lo considera preciso. La portación de armas, revela en el sujeto una mayor peligrosidad, demuestra que el hecho ha podido tener consecuencias gravísimas con referencia a las personas y por tanto, la sociedad debe precaverse, tomando mayores precauciones.

Esto pone de manifiesto con toda claridad que el fundamento de la calificante estriba en el peligro corrido por el sujeto pasivo del delito, ello puede deducirse con toda lógica de la misma potencialidad letal o dañosa que encierra el uso de armas, propias o impropias. Y lo importante es que con ello encontramos algo mas que la "vis moral" que ya abastecía la tipicidad objetiva del robo simple(art.164 inciso 2º del Código Penal), hay un plus que va más allá del estado subjetivo de la victima: el objetivo

²¹ "El Código Penal y sus antecedentes", t.V, H.A. Tommasi, editor, Bs. As. 1923.

peligro que corre. Así se justifica plenamente la existencia de la agravante porque hay en juego un nuevo bien jurídico que no estaba contemplado en el tipo básico del robo simple con intimidación, que obviamente no requiere más que el temor de la víctima, aún sin correr peligro.

De modo que el delito de robo agravado del art. 166 inciso segundo del código penal es un delito contra la propiedad y la libertad, pero también un delito de peligro (vida o integridad física), es decir tiene un BIEN JURÍDICO COMPLEJO. Trátase de una hipótesis pluriofensiva, porque si el tipo básico ya importaba un ataque contra la propiedad y la libertad, la utilización del arma genera un peligro para la vida y la integridad física.

El Dr. Carlos Borinsky²² se pregunta si ¿pretende el estado penar muy severamente el robo con armas cualquiera sea el peligro efectivamente corrido por la víctima, emitiendo así un inconfundible mensaje acerca que tal clase de acciones son particularmente

²² "Derecho penal y política judicial (a propósito del robo con armas)", La Ley t.1989-C pag. 537-538

disvaliosas y perturban de un modo intolerable a la comunidad a tal punto que un efectivo y prolongado encarcelamiento debe seguir las ineludiblemente?.

Como respuesta, en el trabajo de investigación citado, invoca Borinsky al autor Welzel²³, quien sostiene que es tarea del derecho penal la tutela de bienes jurídicos mediante la protección de valores ético-sociales elementales de acción.

Y agrega un nuevo interrogante²⁴ ¿el sistema penal considera prudente establecer salvedades y limitar el castigo más severo a los casos en que se demuestre el riesgo cierto a que se vió enfrentada la vida o la integridad física del sujeto pasivo del apoderamiento, poniéndose el acento en el disvalor del resultado?.-

La respuesta en nuestro país se halla en la evolución legislativa de la figura penal, que operó tras los sucesivos cambios de criterio de política

²³ "Derecho Penal Alemán", p.5, 11 ed. Edit. Jurídica de Chile, 1970,(citado por Carlos Borinsky "Derecho penal y política judicial(a propósito de robo con armas)", La Ley t.1989-C, pag.538

²⁴ Carlos Borinsky "Derecho penal y política judicial(a propósito de robo con armas)", La Ley t.1989-C, pag.538

legislativa y judicial. Vemos que en el Código Penal de 1921 la agravante funcionaba cuando existían dos condiciones²⁵ y se atendía a la dificultad de la víctima para recibir auxilio inmediato de terceros o para el amparo mutuo.- Como detalle se resalta que la pena mínima para el delito de marras era de un mes, puesto que el código penal, para el caso de la comisión de un ilícito penal de esa naturaleza lo interpretaba como robo- - se deduce que en lugar poblado- (art.164 del código penal) ²⁶ -

III. B. Referencias Parlamentarias

III. B. 1. Antecedentes Legislativos

²⁵ (art.167 inc. 1º:"...3 a 10 años de reclusión o prisión..."si el delito se cometía"...en despoblado y con armas..."-)

²⁶ "...prisión de 1 mes a seis años..."

El código Penal de Argentina, según la primera parte del artículo 166, establece que el delito de Robo se agrava cuando es cometido con armas. Fue el decreto 4778/63 el que dio autonomía a la figura penal como circunstancia calificante del robo siguiendo el sistema adoptado por diversos códigos extranjeros y entre los proyectos argentinos el de Carlos Tejedor (Libro II, Sección I, Título VIII, párrafos 1,2; 2°).-

Nuestro derecho patrio ofrece invariablemente una constante sobre el punto. Comenzamos por el proyecto Tejedor -que fue legislación positiva en Buenos Aires hasta la sanción del código 1886- al tratar el tema en cuestión su texto dice, expresamente que: "por la palabra armas se entiende todo instrumento por el cual puede inferirse una herida corporal capaz de poner en peligro la vida" (parte II, Libro I, tit. VII, part. I, art.2° inc. 1°). A mayor abundamiento, con la notable claridad del citado jurista, se explica en la nota respectiva que todos los legisladores han considerado el uso y aun la simple

posesion de armas, como una circunstancia agravante de ciertos delitos. Encuentrarse, en efecto, en la posesión del arma o su uso el indicio de una intención mas culpable, que confiere a la accion un carácter mas grave. Era pues importante precisar los objetos que la ley reputa armas, y por eso definimos aquí la palabra tomando este articulo del código de Baviera.

Asimismo el código de 1886 (art.188 inc. 1º) consagró la agravante con la extensión conceptual aludida, lo que también fue mantenido por los proyectos de 1891 y 1906²⁷.-

Resulta claro, pues que en el caso los antecedentes constituyen el contexto historico que otorga una significación precisa a la agravante, al tiempo de sancionarse el codigo penal vigente desde 1922²⁸.-

En su redacción original el Código, como hemos anticipado, la calificante, encontrábase en el articulo 167 inciso 1º del Código Penal junto con la

²⁷ Rodolfo Moreno. " El codigo penal y sus antecedentes", t V, p.145, Ed. Il A Tommasi, Buenos Aires, 1923)

²⁸ Alicia Mouradian V., "El alcance del concepto de arma en el art. 166 inc. 2º del Codigo Penal", en LL 1990-C, p.433 y ss.

realización "en despoblado". El decreto-ley 4778/63 le dio autonomía y la pasó al artículo 166 inciso segundo, donde lo dejó la ley 17.567 y posteriormente la ley 20.642 (adla, XXIII- B, 852; XXVII-C, 2867; XXXIV-A, 138) cuya Exposición de motivos es muy interesante cuando expresa que " se considera que el uso de armas en todos los casos, debe ser merecedor de un más severo castigo por los riesgos que ello importan para la víctima y por su mayor estado de indefensión.- Al discutirse en la Cámara de Diputados el miembro informante de la mayoría recalcó que el proyecto incorporaba una de las máximas agravantes del robo que ocurren cuando se emplean armas, por la mayor peligrosidad de su autor, por la indefensión de la víctima y por la mayor fuerza ofensiva de aquél.²⁹

Tras la sanción, el día 25 de enero de 1974, de la ley 20.642, publicada en el Boletín Oficial del día 29 de ese mismo mes y vigente desde el día 6 de febrero de 1975 se suprimió la recordada frase "y con armas" del inciso 1º del art. 167, reemplazándola por la del art. 166 inc. 2º que quedó así redactado:"...sí

²⁹ Diario de sesiones, 24 y 25 de enero de 1974, p.5563.

el robo se cometiese con armas, o en despoblado y en banda", con lo que la pena del robo agravado - en el caso de valerse de armas- pasó a ser de reclusión o prisión de 5 a 15 años, reforma que hasta nuestros días perdura, siendo conservada la pena mínima y máxima con la sanción de la ley 23.077 (B.O.27/8/84-Adla, XLIV-C, 2535).

IV. ANÁLISIS DE LA FIGURA PENAL: ROBO AGRAVADO

POR EL USO DE ARMAS

IV. A. Razón de ser de la agravante

IV. B. Arma de fuego, falsa, inútil o descargada

IV. C. Caso especial: Arma de juguete

IV. A. Razón de ser de la agravante:

Tanto los teóricos como los prácticos del derecho desde hace tiempo debaten cuáles son las condiciones de aplicación de la regla del art. 166 inciso 2º del Código Penal, que agrava el tipo básico del robo del artículo 164 del mismo código, llevando la pena de 1 mes a 6 años de prisión a 5 a 15 años de reclusión o prisión³⁰.-

La importancia del problema se percibe con claridad si se compara las muy distintas escalas penales, aún cuando los magistrados, interpretes privilegiados de la ley, rara vez destaquen que considerar como robo simple el apoderamiento mediante el uso con arma de juguete o descargada o no apta para cumplir su función o con proyectiles en deficiente estado, conlleva la aplicación de una pena de posible cumplimiento suspendido; ni tampoco llamen la atención sobre el hecho que la consecuencia de la tesis opuesta del robo agravado es el efectivo encarcelamiento del condenado por un mínimo de 5 años, además de la privación de libertad que sufra durante el proceso³¹.-

³⁰ (art. 166 Código Penal inc.º 2...si el robo se cometiere con armas..."

³¹ Carlos Borinsky "DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL"; La Ley , t.1989-C

El del "robo con armas" es otro de los llamados casos difíciles, respecto de los cuales no es necesaria una respuesta judicial concreta, no discrecional, pero que indudablemente estará determinada por factores de índole axiológica, por la valoración de intereses y por consideraciones de política judicial³², lo adviertan los jueces o no, lo expliciten o no en sus sentencias.-

Tal como lo señala Alf Ross³³ 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, 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 lo ha decidido.

La pregunta que normalmente nos hacemos es si las armas deben ser utilizadas en la comisión del

³² Cueto Rua, Julio C., "La jurisprudencia sociológica norteamericana, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Año 1981, Buenos Aires p.53. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.-

³³ Ross, Alf "Sobre el derecho y la justicia. Ps.146 y sigtes. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1963.-

delito o basta, para la aplicación de la calificante, que el ladrón las lleve consigo en ocasión de producirse el hecho, aunque ni siquiera les exhiba.-

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 "llevare armas"(agravante dejado de lado en la reforma de 1995).-

Para Molinario y Aguirre Obarrio 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 la portación de armas evidencia el propósito portador de utilizarlas en forma necesaria. Sancionar como agravante la mera portación, importaría, para estos autores, 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 arbitrariedad³⁴.

En el mismo sentido, Núñez³⁵ explica que, como lo que califica es la comisión de robo con armas, estas 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 solo 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 de un instrumento para la ejecución del robo y es lo que transforma el hurto en robo por la violencia ejercida. De tal modo, dice, "la concurrencia de armas solo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra las personas".

³⁴ Citados por Edgardo Alberto Donna en "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD", Colección AUTORES DE DERECHO PENAL, dirigida por Edgardo Alberto Donna; Editada por Rubinzal-Culzioni, 2001, pag. 164.-

³⁵ Ricardo C. Núñez, Tratado de Derecho Penal, t.IV, Parte Especial, Ed. Lerner Cordoba, 1989

Amplia el concepto Creus³⁶ diciendo que para que se dé el agravante, el robo debe haberse cometido con armas, lo cual trae dos consecuencias: una, que el arma debe haber sido utilizada o empleada por un agente en una efectiva acción violenta o intimidatorio para doblegar o evitar la resistencia de la víctima, y otra, que el arma debe haber sido utilizada en la comisión del hecho, esto es, en la etapa ejecutiva de apoderamiento hasta su consumación, y la utilización del arma con anterioridad a esos actos ejecutivos, o con posterioridad, deja al hecho en la figura básica del artículo 164 del Código Penal.-

Como los casos de robo con violencia en las personas que no sean perpetrados con lo que generalmente se entiende por "arma" son contados, resultará que la casi totalidad de los robos mencionados serán agravados.

Ello parece correcto cuando en el ilícito se han empleado armas de fuego u otras de alto poder

³⁶ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, 4º edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs.As., 1996

vulnerante, pero no siempre lleva a soluciones justas cuando se usan otras armas.-

Es importante recordar que, clásicamente, se entiende por arma, tanto al objeto destinado a herir o dañar (armas propias) como el que eventualmente sea empleado como medio contundente³⁷ es decir, que se da la voz de "arma" a todo aquello capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre.

Interpretar que el tipo calificado del robo con armas previsto en el art.166 inc. 2º del Código Penal excluye a todas las armas que no sean de fuego es una interpretación que no encuentra respaldo en los antecedentes del citado artículo, ni tampoco surge de una adecuación hermenéutica del código penal.

En efecto si se somete al referido código al método de interpretación sistemática se puede advertir que cuando el codificador ha pretendido distinguir las diferentes especies de armas, lo ha hecho expresamente.

³⁷ Núñez, Ricardo C. "Derecho Penal argentino, t 5, p.222; Soler, S."Derecho Penal argentino, t.4, p.267; Gomez, E."Tratado de derecho penal", t.5, p.517; Moreno, R., "El código Penal y sus antecedentes", t.5, p.145; Oderigo, M.A."Codigo penal anotado, nota 786.-

Ello surge claramente de la descripción de los tipos delictivos previstos en el art.104, en cuyo primer párrafo se alude a la acción de disparar el arma de fuego y en el último se configura la agresión con cualquier tipo de arma.

Por el contrario en el art. 166 inc. 2º, el legislador no ha efectuado ninguna distinción, siguiendo la orientación general de los antecedentes ya mencionados.

En consecuencia la expresión "armas" del art. 166 inc. 2º del Cod. Penal comprende no solo las propias - de fuego- sino también las impropias, es decir las específicamente destinadas para el ataque o defensa de las personas y los objetos que adquieren tal carácter por razón de su empleo como medio contundente.

Tal es el alcance que, por otra parte, le ha otorgado a la agravante la doctrina en forma generalizada desde los primeros comentaristas del Código Penal hasta los contemporáneos, al señalar que 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-

Así, es arma un revolver o un puñal fabricados para la defensa o la ofensa, y lo es también un palo, un cuchillo, una piedra, un formón, en una palabra objetos o herramientas que si bien se han elaborado con propósitos distintos a los del uso defensivo, son capaces de dañar.

Es evidente que el arma de fuego cargada y apta para el disparo es "arma" en el sentido del art. 166 inc. 2º del Cod. Penal y que no lo es, por ejemplo, un trozo de vidrio colocado en una ventana, mas pasa a serlo si alguien lo quita de allí para apoyarlo en el cuello de una víctima o para exhibirlo en forma amenazante, puesto que el concepto de arma se integra necesariamente con el peligro real que haya corrido la integridad física del sujeto pasivo, al sentirse intimidado por objeto idóneo para vencer la voluntad de resistencia al apoderamiento de la cosa, al tiempo que aumenta la capacidad vulnerante del autor.

De allí entonces que, en definitiva, cualquier instrumento apto para ofender el físico de una persona, aunque no estuviera especialmente destinado a ese fin, sea considerado arma, puesto que, como ya hemos señalado, el Código Penal no requiere en

el caso una capacidad ofensiva determinada, sino que basta que el instrumento utilizado tenga una evidente potencialidad ofensiva para lesionar a la víctima.

En concordancia con estos principios, la jurisprudencia ha resultado que la acepción del vocablo "arma" - en el contexto de la agravante- desde una òptica rigurosamente jurídica obedece a la caracterización estrictamente funcional -ofensa o defensa- del instrumento que la implica, concepto que involucra a su diversa naturaleza -propia o impropia-

El art. 166 inciso 2º del Código Penal no distingue entre armas ofensivas o defensivas, siendo que las primeras pueden ser armas blancas, armas arrojadizas y armas de fuego. En consecuencia, constituye delito de robo calificado con armas la conducta de quien exhibe un objeto punzante como una sevillana o una navaja o un cuchillo, para lograr amedrentar a la víctima y despojarla de sus efectos personales, dado que el arma blanca posee aptitud para aumentar el poder ofensivo del hombre y crear una situación real de peligro; siendo en la especie lo decisivo si el objeto utilizado aumenta o no la

capacidad vulnerante del individuo, lo que provoca la intimidación requerida por la figura.

Cabe señalar que solamente en contadisimas oportunidades, y a titulo excepcional, algunos fallos han dado acogida favorable a la interpretación restrictiva al declarar que el concepto de arma que califica al robo en el inciso segundo del art. 166 del Còdigo Penal se refiere exclusivamente al arma de fuego y no a toda arma, por lo que toda otra clase de arma o elemento que aumente el poder ofensivo del autor en contra de la victima, encuadraría en la violencia requerida por el tipo del at.164 del referido cuerpo legal.

En un fallo de la Sala III de la Cámara Nacional Criminal y Correccional del 16 de Febrero de 1988, registrado bajo el n°87.957 con voto de uno de sus integrantes, el Dr. Jose Massoni, sostuvo que el procesado de la causa para desapoderar a su víctima, la amedrentó con un cortaplumas que tenia su hoja extraída; no obstante ello afirmó que ello no era óbice para agravar el robo la existencia de la circunstancia apuntada -exhibición de hoja- ya que el instrumento en cuestión fue mostrado con inequívoco sentido

intimidante, resultando insuficiente, para configurar la agravante, que la víctima haya sentido el poder y la amenaza de un posible uso del arma.-

En definitiva la Jurisprudencia no es unánime al expedirse sobre la agravante, pues mientras algunos tribunales entienden que se debe usar, blandir el arma, para otros, el hecho de exhibir ostensiblemente el arma resulta tan significativo como esgrimirla a los efectos de lograr la intimidación de la víctima, toda vez que con la exhibición se aumenta el poder intimidatorio del agresor y el peligro concreto en que se coloca a la víctima.

Recuérdese que "usar armas" significa, no solo la utilización directa conforme a su destino, según su clase y calidad, disparando, pinchando, cortando o golpeando, sino también su exhibición con fines intimidatorios o amenazantes, pues una de las características innatas de las armas es el miedo o temor que infunden a quienes se coacciona o amedrenta con ellas, y la acción así ejercitada, conlleva incuestionablemente un mayor riesgo o peligro.-

IV. B. Arma de fuego, falsa, inútil o descargada:

Resulta importante, ahora referirse a la problemática que representa el arma de fuego falsa, de juguete, inútil o descargada.- En este punto la doctrina mayoritariamente excluye de la agravante el arma falsa, el arma de juguete, el arma que esta inutilizada y el arma descargada, con el fundamento de que si bien pueden 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.

Una de las agravantes del delito de robo que preve el código penal que requiere sutileza a la hora de su interpretación es el vinculado al del "uso de arma" - art. 166 inc. 2º del Cod. Penal- .

Para que exista el robo agravado por el empleo de armas, deben reunirse estos dos requisitos:

a- el efecto intimidante de la víctima.-

b- que ese efecto tenga un correlato real.-

Esto último 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.-

Distintos autores se han ocupado de determinar que interpretan por "arma" y como lo ha sostenido el Dr. Ouviaña en oportunidad de votar en el fallo plenario "Costas" en la Cámara del Crimen de la Capital Federal "...mas allá de las inevitables diferencias que puedan observarse existe un minimo acuerdo en considerar que arma es tanto el objeto específicamente construido para el ataque o la defensa, como cualquier otro que, no obstante su distinta naturaleza, ocasionalmente pueda satisfacer el mismo objetivo..." .-

El planteo se remite a considerar si en el caso del robo con armas, la razón de la agravante contenida en el precepto legal (art.166 inc. 2º del Cód. Penal) se funda en que, al mayor poder intimidatorio que surge de la utilización del arma de fuego en el robo se suma el incremento de peligro que para la integridad corporal de la victima representa dicha utilización.-

Sabido es que la doctrina se encuentra dividida en torno a establecer el concepto de "arma",

calificante de la conducta básica del art. 164 del Código Penal Argentino, que ha ido desde el extremo de considerar excluidas todas aquellas armas que no fuesen de fuego hasta incluir como tales las de ese tipo que no resultasen aptas para el disparo.

La discusión se centra en determinar si para que se dé la agravante es suficiente la mera tenencia del arma - que importaría aumentar el amedrantamiento de la víctima- o sí por el contrario, al margen de ese ingrediente de contenido subjetivo, debe atenderse a un mayor peligro en la integridad física de aquella.-

En el sentido del primer criterio expuesto se ha pronunciado Eusebio Gomez³⁸ quien sostiene que nuestro código es defensista y estauye las penas teniendo en mira la peligrosidad del delincuente y que esta se pone de manifiesto cuando el autor del robo lleva armas consigo. En análoga opinión vemos que Rodolfo Moreno³⁹ considera que basta la portación de armas para que el robo resulte especialmente agravado,

³⁸ Gomez E."Tratado de Derecho Penal", t.IV. pag.154 Cía.Arg. de Editores, 1941.-

³⁹ "El Código Penal y sus antecedentes",Rodolfo Moreno, Tomo V, pags, 146/7, H.A. Tommasi, editor, Buenos Aires, 1923) -

ya que ello revela en el sujeto una mayor peligrosidad. Es de destacar que ambos autores coinciden en que la agravación se funda en la presunción legal que quien porta el arma abriga el propósito de utilizarla.-

Según el autor Núñez,⁴⁰ toda vez que la ley hace residir la calificante en la comisión del robo con arma, y no en la simulación de violencia armada, el delito ordinario no se agrava, aunque el hecho constituya un robo, por la amenaza con un arma simulada o de juguete. Por su parte el doctrinario Creus⁴¹, encuentra que dentro del concepto de arma falsa o simulada hay que considerar a aquellas armas propias que no son aptas para su destino, o carecen de proyectiles, salvo que en la emergencia se utilicen como armas impropias.

El tratadista Soler⁴² afirma:” hemos dicho que el arma es considerada desde el punto de

⁴⁰ Ricardo C. Núñez, Tratado de Derecho Penal, t.IV, Parte Especial, Ed. Lerner Cordoba, 1989

⁴¹ “Derecho Penal, Parte General”, 4^o edición, con la colaboración de Aida Tarditti, Laura Aimagno y Maria Antonia De la Rúa, Ed. Depalma, Bs. As., 1997

⁴² “Derecho Penal Argentino”, t. IV, Ed. Tipográfica Editora Argentina (TEA), Bs. As., 1994, pag.299 y ss.

vista del poder intimidante que ejerce sobre la víctima, y que en consecuencia, es robo el hecho cometido mediante el empleo de lo que para la víctima era un arma". Y luego agrega " pero cuando se trata de aplicar la agravante, no parece que la falsa arma, el revolver de juguete sea suficiente, porque requiriendo la figura que se trate de un arma, se hace necesario que el dolo del autor consista precisamente en el empleo de algo que sea un arma también para él.

La agravante por el empleo de armas impone poner en crisis un nuevo bien jurídico no tenido e cuenta en la figura básica del robo el que, se interpreta, esta dado por el peligro concreto para la vida o la integridad física de la víctima, como consecuencia de la utilización de un arma.-

La mera portación de un arma debe excluirse de la agravante, ahora bien, la portación ostentosa queda comprendida en el art. 166 inc. 2º del Cód. Penal.

La inequívoca exhibición de un arma, demuestra su intención de empleo de la misma; esta *ostentosa demostración* que pone de manifiesto su voluntad de emplearla, coloca al damnificado en

situación de riesgo concreto de ser muerto o herido, lo que resulta posible y verosímil como consecuencia del empleo de aquella.-

Y resulta oportuno citar aquí, a esta altura de las consideraciones, la frase acuñada por el doctrinario Fontán Balestra⁴³: "*es necesario haber utilizado las armas para cometer el robo, sea físicamente, sea blandiéndolas como amenaza; lo que importa es que exista una relación entre el uso del arma como medio violento o intimidatorio y el apoderamiento como fin*".-

Se han diferenciado las armas de acuerdo a las dimensiones del elemento utilizado, pero en realidad para encuadrar una conducta dentro del tipo, es importante determinar en cada caso concreto la entidad que ha tenido el objeto para aumentar o no la capacidad vulnerante del delincuente, provocando una amenaza en la eventual víctima.

En este orden de ideas resulta necesario recordar la que la jurisprudencia ha llegado a

⁴³ "Tratado de Derecho penal", T. V, ps .517/518.-

considerar que califica el robo el uso de un destornillador, como así el uso de una tijera.

En forma contraria se ha pronunciado la Sala V del mismo Tribunal en causa nº 19153, caratulada "Pelay Luis M." Fallada el día 31 de Marzo de 1986.-

Los jueces actuantes juzgaron que el uso de una cortapluma (con una hoja de ocho centímetros) no revestía el carácter de arma para calificar el robo.

Uno de los jueces - Dr. Carlos A. Tozzini - emitió su postura afirmando que el concepto de arma que califica el robo en la norma ya aludida se refiere exclusivamente al arma de fuego y no a toda arma y que incluir a un elemento, tal el caso de un cortaplumas, significa ampliar, en virtud de una analogía indebida, el tipo penal que debe ser de interpretación restrictiva.-

En el mismo fallo - en disidencia se pronunció la Dra. Catucci quien sostuvo que el concepto de arma no debe restringirse - en el caso del art. 166 inc. 2º del Cod. Penal a las armas de fuego. Muy por el contrario, afirma, sea arma propia o impropia, esta facilita el hecho delictuoso al brindar a quien la ostenta mayor seguridad, colocando como contrapartida a

la victima en un mayor estado de indefensión, cupiéndole al autor del ilícito una penalidad mas elevada.-

Es muy preciso el autor Fernando F. Castejon⁴⁴ al inclinarse por la postura doctrinal que sostiene que la letra escueta de la ley solo clama que el robo sea llevado a cabo "con armas" sin prever ningun otro requisito, ello es asi porque lo que se ha tenido en cuenta, dice, es precisamente el estado de indefension en que queda la victima ante quien esgrime un arma, cualquiea sea la naturaleza de esta.

Y mas adelante agrega⁴⁵ que no pueden caber dudas que el arma, sea de las denominadas propias o impropias, facilita el hecho delictuoso, ya que brinda a quien la ostenta una mayor seguridad y como contrapartida coloca a la victima en un mayor estado de indefension.- Estas circunstancias, prosigue⁴⁶ indican que deba aplicarse al autor del evento cometido, una penalidad mas elevada.-

⁴⁴ "Robo con armas", LL t.1989-E., pag.402/403-

⁴⁵ Fernando F. Castejón, "Robo con armas", LL t.1989-E.,pag.404.

⁴⁶ Fernando F. Castejon "Robo con armas", LL t.1989-E.,pag.404 in fine.-

Lo decisivo consiste en determinar si para el derecho penal se da el concepto de arma en el art. 166 inciso 2º del código penal- cuando esta es de fuego- bastando con su exhibición tendiente a intimidar o es preciso que cuente con proyectiles en condiciones de disparar, y así despejar el problema interpretativo suscitado a raíz del plenario de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal "Scioscia", sustituido en dirección contraria por resolución del mismo tribunal, también en pleno en causa "Costas, Hector y otro" (La Ley, 1977-A, 1; 1986-E, 376).-

Al respecto, Castejón⁴⁷ considera que la cuestión cede al evaluarse desde el ámbito conceptual popular por el cuál el arma es arma y no otra cosa, claro que, si pretendemos introducir un significado puramente jurídico desconocido por la generalidad poblacional, entraríamos a especificar un concepto común, tan común como todo lo de creación vital o defensiva de la existencia humana, dado que el hombre como ser gregoriano que es, se maneja con significados sociales corrientes en vigencia, sin reparar en lo que

⁴⁷ Fernando F. Castejon "Robo con armas", LL t.1989-E.,pag.404 in fine.-

ellos jurídica o científicamente representen, aun cuando conozcan las consecuencias de su conducta.-

La consideración del arma en la ley penal comenzó estableciéndose en el proyecto Tejedor,⁴⁸ en el que se decía "el que roba empleando armas". Tomando literalmente esa disposición, el robo con armas, se individualizaría de acuerdo al verbo utilizado con su empleo, sin embargo el mismo Tejedor en las motivaciones añadió que todos los legisladores han considerado el uso y aún la simple posesión de armas como una circunstancia agravante. Rodolfo Moreno⁴⁹ prácticamente ratifica tal conclusión con la reproducción de la nota correspondiente al artículo, en especial al transcribir lo siguiente: "Encuéntrese en efecto en esta posesión o de este uso el indicio de una intención mas culpable, que confiere a la acción un carácter más grave".-

El autor Salvador Francisco Scime⁵⁰ sostiene que aun con distintas palabras la doctrina del

⁴⁸ Proyecto Tejedor C. Título octavo, " De los delitos contra la propiedad particular: de los robos y hurtos", art.2º, p.302.-

⁴⁹ "El código penal y sus antecedentes", t.5, p.145.-

⁵⁰ "El arma de fuego en el tipo del art.166 inciso 2º del código penal", LL,t.1994-A, p.88.-

"empleo" o "uso del arma", es la prevaleciente, a lo que debe agregarse la "exhibición" cuando ella es determinante y provocadora.

En tanto en la legislación española se incrimina tanto el "llevar" como el "usar armas"⁵¹.- Conviene reproducir lo que anota Quintano Ripolles, al expresar: " *no cabe duda que la ratio essendi de la cualificación del uso o porte de armas no es ni puede ser otra que la del peligro dimanante de èl para la vida o integridad de las personas*".-

Así pues, desde que se advirtiera ante las situaciones planteadas en los tribunales argentinos, la diferencia agresiva entre un arma de fuego con proyectiles y una descargada, se creó una verdadera doctrina patrocinada por autores y jurisprudencia, considerando el marco de peligro que implica para la víctima el uso de ellas en condiciones de disparar.-

Desde ese punto de vista y de las opiniones mayoritarias, el arma de fuego sin balas, a

⁵¹ Rodríguez Devesa, "Derecho Penal español, p.399, Madrid 1977; Quintano Ripolles, "Tratado de la parte especial de Derecho penal", p.395, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.-

los efectos del artículo 166 inciso 2° del código penal, no sería tal, es decir no sería arma, pero en tal caso la figura de adecuación de dicha conducta es la de robo simple por "violencia en la persona", una de las dos posibilidades casuísticas del artículo 164 del Código Penal. Laje Anaya⁵² en sus comentarios al Código Penal refiere que: "*mientras el revolver usado para encañonar no implique la posibilidad de ese efecto real, el robo será imposible, pero siempre que en cualquier medida lo represente, el robo será calificado*".- En igual sentido la profesora Dra. Laura Damianovich⁵³.-

Ciertamente, esa dirección doctrinaria adoptada por el mayor número de autores hoy, aún no quedó vencedora definitiva en la discusión, puesto que otro sector de juristas no menos importantes, contraponen sus pensamientos, a veces cortantes, otras dudosos y sin definición.- Oderigo citó un fallo de la Cámara Criminal de la Capital en que se estableció,"

⁵² "Comentario al código penal, parte especial", t.II, p.70, Ed.Depalma, Buenos Aires 1972.-

⁵³ Laura Damianovich "Delitos contra la propiedad", p.163, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1988.-

debe calificarse de robo y no de extorsión el hecho de amenazar a la víctima con revolver, para intimidarla y despojarla de la cosa".-

David E. Dayenoff estima que "en el caso de robo con armas deberá indagarse la claridad y aptitud del instrumento utilizado, puesto que se excluyen de la agravante el arma simulada y el arma inepta para la defensa se ha discutido la posibilidad de que el arma apta para disparar, pero descargada, queda fuera de la calificante⁵⁴.-

Luego de todo lo dicho, transcribiendo opiniones específicas de diversos autores, debe mencionarse la disputa aludida en los estrados tribunalicios, la que no fue disímil de la doctrina mencionada precedentemente, máxime si recordamos los fallos plenarios Sciosia y Costas, rectores en la materia cada uno en su tiempo. Evidentemente, la cuestión en lo que respecta al valor del uso del arma de fuego descargada como agravante del delito de robo, se originó en los fallos judiciales en virtud de lo

⁵⁴ Dayenoff, D.E. "Codigo Penal Comentado" A.Z. Editora, Buenos Aires, 1991. Ver comentario al art.66. Cita entre otros fallos los plenarios "Scioscia" y "Costas".-

observado en los hechos a poco de tornarse "autónoma" la circunstancia del uso de arma de fuego en la figura, dado que, de acuerdo a la versión original del Código Penal de 1922, el "arma" como se dijo figuraba en el art.167 inciso 1º, que establecía "si se cometiere el robo en despoblado y con armas". En esa construcción jurídica, el "arma" no era mas integrativa del tipo total, o sea con intensidad relativizada, en tanto la calificante no se fundaba no solo en esta causa sino tambien en la ejecución de delito en lugar "no habitado", que significa el vocablo "despoblado", lo cuál implicaba en dicha redacción una condición de indefensión por la soledad.-

Analisis aparte merece lo referido a la "intimidación" en esta figura penal. En efecto, la amenaza con un arma de fuego, es el medio utilizado por el autor para doblegar a su victima con la seguridad o casi seguridad que la presencia del arma, en mano o en otra parte del cuerpo visible y amenazadora, bloquea psíquicamente aún al mas vencedor de los luchadores o al más rapido accionante sin posibilidad alguna de éxito en cualquiera de sus intentos defensivos. Indudablemente esa arma produce una verdadera "vis

compulsiva", sin alternativa alguna para el amenazado, precisamente, por el carácter extremadamente letal de la misma.-

Es muy distinta el arma de fuego comparada con cualquier objeto contundente o arma blanca; en estas es el atacante mismo el que deberá actuar con todos los movimientos necesarios para inferir la herida o golpear con el palo, la piedra o el hierro, requiriendo el revolver, la pistola o cualquier otra arma de esta clase, tan solo dirigirla hacia el objetivo y presionar el gatillo para que se produzca la combustión y se libere el proyectil a velocidad inusitada, lo cuál no ofrece tregua alguna al encañonado aún a distancia. Eso es, concretamente lo que produce "miedo", que de cualquier manera deja anonadado o petrificado al sujeto pasivo.-

El autor puede actuar con conocimiento de la ausencia de proyectiles en el arma, pero en tal caso ¿cuál es su dolo sino incluyó el peligro? o la posibilidad de disparar el arma? ¿Es el dolo del robo simple o es del agravado?. En ambas situaciones el fin es el "apoderamiento ilegítimo" pero si blandió o uso el arma sin proyectiles y obtuvo su propósito, sin duda

fue así, porque amedrentó a la víctima mas allá del temor común, pues de otro modo, es decir, sin el arma podría haber fracasado en su intento o haberse colocado él mismo en peligro ya que eventualmente se daría la posibilidad de enfrentarse con un sujeto más diestro que él en la lucha cuerpo a cuerpo, o correr de que la víctima pida ayuda y canalice su detención o búsqueda.-

Se llega así a la conclusión que el "arma", es un medio de coacción plena para el cumplimiento de las órdenes que el agresor dé al encañonado un medio que aumenta el grado intimidatorio a punto de inmovilizar al intimidado, con lo cuál aquel logra el cometido, no seguro de conseguir sin ese instrumento letal en su faz representativa para el atacado, cuente o nó con proyectiles.-

Entonces, el "arma de fuego" como medio de agravación en el delito de robo, se sustenta en una sola exhibición dirigida a la obtención del fín, vale decir que, en cualquier situación " con o sin proyectiles", logrando el objeto criminoso, el arma sirvió como tal, calificando el tipo genérico.-Claro que, un arma sin balas, en algún caso extremo podrá crear problemas al ladrón, especialmente si tuviera que

defenderse, posibilidad remota puesto que la presentación agresiva del arma basta para doblegar voluntades.-

El "dolo" del sujeto que actúa con armas se basa también en el conocimiento de la impresión paralizante o semiparalizante que provoca si exhibición amenazante; de allí la magnitud de la agravante.-

Uno de los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Dr. Rodríguez Villar⁵⁵, básicamente sostiene que la ley no exige cuando preve la figura del artículo 166 inciso 2º del código penal-, que el arma esté cargada y sea apta para disparar, ello es su poder vulnerante. Dice el magistrado que inclusive "el arma puede ser usada a manera de porra" y que el fundamento de la agravante radica en el poder intimidatorio que anula la resistencia de la víctima.- En consonancia con este voto, se encuentra el del Dr. Hector Negri, mientras que el Dr. Amilcar Mercader- a que adhieren los jueces Laborde, San Martín, Ghione y Salas- se pronuncia en

⁵⁵ Vease "V:M:A: y otros s/ Robo (Sup. Corte Pcia. Bs.As. P 38.777), del 22-12-1992, en E.D., t.152-1992, pag.623.

forma contraria al sostener que el vocablo "armas" hace alusión a un objeto apto y que su ofensividad consiste justamente en la aptitud para funcionar de modo dañoso en el caso⁵⁶.-

Ahora bien, oportuno resulta analizar la siguiente cuestión: La ley solo habla de "armas" y no de "armas de fuego". Por ello integra el concepto de "propias" e "impropias", en razón estas últimas de su poder vulnerante o por su capacidad contundente..-

Nótese que aún rastreando el fundamento de la agravante sola y exclusivamente en el real peligro corrido por la víctima, como lo sostiene la mayoría en "Costas" y en el pronunciamiento comentado, cuadra preguntarse si es en tal situación no se ha encontrado quien tiene ante sí un sujeto que lo intimida con un arma de fuego y que aún cuando se encuentra descargada o no sea apta para el disparo, puede en la ocasión ser utilizada como objeto contundente en atención a la configuración del elemento.-

⁵⁶ Juan Esteban Cicciaro (EL DERECHO t.152- 1992), pag. 625

Precisamente decía Moreno⁵⁷ que "...el riesgo personal es el verdadero motivo del precepto y no puede ser desatendido ni decaer por la nueva conjetura de no tener el propósito de emplear sus armas para la agresión o la defensa". Es decir que la cualificación funciona sin necesidad de desentrañar lo que el sujeto activo habría hecho (usar o no su arma o instrumento) de no haber satisfecho sus propósitos o ante la resistencia de la víctima.-

Ninguna duda puede ofrecer que un revolver o pistola descargados, de anormal funcionamiento o no aptos aumentan el poder ofensivo frente a la víctima, justamente por la configuración del objeto. Tampoco ofrece dificultades el pensar que, de ser necesario y presentada la ocasión, ese mismo elemento puede ser utilizado de modo impropio. Lo trascendente aquí es la mera posibilidad de ser utilizada de tal forma, precisamente porque el "real peligro corrido" (formula exclusivamente objetivista) puede devenir del hecho de asestar un golpe con la

⁵⁷ "El código penal y sus antecedentes, Ed. Tommasi, 1923, T 5, pag.146.

culata de un arma como de impactar con un palo(arma impropia).

De no aceptarse esa línea de pensamiento como definitoria del "peligro concreto" se estaría descartando que un objeto con la solidez suficiente como toda arma de fuego(en este caso con las deficiencias aludidas) ofrezca peligro para el sujeto pasivo, usando de modo impropio y al mismo tiempo, se estaría descalificando la posibilidad de que el autor, no solo quiera amedrentar con el arma, sino utilizarla como objeto contundente.-

En ello precisamente radica el concepto de "peligro concreto".En definitiva, un arma descargada o no apta no deja de ser un "arma" si en el hecho solo se apuntò contra la victima y no se la utilizó en forma impropia.-

Como se ve, la armonización de los fundamentos objetivo y subjetivo permite colegir que lo que interesa no es si necesariamente el arma puede producir disparos en el caso concreto sino que lo importante es establecer si, causando intimidación, el sujeto pasivo transitó por la situación de peligro. Ciertamente es que hipotéticamente un arma cargada y apta

crea mayor peligro, el que no desaparece, aunque en menor medida, si esta descargada o está funciona anormalmente, porque usándose de modo impropio bien puede causar un grave daño a la víctima e incluso su óbito.-

Tratase, entonces, en la generalidad de los casos, de una cuestión de grado o de diferente entidad de peligro o gravedad, que en modo alguno puede frustrar la aplicación de la agravante, sino sugerir cierta distinción en la imposición de la pena en tanto el legislados no formule diferenciaciones en torno de la naturaleza y condiciones del elemento empleado.-

El arma de fuego trabada en su funcionamiento, es también "arma" en el sentido de la agravante, puesto que devienen aplicables idénticos fundamentos a los volcados en el análisis precedente.-

Debe tenerse en consideración que el sujeto activo deliberadamente puede no cargarla y esgrimirla al momento del suceso, caso en que la aplicación de la agravante resulta inexorable. Con mayor razón cuando el arma aparece trabada en su funcionamiento, deficiencia que bien puede surgir en el instante en que el autor luego de intimidar a la

victima en miras de despojarla del bien requerido, pretenda disparar contra ella.-

Repàrese que así se evidencia el poder intimidante o compulsivo sobre el sujeto pasivo y al propio tiempo el riesgo efectivamente suscitado sobre su vida o su integridad física. En suma un arma trabada que no ha podido ser accionada al momento del hecho por su anormal funcionamiento demuestra por un lado el "peligro concreto" corrido por la victima asi como la inconveniencia de requerir en todos los casos el "objeto apto".-

El caso del arma descargada dió lugar en "Scioscia" y "Costas" a que inquiriera que era lo abarcado por el dolo del autor. Para la concepción que no vé "arma" en tales casos, el dolo no puede construirse sobre un dato objetivo inexistente(arma de fuego cargada). Puesto que el sujeto activo activo conoce el estado del arma - conforme esta tesis- sus propósitos no irán mas allá de consumir con mayor facilidad la sustracción sobre la base de la intimidación, al saber el autor que al ataque a la propiedad no podrá añadirse daño corporal. Sería

idéntico al aspecto subjetivo que reclama la figura del robo simple(art.164 del Código Penal).-

Aceptado, aún por quienes defienden la tesis objetivista, que el concepto de "armas" del artículo 166 inciso 2º del código penal, se nutre inclusive con aquellas denominadas "impropias"(palo, piedra, herramienta, etc.) nos parece que el exigir que el arma, sea apta para el disparo y tenga un funcionamiento anormal, conjunta o individualmente, constituye un extremo que a la postre frustra la aplicación de la ley. La idoneidad del arma no es condición legalmente impuesta para el funcionamiento de la agravante, menos aún la de los proyectiles que contienen.

Cierta corriente de pensamiento llegó incluso a requerir la prueba por el acusador acerca de la idoneidad de los cartuchos con las que las armas empleadas estaban cargadas, lo que motivo al más alto Tribunal de Justicia de la Nación a dejar sin efecto un pronunciamiento que recogía esa tesis⁵⁸.-

⁵⁸ C.S.J.N., Fallos, 311-2548, in re "Juan Antonio Sánchez", del 1-12-88).-

Es decir que: si se acepta el recurso del arma "impropia" y hasta se tiene por acreditada la agravante pese a la falta de incautación y consecuente posibilidad de exámen pericial (caso de un trozo de hierro blandido en el hecho, que no se logra secuestrar), no se comprende, paralelamente, porque se rechaza la calificación, exigiéndose determinadas condiciones de idoneidad, en casos de efectivo secuestro de un elemento semejante contundencia al ejemplificado, como lo es un arma de fuego, regularmente de hierro o acero en su materia.-

En definitiva, esta disyuntiva no trasunta sino el viejo problema de la interpretación de la ley y en el fondo, un capítulo de la filosofía del derecho.-

Llamativa es la descripción que formula Arthur Kaufmann⁵⁹ al referirse al concepto "arma", al puntualizar:" que algo sea un arma en el sentido del código penal depende de lo que sea utilizado *hic est nunc* para dar muerte o lesionar a una persona. Hoy

⁵⁹ "Analogía y naturaleza de la cosa.Hacia una teoría de la comprensión jurídica", Santiago de Chile, Editoria Jurídica de Chile, 1976, pág.84)

puede ser "arma" algo que al tiempo de la promulgación del código no existía o no corresponde al " concepto " que usualmente se tiene de ella".- Al continuar su narración Kaufmann pone el ejemplo del nuevo producto químico corrosivo (por caso entre nosotros similar al caso del actual robo en el que se amenaza muy cerca de la victima con aplicar una jeringa infectada con el virus de SIDA), como "arma" en el sentido del art. 223 del Código Penal Alemán, que importa considerar el "arma" *no como un concepto abstractamente definible sino un concepto de sentido o concepto funcional*, concluye el autor Kaufmann.-

Como postura personal, adelanto que agrava el robo, en los términos del art. 166 inciso 2° del código penal, el uso de un arma de fuego trabada en su funcionamiento, así como el objeto que por su semejanza simula un arma y que por su suficiente solidez y peso puede dañar a la victima.-

IV. C. Caso especial: Arma de juguete:

Dado el hipotético caso en que el sujeto utilice un arma de juguete al tiempo del suceso, la mayoría de la doctrina sostiene que un elemento de esa naturaleza queda excluido de la agravante en estudio, al carecer de poder contundente y no ofrecer riesgo para la víctima, mas allá de la efectiva intimidación que pueda haber logrado sobre ella (tal el supuesto de un revolver de plástico), hipótesis que torna patética la ineficiencia de la formula subjetiva para resolver el problema, máxime cuando la víctima se pudo percatar del engaño.-

Sin embargo si el símil de revolver o pistola presentan la suficiente solidez, por su configuración o peso, que permitan la agresión o la posibilidad de dañar, entonces la categorización de "arma" parece clara, puesto que se trataría de un objeto con el cuál podrá darse un golpe con análogas consecuencias al que trataría el propinado con cualquier arma impropia (trozo de hierro, cachiporra, palo, caña, piedra, herramienta, etc.). Aquí sí, la prudente apreciación judicial, en especial sobre la base del respectivo exámen pericial del objeto y el análisis relativo a la intimidación que habría

soportado la víctima, resultan de vital importancia para evaluar el encasillamiento típico del hecho.-

Oderigo⁶⁰, siguiendo a Manzini entiende que basta un simple revolver de juguete, que ha revestido para la víctima carácter de arma, para fundar la agravante.

Importante es la opinión de Soler quien presta particular atención al problema del arma de juguete, la que estima determina la comisión de un robo, mas no agravado, toda vez que "requiriendo la figura que se trate de un arma, se hace necesario que el dolo del autor consista precisamente en el empleo de algo que sea un arma tambien para él"⁶¹ opinión que comparten Fontán Balestra⁶² y Rodríguez Palma⁶³ quien parte en su razonamiento del fundamento de que la agravante, que estima está constituido por el peligro personal corrido por la víctima.-

⁶⁰ Oderigo Mario A. "Codigo Penal anotado", Buenos Aires, 1962, p.239.-

⁶¹ Soler, Sebastián "Derecho penal Argentino", t. IV, p.301/302, Buenos Aires, 1994.

⁶² Fontán Balestra, Carlos "Tratado de derecho penal", p.518, Buenos Aires, 1969

⁶³ Rodríguez Palma, Bernardo, "El concepto de arma en el delito de robo", J.A. del 7 de abril de 1972.

Varios especialistas han estimado que la calificante tiene un contenido subjetivo, fundado en "una mayor intimidación de la víctima"; tal es el caso que enseña el profesor Nelson Hungria⁶⁴ que la amenaza con un arma ineficiente (un revolver descargado, por ejemplo) o fingida (ej. Una replica de revolver) constituye de todas formas la agravante, en cuanto la víctima ignore dichas circunstancias, atento la referida *ratio legis*: la intimidación que anula la capacidad de resistir.-

En particular, la doctrina de nuestro hermano país Brasil, ha profundizado el análisis del tema aquí en estudio.-

Recordemos, antes de ingresar a la observación del caso brasileño que el Código Penal de esa Nación, describe el delito de Robo mediante el empleo de arma en el Título II, Capítulo II, artículo 157, inciso 2º primer párrafo⁶⁵.- El artículo que tiene como título Roubo, reza: artículo 157: "*Subtrair*

⁶⁴ "Comentarios do Código Penal", Edit.Forense, 1980, vol. VII, p.58)

⁶⁵ "Título II DOS CRIMES CONTRA O PATRIMONIO; CAPÍTULO II DO ROUBO E DA EXTORSAO..."

coisa m̀del alheia, para si ou para autrem, mediante grave ameaça ou violencia a pessoa, ou depois de averla, por qualquer meio, reducido à impossibilidade de resistencia : Pena- Reclusao, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa...2ºA pena aumenta-se de um terço até metade: I- se a violencia ou ameaça è exercida com emprego de arma”⁶⁶

Uno de los exponentes brasileños, Weber Martins Batista⁶⁷, lo ha abordado extensamente, citando en su investigación la opinión de numerosos autores brasileños⁶⁸.-

⁶⁶ “Código Penal” Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompanhado de legislação, complementar, también actualizada, de Samulas e de índices: Sistemático e Alfabético-Remisivo do Código Penal, Cronológicos da legislação e Alfabético da legislação Complementar, da Lei de Introdução, da Lei das Contravenções Penais e das Súmulas.; 38ª edição 2000, Editora Saraiva, pags.89/90.-

⁶⁷ “El Robo con armas de juguete” Revista Juris, t. 80, 4º época, Rosario, enero- junio de 1987,ps.353 A 357.-

⁶⁸ “El robo con arma de juguete”, en Juris, t.80, 4º época, Rosario, enero-junio de 1987, pas.253 a 257.-

Uno de ellos, Vicente Sabino Junior⁶⁹, al igual que el autor Noronja⁷⁰, sostiene que en el caso del uso del arma de juguete el hecho denota mayor peligrosidad en el agente, impidiendo la defensa de la victima quien al desconocer la ineficacia del arma fue, entonces, intimidado por la amenaza.

Por el contrario, algunos especialistas brasileños sostienen que la amenaza con un arma de juguete es suficiente para definir el robo simple, al intimidarse a la victima, pero no alcanza para configurar el delito en su forma agravada. Es el caso de Celso Delmanto⁷¹, quien esgrime que la agravante es objetiva, basado en el peligro real que representa el arma verdadera, y por ello, dice, no se puede equiparar el dolo y la peligrosidad del autor que emplea un arma ineficiente o de juguete con el que utiliza un arma en condiciones.-

Mientras algunos tribunales de alzada se ha pronunciado con argumentos como el siguiente" *para*

⁶⁹ "Direito Penal", Sug. Literarios, 1967, VolIII, pag.739.

⁷⁰ "Codigo Penal Brasileiro Comentado, Edit. Saraiva, 1958, Vol 5º, p.179)

⁷¹ "Codigo Penal Anotado, Edit. Saraiva, 1983, p.201.-

la víctima de robo subjetivamente, es irrelevante que el agente le apunte con un arma real, hábil para disparar, o bien de juguete. No tiene medios para distinguir. No se le puede exigir una doble intuición, para la fantasía y para la realidad. Ni aunque se presienta que el arma es de juguete, dejará de existir la respectiva amenaza"(R.T., 510-888).

En cambio otras cámaras de apelaciones, sostienen que" *la agravante por empleo de arma solo opera si el autorefectivamente uso el arma, entendiéndose como tal todo instrumento vulnerante que sirve para el ataque o la defensa. Así, y en atención al principio de la tipicidad, no tratándose de un arma sino de una simple simulación(por ejemplo un arma de juguete), no se puede hablar de calificante"*(Jutacrim, 40-37).-

En contraste la Cámara Primera, del Segundo Tribunal del Estado de Rio de Janeiro -por unanimidad- ha afirmado en cambio la existencia de la calificante en un caso de robo con arma de juguete que simulaba ser verdadera (Ap.13.951, Rel Juez Mario Maglhaés, Boletín de Jurisprudencia 08/82).

Al año siguiente el mismo organismo judicial fundamentó, en otro fallo similar y más extensamente que "Lo que importa es que el arma de juguete no sea reconocida por la victima intimidada por la amenaza; la que vemos produce así su efecto dañoso, suficiente para que opere la agravante. En el caso de un individuo que amedranta con un perro de gran tamaño pero que en el fondo es un cachorro manso que a nadie muerde. El dueño conoce tal circunstancia, pero el intimidado nó. Análogamente, el arma de juguete hace las veces de ese cachorro, utilizada por el agente que sabe perfectamente de sus efectos y consecuencias" (Ap.17.187.Rel.Juez Dalmo Silva, 28/2/1983).-

Las restantes Cámaras de Apelaciones integrantes del Tribunal Estatal se inclinaron por la tesis desincriminante respecto al robo calificado.- La cuarta cámara sostuvo que un artefacto de juguete aún con las características formales de un arma, no puede ser tomada como tal para verificar la agravante" (Ap.15546, Rel. Juez Luiz Cesar Aguiar Bittencourt Silva).

La Cámara Tercera había dicho anteriormente que *"el uso de un arma de juguete no lleva a la agravante en el robo, ya que se trata de una no arma (Ap.17.161 Rel.Juez Weber Batista).-*

En su pronunciamientos el Superior Tribunal Federal Brasileño ha sostenido que *" si la victima fue realmente intimidada por no saber que se trataba de un arma de juguete basta que opere la agravante en el robo"*(Rel Min.Cordeiro Guerra, D:J:U: 11/3/84, pag. 2478).-

Otro de los ministros del mismo tribunal federal en voto de dias posteriores manifestó *"el arma de juguete es un instrumento idóneo como para propinar una grave amenaza, sobre todo en los delitos contra la propiedad. Su empleo, si sirvió para amedrentar a la víctima, agrava el robo; art.157,2º,1º, Código Penal"* (Rel. Min.Alfredo Buzaid, D.J.U., 30/3/84, p.4591).-

El magistrado y profesor carioca⁷² en su obra⁷³ sostiene que el problema no se resuelve

⁷² Weber Martins Batista se desempeña como Juez de Segundo Tribunal de Alzada y Profesor titular de la Facultade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.-

analizando meramente la intención del legislador y conjeturando entonces si la calificante se deriva de lo subjetivo, en la medida en que se inhibe a la víctima aunque el arma sea de juguete, o bien desde lo objetivo, es decir la del peligro real para la víctima.-

Aduce Batista⁷⁴, que más allá de las posturas anotadas, lo que importa es verificar lo que dice la ley.- Y trasladándonos al texto del Código Penal brasileño⁷⁵, aquí la en la estructura del tipo penal puede haber, además de los elementos puramente materiales o los subjetivos, los normativos que pueden

⁷³ *“El robo con arma de juguete”*, publicado en la “Revista do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia”(Municipio de Minas Gerais), vol.14, nº2, diciembre de 1985, pags.157-164, Tratado de J.O.Chiappini, Brasil.-

⁷⁴ *“El robo con arma de juguete”*, en Juris, t.80, 4º época, Rosario, enero-junio de 1987, p.255.-

⁷⁵ artículo 157:”*Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violencia a pessoa, ou depois de ave-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistencia : Pena- Reclusao, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa...2ªA pena aumenta-se de um terço até metade: I- se a violencia ou ameaça è exercida com emprego de arma...”*.-

presentarse a su turno bajo la forma de expresiones jurídicas o bien extrajurídicas.-

Weber Batista manifiesta que urge interpretar la palabra "arma", pues el legislador la emplea en la normativa sin definirla.- Entre otros , cita a L.C. Miranda Lima, quien luego de resaltar que los códigos brasileños han dejado librado a la doctrina y a la jurisprudencia la fijación del concepto de arma , explica que *la doctrina nacional acostumbra clasificar las armas en propias e impropias. Las propias, o en sentido técnico, son los objetos ordinariamente destinados a herir o matar; las impropias, en cambio tienen otro destino específico, pero eventualmente pueden ser usadas para la agresión o la defensa, para la producción de daños físicos*.- Y agrega que el autor Placido e Sila define el término como instrumento o utensilio empleado por el hombre para atacar a otro o para defenderse. De allí agrega, que las armas puedan clasificarse en ofensivas o defensivas⁷⁷.-

⁷⁶ "El robo con arma de juguete", en *Juris*, t.80, 4º época, Rosario, enero-junio de 1987, p.256.-

⁷⁷ *Vocabulo Jurídico*, 1984, vol.I, ps.188-189).-

Al avanzar en su trabajo Batista⁷⁸ critica la tesitura del autor Nelson Batista⁷⁹, al sostener que éste crea, y solo para este asunto del robo, una tercera clase de armas; es decir aquellas que no son capaces de herir o matar, pero que sí, en cambio, pueden engañar o infundir miedo.-

Antes de culminar su obra Batista⁸⁰ da su postura acerca de la "imposibilidad de la agravante sub exámine:"...*el robo con revolver de juguete no es calificado sino simple. Si el legislador hubiera querido contemplar lo contrario, fácil hubiera sido utilizar la fórmula: objeto capaz de intimidar. O bien equiparar el arma a cualquier objeto capaz de intimidar. En esa hipótesis, aunque el legislador no hubiera sido del todo razonable y equitativo, el intérprete debía rendirse ante el texto de la ley. Pero nada de ello ocurre, insistimos, a tenor de la norma vigente, lo cuál coadyuva a la posición adversa a la*

⁷⁸ "El robo con arma de juguete", en Juris, t.80, 4º época, Rosario, enero-junio de 1987, p.253/257.-

⁷⁹ "Comentarios do Código Penal", Edit.Forense, 1980, vol. VII, p.58)

⁸⁰ "El robo con arma de juguete", en Juris, t.80, 4º época, Rosario, enero-junio de 1987, p.257.-

calificante...No es a la victima sino al juez a quien compete dar al hecho su clasificación correcta, en base a lo que dice la ley, no en base a lo que imagina dicha victima. El problema, así, es de tipicidad, no de psicología...De manera que aunque se acogiese la palabra de Nelson Hungria como una verdadera interpretación autèntica de la Comisión Revisora del Codigo Penal, lo que importa es conocer la "mens legis", no la " mens legislatoris": verificar lo que dice la ley, no lo que quiso decir el legislador...En suma si el objeto capaz de intimidar es un revolver de juguete, si logro su cometido llevará al robo simple, pero no al agravado: dicho revolver, a la luz de la disposición, no es entonces un arma".-

El Dr. Humberto S. Vidal⁸¹, se inclina por la no aceptación del arma de juguete como "arma" en el sentido lato que le proporciona el Código Penal Argentino.

Vidal cita en su trabajo un fallo de un Tribunal de Juicio de la Provincia de Cordoba, en el que se condenó a un ciudadano " toda vez que mediante

⁸¹ LA LEY T.1982-D, pags 64 a 66

un elemento apto para intimidar, el revolver de juguete, atemorizó a sus víctimas y las despojó del dinero que portaban"⁸².- Al comentar un fallo que "la objetividad del derecho en el ámbito de los bienes protegidos, significa que estos solo se vulneran mediante reales e idóneos actos lesionadores". Y agrega que aunque la víctima advierta que el revolver es de juguete y no obstante le efectúa al atacante un disparo, convirtiéndose en un "disparo mortal"⁸³, en tal caso "ni siquiera podría hablarse de legítima defensa putativa, ni error inculpable"⁸⁴.- En caso de desconocer que se lo encañonaba con de un arma de juguete, en la misma hipótesis, sí le cabría la aplicación de una causal de justificación - legítima defensa- (art.34 inc. 1 del Código Penal) en razón de existir *error de hecho no imputable*⁸⁵

Los medios o elementos empleados en el delito, dice el autor⁸⁶, deben poseer *eficacia*

⁸² LA LEY T.1982-D, pag.63

⁸³ LA LEY T.1982-D, pag. 66

⁸⁴ LA LEY T.1982-D, pag. 66

⁸⁵ LA LEY T.1982-D, pag.65

⁸⁶ LA LEY T.1982-D, pg.64-65

vulnerante, quedando descartados los medios o elementos idóneos para lesionar el bien, pues carecen *intrínsecamente* de la referida eficacia vulnerante.-

El autor refiere que al apuntarse con un arma de juguete -objetivamente- no se agrede pues no se emplea un arma de fuego al carecer de real eficacia intimidante.- Al concluir⁸⁷ reafirma su posición al manifestar que como el arma de juguete no es un medio objetivamente intimidante no se comete el delito de robo; no obstante al existir desapoderamiento, la calificación del hecho en hipótesis se corresponde con la de hurto simple.-

En opinión de Juan Esteban Cicciaro⁸⁸ nadie puede dudar que la víctima "no está en condiciones de establecer, a cierta distancia, si el arma de fuego se encuentra cargada; menos si resulta apta para el tiro o de normal funcionamiento y en no pocas oportunidades, si es imitación de una verdadera (juguete)".

⁸⁷ LA LEY T.1982-D, pag.66

⁸⁸ "Algunos alcances del concepto "armas" en la agravante del robo", E.D. t.152, p.623.-

Continua Cicciaro⁸⁹ su exposición argumentando que la sola consideración de la intimidación causada (formula subjetivista) derivaría en casos en los que debería reputarse agravados hechos cometidos mediante simulación de arma de fuego(dedo en la espalda del sujeto pasivo), lo que resulta insuficiente para la configuración de la agravante.- Es que objetivamente, culmina el expositor, el tipo también requiere la existencia de un peligro concreto por el que haya transitado la víctima.-

En la obra ⁹⁰ de los autores Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos se sostiene que: "la calificante solo funciona cuando el robo se comete con armas, propias o impropias,, no cuando se utilizan "armas" de juguete.Estas, no son mas que juguetes, con formas de que simulan un arma, por lo que consideralos eficaces para agravar el robo por la causal que comentamos importa una clara violación al principio de legalidad, salvo que teniendo suficiente capacidad vulnerante como objeto contundente, se los utilice de

⁸⁹ "Algunos alcances del concepto "armas" en la agravante del robo", E.D. t.152, p.625.-

⁹⁰ "Codigo Penal, Parte Especial. De los delitos en particular" , t.II, Ed. Hamurabi, 1996, pag. 401 y ss.

esa forma, convirtiéndolos en armas impropias. Se destaca tambien, que el dolo exigido por la figura no se satisface con el uso de un juguete que simula un arma, pues éste requiere que el autor utilice en el hecho algo que para él tambien es un arma. Con agudeza se argumenta que calificar el robo por el uso de un juguete con forma de arma, es igual que considerar como abigeato el hurto de una vaca de plástico o de yeso. Salvo alguna aislada opinión, la doctrina y jurisprudencia coinciden en descartar como típicas a la agravante las "armas" simuladas y las de juguete".

V. 2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL EN EL CODIGO PENAL

ESPAÑOL:

El código penal español prevé en el Título XIII "Delitos contra el patrimonio y contra el

orden socioeconómico", Capítulo II (DE LOS ROBOS) en su artículo 242 inciso 2º el delito que nos ocupa.-

El citado código - que receptó la figura penal en tratamiento- fue aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el día 8 de Septiembre de 1995 y publicado por BOE el día 24 de noviembre de ese mismo año, como la Ley Orgánica nº10/1995 de 23 de noviembre, encontrándose previsto en el Libro III, Título XIII, Capítulo II del citado ordenamiento jurídico.

Se inicia el capítulo II con el título "De los Robos". El delito conlleva violencia o intimidación dirigida a personas para su configuración.- Así el artículo 237 del citado cuerpo legal y el artículo 242 en su encabezados indican la fórmula "...violencia o intimación en las personas".- El primero habla de violencia o intimación refiriéndose, en principio, a la clásica distinción entre vis absoluta y vis compulsiva.⁹¹

⁹¹ Francisco Muñoz Conde "DERECHO PENAL", Parte Especial, Duodécima Edición de la editorial tirant lo blanch, Valencia 1999, página 382 y siguientes

La violencia, puede realizarse sobre la persona del sujeto pasivo del delito o contra cualquier otra, aunque en este caso constituirá para el sujeto pasivo de la sustracción solo intimidación. Por lo que respecta al nivel cuantitativo que debe alcanzar la violencia para considerar el apoderamiento robo, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la fuerza física que haya que desplegar, etc. La intimidación constituye el sucedáneo psicológico de la violencia física. En realidad, no es más que una amenaza encaminada a viciar la libre decisión de la voluntad del sujeto pasivo, lo que obliga a una referencia al posible concurso con otras conductas tipificadas en el Código, sobre todo con las amenazas condicionales lucrativas del Art. 169, 1º. El criterio más acertado para su diferenciación es el atender al momento en que se exige la entrega de la cosa, ya que en las amenazas èsta es futura, mientras que por el contrario en el robo se exige la entrega inmediata. La intimidación, al igual que la violencia, ha de ser efectiva y con la suficiente intensidad para doblegar la voluntad del sujeto pasivo.

En principio, la intimidación, es puramente subjetiva, es decir basta con que coacciones en el caso concreto a la persona y que esta haya sido la intención del sujeto activo. Para la doctrina española la peligrosidad objetiva del medio empleado carece de relevancia, y así puede ser intimidación el uso de pistolas de juguete o detonadoras. Aunque en estos casos se puede aplicar la agravante del uso de armas del apartado 2º del artículo 242, puesto que éste hace referencia al verdadero uso de armas en cuanto tienen de peligro objetivo.-

El empleo de la violencia o intimidación debe ser un medio para conseguir o asegurar el apoderamiento describiéndose en el art. 237 que: "Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas".-

La figura que nos ocupa, cuya descripción, como se ha adelantado, se halla en el art. 242 pertenece a los delitos de robo con violencia

o intimidación en las personas⁹² al decir de A. Calderon Cerezo y J.A. Choclan Montalvo constituye la variante más grave de los delitos contra el patrimonio en su modalidad de apoderamiento⁹³.

La novedad más interesante que incorpora el código de 1995, radica en el abandono de la tradicional configuración como delito complejo, en el sentido de que la pluralidad de bienes jurídicos afectados, por una parte la propiedad y por otra la vida, salud, integridad física, libertad, seguridad de las personas, confluían en un ilícito penal único cuya punición tomaba en consideración el carácter pluriofensivo de la conducta⁹⁴. El tipo básico lo prevé el art. 242.1,

⁹² Artículo 242 1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren

⁹³ "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial, adaptado al programa de pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Ed. Bosch, pag.233

⁹⁴ "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial, adaptado al programa de pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Ed. Bosch, pag.233

mientras que el tipo penal agravado el art. 242.2 que reza en su parte pertinente: *Artículo 242.2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios igualmente*

peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren"

El fundamento de la agravacion, sostienen Calderon Cerezo y Choclan Montalvo, radica en EL incremento de la capacidad agresiva del sujeto activo y consiguiente riesgo que comportan el uso de las armas o de los medios peligrosos. Las armas y los medios peligrosos es indiferente que se utilicen efectivamente (vgr. Disparar), o meramente que se exhiban con efectos intimidatorios. El simple porte es atipico. La jurisprudencia aprecia la agravacion cuando se trata de armas de fuego que han de resultar aptas para el disparo (TS 22-5-1998), las armas blancas, los objetos punzantes y contundentes, las jeringuillas (TS 23-07-

1998 y 22-03-2000) y los "sprays" de gases lacrimogenos o irritantes (TS 22-09-1998)⁹⁵. Citando Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de los medios peligrosos, sostiene Quintero Olivares⁹⁶ que se ha entendido que estos medios lo son no en funcion de la finalidad o naturaleza, sino un riesgo para el asaltado, menguando o disminuyendo su capacidad de oposicion y defensa (STS 5 de octubre de 1993).-

Y en otros pronunciamientos el alto Tribunal de Justicia Español, ha interpretado que algunos instrumentos - aunque su uso normal sea domestico o laboral- son susceptibles de utilizacion como contundentes: martillos, destornilladores, tenedores, ladrillos o jeringuillas cargadas de liquido (entre otras SSTS de 11 de noviembre de 1985, 25 de marzo de 1993, 5 de octubre de 1994 y 2 de noviembre de 1994); tambien lo son pistolas de fogueo, las

⁹⁵ A. Calderon Cerezo y J.A. Choclan Montalvo "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial, adaptado al programa de pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal, 2ª edicion, actualizada a marzo de 2001, Ed. Bosch, pag.235.

⁹⁶ "Comentarios al nuevo codigo penal", Libro II, Titulo XIII, Ed. Aranzadi, 1996, pag.1114.

detonadoras y aquellas cuyo funcionamiento no conste (SSTS 23 enero de 1991).⁹⁷

El catedrático de Derecho Penal de la Universidad "Pablo de Olavide" de Sevilla Francisco Muñoz Conde ⁹⁸sostiene que: en el apartado 2 del artículo 242 se dispone que la pena del tipo básico(dos a cinco años de prisión) se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de armas u otros medios peligrosos que llevare, bien para cometer el delito o proteger la huida, bien para atacar a los que auxiliien a la victima o a los que le persiguieren. Por "arma" entiende el Tribunal Supremo, la de fuego, las navajas, cuchillos, estoques, hoces, martillos, jeringa infectada de SIDA, etc.- Por "medio peligroso" una piedra de gran volumen, un ladrillo, una botella, etc.

En fallos jurisprudenciales se ha considerado como "uso de arma", en el caso de arma de

⁹⁷ Francisco Muñoz Conde "DERECHO PENAL", Parte Especial, Duodécima Edición de la editorial tirant lo blanch, Valencia 1999, página 382 y ss..

⁹⁸ DERECHO PENAL, Parte Especial, Duodécima Edición de la editorial tirant lo blanch, Valencia 1999, página 382 y siguientes.

fuego, no solo el disparo sino también la exhibición o utilización intimidante (STS 29 abril 1996). Pero al entender por arma la real y no la simulada, parece que no debería apreciarse la agravación cuando la finalidad de la exhibición sea puramente intimidatoria.- Al ser esta circunstancia de naturaleza objetiva, se comunica a los partícipes que conozcan que otras la usan (SSTS 30 diciembre 1981 y 27 octubre 1984). -

Actualmente el uso de armas lo que hace más probable la producción del resultado lesivo asegurando así la ejecución del robo, por lo que independientemente del concurso a que puede dar lugar la producción del resultado lesivo y la propia tenencia ilícita del arma, parece lógico que la pena del robo mismo sea agravada. Realmente en el robo con violencia casi siempre se dará esta cualificación⁹⁹, pero no en el robo con intimidación, en el que cabe que el arma incluso sea simulada, no pudiendo apreciarse en este caso la referida agravación.-

⁹⁹ Francisco Muñoz Conde en su obra DERECHO PENAL, Parte Especial, Duodécima Edición de la editorial tirant lo blanch, Valencia 1999, página 384.

El autor español Gonzalo Quintero Olivares¹⁰⁰ sostiene que el C.P. de 1195 ha resuelto una

duda interpretativa que en ocasiones se planteaba en el análisis del código anterior.

Refiere Quintero Olivares que el uso de armas no es el mero porte de las mismas sin exhibirlas y, a su vez, la sola exhibición tiene que entenderse absorbida en la misma idea de intimidación. La cualificación se produce cuando las armas o medios son efectivamente utilizados, disparando, golpeando, agrediendo y con independencia de la pena imponible por la agresión ejecutada o intentada. Es por lo tanto una agravación por el medio empleado en el robo violento.-

En reciente y destacada publicación el doctrinario Jose Cerezo Mir expone, refiriéndose a las modificaciones de las agravantes en el Código Penal Español- que en el artículo 21.2.a "se refunden varias circunstancias agravantes actualmente existentes...",

¹⁰⁰ "Comentarios al nuevo código penal", Libro II, Título XIII, Ed. Aranzadi, 1996, pag.1114.

mencionando entre ellas el "auxilio de gente armada"¹⁰¹.- Cerezo Mir sostiene que la refundición de

las circunstancias agravantes tiene por objeto, sin duda, reducir el actual casuismo de la actual regulación legal y al expresarse sobre la comisión del hecho delictivo *con el auxilio de gente armada, agregando o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad* Esta agravante será tenida en cuenta siempre que el auxilio *"haya sido eficaz, es decir la defensa de la víctima haya quedado debilitada"*¹⁰²

¹⁰¹ "Temas de Derecho Fundamental", Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pag. 269.-

¹⁰² Jose Cerezo Mir, "Temas de Derecho Fundamental", Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pag. 269.

CONCLUSIONES FINALES:

A través del desarrollo del presente trabajo he señalado las diferentes elaboraciones doctrinales, así como los pronunciamientos de los tribunales de justicia acerca del delito penal que, debo reconocer, me ha apasionado investigar.-

La figura penal que nos ocupa motiva, por sí misma, su permanente estudio para adecuarla a los tiempos que vivimos.- Es que ningún país del mundo escapa a la problemática que genera la "utilización de armas" en la comisión de los delitos en que los ciudadanos son víctimas.-

Ahora bien y recopilando lo que ha sido el motivo concreto de mi investigación debo mencionar que

el concepto arma, su incorporación al tipo penal del robo agravado por el uso de armas y la razón de la agravante adquieren cada vez mas importancia en el campo del derecho penal, imponiéndose una exhaustiva descripción en los textos normativos del alcance de cada uno de estos términos.-

Dicho esto, si la comunidad necesita algún tipo penal que la satisfaga pues será por vía legislativa y no por interpretación judicial que tal satisfacción sea una realidad.-

Sólo sobre la base conceptual expuesta será posible evaluar si un revólver descargado, utilizado en la forma normal en que se lo suele usar, puede ser arma.-

Sólo sobre ella podrá valorarse si un revólver no apto para disparar puede ser considerado arma.

Sólo sobre esta base se encontrara determinado si un revólver de juguete, que ante los ojos de la víctima pueda aparecer como revólver real, puede ser considerado arma.-

Ha quedado bien claro en que uno de los requisitos de la figura agravada es el mayor grado de indefensión de la víctima, a esta altura parece y resulta obvio: revólver o pistola cargada, descargados, ineptos para herir o, incluso de juguete, la producen.

Comparto las posturas que sostienen que el fundamento de la figura agravada, es la aptitud intimidante que posee un arma con independencia de la efectiva capacidad vulnerante que se acredite en relación a ese elemento y que no puede negarse el carácter de arma, bajo el pretexto de una inidoneidad funcional, al objeto que ha servido para alcanzar la finalidad de la acción delictual. Entiendo carece de significación que el elemento "arma" sea o no idóneo para producir disparos ya que no existen elementos normativos que autoricen a interpretar que no constituye verdadera arma la que se encuentra en circunstancial incapacidad funcional. La certeza de que el arma funcione y que esté cargada no son condiciones que aparezcan legalmente impuestas como requisito de validez de un juicio afirmativo del empleo de armas a

los fines de la configuración del supuesto del art. 166 inc. 2° del Código Penal Argentino.

Me inclino por la concepción subjetiva en cuanto se pone en énfasis el efecto que se genera en la conciencia del que sufre la intimidación, pero teniendo en cuenta que es el propio agresor quien hace uso de ese instrumento con la finalidad manifiesta de aumentar realmente o en apariencia su potencialidad ofensiva, su capacidad de ejercer violencia, en una medida que aprecia superadora de la defensas normales que está en posibilidad de ejercitar el destinatario de su acción violenta.

Quien emplea la violencia sabe que el instrumento que utiliza tiene un poder intimidatorio por sí mismo, más allá de su aptitud real de ofensa y quien la soporta tiene ante sí una apariencia susceptible de hacerle desistir de sus posibilidades defensivas.

Dado el caso de robo con arma, la utilización de ésta resulta agravante del robo al cual sirve, por el temor que se genera a quien se encuentra frente a la misma, lo que debe incidir, sin dudas, para

que el sujeto pasivo no oponga las resistencias que podría presentar de otra forma.

Lo que destacado en mi posición no es el poder ofensivo real del objeto, sino el efecto intimidatorio concreto que conlleva su utilización.

Interpreto que quien utilice a sabiendas un instrumento que en apariencia constituya un arma, intimida utilizando un medio apto para ello hallándose la víctima con la convicción frente al instrumento utilizado que éste "es un arma" lo que avasalla sus defensas predispuestas.

Por ello, aún si la víctima actuase en la creencia que se le encañona con un arma cuando en realidad lo fuese con otro objeto utilizado en forma idónea para guardar frente a aquélla toda la apariencia de un arma nos encontraríamos tanto objetivamente como subjetivamente ante la presencia de un arma, teniendo en cuenta el poder intimidante del mismo en esas circunstancias, y la evidente potenciación de la aptitud natural del agresor de generar violencia.-

BIBLIOGRAFIA GENERAL

Barbado, Analia "El delito de Robo según la Jurisprudencia, pag.84 a 123, Ed. Ad-Hoc, 1996, Bs.As.

Batista, Weber Martins "El Robo con armas de juguete" Revista Juris, t. 80, 4º época, Rosario, enero- junio de 1987,ps.353 A 357.-Juez de Segundo Tribunal de Alzada y Profesor titular de la Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.-

Borinsky, Carlos "Derecho penal y política judicial(a propósito de robo con armas)", La Ley t.1989-C, pag.538.

Caballero, Ricardo Juan, "Sobre el delito de robo agravado por el uso de armas", en LL, 1981-A, Sección Doctrina, p.774 y ss.

Calderon Cerezo A. Y Chlocian Montalvo J.A., "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial, adaptado al programa de pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal, 2ª edición, actualizada a marzo de 2001, Ed. Bosch, pag.233.

Castejon, Fernando F. "Robo con armas", LL t.1989-E., pag.404 in fine.-

Cerezo Mir, Jose "Temas de Derecho Fundamental", Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pag. 269.

Cicciaro, Juan Esteban (EL DERECHO t.152- 1992), pag. 625

“Codigo Penal” Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompañado de legislação, complementar, tambien actualizada, de Samulas e de índices: Sistemático e Alfabético-Remisivo do Código Penal, Cronológicos da legislação e Alfabético da legislação Complementar, da Lei de Introdução, da Lei das Contravenções Penais e das Súmulas.; 38ª edição 2000, Editora Saraiva, pags.89/90.-

“Codigo Penal de la Nación Argentina”, Edición oficial, p196, Buenos Aires, 1923.

“Codigo Penal” Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompañado de legislação, complementar, tambien actualizada, de Samulas e de índices: Sistemático e Alfabético-Remisivo do Código Penal, Cronológicos da legislação e Alfabético da legislação Complementar, da Lei de Introdução, da Lei

das Contravenções Penais e das Súmulas.; 38^a edição
2000, Editora Saraiva, pags.89/90.-

Creus, Carlos "Derecho Penal, Parte General", 4^o Edición
actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1996

Creus, Carlos, "Derecho Penal, Parte General", 4^o
edición, con la colaboración de Aida Tarditti, Laura
Aimagno y Maria Antonia De la Rúa, Ed. Depalma, Bs.
As., 1997

Cueto Rua, Julio C., "La jurisprudencia sociológica
norteamericana, en Anuario de Filosofía Jurídica y
Social, Año 1981, Buenos Aires p.53.Ed. Abeledo Perrot,
Buenos Aires.-

Damianovich, Laura, "Delitos contra la propiedad", p.163,
Buenos Aires, Ed. Universidad, 1988.-

Dayenoff, D.E. "Codigo Penal Comentado" A.Z. Editora, Buenos Aires, 1991.Ver comentario al art.66.Cita entre otros fallos los plenarios "Scioscia" y "Costas".-

Diccionario de la lengua española, 22º edición, Madrid, 2002, pag.138.

Donna, Edgardo Alberto, "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD", Colección AUTORES DE DERECHO PENAL, dirigida por Edgardo Alberto Donna; Editada por Rubinzal-Culzioni, 2001, pag. 160.-

Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto, "Codigo Penal, Parte Especial. De los delitos en particular" , t.II, Ed. Hamurabi, 1996, pag. 401 y ss.

Fontán Balestra, Carlos"Tratado de derecho penal", p.518, Buenos Aires,1969

Fontan Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal tomo V, parte especial, 3ª edición actualizada por Guillermo, Ledesma Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pag.556

Gomez, Eusebio, "Tratado de Derecho Penal", T IV, n° 134, pag. 154.

Gonzalez Roura, Octavio "Derecho Penal", parte especial, TIII, Ed.Valerio Abeledo, 1922, pag.189.

Kaufmann, Arthur, "Analogía y naturaleza de la cosa.Hacia una teoría de la comprensión jurídica", Santiago de Chile, Editoria Jurídica de Chile, 1976, pág.84)

Laje Anaya, Justo, "Comentario al código penal, parte especial", t.II, p.70, Ed.Depalma, Buenos Aires 1972.-

Moreno, Rodolfo, "El Código Penal y sus antecedentes", t.V, H.A. Tommasi, editor, Bs. As. 1923.

Mouradian Alicia, "El alcance del concepto de arma en el art. 166 inc. 2º del Código Penal", en LL 1990-C, p.433 y ss.

Muñoz Conde, Francisco "DERECHO PENAL", Parte Especial, Duodécima Edición de la editorial tirant lo blanch, Valencia 1999, página 382 y siguientes

Núñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" t .IV, Parte Especial, Ed. Lerner Cordoba, 1989

Núñez, Ricardo C. "Derecho Penal argentino, t 5, p.222;

Oderigo Mario A. " Código Penal anotado", Buenos Aires, 1962, p.239.-

Osorio, Manuel "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Ed. Heliasta, 1982, pag.64.

Quintero Olivares, G. "Comentarios al nuevo código penal", Libro II, Título XIII, Ed. Aranzadi, 1996, pag.1114.

Rivarola, Rodolfo, "Exposición y Crítica"; Ed. Felix Lajouanne, Bs. As., 1890, T.II, n°766, p.295.

Rodríguez Devesa,, C. "Derecho Penal español, p.399, Madrid 1977.

Rodríguez Palma, Bernardo J. "El concepto de arma en el delito de robo", en J.A.-Doctrina, serie contemporánea, 1972, p.874.

Ross, Alf , "Sobre el derecho y la justicia. Ps.146 y sigtes. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1963.-

Scime, Salvador Francisco, "El arma de fuego en el tipo del art.166 inciso 2° del código penal", LL,t.1994-A, p.88.-

Slokar, Alejandro W., "Codigo Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" - Art. 41 bis agravamiento generico por empleo de arma de fuego-, AAVV, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2002, pag. 95 y ss.

Soler, Sebastian, "Derecho Penal Argentino", t. IV, Ed. Tipográfica Editora Argentina (TEA), Bs. As., 1994, pag. 299 y ss.

Tozzini, Carlos, "LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO en la Legislación, la Doctrina y la Jurisprudencia", 2º Edición actualizada, Ed. Lexis Nexis Depalma, Bs. As, 2002, pag. 295 y ss.

Vidal, Humberto S.,¹⁰² LA LEY T.1982-D, pags 64 a 66