



ROBO CON ARMAS

Por Alexis Leonel Simaz¹

Art. 166 Inc. 2do.: “Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

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

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

1.) LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL DERECHO ARGENTINO

El Proyecto Tejedor regulaba el delito de robo con armas de manera autónoma (art. 317 inc. 2º), estipulando en el párrafo final de la disposición que por la palabra “*armas*” se entiende todo instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida. En la nota a dicho artículo explicaba que no bastaría cargar armas sino emplearlas, citando como fuente directa del precepto al Código de Baviera. También mencionaba –lo que es digno de aplaudir– que es importante precisar los objetos que la ley reputa como armas, tomando la estipulación del Código de Baviera, de lo que se sigue que el arma toma su carácter no tanto de la materia que la forma, como del uso que se destina, todo lo que puede dañar, todos los objetos con lo cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas (ver Zaffaroni-Arnedo, 1996a:425/7).

El Proyecto de 1881 no contemplaba ninguna agravante por el empleo de armas con relación al robo, lo que no fue seguido por el primer Código Penal de la República (sancionado por ley 1920, B.O. 07/12/1886) el cual agravó el robo cuando se cometía en despoblado y con armas (art. 188 inc. 1º). El Proyecto de 1891 no innovó al respecto (art. 201 inc. 1º), citando como fuentes al Código Penal de 1886, el Proyecto Tejedor y los CP. de Alemania, Bélgica y España (ver Zaffaroni-Arnedo, 1996b:231 y 624). A partir de este proyecto y hasta la sanción del CP. de 1921 la influencia de la

¹ Docente regular de Derecho penal. Parte especial. Facultad de Derecho de la UNMDP



legislación española resulta innegable, siendo la fuente más importante, sino la única, del derecho extranjero, ya que más allá de alguna mínima variación legislativa la cuadrilla siempre requirió en España, la concurrencia de personas y la utilización de armas en el apoderamiento.

El Proyecto De 1895 seguía la línea del Código de 1886 y el Proyecto de 1891 (art. 225 inc. 2º), lo cual no fue alterado por la ley de reformas 4189 de 1903. La misma redacción contemplaban los Proyecto de 1906 y 1917 (arts. 181 inc. 2º y 167 inc. 1º, respectivamente), pasando con esta última numeración a ser ley de la República con el Código de 1921.

En este punto es interesante destacar que la legislación originaria castigaba más levemente el robo en despoblado y con armas (3 a 10 años de prisión) que el robo en despoblado y en banda (5 a 15 años) considerando al actuar plural organizado más disvalioso que la utilización de armas, a diferencia de lo que ocurre hoy en día.

El Proyecto de 1937 preveía como circunstancias calificativa del hurto el llevar armas, aunque no se hiciera uso de las mismas, lo que se trasladaba al delito de robo (arts. 214 inc. 1º y 216 inc. 1º; ver Zaffaroni-Arnedo, 1996d:705/6). El Proyecto de 1941 no regulaba figuras agravadas del delito de robo. El Proyecto de 1951 mantenía la calificante del robo cuando se cometiere en despoblado y con armas (art. 236 inc. 1º). El Proyecto de 1953 innovaba al respecto al tipificar el robo agravado por el uso u ostentación de armas de manera autónoma (art. 212 inc. 2º), lo que reiteraba el Proyecto de 1960, pero simplemente estableciendo en el art. 211 inc. 2º “*Si el robo fuere cometido con armas*” y también el Proyecto de 1979 en el art. 217 inc. 2º (ver Zaffaroni-Arnedo, 1996f:95, 291 y 468 y 1996g:336).

En fin, el anteproyecto de Código Penal para la República Argentina (2006) en su versión original reprimía con una pena de 3 a 12 años el robo que se cometiere con un arma de fuego cargada y apta para el disparo (art. 170 inc. b.) Sin embargo, en mérito a las sugerencias efectuadas en el periodo de consulta pública se agregó al texto la frase: “*o con cualquier objeto que pusiese en peligro la vida o la integridad física*”, toda vez que estos últimos, al igual que las armas de fuego cargadas tienen aptitud objetiva para poner en riesgo la vida de los sujetos pasivos.

Mayor interés reviste –obviamente– las leyes y decretos-leyes que modificaron el Código Penal de 1921 en distintas ocasiones. En este orden, recordemos la versión originaria del Código de fondo no contemplaba autónomamente la figura, hasta que la sanción del decreto ley 4.778 (B.O. 19/06/1963) le dio plena autonomía a la agravante, toda vez que los arts. 9 y 10 que modificaron los



arts. 166 y 167 del Código Penal, castigaban el robo con armas tanto cometido en lugar poblado como despoblado. Sin embargo, y aunque esta reforma fue ratificada inmediatamente por la ley 16.478 (B.O. 30/09/1964), quedó inmediatamente después derogada por la ley 16.648 (B.O. 18/11/1964), volviéndose al texto originario del digesto material. Recién con la sanción del decreto ley 17.567 (B.O. 12/01/1968), la agravante cobró total independencia en el art. 166 inc. 2°, lo que se mantuvo hasta la ley 20.509 (B.O. 28/05/1973) que nuevamente retornó a la redacción originaria. A partir de la ley 20.642 (B.O. 29/01/1974), la severizante mantuvo autonomía y la misma redacción típica hasta la actualidad en el inc. 2° del art. 166 -eliminándose asimismo el término “y con armas” contenido en el inc. 1° del art. 167-, ya que la última reforma introducida por la ley 25.882 (B.O. 26/04/2004) conservó el texto anterior y le agregó dos párrafos más, publicándose en el Boletín Oficial de este modo:

ARTICULO 1° - Sustitúyese el artículo 166 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 166.- Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

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

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

Por último, debe mencionarse la ley 25.297 (B.O. 22/09/2000) que estableció la agravante genérica en el art. 41 bis, cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego. El párrafo segundo de la citada norma reguló también que no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.



No obstante, la aparente claridad de este último párrafo, lo que haría suponer a primera vista la inaplicabilidad de la cualificante al caso del robo con armas (conforme la redacción de la ley 20.642), ello fue puesto en tela de juicio por parte de la doctrina y jurisprudencia, básicamente por entender que en el art. 166 inc. 2° únicamente se menciona “*armas*” y no armas de fuego.

Tal es así que el mensaje del Poder Ejecutivo que sometía a consideración del Congreso el proyecto de reforma al art. 166 inc. 2° del CP. (convertido luego en la ley 25.882), señalaba que la propia Cámara de Casación Penal de la Nación no era uniforme al respecto.

2.) EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS CUATRO TIPOS PENALES

El título sexto del libro segundo del Código Penal argentino agrupa las figuras delictivas comprendidas entre los arts. 162 y 185 bajo la denominación común de “*Delitos contra la propiedad*”

Tanto la legislación civil como la penal argentinas brindan una tutela amplia a la propiedad, superponiéndose en algunos supuestos. No obstante, en los casos de duda entre ambos ámbitos, en virtud del principio de mínima intervención, habrá de estarse a que la protección sólo es brindada por la ley civil.

Soler (1987:175/7) ha fundado la nomenclatura del Código en el concepto amplísimo y jerárquicamente superior que brinda el art. 17 de la Constitución Nacional (al que hay que agregar armónicamente el art. 14) comprensivo no sólo del derecho de dominio, junto a los otros derechos reales que enumera el art. 2503 del CC, sino también de los derechos personales de carácter patrimonial y hasta la simple posesión o mera tenencia de hecho.

En consonancia con lo expuesto nuestra Corte Suprema de la Nación refiriéndose al principio de la insignificancia en materia penal, consideró que: “...*La manera como se encuentra legislado el hurto, cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido art. 162. La insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter. Es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación al derecho de propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena...*”.²

² “*Adami*”, sent. del 25/09/1986, Fallos 308:1796. Por otro lado, además del texto constitucional, la Argentina cuenta con tres instrumentos internacionales que hacen referencia al derecho de propiedad y que, por imperio de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22°, tienen jerarquía constitucional. Me refiero, en primer término, a la Declaración Americana de los



En fin, del juego integral y armónico de la normativa señalada, se desprende una protección más que amplia que incluye tanto la propiedad intelectual, como la industrial y la común. El título en análisis únicamente vela por esta última, ya que existen leyes especiales que tutelan las dos primeras.³

Ahora bien, puede observarse claramente en el delito de hurto simple (CP, 162) cómo el legislador pretende tutelar de forma exclusiva el bien jurídico "*propiedad*". En cambio, no sucede lo mismo en el delito de robo simple (CP, 164), pues -como se lo ha caracterizado en el capítulo precedente-, además de la propiedad se intenta brindar protección a la libertad e integridad física de las personas,⁴ al igual que sucede con el delito de robo con armas, en sus dos primeras variantes (CP, 166 inc. 2º, párrafos primero y segundo). En estos casos la agravante finca no sólo en la posible lesión a la propiedad, sino también en la libertad de las personas y en el peligro concreto en la vida o integridad física corrido por los sujetos pasivos del delito.

Valga la aclaración de que, cuando se menciona la libertad en este contexto, se lo hace en lo que se vincula a la libertad civil y, más específicamente, a la libertad psíquica, que se ve afectada paradigmáticamente por los delitos de amenazas y coacciones, esto es, la libertad de determinarse conforme la propia voluntad. En general, ello es lo que sucede en el robo con armas en cualquiera de sus tipicidades, lo que lo asemeja a un delito complejo integrado por un hurto y una coacción. Sin embargo, debe tenerse presente que la intimidación no es sinónimo de coacción. La ley penal se contenta aquí con mucho menos que el extremo planteamiento de dos posibilidades, entre las cuales la una es la perdición y la otra el crimen (cfr. Soler, 1987:275). Se conforma con el simple temor que suscita la intimidación con armas.

Pienso que el mensaje de elevación de la ley 25.882 presenta un criterio progresivo que pretende establecer la reforma. Se comienza por el robo simple (CP, 164; 1 mes a 6 años de prisión), se continúa con los delitos de robo agravado por arma cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse por acreditada o con arma de utilería (CP, 166 inc. 2º párrafo final; 3 a 10 años de prisión), pasando por el robo agravado por cualquier tipo de arma que no sea de fuego (CP, 166 inc. 2º párrafo primero; 5 a 15 años de prisión), y culminando con el robo agravado por el empleo de arma de fuego apta (CP, 166 inc. 2º párrafo segundo; 6 años y 8 meses a 20 años de prisión).

Derechos y Deberes del Hombre (art. 17.1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. XXIII).

³ Véanse las leyes n° 11.723 sobre propiedad científica, literaria y artística y n° 22.362 sobre marcas y designaciones.

⁴ Exclusión hecha del robo con fuerza en las cosas.



Finalmente, resulta claro que todos los tipos penales que regula el 166 inc. 2º del CP son delitos cualificados **de la figura básica de robo simple (CP, 164)**. Las tipicidades que establecen los dos primeros párrafos se vinculan -más allá de la afectación a la propiedad y libertad de las personas- esencialmente al peligro concreto para la vida o integridad física de las personas, que implica verse sometido a un atraco con armas de fuego –normalmente las de mayor poder vulnerante- o cualquier otro tipo de arma, objetos que en el caso concreto deben tener poder ofensivo. En cambio, en los restantes tipos penales -además de la propiedad- la protección que persigue el legislador no se refiere a la vida o integridad física de las personas –aunque de hecho pueda verse afectada- sino a la mayor intensidad con que se produce la intimidación de las personas, producto de la exhibición de un “*arma*” que a los ojos de la víctima reviste capacidad vulnerante.

3.) ROBO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMAS QUE NO SON DE FUEGO (CP, 166 INC. 2º, PRIMER PÁRRAFO)

3.1.) ASPECTOS GENERALES

Este párrafo mantiene la redacción original que le ha otorgado la ley 20.642 y regula ahora de forma residual todos aquellos robos que se cometan con armas que no sean de fuego, independientemente de la aptitud de estas últimas, de lo que se ocupan los párrafos que siguen.

Existe cierto consenso general en sostener que este tipo penal comprende a las “*armas propias*” definidas como todo aquel objeto destinado para la defensa o para ofender, esto es, fabricado *ex profeso* con tales fines. Sayago (2005:43) completa esta definición diciendo que su estructura y funcionamiento han sido pensados con la finalidad de servir para potenciar las posibilidades ofensivas o defensivas de quien la utiliza, ya sea accionándola, empleándola en sus funciones específicas o aprovechando su poder intimidante cuando se la esgrime.

Exceptuando las armas de fuego, quedarían expresamente comprendidas aquí las que arrojan proyectiles por medios mecánicos (un arco, catapulta, honda, ballesta etc., con su correspondiente proyectil: piedra, flecha) o por impulso del hombre (granada arrojada con la mano). A ellas hay que adunar el uso de torpedos, bombas, rifles o pistolas de aire comprimido que se accionan de un modo distinto que por deflagración a pólvora. Y, también, dentro de las armas de lanzamiento, las que disparan proyectiles autopropulsados, munición química o munición explosiva, incluidos los



lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros,⁵ conforme el art. 3 inc. b del decreto 395/75.⁶ Se incluyen también las armas blancas, como cuchillos, navajas, estiletes, cortaplumas, puñales, estoques, etc.⁷ Por último, debe adunarse en esta categoría a los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos (gas pimienta, por ejemplo) y también a las armas electrónicas (arg. art. 5 ap. 3º y 4º del decreto 395/75).

Ahora bien, el punto fundamental que debe aclararse en este tipo penal es determinar si deben ser incluidas lo que la doctrina y la jurisprudencia habitualmente denomina “*armas impropias*”, esto es, -según la definición más común- aquellos objetos que no están destinados o concebidos para atacar o defenderse, pero que en el caso en concreto pueden ser equiparados a las “*armas propias*” de acuerdo a su uso. De ello me ocuparé en los puntos que siguen.

3.2.) ARMAS IMPROPIAS: SU PARTICULAR PROBLEMÁTICA

3.2.1.) INTRODUCCION

La nueva ley no introdujo ninguna variante expresa respecto de la categoría de armas “*impropias*”, que habitualmente suelen utilizar la doctrina y jurisprudencia para referirse a aquellos objetos que si bien no están destinados a dañar a otra persona, en el caso concreto su uso puede equipararlos a las armas “*propias*”. Los ejemplos más habituales son los cuchillos de cocina, guadañas, tijeras, púas, rocas, garrotes, punzones, la culata de un arma de fuego, etc., pasando por casos más dudosos como jeringas, destornilladores, tijeras, botellas de vidrio, aerosoles (sin perjuicio de lo normado por el art. 5 inc. 3º del decreto 395/75), cables, biromes, pesados tinteros o candelabros y máquinas de escribir, hasta los ejemplos más extremos como un anillo, un escarbadiantes, una bufanda, entre otros.

Los esfuerzos argumentales de los penalistas en general se han dirigido a admitir esta categoría, pero tratando de introducir algún tipo de límite normativo o -lo que es más frecuente- valorativo, para no llegar a amplitudes que parecen absurdas e inusitadas. Sin embargo, debe reconocerse que, especialmente, en la última década se ha puesto en tela de juicio esta categoría, básicamente por considerarla incompatible con el principio de legalidad, vinculado tanto a la

⁵ Véase el art. 1.1. del Protocolo II de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que no contiene esta limitación.

⁶ Ver D’ Alessio (2004:412).

⁷ Estas pueden subdividirse en cortantes, punzantes y punzo-cortantes (ver Reinaldi, 2006:77).



prohibición de analogía como al mandato de determinación o como lo prefieren mencionar los más modernos principio de taxatividad.

Sin lugar a dudas es la notable imprecisión semántica del término “*arma*”, lo que genera profundo desacuerdos entre los juristas, los que obedecen a una falta de consenso general en cuanto a las definiciones estipulativas que estos utilizan para el vocablo “*arma*”.

Con ciertas imprecisiones que pueden generar los etiquetamientos, pero con fines esencialmente expositivos voy a dividir el análisis de la doctrina y jurisprudencia argentinas en tres posiciones o tesis. La primera que admite sin mayores tapujos la inclusión de las armas “*impropias*” en el art. 166 inc. 2º (tesis amplia); la segunda, que no lo admite (tesis restrictiva) y, la tercera, que exige el acometimiento con las mismas (en sentido estricto una variante de la primera), ya que muchos autores que dan una definición amplia de “*arma*”, luego limitan la aplicación de la agravante exigiendo el acometimiento o utilización efectiva de la misma (tesis intermedia).

3.2.2.) LA TESIS AMPLIA

“*Arma*” es todo objeto con poder ofensivo suficiente según lo define González Roura (1925:226) o todo adminículo no sólo apto para dañar, sino también para ofender cualquiera sea su destino en palabras de Negri⁸. Según Soler (1987:300) debe entenderse por “*arma*” tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona, como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente. En este último caso -aclara el autor-, resulta necesario que el juez aprecie en los hechos la forma en que las mismas fueron mostradas, al efecto de verificar si representaban o no un argumento de fuerza física inmediata⁹. Para Núñez (1967:240) “*arma*” es todo objeto destinado para defensa u ofensa (arma propia), como el que eventualmente puede utilizarse para ese fin (arma impropia). Fontán Balestra (1969:517) opina que deben incluirse dentro del mentado concepto tanto a las armas propias como a las impropias, es decir, las específicamente destinadas para el ataque o defensa, y los objetos que adquieren tal carácter por razón de su empleo como medio contundente.

⁸ “*Garone*”, P. 33.715, Acuerdos y Sentencias, 1985-II-63.

⁹ Hay que tener presente que penalistas argentinos como Moreno y Gómez sostenían que la sola posesión del arma bastaba para agravar el robo, salvo que se tratase de armas impropias que requería su empleo (ver lo expuesto en el punto 7). Puede observarse en esta tesitura y sobre todo en el pensamiento de Soler, como se manifiesta de forma embrionaria los argumentos que luego sostendrán los partidarios de la tesis intermedia.



Molinario (1996:273) -al que expresamente sigue en el punto Donna (2001:160/1)-, dice que arma propia es todo objeto que ha sido fabricado *ex profeso* para ser empleado en la agresión o defensa de las personas; en cambio, arma impropia es todo instrumento fabricado con diverso fin, pero que ocasionalmente puede producir agresión o defensa de las personas.

Creus expone (1998:432) que el concepto de arma comprende tanto las propias como las impropias equiparadas a las propias y las verdaderamente impropias que, por sus características, se adecuen a la razones de ser de la agravante como lo serían ciertas herramientas de punta o filo o los objetos de gran poder contundente. En esta línea, aunque con plausibles limitaciones, Arocena¹⁰ admite como armas a las llamadas “*armas impropias equiparadas a las propias*” (una cuchilla de cocina o un cuchillo de mesa) y también a las “*armas impropias en sí mismas*” que por sus características de punta o filo son unánimemente reconocidas por la comunidad de los legos o por las costumbres lingüísticas de los ciudadanos comunes, como un vidrio roto o ácidos; al mismo tiempo que rechaza dentro de esta última categoría a las que revelan aptitud para ofender en razón de su contundencia (máquina de escribir) o por la dañosidad de sus efectos (agua hirviendo), dado que en estos casos el sentido literal de los términos de la ley, establecido de conformidad al “*consenso semántico de la comunidad*” no permite admitirlos dentro de las voz “*arma*”.

Sayago (2005:43 y 53) conceptúa a las “*armas propias*” como las que han sido fabricadas y cuya estructura y funcionamiento han sido pensados con la finalidad de que sirvan para potenciar las posibilidades ofensivas o defensivas de quien las utiliza, y a las “*impropias*” a todo objeto que, no obstante no haber sido construido o destinado al ataque o la defensa, su estructura material y la forma en que se la emplea, le otorga poder ofensivo, concluyendo que con la reforma de la ley 25.882, que en el párrafo final castiga con una pena de 3 a 10 años de prisión, teniendo en cuenta el poder intimidante de una arma cuya aptitud para el disparo no ha podido probarse o un arma de utilería, se ratifica aún más su tesis, ya que sería incongruente castigar más severamente estos casos de quien robo con armas “*impropias*” (2005:84).

Marum (2008:283/5) comparte la inclusión de las armas “*impropias*” dentro del concepto de arma, ello por el mayor poder intimidante que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro para la vida o integridad física del sujeto pasivo, descartando cualquier tipo de concepción ontológica o esencialista del término “*arma*”. Debe partirse –dice la autora- de una interpretación teleológica y sistemática que tome en consideración el bien jurídico tutelado por la figura y el fundamento de la

¹⁰ Se cita a través de Sayago (2005:68).



agravante, agregando, que no es la inclusión de las armas impropias en el concepto de “*armas*” lo que afecta el principio de legalidad, sino la amplia extensión que se le ha otorgado al incluir elementos que no implican un aumento de riesgo a la vida o integridad física.

Participa de esta tesis amplia Ouviaña quien el plenario “*Costas*”¹¹ sostuvo que existe un mínimo acuerdo en considerar que “*arma*” es tanto el objeto específicamente construido para el ataque o defensa, como cualquier otro que, no obstante su distinta naturaleza, ocasionalmente pueda satisfacer el mismo objetivo. En esta inteligencia, Mitchell -como integrante de la sala III de la CNCP-¹², refirió que para la configuración del robo agravado no se requiere una capacidad ofensiva determinada; basta que el arma tenga el poder suficiente para lesionar a la persona contra la que se comete este delito contra la propiedad, de lo que se deduce la razón de esta agravante no es la intimidación que sufre la víctima sino el mayor poder vulnerante que con el uso del arma (propia o impropia) tiene el agente para lograr el apoderamiento de cosas muebles ajenas, pues con ello le provoca al sujeto pasivo -independientemente de que éste se sienta intimidado o no- un mayor peligro para su vida o para su integridad física. En consecuencia, concluye que para la procedencia del tipo penal “*sub examine*” no se exige la presencia de intimidación que provoque temor en la víctima, sino que basta con la comprobación de que en la especie el robo se ha cometido con arma, es decir con alguno de los objetos que, de acuerdo a como haya sido empleado, evidencie poder ofensivo y, por ende, mayor peligrosidad por parte del agente. La intimidación padecida por el damnificado no puede ser nunca fundamento del robo agravado previsto en la figura analizada; su presencia o ausencia -cuando se haya demostrado que el robo se perpetró con arma- será simplemente un criterio de mensuración dentro de la escala legal de la pena correspondiente al tipo calificado.

Operada la reforma introducida por la ley 25.882 los sostenedores de esta tesis no han variado su opinión, por lo tanto, el uso de este tipo de objetos continúa definido como conducta ilícita descripta en el concepto genérico de la expresión armas, previsto en el inc. 2 del art. 166 del CP. Claro que en esta clase de objetos poco interesa si el arma es o no apta para el disparo o si es de utilería, pues esta es empleada como instrumento contundente para ser impactado violentamente

¹¹ La Ley, 1986-E, p. 376

¹² “*Cano, Alejandro E. s/rec. de casación*”, sent. del 04/02/2003, La Ley, 2003-E, p. 52.



contra la víctima. De tal modo ejecuta la misma función que un palo, una piedra, una silla, una botella, etc.¹³.

3.2.3.) LA TESIS RESTRICTIVA

No admite tal categoría Tozzini (2002:297) quien refiere que en general se admite el concepto laxo de que “*arma*” es todo elemento que aumenta el poder ofensivo del hombre, definición que no concuerda con la mayor precisión que suministra el diccionario de la Real Academia Española: instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o defenderse, criticando la introducción del concepto de arma impropia por resultar violatoria al principio de legalidad.

Asimismo, Juliano (2004^a) observa que todas las palabras tienen un límite de tolerancia o resistencia semántica, superado el cual la legítima función interpretativa de la jurisdicción se convierte en aplicación analógica de la ley, a lo que aduna que observando la problemática desde un ángulo estrictamente material, no puede sostenerse que cuando el legislador habló de “*arma*” haya querido referirse a cualquier tipo de objeto, aún los que en la vida cotidiana aparecen como inofensivos y a los que ninguna persona podría reputar de “*arma*”.

Para Grassi (2003:737 y ss.) no cabe duda alguna que el origen del problema parte de la ausencia de una clara definición y por ende a la vaguedad que se le otorgó al concepto “*arma*”, posibilitándose que los intérpretes extrajudiciales y los propios operadores del sistema echasen a rodar un criterio polivalente y divisorio de ellas, separándolas en “*armas propias e impropias*”. Con relación a estas últimas, observa el jurista, la amplitud que se le dio a esta pseudo clasificación otorgó base para que, por extensión del tipo penal e interpretación y aplicación analógicas, se terminase considerando arma a cualquier elemento.

Por su parte, Colombo (2003:52 y ss.) apoyándose en el principio de máxima taxatividad y en la difundida opinión de Hassemer que distingue entre interpretación y analogía, entendida la primera como la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su “*sentido literal posible*”, concluye que ello convierte en un escollo difícil de superar por la construcción teórica denominada “*arma impropia*”.

En consonancia con las opiniones que preceden, Buteler (2004:831/2) expresa que aplicar la agravante prevista en la ley a lo que no es arma, ni siquiera parecido en su forma, como una bufanda,

¹³ Ver pronunciamiento de la sala II Cámara Nacional de Casación Penal, sent. del 16/12/2005, “*M., A. G., recurso de casación*”, en Lexis Nexis online, documento N°: 22.94912222.9491



un pedazo de baldosa, un palo u otros objetos, porque aumenta el poder vulnerante de quien atenta contra el patrimonio, está prohibido en nuestro sistema constitucional, en cuanto supone un claro caso de aplicación por analogía. El concepto de “*arma impropia*” implica la creación de derecho represivo y que conforme la definición lexicográfica no hay otra arma que no sea un objeto construido específicamente para aumentar el poder vulnerante de las personas, por lo que la denominación armas propias es innecesaria¹⁴.

Zaffaroni es tributario de este pensamiento, el que expone en distintos votos como integrante de la sala VI de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, donde únicamente admite las armas de fuego como calificante del inc. 2º del art. 166 (en la versión de la ley 20.642), pues lo contrario implicaría –a su criterio- no ya interpretación extensiva, sino analogía *in malam partem*¹⁵.

También piensa así Bruzzone¹⁶ cuando menta que la utilización de una botella y una baldosa, para concretar el desapoderamiento padecido por la víctima no puede ser considerado “*robo con armas*”, porque esos objetos no son, técnicamente, armas, simplemente, porque no lo son. “Se trata de elementos que, utilizados de la manera en que lo hicieron, le otorgan al agresor una mayor capacidad ofensiva, pero que, por ese solo hecho, no pueden ser incluidos en el concepto de arma. La extensión de la agravante del art. 166, inc. 2º, del Código Penal, excede los alcances de lo que podemos considerar interpretación extensiva, para ubicarse en el plano de la interpretación analógica ‘in malam parte’ que se encuentra vedada, conforme se desprende, de los efectos y consecuencias, del mandato de certeza con el que debe practicarse la interpretación de los tipos de la parte especial de acuerdo al principio de legalidad (art. 18 de la CN.).

3.2.4.) LA TESIS INTERMEDIA

Moreno -siguiendo a Irureta Goyena- cree que por “*arma*” debe entenderse todo adminículo apto para ofender o para dañar, cualquiera fuese su destino, no debiendo limitarse el calificativo a

¹⁴ Un año más tarde el mentado jurista mantuvo igual criterio al comentar un fallo de la Cámara Sexta del Crimen de Córdoba, el cual consideró como arma “*impropia*” a una lima de uñas colocada en el cuello de la víctima.

¹⁵ Sólo contamos con la escueta opinión del distinguido penalista expuesta en el caso “*Cuña Madeira*” del 09/05/1989, La Ley, 1990-C, p. 436. Nos informa Colombo (2002) que el incendio producido en la sede de la Cámara nos ha privado de conocer otros pronunciamientos, entre ellos “*Calabrese, E s/ robo*”, donde el magistrado se ha expedido más detenidamente. Sin embargo, como luego se analizará con detenimiento, Zaffaroni ha expuesto acabadamente en obras posteriores su posición sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley penal, lo que tiene directa vinculación con el tema de tratamiento.

¹⁶ Cfr. su voto como juez integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, sent. del 06/05/2004, “*A., M. G. y otros*”, La Ley, t. 2004-D, 483 - Sup. Penal 2004 (agosto), 24, con nota de Diego Juan Avaca.



aquellos objetos destinados al ataque o defensa de las personas. Sin embargo, distingue entre armas empleadas, donde incluía aquellas que hubieran sido fabricadas con un fin diferente al de ataque o defensa, de los casos de armas no usadas en que tal concepto debe limitarse a las que tengan por objeto el ataque o la defensa (1923:145/7).

Gómez (1941:244) al tratar el delito de agresión explica que la ley no define el arma, por lo que ha de tenerse por tal cualquier instrumento apto para ofender el físico de una persona, aunque no estuviera especialmente destinado a ese objeto, requiriéndose que dicho instrumento tenga una evidente potencialidad ofensiva, circunstancias que un arma “*impropia*” es un cuestión que se deberá evaluar en cada caso. Ya específicamente en la figura de robo con armas, el autor (1941:150) incluye las que lo que son en sentido propio y, también, todo objeto con el cual sea posible causar algún daño en el físico de las personas. Pero más adelante aclara que tratándose de armas impropias es menester su empleo, salvo que se demuestre que el delincuente las llevaba *nocendi causa* puesto que podría tenerlas sin la intención de usarlas (1941:156)¹⁷.

Según Aída Tarditti¹⁸ para la ley arma es todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, lo que incluye aquellos que circunstancialmente aumentan el poder de acción debido al efectivo empleo -como medio violento- que se realiza en el ataque contra la propiedad. Asimismo, para que el instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva es la voluntad del sujeto que la utiliza -como medio violento- lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino. Y tratándose de armas impropias, la sola violencia desplegada con ellas, esto es, el efectivo acometimiento contra la víctima a los fines de vencer su resistencia al desapoderamiento, es suficiente para hacer aplicable la forma agravada del artículo 166 inc. 2º, primer supuesto, aun cuando aquella *vis* no se hubiera traducido en la concreta causación de un daño en la salud, siquiera de carácter leve.

Este mismo órgano jurisdiccional que integra Tarditti también sostiene que la concreta utilización de un elemento inflamable -en el caso gasoil-, efectivamente derramado sobre el cuerpo de los damnificados, a quienes además se les aproximó una llama, configura indudablemente un acometimiento intimidante con arma impropia, que pone en una real situación de peligro a las

¹⁷ Recuérdese que como se refirió en la nota 36 tanto Moreno como Gómez entienden que el robo debe calificarse por el mero llevar o tener armas consigo, aunque las mismas no fueren exhibidas a la víctimas, esto en el caso de las armas propias, lo que es resistido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia como se analizará específicamente en el punto 7, pero en lo que aquí interesa su postura puede catalogarse como intermedia.

¹⁸ Ver Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, sent. del 18/03/2009, “López, José Augusto”, La Ley Córdoba, 2009 (octubre), p. 942.



víctimas y por ello también lleva la conducta de los encartados al ámbito del art. 166 inc. 2° del C.P.P.¹⁹.

En el caso “*Maujo, Eduardo G. y otro s/rec. de casación*”, el TSJC refiere²⁰, sin embargo, que la utilización de una bufanda (en dicho supuesto el sujeto activo había sujetado el cuello de un taxista con el objeto de apoderarse de la recaudación), no podía ser catalogada como “*arma*” en los términos de la calificante, puesto que para que el instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva, es la voluntad del sujeto que la utiliza -blandiendo o acometiendo- lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino.

Pérez Barberá, si bien en principio adhiere a una tesis restrictiva, invocando pacífica jurisprudencia del TSJC.²¹, admite la necesidad de acometimiento, el que define conforme la RAE como embestir con él contra algo, y hacerlo “*con ímpetu y ardimiento*”. De esta forma, quien acomete merece una respuesta punitiva más grave de quien sostiene un objeto en forma amenazante, lo que se vincula a la razón de ser de la agravante, pues el acometimiento genera un peligro real y concreto, mientras que ello no ocurre, la generación de tal clase de peligro es meramente contingente²².

3.2.5.) LOS PROBLEMAS DE LA ANALOGIA Y LA DETERMINACION

Lo expuesto en los puntos precedentes resulta suficientemente ilustrativo para percibir que la disputa entre los juristas versa, esencialmente, en la mayor o menor extensión de la definición de lo que debe entenderse por el término “*arma*”. Así, no existen controversias en identificar dicho término con aquellos objetos que están destinados a la ofensa o a la defensa (arma propia), lo cual parece presuponer su fabricación para dichos fines. Los que admiten la inclusión de las armas impropias, las entienden como las que si bien no han sido concebidas para el mentado fin, en el caso

¹⁹ Sent. del 13/05/2004, “*Bravo, Antonio M. y otro*”, La Ley, Sup. Penal 2004 (noviembre), p. 76.

²⁰ Sent. del 05/07/2002, La Ley Córdoba 2002, p. 1021 - La Ley, t. 2002-F, p. 33

²¹ “...El argumento referido a una supuesta incongruencia entre la situación de las armas propias y las impropias si se exige -como aquí lo hacemos- que el arma propia tenga una real potencialidad lesiva, no repara en que las segundas la punición más gravosa se justifica no por su calidad o exhibición amenazante, sino por su utilización como medio violento en el ataque contra la propiedad. En efecto, para que un objeto cualquiera sea equiparado a un arma, se requiere no sólo su exhibición amenazante -que sí satisface el tipo agravado respecto de armas propias- sino su efectivo empleo contra la víctima, para perpetrar el desapoderamiento. Es tal condición, entonces, la que reviste a una simple cosa de una peligrosidad concreta. (fallo “*Vázquez*”, Sent. n° 60 del 08/08/02)...”.

²² Ver su voto completo en Cámara de Acusación de Córdoba, “*Bustos, Jonathan Ezequiel y otro*”, sent. del 10/06/2009, La Ley Online: AR/JUR/24519/2009. Ver también en el mismo pronunciamiento el voto en minoría de Salazar quien observa que en el hecho hay acometimiento.



pueden funcionar de la misma forma. Esto llevaría a sostener que las denominadas “*armas impropias*” no serían “*verdaderamente*” armas.

Sin embargo, parece poco lógico que por ejemplo dos cuchillos con idéntico poder vulnerante, uno fabricado para uso militar sería un arma, y otro que tiene un fin doméstico o suntuario no lo sería. O, por ejemplo, el mismo herrero que fabrica un cuchillo para matar a su vecino, y otro idéntico para comer un asado. O el que confecciona un cortaplumas para cortar la arteria femoral a su enemigo o para ir de campamento. Por ello, no es posible identificar de modo general la finalidad para lo que fue construido un objeto, con su utilización en el caso concreto, es decir, que poco nos puede aportar la indagación sobre la “*intención*” del fabricante, sino más bien su efectivo empleo.

Por otro lado, la tesis intermedia, si bien se presenta como una alternativa -limitativa de la tesis amplia- a tener en cuenta, sobre todo por la riqueza de sus argumentos, en este punto no resuelve nada porque nada nos dice sobre qué debe entenderse por “*arma*”.

Ahora bien, sostener como regla general que la inclusión de las “*armas impropias*” dentro del concepto de arma vulnera el principio de legalidad, sea mediante la subconcreción de *lex certa o lex stricta*, es erróneo porque ello implicaría apoyarse en una distinción (la intención del fabricante) que en la mayoría de los casos resulta un tanto absurda. Incluso podría prescindirse de la misma reformulando la definición de “*arma*”, pues toda clasificación debe representar cierta utilidad práctica, y no parece ser este el caso.

No obstante, existen -y siempre existirán- casos particularmente problemáticos²³, en los que la jurisprudencia ha tenido -y tendrá- un criterio vacilante, los cuales caen en una zona de penumbra, pues no existe un uso lingüístico firme que permita incluir dichos objetos dentro del concepto de “*arma*”.

En un esclarecedor trabajo de los profesores Alchourrón y Bulygin (1991:303/28) han expuesto que en los casos en que no existe un uso lingüístico firme respecto de la relación entre dos expresiones, los jueces tienen que tomar la decisión de incluir un caso en la extensión de un predicado, o excluirlo de ella. Al tomar esta decisión, los magistrados no afirman una proposición verdadera o falsa, sino que dan una definición parcial del predicado en cuestión. Proporcionan una definición estipulativa que, como tal, no es verdadera ni falsa. Más aún, esta oración no pertenece al

²³ Probablemente todos los objetos que en general suelen clasificarse como armas “*impropias*” son casos problemáticos. No obstante lo cual admiten distintos grados de intensidad, pues no es lo mismo un palo, una masa o un cuchillo de cocina, que un anillo o una bufanda.



lenguaje, sino al metalenguaje, se refiere al significado de ciertas expresiones del lenguaje. Pero dada esa estipulación, el enunciado del lenguaje “*los «x» son «y»*” expresa una proposición analítica: es verdadera sólo en virtud del significado de los términos relevantes. Se trata de un enunciado interpretativo y es analítico, no fáctico. Sobre la base de enunciados de ese tipo, el juez puede extraer una conclusión lógicamente válida y ese razonamiento muestra que la decisión del juez está jurídicamente justificada.

Asimismo, los juristas relatan que a fin de justificar su decisión, el juez tuvo que establecer una regla semántica para el término. Si respecto del término en cuestión, hubiere existido un uso lingüístico firme, un significado claro, la decisión del juez, también se hubiera basado en un enunciado analítico, más en este caso, el fundamento de tal enunciado no sería una definición estipulativa, sino una definición informativa (esto es, un enunciado metalingüístico que es verdadero o falso con relación a las convenciones lingüísticas vigentes en una sociedad). La diferencia crucial entre los dos casos está en el hecho de que el juez en un caso descubre una regla semántica existente, mientras que en el otro, es él quien la estipula, pues no existe una regla semántica firme y preexistente. En ambos casos, el juez usa un enunciado verdadero, pero vacuo, el enunciado interpretativo usado es analíticamente verdadero, pero vacío, en el sentido que no dice nada acerca del mundo.

Por último, refieren los autores que ninguna oración es verdadera con independencia de las convenciones lingüísticas. La verdad de las proposiciones es independiente de las convenciones lingüísticas. Sólo la verdad de las oraciones (esto es, de entidades lingüísticas) depende de las convenciones lingüísticas. Los enunciados interpretativos no expresan juicios de valor, ni siquiera cuando están basados en definiciones estipulativas. Valoraciones éticas subyacen a muchas de las estipulaciones semánticas del juez, pero una vez tomada su decisión, el enunciado que afirma, no expresa un juicio de valor, sino una proposición analítica. La aceptación de una regla semántica puede estar (y usualmente está) basada en genuinos juicios de valor, esto es, en valoraciones éticas de las consecuencias de adoptar tal o cual decisión, pero la aplicación de una regla semántica nada tiene que ver con valoraciones.

Por otra parte, y yendo al punto que considero neurálgico para tratar de desenmarañar este problema, no existe un pleno consenso en la doctrina de que se entiende por interpretación restrictiva y extensiva y, si esta última, es claramente diferenciable de la analogía prohibida.



Según Larenz (1994:350/1) el significado “*estricto*” es aquél se identifica con la esfera nuclear al que se tiene en primer lugar en cuenta para usar el término, y el “*amplio*” con el significado que, en mayor o menor medida, comprende la esfera marginal, que en el uso general del lenguaje sólo algunas veces se tiene en cuenta. Si se sobrepasa algunas de estas esferas, ello puede implicar analogía o reducción teleológica de la ley, pero nunca interpretación.

Para Roxin (1997:140) analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza; si la regla jurídica que se va a trasladar procede de un precepto concreto se la denomina analogía legal, si procede de varios preceptos se la llama analogía jurídica. En el campo penal ello está vedado en la medida en que opere en contra del imputado (*in malam partem*), pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad.

Agrega el autor, que la prohibición de analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación de la ley, que está permitida, de la creación del derecho, que está prohibida. El legislador crea, con el tenor literal de un precepto penal, un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez, quien considera el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico, el contexto sistemático legal y, el fin de la ley. Según esto último, la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Ahora bien, una interpretación al margen de dicho marco, es decir, que no esté cubierta por el sentido literal posible de una norma, constituye una analogía fundamentadora de la pena, lo que es inadmisibles.

De lo expuesto se infiere que el mayor problema, consiste en determinar el límite entre la interpretación extensiva y la analogía prohibida. De modo aproximado es posible sostener que la diferencia sustancial entre ambas es que, mientras que la interpretación es la determinación del sentido o significado de un enunciado normativo que se halla dentro de su “*sentido literal posible*”, la analogía supone la aplicación de una nueva norma penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de la letra del enunciado normativo ya existente, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal, claro que dicho límite no puede establecerse con precisión matemática (Cfr. Zarini, 2006:102/3). Ello presupone definir a la interpretación extensiva y a la restrictiva una en función de la otra, quedando ambas comprendidas dentro del sentido literal y colapsando esta última con la analogía. Sin embargo, si se entendiese que la interpretación extensiva



puede ser más amplia que la literal, ello la tornaría difícilmente distinguible de la analogía. Es necesario, entonces, hacer algunas precisiones adicionales frente a un tema tan escabroso:

a.) Dentro del abanico de posibilidades que aparecen en la interpretación de una disposición penal, es posible optar tanto por una interpretación extensiva como por una restrictiva, pues el principio *in dubio pro reo* no rige en el derecho penal sustantivo. Claro que dicha opción no implica una decisión arbitraria o caprichosa, sino que debe adaptarse al sentido literal posible del texto y a los reconocidos cánones o métodos de interpretación vigentes, aunque resulte dificultoso trazar límites precisos entre una interpretación restrictiva y extensiva, o entre esta última y la analogía, y menos aún determinar exactamente cuándo nos movemos dentro del sentido literal;

b.) La dificultad de precisar los límites entre una interpretación extensiva y una restrictiva obedece fundamentalmente a la vaguedad del lenguaje. Claro que ello no implica necesariamente una condición negativa o disvaliosa, pues todo ordenamiento jurídico funciona con cierto margen de indeterminación, ya que sería imposible que el legislador pudiera describir con máxima precisión toda conducta humana de modo casuístico, y si lo fuere el funcionamiento práctico del derecho quedaría totalmente atrofiado;

c.) El problema consistiría más bien en determinar el punto mínimo aceptable para que una ley sea considerada determinada, que en si se admite o no la interpretación extensiva. Si bien ninguno de los extremos parece que pueda funcionar plausiblemente, una magistratura especializada, el peligro proviene más de la excesiva determinación que de la indeterminación, no influyendo demasiado la restrictividad o extensividad de la interpretación, en la medida en que se busquen ciertos parámetros que impidan caer en la analogía creadora de hechos punibles o penas, de modo que los jueces no suplan las deficiencias del legislador y, lo que es peor aún, rellenen tipos penales con sus convicciones morales o personales. El mandato de determinación es una exigencia básicamente dirigida al legislador y, de manera secundaria al juez, por eso la admisión o no de la interpretación extensiva es un hecho propio de la actividad judicial. Es que como explican Eser-Burkhardt (1995:52/9), no se debe extremar el mandato de determinación al punto de que las leyes se tornen extremadamente rígidas y casuísticas y no puedan adecuarse a la evolución de la vida, por lo que al legislador no les es posible renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descriptos formalmente con total exactitud y, que por ello, necesitan en cierta medida de la interpretación judicial.



Lo expuesto, aunque no siempre se explicita, parece ser la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Sin embargo, no está exenta de críticas:

i.) Al no poder establecerse con precisión los contornos entre interpretación literal, restrictiva y extensiva, ya que ningún término del lenguaje natural tiene límites determinados de aplicación, la directiva que impone la interpretación literal no podría cumplirse. Esto implicaría la necesidad de redefinir el concepto de "*interpretación literal*", en el sentido de asignarle a un término su significado usual de conformidad al uso ordinario de las palabras, pero ello confrontaría con la noción de interpretación "*a secas*", pues ¿Qué otra cosa podría ser interpretar?

ii.) Un camino podría ser argumentar que existen casos claros de aplicación y de no aplicación, y casos problemáticos, en los que las reglas semánticas no determinan si el caso se halla o no comprendido en el alcance del término. Desde esta óptica, la interpretación restrictiva sería aquella que limita el significado del término exclusivamente a los casos claros, mientras que la extensiva la que abarca al menos un caso problemático en su alcance. De ello se seguiría un problema aún mayor: la distinción entre interpretación extensiva y analogía, en la medida en que todo caso de uso de un razonamiento por analogía podría ser presentado como un caso de interpretación extensiva y viceversa, lo que daría la razón a la postura que defienden prestigiosos autores como Bacigalupo (1999:75 y ss.), Ferrajoli (1998:95 y ss.), y Bobbio (1938:109). Sin embargo, dicha posición dejaría latente el problema de la distinción entre interpretación restrictiva y reducción teleológica de la ley, a la que le serían aplicables las mismas objeciones. Frente a ello, la búsqueda de soluciones se bifurcarían: por un lado tratando de reconstruir, ya no un sentido meramente literal posible, sino interpretativo posible, abarcativo de los cánones o métodos de interpretación aceptados, cosa que parece poco plausible; o relativizando de algún modo el concepto de analogía, como por ejemplo reformulando el mandato de determinación o, en fin, redefiniendo los conceptos de interpretación extensiva y restrictiva.

iii.) Parece bastante plausible la última opción, es decir, definir a la interpretación extensiva y a la restrictiva una en función de la otra, quedando ambas comprendidas dentro del sentido literal y colapsando la interpretación extensiva (y también la literal) con la analogía. Dentro del campo de referencia semántico o el sentido literal de un texto es posible que exista más de una interpretación, sin que en principio una prevalezca sobre otra. Ahora bien, si se entendiera que la interpretación extensiva puede ser más amplia que la literal, o en otras palabras, que quedaría fuera



de la literal, ahí sí sería difícil sostener que exista una diferencia tajante entre la interpretación extensiva y la analogía.

iii.a.) Al definir la una en función de la otra, los términos contenidos en las normas generales tendrían en principio el sentido que ellos poseen en el uso ordinario -salvo que el legislador expresamente estipule un cierto significado-: ese sería su significado literal. Tanto la interpretación restrictiva como la extensiva quedarían comprendidas dentro del marco de la interpretación literal, y se definirían una por oposición a la otra, es decir, una interpretación sería calificada como extensiva por comparación con otra más restrictiva y viceversa, una interpretación sería calificada como restrictiva por comparación con otra más extensiva. Desde este punto de vista podría diferenciarse a la analogía de la interpretación extensiva: esta última no transgrediría el sentido literal, mientras que la analogía sí.

iii.b.) De este modo los casos problemáticos de interpretación podrían considerarse como supuestos de analogía y los únicos casos en los que habría interpretación extensiva serían aquellos claramente incluidos dentro del alcance que el uso ordinario o jurídico de una expresión, que eventualmente podrían ser menos restrictivos que otros posibles sentidos que la expresión tenga en el uso corriente o jurídico.

iii.c.) Dentro de esta caracterización los problemas interpretativos que se presentan en el marco de la interpretación literal serían problemas de ambigüedad y no de vaguedad, pues todos los casos comprendidos dentro del tenor literal son instancias claras de aplicación, donde el uso ordinario o jurídico le puede acordar más de un sentido claro. La distinción entre interpretación extensiva y restrictiva, entendida de este modo, se relacionaría entonces con la ambigüedad y la distinción entre interpretación literal y analogía se vincularía, en cambio, con la vaguedad.

3.2.6.) MI OPINION

Sin lugar a dudas habría sido preferible que el legislador argentino hubiera orientado su última reforma en el sentido que lo hizo el proyectista argentino de 2006, al establecer que el robo se agrava por el empleo de arma o por el uso de cualquier objeto que pusiere en peligro la vida o la integridad física. No obstante, de *lege lata* estimo plausible la tesis intermedia.

En principio, el robo con un arma de fuego cargada y apta para el disparo en el caso concreto produce la misma intimidación y riesgo para la integridad física de quien coloca un destornillador en



la yugular del sujeto pasivo. En lo particular, parece que este último caso es mucho más intimidatorio y peligroso que el primero. Sin embargo, no se diría que es necesario que el sujeto activo tenga que hacer algo más para que tengamos que calificar al robo con la severizante de “*armas*” a tales situaciones. Más allá de la mayor o menor intensidad que pueda haber en ciertos casos, parece que determinar la intensidad de la intimidación es una cuestión de hecho, es por ello que Mitchell sostiene que la misma no puede ser fundamento del robo agravado previsto en la figura analizada, lo que llevaría a considerar que no se advierte una diferencia sustancial entre la intimidación que se produce en el robo simple y en el robo con armas. Este novedoso argumento es difícilmente sostenible con el agregado del párrafo tercero al art. 166 inc. 2 del CP., pero más allá de ello, en esta inteligencia se proclamaría la posibilidad de agravar un hurto por el empleo de armas.

Tengo la impresión que lo que los partidarios de la tesis intermedia están tratando de expresar es que en estos casos existe un plus que consiste en el objetivo peligro que corre la víctima del atraco en tal situación, lo que no se verifica en los supuestos de robo simple, como por ejemplo la simulación armada, donde la intimidación puede ser incluso más intensa, pero el riesgo es cuasi nulo. Ello debería ser extensivo no sólo para el caso de las armas impropias, sino también para las propias, pero esta afirmación es problemática. Es que tanto en el robo simple como en el robo con armas (propias o impropias), pueden existir intimidación y riesgo concreto para la víctima (tres expertos en artes marciales que le cierran el paso a un joven exigiéndole la entrega de las zapatillas, con o sin golpes de puño, generan un peligro concreto para la integridad física y/o salud de la víctima). La única forma de argumentar correctamente este problema, sin caer en un casuismo exagerado, es sostener que el legislador ha entendido que la utilización de un arma (propia o impropia) en un atraco genera objetiva y genéricamente para la víctima una mayor intimidación y un mayor riesgo para su salud o integridad psicofísica, de ahí su mayor reproche penal.

Quizás, en términos de la tesis intermedia, pueda explicarse ese plus en la necesidad de tener que acreditar -en los casos de utilización de objetos que caen en la zona marginal o de penumbra (donde hay buenas razones para considerar que es un arma y otras buenas para pensar lo contrario)-, que el objeto sea utilizado de un modo funcionalmente intimidante. Pero con ello se corre el riesgo de incluir cosas que ninguna persona llamaría vulgarmente un “*arma*”. Es que toda definición o estipulación que intentemos del término tiene que compensar dos cuestiones que se encuentran en permanente tensión: el uso que la comunidad lingüística le da vulgarmente y el modo en que el



objeto es utilizado. Lograr un equilibrio entre ambas es algo problemático, pues, por ejemplo, nadie duda que una pistola cargada y apta para el disparo es un arma, pero si no es exhibida, porque el ladrón la lleva consigo por si acaso, no configura la agravante; paralelamente, nadie duda que un cable o un cordel no lo son, pero ajustados en el cuello de la víctima podrían provocar la muerte, lo que -además del peligro concreto- configura una intimidación muy difícil de resistir. En el medio existen también innumerables ejemplos de dificultosa solución. A ello también sería posible adunar una tercera cuestión el contexto de hecho: no es lo mismo un arma de fuego cargada en manos de un experto tirador, que una pesada masa y filoso cuchillo en manos de una persona que se encuentra postrada.

Bien ha dicho en tal sentido Domenech (1982:13/4) que resulta complejo determinar el motivo de la ley, si es que existe, pues más bien parece que son los intérpretes los que suelen tener motivos. Tal lo que ocurriría si se considera como razón de la agravante la mayor peligrosidad del delincuente o la mayor intimidación de la víctima, ya que es precisamente la intimidación el medio del desapoderamiento considerado robo simple y la peligrosidad del agente uno de los motivos de agravación de la pena (CP, 40/1). Concluyendo que la adopción de la tesis subjetiva en la determinación del punto de vista desde el cual debe establecerse la existencia de armas en el caso concreto, no parece sostenerse, pues conduce al absurdo. Si la víctima cree que el dedo meñique del ladrón es una pistola pequeña de calibre también pequeño, habría robo con arma; si el ladrón toma una pistola de juguete creyendo que es verdadera y lo mismo supone la víctima, habría robo con arma. Ello no ocurre -aduna- con la tesis objetiva que al evaluar la aptitud vulnerante de un objeto reputado “*arma*” tiene en cuenta no sólo las características del objeto, sino también el contexto en que es empleado. Así un garrote de telgopor, por sus características, no posee aptitud vulnerante, pero tampoco la tiene una maza pesada en manos de un paralítico.

Es que en el fondo la distinción entre armas “*propias*” e “*impropias*” intenta tratar de explicar o clarificar -probablemente no de la mejor forma-, algo que no tiene una solución precisa para todos los casos posibles, cual es la vaguedad actual o potencial que tiene el término “*arma*”, ya que no es posible -salvo que enunciemos uno por uno los objetos que consideraríamos armas y, aún así, se presentarían problemas que no podríamos prever de antemano-, mediante la regla general establecida del art. 166 inc. 2º del CP. contemplar todos los casos posibles, pues siempre llegaremos al punto en que no resulta claro si las expresiones generales se aplican o no al caso concreto, ya que



sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que le faltan otras. En estos supuestos, los cánones de interpretación no pueden eliminar totalmente estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden proveer a su propia interpretación (Hart, 1961:157/8).

Este es el principal problema que genera tantas opiniones divergentes y, si bien, la postura intermedia propone una solución plausible, adicionando para el caso de las armas “*impropias*” la necesidad de que la salud o integridad física corra un peligro concreto, deja subsistente el problema central referente a la extensión del concepto de “*arma*”.

De todos modos plegarse a esta postura intermedia no implica adherir a las opiniones más amplias que abarcan dentro del concepto “*arma*”, objetos que la comunidad lingüística en general no los denominaría, como por ejemplo una maquina de escribir, una bufanda, un anillo, un cordel, un pesado candelabro, una hoja de afeitar, una lapicera, etc., que ninguna persona llamaría vulgarmente “*arma*,” más allá que en el caso concreto puedan lesionar o poner en peligro la integridad física o la vida de las personas.

Ciertamente no es posible ofrecer contornos precisos entre los que es o no un arma, y menos aún un listado cerrado y exhaustivo de las mismas, ello esencialmente por la naturaleza cambiante de las cosas y del lenguaje. Seguramente existan objetos que hoy denominamos como armas y mañana quizás no (y viceversa), como así también habrá objetos que no conocemos que en un futuro serán conceptualizados como armas. Si bien la vaguedad actual de las palabras como estas en alguna medida puede ser disminuida, la textura abierta o vaguedad potencial es inevitable. Se impone así un concepto vulgar de arma, independientemente de la tradicional división entre armas propias e impropias, con ciertas precisiones para las armas de fuego que se analizaran al tratar distintas normativas nacionales e internacionales al respecto, que de algún modo estipulan parcialmente el concepto de arma, lo que se verá enseguida.

Para finalizar debe tenerse presente que la reciente reforma introducida por la ley 25.882 (B.O. 26/4/2004) le ha otorgado autonomía típica (o más bien especificidad) a los supuestos de armas cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (entre las que podemos incluir *prima facie* a las descargadas e ineptas) y de utilería. Por un lado, ello implica que si se castigan los casos en que existe ausencia de peligro (arma descargada o de utilería), como mayor



razón deben castigarse los casos en que lo hay (destornillador en la yugular)²⁴ y, por el otro, ello refuerza el argumento de que la utilización de un arma impropia en el robo requiere algo más que la mera exhibición. Esto se lo puede demostrar por la reducción a lo absurdo. No es lo mismo apuntar a alguien con un destornillador, una lapicera o una jeringa que ponérsela en el cuello con la inmediata amenaza de su uso.

4.) EL ROBO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO (CP, 166, INC. 2º, PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO)

4.1.) DEFINICION DE ARMA DE FUEGO. EL MARCO REGULATORIO LOCAL E INTERNACIONAL

La ley de facto nacional de armas y explosivos lleva n° 20.429 (B.O. 05/07/1973) y contempla en su art. 1° que la adquisición, uso, tenencia, portación, transmisión por cualquier título, transporte, introducción al país e importación de armas de fuego y de lanzamiento a mano o por cualquier clase de dispositivo, agresivos químicos de toda naturaleza y demás materiales que se clasifiquen como armas de guerra, pólvoras, explosivos y afines, y armas, municiones y demás materiales clasificados de uso civil, quedan sujetos en todo el territorio de la Nación a las prescripciones de la presente ley, sin más excepciones que las determinadas en el artículo 2°.

Este artículo excluye de las prescripciones de la ley: *a)* Los actos de cualquier índole relacionados con toda clase de armas, materiales y sustancias comprendidas en el artículo precedente, cuando fueran ejercitados por las Fuerzas Armadas de la Nación; *b)* Las armas blancas y contundentes, siempre que no formen parte integrante o accesorio de las clasificadas como "*arma de guerra*".

Por su parte, el art. 3 dispone que los materiales mencionados en el artículo 1° se clasificarán en las siguientes categorías: *1.)* armas de guerra; *2.)* pólvoras, explosivos y afines y *3.)* armas de uso civil, disponiendo en su párrafo final que el Poder Ejecutivo establecerá en la reglamentación de la presente ley los elementos que integran cada una de las categorías. De los puntos *1.)* y *3.)* se ha ocupado el decreto 395/75 (B.O., 3/3/1975) y sus modificatorios, mientras que del punto *2.)* lo ha hecho el decreto n° 302/83 (B.O. 28/2/1983) y sus modificatorios, el cual derogó el decreto n° 26.028 del 20/12/1951.

²⁴ Ver Sayago (2005:84)



El art. 3 del decreto 395/75 trae algunas definiciones de interés, entre las que se destacan: *a.)*

Arma de fuego: La que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia; *b.) Arma de lanzamiento:* La que dispara proyectiles autopropulsados, granadas, munición química o munición explosiva. Se incluyen en esta definición los lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros. Asimismo, se especifica que por **arma portátil** debe entenderse a toda arma de fuego o de lanzamiento que puede ser normalmente transportada y empleada por un hombre sin ayuda animal, mecánica o de otra persona, por **arma no portátil** a la 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. Por **Arma de puño o corta**, se entiende a toda arma de fuego portátil diseñada para ser empleada normalmente utilizando una sola mano, sin ser apoyada en otra parte del cuerpo y por **arma de hombro o larga**, a toda 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 tiro a tiro**, es el arma de fuego que no teniendo almacén o cargador, obliga al tirador a repetir manualmente la acción completa de carga del arma en cada disparo. **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 tirador. **Arma automática**, es el arma de fuego en la que, manteniendo oprimido el disparador, se produce más de un disparo en forma continua.

En el art. 4 comienza a regularse la clasificación del material. En el mismo se entiende por armas de guerra todas aquellas que, contempladas en el artículo 1, no se encuentren comprendidas en la enumeración taxativa que de las "*armas de uso civil*" se efectúa en el artículo 5 o hubieran sido expresamente excluidas del régimen de la presente reglamentación. De este modo las **armas de guerra** se clasifican en: **1) Armas de uso exclusivo de las instituciones armadas:** Las no portátiles, las portátiles automáticas y las de lanzamiento y las armas semiautomáticas alimentadas con cargadores de quita y pon símil fusiles, carabinas o subametralladoras de asalto derivadas de armas de uso militar de calibre superior al 22 LR, con excepción de las que expresamente determine el Ministerio de Defensa. El párrafo siguiente aclara que todas las restantes, que siendo de dotación actual de las instituciones armadas de la Nación, posean escudos, punzonados o numeración que las



identifique como de pertenencia de las mismas. **2) Armas de uso para la fuerza pública:** Las adoptadas para Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policías Federal y provinciales, Servicio Penitenciario Federal e Institutos Penales Provinciales, que posean escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de dichas instituciones. **3) Armas, materiales y dispositivos de uso prohibido:** *a)* Las escopetas de calibre mayor a los establecidos en el inciso 2 apart. c) del artículo 5, cuya longitud de cañón sea inferior a los 380 mm.. *b)* Armas de fuego con silenciadores. *c)* Armas de fuego o de lanzamiento disimuladas (lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc.). *d)* Munición de proyectil expansivo (con envoltura metálica sin punta y con núcleo de plomo hueco o deformable), de proyectil con cabeza chata, con deformaciones, ranuras o estrías capaces de producir heridas desgarrantes, en toda otra actividad que no sea la de caza o tiro deportivo. *e)* Munición incendiaria, con excepción de la específicamente destinada a combatir plagas agrícolas. *f)* Dispositivos adosables al arma para dirigir el tiro en la oscuridad, tales como miras infrarrojas o análogas. *g)* Proyectiles envenenados. *h)* Agresivos químicos de efectos letales. **4) Materiales de usos especiales:** Los vehículos blindados destinados a la protección de valores o personas. Los dispositivos no portátiles o fijos destinados al lanzamiento de agresivos químicos. Los cascos, chalecos, vestimentas y placas de blindaje a prueba de bala, cuando estén afectados a un uso específico de protección. **5) Armas de uso civil condicional:** Las armas portátiles no pertenecientes a las categorías previstas en los incisos precedentes. Pertenecen también a esta clase las armas de idénticas características a las comprendidas en los incisos 1, segundo párrafo y 2 del presente artículo, cuando carecieran de los escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de las instituciones armadas o la fuerza pública. Asimismo, son de uso civil condicional las armas que, aún poseyendo las marcas mencionadas en el párrafo anterior hubieran dejado de ser de dotación actual por así haberlo declarado el Ministerio de Defensa a propuesta de la institución correspondiente y previo asesoramiento del Registro Nacional de Armas. Este último mantendrá actualizado el listado del material comprendido en la presente categoría.

El art. 5 contempla con carácter taxativo las **armas de uso civil**, que clasifica como: **1) Armas de puño:** *a)* Pistolas: de repetición o semiautomáticas, hasta calibre 6,35 mm. (.25 pulgadas) inclusive; de carga tiro a tiro, hasta calibre 8,1 mm. (.32 pulgadas), con excepción de las de tiro Magnum o similares. *b)* Revólveres: Hasta calibre 8,1 mm. (.32 pulgadas), inclusive, con exclusión de los tipos "Magnum" o similares. *c)* Pistolones de caza: de uno o dos cañones, de carga tiro a tiro



calibres 14,2 mm. (.28), 14 mm. (.32) y 12 mm. (.36). **2) Armas de hombro:** *a)* Carabinas, fusiles y fusiles de caza de carga tiro a tiro, repetición o semiautomáticos hasta calibres 5,6 mm. (22 pulgadas) inclusive, con excepción de las que empleen munición de mayor potencia o dimensión que la denominada ".22 largo rifle" (.22 LR), que quedan sujetas al régimen establecido para las armas de guerra. *b)* Escopetas de carga tiro a tiro y repetición: Las escopetas de calibre mayor a los expresados en el inciso 1, apartado c) del presente artículo, cuyos cañones posean una longitud inferior a los 600 mm. pero no menor de 380 mm. se clasifican como armas de guerra de "uso civil condicional", y su adquisición y tenencia se regirán por las disposiciones relativas a dicho material. **3)** Los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos, que sólo producen efectos pasajeros en el organismo humano, sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento y en recipientes de capacidad de hasta 500 cc. **4)** Las armas electrónicas que sólo produzcan efectos pasajeros en el organismo humano y sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento.

El art. 6 prevé una subclasificación dentro de las armas de uso civil referida a las de uso deportivo. El artículo siguiente exceptúa del régimen de la presente reglamentación: *a)* Dispositivos portátiles, no portátiles y fijos destinados al lanzamiento de arpones, guías, cartuchos de iluminación o señalamiento y las municiones correspondientes; *b)* Armas portátiles de avancarga y *c.)* Herramientas de percusión, matanza humanitaria de animales o similares y sus municiones.

El art. 8 regula todo lo referido a las armas y municiones de colección, disponiendo que las armas portátiles y no portátiles de modelo anterior al año 1870 inclusive y sus municiones o proyectiles, podrán ser libremente adquiridas y poseídas, las que fueren posteriores a dicha fecha, también lo pueden ser, con arreglo al régimen establecido por la presente reglamentación para las armas clasificadas de uso civil. Las armas de guerra portátiles, de modelo posterior al año 1870 y sus municiones, en condiciones de uso, podrán ser adquiridas y poseídas por los coleccionistas autorizados por el Registro Nacional de Armas, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 54 y concordantes de la presente reglamentación.

Una cuestión adicional que hay que agregar, es que tanto la ley nacional 20.429 cuanto su decreto reglamentario 395, tienen como objetivo central legislar cuestiones relativas a la fabricación, exportación, importación, circulación, depósito, transmisión, transporte, fiscalización, venta, adquisición, etc., de armas y municiones que la misma legislación clasifica, como así también la de



otorgar las respectivas autorizaciones a particulares para tener o portar armas de fuego, lo que se vincula directamente a la aplicación de los tipos penales previstos en el art. 189 bis del CP.

Sin embargo, de la clasificación exhaustiva que el decreto realiza respecto de las armas de fuego, no quedan claramente contempladas algunas de elaboración casera, como las conocidas en nuestro país vulgarmente como “*armas tumberas*”, por ejemplo, la que consiste en dos caños de metal soldados en uno de sus extremos, que presentan un elemento improvisado que funciona como una “*púa*” percutora. Al acoplarse un caño al otro que lleva el cartucho encastrado, éstos funcionan u operan como una escopeta de un tiro y con cañón de ánima lisa.²⁵ Queda claro que -sin perjuicio del encuadre de tales armas en la clasificación que el citado decreto prevé-, si las mismas (como en el ejemplo citado) funcionan utilizando la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia, se las tendrá como armas de fuego, a los efectos de su subsunción legal en los términos del inc. 2º apart. 2º del art. 166 del CP.

Por último deben analizarse dos Convenciones.

A.) LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES RELACIONADOS (WASHINGTON, 1997)

El 14/11/1997 la República Argentina suscribió el presente convenio el cual fue aprobado por el Congreso Argentino mediante la ley 25.449 (B.O. 04/07/2001). En lo que aquí interesa el punto I. art. 3 define lo que es un arma de fuego la que entiende como **a.)** cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto, excepto las armas antiguas fabricadas antes del siglo XX o sus réplicas; o **b)** cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas.

Debe tenerse presente que nuestro país hizo reserva con relación a esta norma, en el sentido de que excluye de la definición de armas de fuego la expresión “*excepto las armas antiguas fabricadas antes del Siglo XX o sus replicas*”, contenida en la parte final del inciso a.), ello como

²⁵ Ver pronunciamiento de la sala III de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, in re “*RODRIGUEZ, Juan Alberto - GONZALEZ, Gonzalo Luis s /Robo calificado por uso de armas*”, causa n° 1837/04, sent. del 03/03/2005 y, recientemente, el de la sala I del TCPBA, in re “*L ., V. O. s/ recurso de casación*”, causa n° 27.715, sent. del 24/02/2011.



consecuencia de lo dispuesto en el art. 8 del decreto 395/75 que establece la libre adquisición y posesión de armas de colección, portátiles y no portátiles de modelo anterior al año 1870 inclusive.

B.) EL PROTOCOLO CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, SUS PIEZAS Y COMPONENTES Y MUNICIONES, COMPLEMENTARIO DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (NEW YORK, 2004)

Dicho protocolo anexo a la convención fue aprobado por el Congreso Argentino mediante la ley 26.138 (B.O. 05/09/2006), a diferencia de la Convención que lo fue con anterioridad mediante la ley 25.632 (B.O. 30/08/2002).

El lo que importa el art. 3 inc. a.) define “*arma de fuego*” en términos más escuetos que la Convención Interamericana al entender: a toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas. Las armas de fuego antiguas y sus réplicas se definirán de conformidad con el derecho interno y, en ningún caso, sin embargo, podrán incluir armas de fuego fabricadas después de 1899.

4.2.) OPINION PERSONAL

Nuestro derecho interno se ha manejado pacíficamente con la definición de “*arma de fuego*”, que de modo sintético brinda el art. 3 inc. 1º del decreto 395/75, es decir, aquella que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia. La posterior aprobación por el Congreso argentino de la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego (ley 25.449) ha venido a ampliar tal definición, especialmente, al regular en su punto I, art. 3 inc. b.) que considera como arma de fuego: cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas; no así, la que contiene el art. 3 inc. a.) del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego (aprobado por ley 26.138) que es más compatible con nuestro derecho interno. Corresponde determinar entonces cuál es la ley aplicable, especialmente en lo que se vincula al robo agravado por el empleo de arma de fuego, que prevé una pena un tercio superior al robo agravado por cualquier otro tipo de armas, que no sean de fuego.



Dos años antes de la reforma constitucional de 1994, la CSJN había dejado en claro la supremacía del derecho internacional por sobre el derecho interno en el caso “*Ekmekdjian c. Sofovich*”²⁶.

Del armónico juego interpretativo de los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), aprobada por ley 19.865 y en vigor desde el 27/01/1980, se desprende sin lugar a dudas la primacía del derecho internacional. La violación de una disposición de derecho interno podrá ser alegada como vicio del consentimiento sólo cuando sea manifiesta (cfr. de la Guardia, 1997:201), expresión esta última no exenta de dificultades hermenéuticas.

La reforma constitucional puso fin a toda posible discusión al establecer en el inc. 22º del art. 75 que compete al Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

²⁶ La Ley, t. 1992-C, p. 540 y ss.



Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional

Queda claro entonces que los instrumentos²⁷ internacionales gozan, conforme el texto constitucional, de por lo menos jerarquía superior a las leyes. Si, además, los mismos son algunos de los enumerados en el inc. 22º del art. 75 tienen jerarquía constitucional²⁸, aunque no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, pudiendo cualquier otro tratado sobre derechos humanos, luego de ser aprobado por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, gozar de la misma jerarquía constitucional²⁹.

La reforma de 1994 ha generado un interesante debate respecto de la supremacía constitucional que no voy a tratar aquí, toda vez que la misma, tanto de la Convención Interamericana, cuanto del Protocolo por sobre el decreto 395/75 parece indiscutible desde cualquier óptica, más allá del posible conflicto que pueda haber entre los mismos, lo que no puede ser resuelto conforme las máximas *lex posterior derogat lex priori* o *prior in tempore, potior in iure* (cfr. De la Guardia, 1997:209).

Sin embargo, lo que no resulta totalmente pacífico es que tales instrumentos internacionales -a diferencia de los que se refieren a los derechos humanos-, regulen algo más que las obligaciones recíprocas entre los Estados nacionales partes en orden a la represión del tráfico o comercio de armas, no pudiéndose extender sin más al derecho interno en el marco de la interpretación de los tipos penales que regulan los Códigos locales³⁰.

Como explica García (2002:64) los tratados modernos de derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función del intercambio recíproco de derechos para el

²⁷ Utilizo los términos instrumento, convención, tratado y declaración como sinónimos, aunque el primero resulte por lo común comprensivo de todos.

²⁸ Como bien señalaba Bidart Campos (1995:555) junto a la Constitución Nacional configuran el bloque de constitucionalidad argentina.

²⁹ Así se incorporó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por ley 24.556, otorgándole jerarquía constitucional la ley 24.820) y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (aprobada por ley 24.584, otorgándole jerarquía constitucional la ley 25.778).

³⁰ Así el voto de Madina en el Plenario nº 24 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, Causa nº 17.833, Sala I. 13/12/2010, "*Herrera, Juan Manuel s/tenencia ilegal de arma*".



beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobarse estos tratados los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Reinaldi (2006:71) fundándolo en la superior jerarquía legal acoge la definición de la Convención Interamericana, reconociendo que amplía la del decreto reglamentario 395/75. Esta también es la opinión de Balcarce (2004:77). Sayago (2005:48) disiente con los mencionados juristas por entender que nuestro derecho interno ha fijado un régimen minucioso relativo a la adquisición, uso, portación, transmisión, etc., de las armas de fuego; en cambio, la Convención tiene por objeto específico, según su Exposición de Motivos, el: “...*impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, debido a los efectos nocivos de estas actividades para la seguridad de cada Estado y de la región en su conjunto, que ponen en riesgo el bienestar de los pueblos, su desarrollo social y económico y su derecho a vivir en paz...*”. Y, a pesar de ello, “...*No pretende desalentar o disminuir actividades lícitas de recreación o esparcimiento, tales como viajes o turismo para tiro deportivo o caza, ni otras formas de propiedad y usos legales reconocidos por los Estados Partes...*”. Por ello el autor concluye que le parece evidente que mientras la ley y el decreto reglamentario tienen por objeto regular todo lo relacionado con la utilización de armas y explosivos, dentro del ámbito territorial argentino, las disposiciones de la Convención tienden a impedir la fabricación y tráfico ilegal de armas, municiones y explosivos en el orden internacional.

Coincido con la opinión de Sayago, y si alguna duda cabe, de la propia Exposición se desprende también que: “...*Los Estados Partes tienen legislaciones y reglamentos internos sobre armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, y reconociendo que esta Convención no compromete a los Estados Partes a adoptar legislaciones o reglamentos sobre la propiedad, tenencia o comercialización de armas de fuego de carácter exclusivamente interno y reconociendo que los Estados Partes aplicarán sus leyes y reglamentos respectivos en consonancia con esta Convención...*”. La interpretación armónica que impone la última parte únicamente lo es cuando nos encontramos frente a una cuestión vinculada al tráfico y/o fabricación ilícitos de armas



de fuego, pero no cuando se refiere a la hermenéutica de una disposición del derecho penal material interno.

Lo mismo puede decirse del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que en su Exposición de Motivos establece: “... *Conscientes de la urgente necesidad de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a causa de los efectos perjudiciales de estas actividades para la seguridad de cada Estado y región y del mundo en general, que ponen en peligro el bienestar de los pueblos, su desarrollo económico y social y su derecho a vivir en paz, Convencidos, por tanto, de la necesidad de que los Estados adopten todas las medidas apropiadas a tal fin, incluidas medidas de cooperación internacional y de otra índole en los planos regional y mundial...*”. Y también de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales, cuyo campo regulatorio tienen que ver con los conflictos armados, que tiende adoptar nuevas medidas para prohibir o restringir el empleo de ciertas armas convencionales, conforme se expresa en su Exposición de Motivos.

En esta inteligencia la CSJN ha dicho en el caso “*Arce*”³¹ que la garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes, citando el apoyo una opinión consultiva de la Corte Interamericana que reza: “*los Estados... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*” (OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 29). Más adelante, la Corte cita la opinión del distinguido internacionalista argentino José María Ruda quien en los trabajos preparatorios del PIDCyP sostuvo que: “*la ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son iguales que los del acusado. Todos los individuos deben ser objeto de igual protección, pero no son iguales ante los tribunales, ya que las circunstancias varían en cada caso...*”.

Por último, otro argumento que también descarta la aplicación de los mentados instrumentos internacionales y que está directamente vinculado con el principio de legalidad penal (CN, 18 y 75 inc. 2º, DUDH, 11.2; PIDCyP, 15, 1º y 2º y CADH, 9), especialmente, bajo la subconcreción de *lex certa*. En efecto, la forma dispersa y asistemática en que se regula la definición de “*arma de fuego*”, por la Convención Interamericana y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de

³¹ La Ley, 1998-A, p. 326, sent. del 10/10/1997.



fuego, a lo que se suma que dichos instrumentos persiguen como objetivo fundamental combatir la fabricación y tráfico ilícitos de las mismas, parece afectar sensiblemente el mandato de determinación.

4.3.) EL PROBLEMA DE LA APTITUD/OFENSIVIDAD

Como atinadamente ha señalado Tribiño (2002:58) los seguidores de la doctrina objetiva discrepan en cuanto a si es el Ministerio Público Fiscal quien debe demostrar la aptitud del arma para el disparo, aun cuando este hecho no se encuentre controvertido, o por el contrario, deba ser la defensa quien lo alegue y pruebe. En este último sentido, el citado autor indica que la SCJBA consideró en un primer momento (causas; “Ortiz”, “Di Fonso”, “Díaz”, entre otras; periodo 1978/84) que el imputado debía comprobar que el arma con que se había cometido el robo estaba descargada o tenía alguna anomalía de funcionamiento que no permitía la salida del proyectil, hasta que en el caso “Garone”, la Corte dijo que para que opere la calificante era necesario que se utilizara en el robo un arma de fuego apta en el caso concreto (ver voto de Ghione). El fallo “Manso” vino a cambiar radicalmente la cuestión, ya que más allá de cualquier cuestión probatoria, del voto mayoritario se desprende que no era necesario acreditar la aptitud u ofensividad de la misma, con lo cual bastaría que a los ojos de los testigos dichos objeto fuere un arma. La CSN ha orientado su jurisprudencia en un sentido similar al que lo hizo la SCJBA en el tramo que va de 1978/84, sosteniendo que no parecía razonable poner a cargo de la parte acusadora la demostración de la idoneidad de los proyectiles, cuando se había comprobado que el arma era apta (caso “Sánchez”³²), que no podía exigírsele a la Fiscalía la prueba de la idoneidad del arma cuando ello no había sido cuestionado (caso “Aranda”³³), que descartar la aplicación de la agravante exclusivamente por la ausencia de secuestro del arma, implica contrariar la doctrina de la Corte, como así también la subsunción legal dada por el *a quo* de robo simple no es derivación razonada del derecho vigente (caso “Giménez Alfaro”³⁴), que las razones vertidas en el fallo acerca de la inteligencia y alcance del art. 166 inc. 2º no exceden el marco de las interpretaciones posibles que involucra la cuestión (caso “Ricardo Jesús”³⁵), que exigirle a la parte acusadora la demostración de la idoneidad del arma, cuando la capacidad ofensiva de la misma no fue cuestionada en autos, conllevaría a que a que la

³² Sent. del 1º/12/1988.

³³ Sent. del 12/03/1996.

³⁴ Sent. del 03/19/2002.

³⁵ Sent. del 04/11/2003.



agravante pudiese ser aplicada solamente en casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos (caso “Villarruel”³⁶).

La reforma al delito de robo con armas iba encaminada a zanjar estos problemas, conforme proclamaba el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo, ya que de una interpretación en sentido contrario de la primera parte del párrafo final del inc. 2° del art. 166, se desprende la necesidad de la prueba de la aptitud del arma de fuego para la aplicabilidad de la figura más grave (párrafo segundo). En tal sentido, la nueva ley parece haberle dado la razón a la tesis objetiva, siendo su implicancia más natural considerar que el arma de fuego debe estar en condiciones de normal funcionamiento en el caso concreto, es decir, debe probarse que el arma puede provocar un daño a la integridad física o la vida de los sujetos pasivos del robo. Un arma descargada, un arma inepta, un arma con municiones de salva, etc. no puede -al menos conforme su uso común-, provocar daño algunos a las personas. Sin embargo, la doctrina legal de la CSJN posterior a la reforma no ha sido consecuente con esta idea, ya que en los casos “Tedesco” y “Santander” ha mantenido la doctrina iniciada en el caso “Sanchez”.

Se enmarca en la tesis correcta Reinaldi (2004:769), al referir que como cualquier otro extremo del delito la aptitud funcional de las armas no puede presumirse. La prueba para acreditar el mentado extremo es, en primer lugar, la pericia balística, que puede determinar fehacientemente el grado de operatividad del arma e, incluso, si tiene aptitud funcional irregular. Cuando las armas están cargadas con municiones que pericialmente no sean encontradas defectuosas, hacen correr a la víctima del desapoderamiento un peligro para su vida o su integridad física, lo que resulta imposible negarlo, así como sostener que con un arma en dichas condiciones *“se podría jugar con tranquilidad a la llamada ruleta rusa”*, al decir de Núñez. En cambio, no es menester determinar el poder intimidante de las armas de fuego, porque lo son *“per se”* aunque, por no ser aptas para el disparo o carecer de proyectiles, no hagan correr el riesgo de las armas operativas. En un trabajo posterior, Reinaldi (2006:92) agrega que cuando se emplearon armas operativas está bien -como se expresó en la Exposición de Motivos de la ley 20.642-, que se castigue más severamente el hecho atentatorio a la propiedad que se realice con armas, en razón de los riesgos para la víctima y por su mayor estado de indefensión. A lo que agrega -citando a Carlos J. Lascano- *“Por el peligro de que el autor la lesione o mate disparando su arma, pues ya no se trata de una violencia de efecto puramente subjetivo que facilita el apoderamiento, sino de una violencia de posible efecto real”*.

³⁶ Sent. del 27/05/2004.



Desde el prisma del derecho procesal es correcto sostener que el tribunal juzgador debe tener certeza de todos los elementos de la imputación, no puede condenar por robo con arma de fuego, si tiene dudas sobre la operatividad o funcionamiento de la misma. Como explica Maier (1996:500): *“...La falta de certeza tanto respecto de la imputación y sus elementos, como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena o la pena. Sólo que cuando se trata de una causa que excluye la condena o la pena, la falta de certeza opera en forma inversa: la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia; en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación...”*.

En tal sentido, en un pronunciamiento de la sala VII de la CCCC Zaffaroni, con la adhesión de Elbert³⁷, sostuvo que si bien surgía de la causa que el arma secuestrada era apta para el disparo, no se podía precisar si con los proyectiles incautados podía ser disparada, ya que conforme la jurisprudencia plenaria (“Costas”) arma cargada es la que tiene capacidad de disparar en el momento en que se la usó. Como exponía Tozzini³⁸ resulta un corolario inescindible de la doctrina de dicho plenario el que en cada caso la munición también sea peritada, para verificar no sólo su calidad funcional en sí misma, sino también el que, además, puede ser disparada por el arma de fuego en cuyo interior se secuestró. También Ghione³⁹ en “Garone” orientaba su postura en esta línea al considerar que el elemento “arma” simboliza un objeto apto, en el caso concreto y según el modo en que fuere utilizado, para dañar. Tal postura, que podríamos denominar ultraobjetivista, es compartida también por parte de la doctrina. Así, Saez Capel (1988:141) considera como derivación razonada del plenario “Costas” la prueba de la capacidad funcional de las municiones.

Si bien es plenamente compartible la idea que para agravar el robo por el empleo de arma de fuego, es menester la comprobación fehaciente del funcionamiento del arma junto a las municiones que lleva en el caso concreto del apoderamiento -lo que implica la comprobación de su ofensividad-, existen distintos supuestos de hecho en donde determinar ello no es tarea sencilla. Las pautas propuestas por la CSJN en los fallos reseñados precedentemente, intentan -no de la mejor forma-, solucionar estas dificultades, que siguen latentes luego de la reforma, aunque circunscriptas esencialmente al párrafo segundo del art. 166 inc. 2º del CP.

³⁷ “Mármol, S/robo”, sent. del 17/02/1987 en Doctrina Penal, año 11, nros. 41/4, 1988, p. 142.

³⁸ La Ley, 1989-C, p. 536

³⁹ P. 33.715, Acuerdos y Sentencias, 1.985-II-63.



El problema se vincula estrechamente con la valoración de la prueba en el juicio penal, donde rige el sistema de libres convicciones, lo que implica ausencia de reglas abstractas y generales de valoración probatoria, pero no exime de la exigencia de fundamentación o motivación de la decisión, es decir, la expresión de los motivos por los cuales se decide de tal o cual forma, y, con ello, la mención de los elementos probatorios tenidos en cuenta para arribar a una decisión, y su valoración crítica, exigiendo esto último atenerse a las reglas de la lógica y la experiencia, de ahí que se denomine este método valorativo sana crítica racional (cfr. Maier, 1996:870/1).

Sin pretensión de exhaustividad véanse algunos supuestos que pueden presentarse de difícil solución. Es posible que se cometa un robo con lo que a los ojos de las víctimas sea un arma de fuego, incluso puede haber un experto conocedor de armas que determine sin lugar a dudas que se trata de un arma verdadera. También dicha persona puede percibir además que el arma estaba cargada, sea porque observó las municiones en el tambor del revólver o vio el preciso momento en el agente introdujo el cargador con balas en la pistola, pero el cualquiera de estos supuestos el arma no pudo secuestrarse. Estimo en estos casos que no es posible, bajo ningún punto de vista, probar la ofensividad de la misma. Sin embargo, si en estos supuestos el arma es disparada hiriendo a alguna persona, nadie podrá decir que la misma no es apta y ofensiva, aunque no se la secuestre para comprobarlo pericialmente. Una variante más compleja ocurriría si testimonialmente o por una videofilmación se acreditan los disparos, pero no existe o no se ha recolectado ninguna huella o rastro material de los mismos, no hay vainas servidas, no existe ningún herido ni ninguna impronta en algún objeto sólido, no se constató vestigio alguno de pólvora en la mano del asaltante, etc. Naturalmente, que si en cualquiera de estos supuestos, independientemente de su incautación, se utiliza el arma a modo de cachiporra, la doctrina mayoritaria subsumirá el hecho en los términos del párrafo primero del art. 166 inc. 2. Pero sigamos con el último caso planteado. A simple vista un ultraobjetivista diría que no se encuentra acreditado que dicha arma de fuego pudiera haber causado un daño a la integridad física de las personas, pues podría estar cargada con municiones de salva en vez de las de plomo. No parece ser esto lo más común, pero podría ocurrir.

Estos casos límite deben resolverse en cada supuesto concreto y conforme los elementos probatorios que surgen del debate, las reglas de la lógica y experiencia. Por ejemplo, si no se discutió durante el juicio que las municiones eran de salva, no parece que el tribunal tenga que teorizar sobre dicha hipótesis; si simplemente se alegó tal circunstancia, pero no tuvo apoyo en ningún otro



elemento probatorio, ni siquiera se plantea la duda sobre el funcionamiento del arma. Ahora bien, si se alegó y existen otros elementos probatorios contestes, como que el disparo se produjo en un lugar cerrado y de pequeñas dimensiones sin dejar ningún rastro material, o se demostró que el imputado en otros casos anteriores similares se le había secuestrado un revólver con municiones de salva, se habrá generado al menos una duda que opera en su favor.

Entonces, resulta una derivación lógica de la doctrina objetiva tener que acreditar la aptitud del arma y de la munición en cada caso concreto, sin que para ello se tenga que aceptar supuestos en que tal prueba conduzca al absurdo. Verbigracia: si hay herida una persona con una munición expulsada de un arma, no sería necesario acreditar también ante la falta de secuestro, que la misma se accionó por deflagración a pólvora, porque quizás alguien podría sostener que el proyectil pudo haber sido lanzado de una forma distinta a la habitual, y llevar el encuadre típico al párrafo primero de la citada figura.

La jurisprudencia del máximo Tribunal argentino apunta a tratar de solucionar casuísticamente estos problemas referidos, exigiendo a la parte que lo alega su demostración, lo que confronta con dos derivaciones del principio de inocencia, el *in dubio pro reo* y el *onus probandi* ya que no es posible exigirle a la defensa, en especial cuando lo ha alegado, la prueba de la ineptitud del funcionamiento del arma. Y, además, aún cuando este último razonamiento fuere incorrecto, en la mayoría de los casos tal prueba resultaría de imposible cumplimiento. Si una persona va a robar con un arma inepta que no se secuestra ¿cómo hace para probar que no funciona? ¿Debe confesar el hecho y entregar el arma inepta para que se perite? Rige el *in dubio pro reo*. Si la parte acusadora no puede acreditar certeramente el correcto funcionamiento del arma y sus municiones, no es posible hacer cargar a la defensa la prueba que el arma estaba descargada o era inepta. Mal que nos pueda pesar en algún caso en concreto este es el correcto funcionamiento de las reglas del proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos (CN, 18/9 y 75 inc. 22°). Obviamente que lo expuesto no impide que la aptitud funcional del arma de fuego pueda probarse por cualquier medio probatorio lícito (principio de libertad probatoria).



5.) ROBO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE UN ARMA “CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUDIERA TENERSE DE NINGUN MODO POR ACREDITADA”

5.1.) LOS PRIMEROS ESCOLLOS DE LA REFORMA

Es de destacar que ya antes de la reforma el TSC había interpretado que el art. 41 bis era aplicable al robo simple (CP, 164) en los supuestos en que el apoderamiento se cometía con un arma descargada o inepta⁴⁰.

Surge del optimista mensaje de elevación de la reforma que en el tercer párrafo se contempla el caso del “...robo cometido con arma de fuego de idoneidad no acreditada por ningún medio de prueba o con arma de utilería...de esta manera se remedia un vacío legal ”. A simple vista puede notarse la discordancia entre el texto que quedó plasmado en la reforma: “... aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada...”, y lo expuesto en el mensaje de elevación: “... idoneidad no acreditada...”.

Por otra parte, hay que destacar ya liminarmente que la frase “vacío legal” resulta autocontradictoria y trivial, ya que toda conducta que la ley no reprime en el Código Penal implicaría un vacío legal. Ello olvida el alcance del principio de legalidad, como así también el carácter fragmentario del derecho penal y el principio de última ratio. Naturalmente, parece que lo que se quiso plasmar en dicha frase es la jurisprudencia contradictoria que existía en los casos de utilización de armas ineptas o descargadas en un robo, que para la doctrina objetivista encuadraba en el art. 164 y para la subjetivista en el art. 166 inc. 2º, lo que demuestra claramente que no había ningún “vacío legal”, sino jurisprudencia y doctrina con distintos enfoques, como sucede en la mayoría de los temas jurídicos. Sin embargo, el agregado de la primera parte del párrafo tercero del art. 166 inc. 2º levantó -casi inmediatamente de su entrada en vigor-, algunas voces críticas que llegaron al punto de cuestionar su validez constitucional, situación esta última que analizaré en el punto siguiente.

Así, Vismara (2004:4) -a un mes de la reforma- sostuvo que la terminología empleada por el legislador ha sido poco feliz, adunando, que en los supuestos en que se secuestra un arma de fuego y se somete a peritaje, demostrándose que no es apta para disparar, deben subsumirse como robo simple (CP, 164), ello conforme una interpretación taxativa. En una misma situación se encontrarían los casos de utilización de armas descargadas, por lo que el autor también afirma, que en esta inteligencia la inclusión del arma de utilería provocaría la incongruencia de castigar más

⁴⁰ Ver causa n° 27/2000, caratulada “Acuña, César Elías s/ robo”, sent. del 20/12/2000, voto de Tarditti al que adhirió Rubio, en Parma (2001:489).



severamente a quien emplea un arma de utilería, de quien lo hace con un arma de fuego descargada o inepta, aunque interpretar lo contrario implicaría el uso de la analogía prohibida.

A una conclusión similar había llegado en Simaz (2004:1251), al sostener que en los supuestos en que el arma se secuestre y perite, dando como resultado que estaba descargada o que resultaba inepta para el disparo, resulta obvio que no es posible aplicar la escala del párrafo segundo de la norma en análisis, pero tampoco el último porque no es lo mismo no poder acreditar la aptitud para el disparo, que probar que el arma no funciona, por lo que siempre que se pruebe el hecho negativo mentado nos encontraremos con la aplicación del art. 164 del CP.; solución que deviene injusta, ya que la sola duda sobre el funcionamiento del arma no debería agravar la conducta del agente, pues el desvalor de acción resulta idéntico en quien roba con un arma descargada o inepta independientemente que se pueda acreditar o no tal circunstancia en un proceso.

En tal sentido Goerner (2004:193) refería que la mentada frase parece destinada a comprender únicamente el supuesto de ausencia de secuestro del arma empleada en el robo, pues en el caso contrario el arma puede ser peritada y su aptitud acreditada o descartada debidamente.

Donna (2007:224) limita la aplicación del tipo penal a los casos de ausencia de secuestro, excluyendo expresamente los supuestos en que el arma incautó y se demostró su aptitud o ineptitud. Siguen esta tesitura Defranco (2005:285), Castro (2005:313) y Morosi (2005:150), como así también la CCCC, sala IV (c. 29.235, "*Niz García, Alberto*", sent. del 25/04/2006), sala VI (c. 26.006, "*Moroni, Javier*", sent. del 17/12/2004), entre otros, teniendo en cuenta básicamente el principio de estricta legalidad.

Otra parte de la doctrina y jurisprudencia no comparte este tesis, que podríamos catalogar de restrictiva, ya que según la misma sólo quedarían incluidos en este tipo penal los supuestos en que el arma de fuego se perite o compruebe de alguna forma su aptitud para el disparo, quedando expresamente excluidos los supuestos en que se determine su ineptitud para el disparo. Básicamente este criterio atraparía los casos de ausencia de secuestro, en que no pueda determinarse la aptitud para el disparo en el caso concreto (CP, 166 inc. 2º, párrafo segundo).

Así, Reinaldi (2004:781) señala que esta escala penal intermedia con mayor razón se debe aplicar cuando se hubiese acreditado la ineptitud del arma de fuego, porque la ley condiciona la aplicación de la agravante mayor a la comprobación cierta de su aptitud.



En igual sentido se enrola D' Alessio (2004:421/2) al decir que todo indica que este tipo penal abarca los casos en que el arma sí fue secuestrada y peritada, y se determinó que era inapta para el disparo de fuego. No se exige demasiado esfuerzo semántico -agrega el autor- interpretar el texto como *“un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no haya podido tenerse por acreditada”* o *“un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se haya acreditado”* o *“un peritaje pudo acreditar la inaptitud”*.

También Marum (2008:304) reconoce que si bien en el tipo penal se encuentran claramente comprendidos los casos en los que no se acreditó la aptitud del arma, no es pacífica la opinión respecto de otros supuestos, como cuando se ha acreditado que el arma es inepta para el disparo, cuando se emplea un arma descargada o cuando se utiliza un arma apta con proyectiles inidóneos, interpretando que el párrafo final del art. 166 inc. 2º comprende todos estos casos son supuestos donde *“la aptitud no pudo tenerse por acreditada”*, sea porque no se probó o porque se probó lo contrario (2008:313).

Traballini de Azcona (2004:251) refiere que si antes de la reforma era cuestionable la doctrina de la Corte Suprema de la Nación que estimaba arbitrario exigir al ministerio Público Fiscal acreditar la capacidad funcional del arma cuando la prueba da cuenta de la existencia y empleo de armas y el imputado ha confesado el hecho, sin cuestionarlo, frente al nuevo texto tal argumentación es inadmisibles, pues el supuesto para el cual la Corte argumentaba es ahora el que conforma el tipo objetivo del tercer párrafo del inciso.

Para Estrella y Godoy Lemos (2007:435/6) es necesario que el robo haya sido cometido con un arma de fuego, que no se haya acreditado que en el momento del hecho su mecanismo funcionara correctamente y que se encontraba cargada con sus respectivos proyectiles, una interpretación lógica y sistemática de la ley lleva a la conclusión que con mayor razón será de aplicación la mentada figura en los casos en que efectivamente se acredite que el arma utilizada no tenía aptitud para ser disparada, sea por fallas en el mecanismo o porque estaba descargada.

Sayago (2005:144/5) explica que la formula negativa empleada ha tenido por objeto castigar menos severamente a quien las referencias concretas del suceso indican que utilizó en el robo un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo establecerse, circunstancia en que la ley hace juzgar la duda respecto de la *“aptitud”* a favor del imputado. Si bien admite como posibilidad propuesta de la tesis restrictiva, destaca que es preciso advertir que en tal caso se estaría castigando



menos severamente el robo con un arma de verdad no hábil para el disparo, que el robo con un arma de utilería, que tampoco tiene aptitud para el disparo y ni siquiera es arma.

5.2.) LAS OBJECIONES CONSTITUCIONALES

Como se ha visto en el punto anterior las tesis en pugna difieren en cuanto al alcance que debe darse a la frase que conforma la figura legal de la primera parte del párrafo final de la disposición en cuestión. Sin embargo, una minoritaria corriente doctrinaria y jurisprudencial ha propugnado la inconstitucionalidad de dicha figura.

Una de las primeras voces que se alzó al respecto fue la de Grassi (2005:851) quien señala que el legislador ha vulnerado gravemente la independencia de los Estados provinciales en la medida en que ingresó abiertamente en una absoluta y concluyente cuestión procesal. Y es así, puesto que todo lo relacionado con la prueba, es decir, los medios de prueba, los órganos de prueba y en especial su ponderación, integran las facultades reservadas por los Estados provinciales y por ende exclusivas de las legislaturas locales. Agrega, que el Congreso Nacional avanzó en un tema esencialmente de prueba y por tanto de innegable naturaleza adjetiva, ya que cuando la mencionada norma penal alude a la imposibilidad de acreditación de la aptitud de disparo del arma de fuego, está planteando una cuestión netamente procesal, pues se refiere a la existencia o no de la misma que, a su vez, integra el elemento objetivo del tipo. Es así que el legislador no sólo reemplaza al juez, sino que a su vez vulnera los principios constitucionales de defensa y de debido procesal, pues si no puede demostrarse la aptitud para el disparo de la presunta arma, es evidente que tampoco puede demostrarse la real existencia de la misma en el hecho. Más adelante, el autor refiere que se vulnera el principio de defensa en juicio, ya que el imputado carece de toda posibilidad de cuestionar el presunto objeto arma y se conculca también el principio del debido proceso legal, en la medida en que legislativamente se invierte la carga de la prueba, con el agravante que traslada en cabeza del imputado y de su defensa comprobar la inexistencia de un objeto de por sí inexistente.

Así se ha expresado también, en un voto en disidencia, Garrigós de Rébora⁴¹, para quien la regulación de fondo ha pretendido hacer valer doblemente una agravación de la figura base. Asimismo, la nueva frase incurre en una descripción contradictoria, pues no es arma de fuego la que carece de aptitud para el disparo, es decir, no podría producir fuego. De esta forma la agravante

⁴¹ CCCC, sala IV, c. 24.781, “Escudero, Javier Alejandro y otros s/ robo”, sent. del 22/09/2004, en López Gastón (2005:843).



queda vacía de contenido, lo que implica una formulación irracional impropia de los actos de gobierno (CN, 1º). Por otra parte, agrega la magistrada, que mediante la referida expresión legal se ha pretendido eludir una cuestión de mera índole probatoria, zanjándola con una norma de fondo, contraviniendo así el sistema federal, por la cual las provincias se han reservado la facultad de legislar en materia procesal. Mediante dicha presunción también se ven afectados los principios *in dubio pro reo* y de inocencia, atribuyéndose responsabilidad por un hecho, aunque carezca de los elementos indispensables para probarlo.

Comentando y ponderando dicho sufragio adhiere a dicha exposición López Gastón quien expone (2005:823/9) que la norma es irracional porque establece una doble agravación injustificada toda vez que la *vis compulsiva* ya está contemplada como elemento típico del robo simple, es también irracional en honor a su contradictoriedad toda vez que la ley exige que el “*arma de fuego*” debe reunir la cualidad que la diferencia del resto de los objetos considerados armas: el accionamiento de su mecanismo debe ser capaz de utilizar energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras con el objeto de lanzar un proyectil a distancia. Cuando por diversas causas no pueda cumplir con tal finalidad el arma de fuego resultará inocua dejando de serlo, lo que no la hace distinta del “*arma de utilería*”, sino más bien las equipara, en la medida en que mantienen su poder intimidante y carecen de poder vulnerante. Al decir “*arma de fuego no apta para el disparo*” se incurre en la primera contradicción, porque no es arma de fuego la que no puede producirlo.

Asimismo, agrega (2005:829/30) que la disposición afecta el sistema federal de gobierno, ya que dicho supuesto cobraría virtualidad en los casos en que el agente incurriera en un robo mediante la utilización de un objeto que, a los ojos de la víctima o testigos, se trata de un arma de fuego, pero dicho extremo no puede ser corroborado fehacientemente en función de su falta de secuestro y debido a la carencia de disparos provenientes de la supuesta arma. Ello en la inteligencia de pretender agravar la situación del imputado cuando se valga de un aparente arma de fuego, de forma tal de suplir el escollo probatorio de corroborar indubitadamente los dichos esgrimidos por la prueba testimonial. El legislador ha querido, entonces, suplir la ineficiencia estatal en la comprobación del delito, soslayando medidas de prueba establecidas en los códigos procesales penales de las provincias y la Nación. También se violan a su juicio los principios *in dubio pro reo* y de culpabilidad por el hecho, el primero, porque la duda se hace pesar sobre el imputado en forma perjudicial, ya que no sólo debe emplearse lo que para la víctima sea un arma, sino que el autor debe tener conciencia



del medio empleado en función del poder vulnerante respecto del peligro corrido, resultando inadmisibles que esta cuestión pueda zanjarse por una presunción que intente sustituir la inevitable prueba del dato real, pues el arma debe ser tal también para el que la usa, dado que es un delito doloso y el conocimiento del sujeto debe abarcar todos los elementos del tipo legal. El segundo de los principios se viola al sancionarse conductas sin el respaldo fáctico, eludiendo las exigencias probatorias indispensables, consagrándose una responsabilidad que excede el hecho (López Gastón, 2005:830/4).

Según Emiliozzi (2008) el tipo penal en análisis se integra de dos elementos interpretativos de distinta naturaleza óptica, la descripción parte de un dato propio de la realidad (arma con aptitud para el disparo) seguido de una negación que, a su vez, precede una consideración propia de la materia procesal y dentro de ésta del ámbito de la prueba. Lo que a su juicio se le critica al legislador es la utilización de un elemento que describe valores de prueba y no un elemento descriptivo de la realidad, lo que transforma un concepto de carácter interpretativo dual en uno de triple variable, pues en el ámbito de los hechos las armas son o no aptas para el disparo, pero al optarse por adicionar un sustrato propio de la materia probatoria, este binomio pasa a conformarse por tres variables posibles: acreditadamente apta para el disparo, arma que no puede negarse su aptitud pero tampoco afirmarse ese extremo y arma inepta para el disparo. La primera de las deficiencias legislativas que se han plasmado en esta norma es la utilización de variables propias de la materia probatoria. Las discusiones entre tesis objetivas y subjetivas han venido a intentar pacificarse mediante la intervención del legislador nacional que ha colocado un corsé interpretativo limitando con ello la tarea intelectual del juzgador. Se ha establecido, vía normativa, una regulación al principio constitucional del *in dubio pro reo*.

Asimismo, refiere el autor que permitir al legislador esta técnica, que parece tener su raíz en la desconfianza de los mismos en la organización judicial y olvidando que el rol de todo operador judicial tiene una finalidad última limitadora del poder Estatal, podría provocar llevado a su extremo la supresión del principio de inocencia sobre el que se fundamenta el *in dubio pro reo* mediante la realización de tipos penales “*intermedios*”. Además, se vulnera el principio acusatorio y lo que respecta a las cargas de la prueba por el cual es el acusador quien tiene en su responsabilidad la obligación de acreditar los extremos de la imputación, ello así porque ante la posible aplicación de



distintas graduaciones de punibilidad para un mismo hecho al acusador se lo exime de acreditar un extremo, autorizándosele a alegar un hecho negativo para lograr la aplicación de una agravante.

5.3.) OPINION PERSONAL

Conforme lo expuesto surgen tres opciones posibles en cuanto al alcance de la primera parte del párrafo final del art. 166 inc. 2º del CP.

La primera y más estricta postura implicaría aceptar que sólo quedan atrapados por el tipo penal aquellos casos en que no se produce secuestro del arma de fuego y, tampoco, es posible acreditar la aptitud para el disparo. O, el supuesto, en que se incauta el arma se perita y demuestra su aptitud, pero tal peritaje es declarado nulo y no puede volver a reproducirse, por lo que tenemos un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede, ni podrá ser acreditada⁴².

La segunda opción, francamente mayoritaria, implica aceptar que independientemente de la incautación y/o peritación del arma de fuego, quedan atrapadas por el tipo penal todas aquellas armas en que no es posible comprobar su correcto funcionamiento: arma descargada, arma cargada pero que no funciona por un desperfecto mecánico, arma cargada y apta, pero con proyectiles inidóneos. Los juristas llegan a esta opinión por diversos métodos interpretativos, esencialmente, por el sistemático y la voluntad del legislador.

Sin embargo, habiendo reexaminado cuidadosamente lo expuesto parece que la cuestión es mucho más sencilla de lo que parece y es posible sortearla desde una interpretación estrictamente literal. En efecto, dentro de la interpretación gramatical es posible sostener que cuando se secuestra un arma de fuego y pericialmente se demuestra que es inepta, tal conducta no queda atrapada por la “literalidad” de la norma que negativamente requiere no haber podido acreditar su aptitud (principio de estricta legalidad). No obstante, dentro de la óptica literal puede decirse también que en estos supuestos la “*aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada*”, ni siquiera luego del secuestro del arma de fuego, con (o sin) sus respectivas municiones y su posterior peritación, que demuestra el no funcionamiento del arma.

Asimismo, cabe acotar que no encuadran en este caso la utilización de un arma de fuego apta (CP, 166, inc. 2º, párrafo segundo), el empleo de un arma de utilería (CP, 166 inc. 2º párrafo tercero, segunda parte), y los supuestos en que -independientemente de la prueba de su aptitud-, no es posible afirmar certeramente que se trate de un arma de fuego; bien sea porque los testigos no están seguros

⁴² Dicha postura se ha defendido en Simaz (2004:1251).



o porque incautado el objeto, no es un arma de fuego, situaciones que oscilarán -según el caso-, entre el art. 164 y el art. 166 inc. 2º párrafo tercero, segunda parte.

Con este alcance hay que adherir a la tesis amplia.

Para terminar se verá el examen constitucional del tipo penal. Como se ha visto en el punto anterior, algunos juristas le atribuyen a esta nueva figura las siguientes violaciones a principios constitucionales:

a.) la afectación a la independencia de los Estados provinciales, al regular cuestiones probatorias, resorte exclusivo de los mismos, como así también la división de poderes, ya la legislatura asumiría funciones propias del Poder Judicial (CN, 1º, 75 inc. 12º y 121);

b.) derivación de lo anterior, es que se afectaría también el principio *in dubio pro reo*, ya que legislativamente se estaría invirtiendo la carga de la prueba. En este orden, cabría agregar todavía la afectación al principio de inocencia y culpabilidad por el hecho (CN, 18/9), atribuyéndose responsabilidad por un hecho, sin el respaldo fáctico correspondiente y aunque se carezca de los elementos necesarios para probarlo;

c.) también se violaría el principio constitucional *ne bis in idem*, pues se agravaría doblemente la figura base, es decir, el hurto, por igual motivo: la intimidación;

d.) se señala todavía una contradicción al agravarse la conducta por la utilización de un arma de fuego, que por definición tiene un mecanismo que utiliza energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras, para lanzar un proyectil, ya que “*un arma de fuego no apta para el disparo*”, no sería un arma de fuego en tal sentido;

e.) Por último, hay quienes sostienen que la ley introduce una tercera categoría en lo referente a la aptitud de las armas de fuego, pues habría -a la par de los supuestos en que se determina la aptitud o la ineptitud de las mismas-, casos en que no puede negarse su aptitud pero tampoco afirmarse ese extremo variable.

No se comparten ninguno de estos cuestionamientos.

No es discutible que la frase legal “*cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada*” no denota una técnica adecuada del Congreso. Tal expresión resultaba mejorable con la sólo eliminación de la redacción negativa.⁴³ Sin perjuicio de ello, cualquiera de las interpretaciones posibles analizadas no tiene las objeciones constitucionales apuntadas.

⁴³ Podría haberse establecido una fórmula más sencilla como: “*Si se cometiere el robo con un arma de fuego no apta para el disparo.*”



En efecto, la nueva disposición apunta a castigar con una pena inferior a la del párrafo segundo (arma de fuego apta para el disparo), aquellos supuestos en que el sujeto activo se vale de un arma de fuego que no resulta apta en el caso concreto por la razón que fuere. Ello no implica ninguna presunción probatoria, ni violación al *in dubio pro reo* o principio de inocencia, ni menos aún, una afectación a la independencia de los Estados Provinciales o que el legislador asuma funciones jurisdiccionales.

Dentro de las interpretaciones literales posibles, considerar que en un robo donde certeramente se prueba que el arma de fuego utilizada no funciona o esta descargada, no veo de qué forma pueda afectar a los principios mencionados. Como la propia Corte Nacional expone la inconstitucionalidad de una norma sólo debe decidirse cuando no queda una vía para optar por una “interpretación constitucional” de la ley, si existen varias interpretaciones posibles debe adoptarse la que lo preserva y no la que lo destruye⁴⁴.

Lo que parece confundir, es la situación que se produce ante la ausencia de secuestro del arma, y en tal caso, este hay que ser cuidadoso. La ley no habilita a presumir que cualquier cosa que observa la víctima (un ademán, un movimiento, un caño etc.) se trate de un arma de fuego. La ley sólo permite que en los casos en que -por el medio de prueba que fuere-, se acredite indubitadamente que estamos en presencia de un arma de fuego (secuestrada o no), se imponga una pena atenuada respecto de quien comete igual acción con un arma de fuego (secuestrada o no) que se acredita sin duda alguna su aptitud para el disparo en el caso concreto. En tal sentido, se enmarca en la posición correcta el reciente fallo del TSJC que expresa:

No debe confundirse el elemento típico sobre el que debe recaer la duda. Para que por imperio del principio de inocencia el robo quede subsumido en la figura básica del robo simple, la duda debe recaer sobre la utilización o no de armas de fuego en el hecho, circunstancia no prevista por el tercer párrafo del inc. 2º del art. 166 del C.P. donde la incertidumbre recae sobre la operatividad del arma de fuego. Para encuadrar la conducta en este sub tipo, el juez deberá probar la utilización de un arma (de fuego o de utilería) por cualquier medio de prueba (art. 192 del C.P.P.). Acreditada con certeza positiva la utilización de un arma de fuego por parte de los imputados

⁴⁴ LL. 105-161.



resulta imposible subsumir lo acontecido en el tipo básico del robo (art. 164 C.P.), pues la existencia de las armas ha desplazado inexorablemente la conducta hacia la figura del robo calificado por el empleo de armas de fuego⁴⁵.

En otras palabras, la duda sobre si el objeto se trata o no de una arma de fuego, debe interpretarse a favor del imputado y, en tal caso, de no demostrarse el encuadre jurídico en los términos de la última parte del citado párrafo será de aplicación la subsunción típica del art. 164 del CP. Asimismo, la duda sobre la aptitud de un arma de fuego que se sabe “verdadera” también debe interpretarse a favor del imputado y, en tal supuesto, será de aplicación el párrafo final en su primera parte.

También es incorrecta la alegada doble valoración. Si bien es cierto que desde el prisma del bien jurídico tanto el art. 164 como la norma en análisis se fundamentan en la afectación al bien jurídico libertad mediante la intimidación (además de la propiedad), no viéndose afectado el bien jurídico integridad física, como sucede en los dos primeros párrafos, es indudable que la intensidad en la afectación a la libertad de decisión es mucho mayor en el párrafo final de la disposición. No es lo mismo asaltar a una persona a mano limpia, que con un arma de fuego descargada o inútil, circunstancias que la víctima desconoce, pues a sus ojos es un arma que funciona. Algo similar sucede con la relación existente entre el robo con fuerza en las cosas y el robo agravado por efracción (CP, 164 y 167 inc. 3º), donde más allá que se trate de un lugar habitado, lo que puede darse en cualquiera de los dos supuestos, lo cierto es que el mayor agravamiento obedece a la mayor intensidad en el uso de la fuerza en las cosas.

Tampoco puede admitirse el esencialismo semántico que subyace detrás de la postura que niega el carácter de “arma de fuego” a las armas descargadas o que no funcionan, no ya porque desde el punto de vista vulgar ello pueda o no discutirse, sino porque el legislador ha estipulado que así sea, como lo ha hecho también con las armas de utilería. En tal sentido, es atinada la observación de Reinaldi (2004:783/4) en cuanto a que con el nuevo texto son “armas” tanto las operativas como las no operativas. La nueva ley ha venido a tener a estos objetos, cuyo empleo no aumenta la capacidad vulnerante, como armas por el mayor poder intimidatorio que implica su exhibición.

⁴⁵ TSJC, en pleno, “Nieto, Raúl Alberto s/ robo calificado”, c. 7/06, sent. del 09/06/2008.



Finalmente, si bien es original el fundamento de Emiliozzi no es correcto interpretar que la reforma ha creado una tercera categoría, a la par de las armas apta o ineptas, esto es, supuestos en que no puede negarse su aptitud, pero tampoco afirmarse ese extremo variable. La interpretación que propongo impide afirmar la tipicidad del párrafo final, cuando existen dudas sobre la existencia de un arma de fuego (apuntar con un dedo, con un caño de metal o con algo que tiene una dudosa apariencia de arma de fuego, no lo es), situación que se produce normalmente ante la ausencia de su secuestro. Tal extremo -la existencia de un arma de fuego “verdadera”-, debe estar plenamente probado y en casos de duda se considerará que no ha existido (*in dubio pro reo*). Únicamente cuando lo que se discute es la aptitud del arma, sea porque se probó que estaba descargada o que no funcionó o, que si bien no pudo probarse pericialmente ninguno de estos extremos, surge igualmente que se trataba de un arma de fuego “verdadera”, entra a jugar la figura más benigna del párrafo final, primera parte del art. 166 inc. 2º del CP.

Naturalmente, en la práctica muchos de los casos en que no se pueda determinar fehacientemente que era un arma de fuego “verdadera”, van a quedar atrapados de todos modos por la segunda parte de este párrafo, que castiga con idéntica pena al que competiere un robo con un arma de utilería, con lo que estos supuestos de simulación armada, que tradicionalmente se castigaban como robo simple, van a pasar ahora al párrafo final. Volveré sobre la cuestión en el punto siguiente.

6.) ROBO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE UN “ARMA DE UTILERIA”

6.1.) CONCEPTO Y ALCANCE DE LA EXPRESION

Ya Gómez en el Plenario Scioscia señalaba que existían excelentes razones de política criminal para agravar el robo cometido con el empleo, como elemento intimidante, de un juguete, un objeto que aparente ser un arma.

Qué debe entenderse por “arma de utilería” es una cuestión que ha sido controvertida. Así, alguna doctrina ha criticado la imprecisión de la frase, dudando si dentro de ella quedan comprendidas las armas de juguete, toda vez que las definiciones lexicográficas de ambas son distintas⁴⁶.

⁴⁶ Ver Vismara (2004:4) y Defranco (2006:285).



La RAE tampoco nos proporciona una definición precisa del término “*utilería*”, ya que su primera acepción es la de conjunto de útiles y, la segunda, la de conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico.

Si uno se atuviera a una literalidad extrema el ámbito de aplicación de la agravante se circunscribiría a los objetos utilizados en tales ámbitos, lo que resultaría un tanto absurdo. En tal sentido, lleva la razón D’ Alessio (2004:423) cuando afirma que las definiciones del diccionario son meramente orientativas (a lo que agregaría informativas), alcanzando aquellos objetos que tienen la forma de un arma, pero que no lo son. Hubiera sido más adecuada la utilización del término “*réplica*” en lugar de “*arma de utilería*”⁴⁷.

De todos modos, es en última instancia el uso que se le da a tales objetos, que simulan ser armas verdaderas, lo que determinará su inclusión en la categoría de “arma de utilería” y, en fin, en este tipo penal. Así, quien utilice en un robo el juguete de un niño que aparenta ser un arma de fuego verdadera quedará incluido en la calificante. En cambio, quien intenté hacer lo mismo con una pistola de agua color roja, no podrá ser incluido, siquiera en la figura del robo simple⁴⁸. El contexto de hecho y el objeto que se trate será determinante para verificar en el caso concreto la concurrencia de la figura delictiva.

Como lo ha observado cierta doctrina y jurisprudencia siempre debe estarse en presencia de un objeto que imita o reproduce las características externas de un arma, aún cuando la mayor o menor perfección de la réplica no resulte dirimente. Será la apreciación del hombre medio la que determine la aplicación de la agravante⁴⁹.

Disiento parcialmente de esto último. Es claro que esta agravante se funda esencialmente en el mayor poder intimidante que implica la exhibición de un objeto similar a un arma de fuego verdadera. Dicho objeto debe revestir las características mínimas de un arma verdadera, lo que debe medirse con el criterio del hombre medio. Por lo tanto, y aunque me pueda sentir muy intimidado, la utilización de un revolver color verde fosforescente con la leyenda “*piñon fijo*” no configurará la agravante. Sin embargo, es posible que una excelente réplica sea advertida por un ojo experto, en cuyo caso el criterio del hombre medio ya no servirá, pues en el caso no se habrá producido la intimidación necesaria para la configuración del tipo, pues no parece sensato intimidarse en el

⁴⁷ Correctamente Goerner (2004:193) y Donna (2007:229) equiparan la frase a las replicas de armas.

⁴⁸ De una postura similar Donna (2007:230).

⁴⁹ Ver Traballini de Azcona (2004:251) y CCCC, sala VII, in re “*Farias, Matías S.*”, sent. del 02/11/2004.



conocimiento de que el arma es falsa. Lo dicho vale también para el caso de un arma verdadera en que el damnificado advierta que esta descargada⁵⁰.

Por otro lado, si bien de esta líneas surge tácitamente que dentro de la frase “*arma de utilería*”, únicamente quedan comprendidas las de fuego, cierta doctrina lo ha cuestionado proponiendo una interpretación más amplia comprensiva de cualquier clase de arma que se imite, ello en la inteligencia que la ley no especifica que se trate sólo de las de fuego, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*⁵¹. Ante la notable imprecisión del legislador, que con un mínimo esfuerzo pudo haber sido más preciso, se impone una interpretación restrictiva, no sólo porque la reforma trajo modificaciones únicamente en lo que respecta a las armas de fuego, sino también porque ello fue lo único que se mencionó en la discusión parlamentaria. No existe ninguna referencia a otra arma de utilería que no sea la de fuego⁵².

Por último, y a riesgo de ser reiterativo, la reforma ha optado por castigar más severamente que el robo simple, los casos en que se utilice un arma de fuego simulada, por la mayor intensidad en la intimidación que ello genera sobre la víctima, aunque con una escala inferior que en los supuestos en que concurra un riesgo para su salud o integridad física de las personas, supuestos que se han regulado en los dos primeros párrafos. Desde esta óptica -más allá del acierto o desacierto legislativo-, no parece objetable la figura legal arguyéndose que se ha incurrido en una doble valoración, pues como hemos visto en el punto anterior la utilización de un arma de fuego real o una réplica, que a los ojos de la víctima funciona correctamente genera un mayor temor que el robo cometido a mano limpia.

6.2.) HACIA UNA INTERPRETACION TOTAL

El agregado de los dos nuevos tipos penales en el párrafo final del art. 166 inc. 2º del CP, ha venido a trasladar ciertos casos de simulación armada, que desde antaño siempre se consideró regulado en el art. 164 del CP. Sin lugar a dudas ello ocurre cuando el robo se comete con el empleo de una réplica de un arma de fuego, que la víctima no identifica como real. Sin embargo, en aquellos supuestos en que los sujetos pasivos no han podido percibir, a los ojos del hombre medio, al

⁵⁰ De una opinión distinta Sayago (2005:161/2). Admito, sin embargo, que sería discutible la subsunción en los términos del art. 164 del CP., cuando pese a que la víctima advierte que el arma esta descargada o que es falsa, ha existido una intimidación previa.

⁵¹ Ver Vismara (2004:4) y Defranco (2006:285).

⁵² Cfr. en tal sentido las opiniones de D' Alessio (2004:423/4) y Castro (2006:314).



menos un objeto con características morfológicas a la de un arma de fuego, la agravante no podrá tenerse en cuenta bajo ninguno de los tipos penales, y resultará de aplicación la figura del robo simple.

Si bien el motivo de la agravación obedece a la mayor intimidación generada por la exhibición en el acto de apoderamiento de un objeto que simula ser un arma, ello debe tener un correlato objetivo superior a una mera simulación. Quien apunta a la víctima con un dedo, o coloca es su espalda un caño de hierro, más allá que la víctima pueda pensar -engañada por una *mise en scene*-, que se trate de un arma de fuego verdadera, su pura subjetividad no basta para que se aplica la severizante, es como mínimo necesario que a esta se le haya exhibido por lo menos un objeto que tenga similares características a una real⁵³.

7.) PROBLEMAS CONCURSALES CON LA TENENCIA Y PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS

El modo en que concurre el robo cometido con arma de fuego y la tenencia o portación de armas es un tema arduamente discutido por los juristas, al punto que se ha señalado su concurrencia material, ideal y aparente, esta última por una relación de subsidiariedad o consunción.

El concurso real sólo es posible en mi opinión cuando la portación o la tenencia del arma excede el momento consumativo del robo, quedando incluso comprendido dentro del mismo los casos en que se utilice un arma de fuego para procurar la impunidad, en un momento inmediatamente después al apoderamiento.⁵⁴ En otras palabras, ambos hechos serán plenamente independientes cuando se determine que la tenencia (o portación) del arma haya sido en un momento anterior o posterior al momento consumativo del robo, con la excepción que prevé el art. 164 en su parte final.

Al respecto es sumamente interesante –y el más completo que se ha hecho- el análisis de Ziffer (1996:339 y 341), quien afirma que el empleo efectivo del arma producirá el desplazamiento de la figura de peligro abstracto que reprime el acto preparatorio, por aplicación del principio de subsidiariedad tácita. Sin embargo, más adelante, la jurista reconoce que no es sencillo determinar si

⁵³ Ver en tal sentido Traballini de Azcona (2004:251) y el fallo de la sala penal del TSJC in re “*Laxi, Daniel Alberto*”, c. 8/2008, sent. del 13/11/2009.

⁵⁴ Así lo ha entendido acertadamente el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba al afirmar que: “...*La portación ilegal del arma de fuego acotada al mismo contexto en el que se perpetró el delito de robo queda comprendida dentro de las violencias ejercidas inmediatamente después de cometido el robo, para asegurar su impunidad. Y por ello, al no guardar autonomía la portación respecto de dicho ilícito, resulta erróneo hacer concursar ambos delitos, ya que todo el suceso criminoso resulta completamente atrapado por una única figura delictiva...*” (causa n° 103, sent. del 11/02/02, in re “*Ferreira*”).



estamos en presencia de un supuesto de subsidiariedad tácita o un caso de consunción. Soler participa de esta última postura cuando existen infracciones progresivas, aunque la autora se inclina por la primera solución, ya que la subsidiariedad tiene su fundamento en el hecho de que se trata de un delito que sólo debería ser aplicado en caso de que no exista otro delito que ya lo hubiera captado, por la responsabilidad remanente que debería tener la figura, en el sentido de la pena por el uso de un arma de guerra.

En los supuestos en que la tenencia o portación del arma de fuego no excede el momento consumativo del robo me inclino por la relación de consunción, donde el hecho principal (robo con armas) consume el hecho accesorio (tenencia o portación de armas de fuego). No obstante, es posible concebir la relación de consunción como un caso especial de subsidiariedad tácita presupuesto por la ley, de acuerdo con su sentido contextual (ver Klug, 1989:67).

De todos modos, más allá de la decisión que se adopte, aplicar el concurso real de delitos (CP, 55) a los casos en que no pueda determinarse claramente una tenencia o portación anterior o posterior del *inter criminis* del robo con armas, implicará una doble valoración vedada por nuestra Carta Magna (CN, 18).

Por último, debe mencionarse que seguir esta tesis que se propugna no está exenta de cierta paradoja, pues en el caso de quien cometa una tentativa de robo agravado por el empleo de un arma de fuego de guerra, cuya posesión no exceda el momento consumativo, tendrá en abstracto un mínimo de pena inferior de quien únicamente porte ilegítimamente un arma de guerra (CP, 42, 44, 166 inc. 2º párrafo segundo y 189 bis apart. 2º, párrafo cuarto), asistematicidad que se debe a lo irreflexivo que ha sido el legislador argentino.

8.) CONCLUSION

Durante el último decenio, se ha vuelto particularmente persistente la recurrencia de la legislatura a la reforma normativo-legal en materia penal, con el objeto de dar una respuesta inmediata y efectiva a los problemas de seguridad que aquejan a la sociedad argentina. Un buen ejemplo de ello puede verse en las reformas experimentadas por el título sexto de la Parte Especial del Código Penal, donde se sancionaron las leyes 25.602 (B.O. 20/06/2002), 25.742 (B.O. 20/06/2003), 25.816 (B.O. 09/12/2003), 25.882 (B.O. 26/04/2004), 25.890 (B.O. 10/05/2004), 25.930 (B.O. 21/09/2004) y 26.338 (B.O. 25/06/2008), que introdujeron distintas incorporaciones,



modificaciones, sustituciones y derogaciones, que hicieron perder notable sistematicidad a los delitos contra la propiedad.

Particularmente agitado fue el año 2004 -que en lo que interesa destacar y como se ha visto-, la ley 25.882 agregó dos párrafos al art. 166 inc. 2º del CP., lo que sumado a la sustitución del art. 189 bis del CP., especialmente, en materia de tenencia y portación de armas de fuego, -efectuado por la ley 25.886 (B.O. 05/05/2004)-, cambiaron notablemente el escenario de los delitos vinculados a la “*delincuencia armada*”.⁵⁵ Estas reformas tuvieron un origen esencialmente coyuntural, en el caso puntual de las leyes 25.882 y 25.886 el público y notorio secuestro extorsivo seguido de muerte de Axel Blumberg ocurrido en el mes de marzo del año 2004.⁵⁶

Asimismo, si bien en ocasiones el proceso legislativo resulta ser objeto de un estudio previo técnicamente sustentado, la velocidad con que el Congreso sancionó (un mes) estas dos normas y las referencias obtenidas en las discusiones parlamentarias, muestra la improvisación del legislador, como así también lo hace el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo que acompaña al proyecto, donde se menciona que se termina con las discusiones doctrinales y jurisprudenciales, mediante una adecuada técnica legislativa.⁵⁷

No obstante, que –como se ha visto- no se ha podido cumplir con la promesa del optimista mensaje de elevación, la reforma ha traído un aspecto positivo (quizás el único), consistente en el establecimiento de un sistema progresivo de sanciones en proporción al delito cometido y bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Así, quien se apodere ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena deberá afrontar una escala penal que va de un mes a dos años de prisión (CP, 162); quien lo haga con fuerza en las cosas o violencia en las personas tendrá un incremento de un mes a seis años de prisión (CP, 164) en la escala punitiva; quien lo haga –además- con un arma de fuego “*verdadera*”, pero cuya aptitud para el disparo no pueda acreditarse o con una réplica, deberá afrontar una pena de tres a diez años de prisión (CP, 166 inc. 2º párrafo tercero); en tanto, que quien realice el robo con un arma “*impropia*” o propia, pero no de fuego, con una sanción de cinco a quince años de prisión (CP, 166 inc. 2º, párrafo primero); culminado con la escala penal más grave de seis años y ocho meses a veinte

⁵⁵ Dicha expresión le pertenece al título de un exitoso libro del autor argentino Víctor Félix Reinaldi (2006) que va por su tercera edición y que permite aglutinar un conjunto de figuras delictivas heterogéneas que tienen como denominador común el uso de armas.

⁵⁶ Independientemente de que en el caso de la ley 25.882 tiene como antecedente un proyecto del Poder Ejecutivo del año anterior a su sanción.

⁵⁷ Cfr. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, Buenos Aires, Año XI, n° 4, mayo de 2004.



años de prisión, los casos en que el robo se cometiere con un arma de fuego apta para el disparo (CP, 166 inc. 2º párrafo segundo).

A su vez, esta progresividad encuentra plena consonancia con los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. En el hurto, la propiedad es lesionada. En el robo a ello se le suma la libertad, cuando existe violencia o intimidación y, en ciertos casos, puede agregarse la puesta en peligro (concreto) de la vida, salud o integridad física de las personas, que a veces puede verse lesionada (lesiones leves). En los supuestos del párrafo final del art. 166 inc. 2º del CP. no puede afirmarse esto último, pues, por un lado, no es posible determinar certeramente que el arma *“cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada”* ponga en peligro la vida o integridad física de las personas, ya que no se sabe si el arma de fuego es ofensiva (es decir, si está cargada y funciona) y, por el otro, lo mismo sucede en el caso del arma de utilería o réplica de arma (salvo que se la utilice impropriamente).

Planteadas las cosas en estos términos, sólo puede justificarse la mayor entidad represiva de estas calificantes respecto del robo simple, en la mayor intensidad en la intimidación que provoca exhibirle a la víctima lo que a sus ojos es un arma de fuego cargada y apta para disparar, pero sólo ello. Esto último se despeja en los supuestos del primer y segundo párrafo de la citada norma, donde la pluriofensividad aparece claramente determinada, ya que allí hay lesión a la propiedad y libertad, y puesta en peligro de la vida, salud e integridad física de las personas. Dado su mayor poder vulnerante, en el robo con armas de fuego aptas esto se ve más patente.

Naturalmente, que si algo hay que objetar a la reforma es la severidad con que el legislador ha castigado estos nuevos tipos penales, especialmente, el robo con arma de fuego apta para el disparo (6 años y 8 meses a 20 años), lo que paradójicamente supera el robo con lesiones graves o gravísimas (CP, 166 inc. 1º) quebrando así la progresividad que culminaría en el robo con homicidio (CP, 165), dando que en el tipo penal del art. 166 inc. 1º el peligro a la integridad física se transforma en lesión, de modo que ahora –incongruentemente- es más levemente castigado quien roba a una persona y la mutila, que quien mediante el empleo de un arma de fuego pone en peligro su salud o integridad física



9.) BIBLIOGRAFIA

- ALCHOURRON**, Carlos E. – **BULYGIN**, Eugenio (1991), *“Definiciones y normas”*, en Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid
- BACIGALUPO**, Enrique (1999), Principios constitucionales de derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires.
- BALCARCE**, Fabián (2004), Armas, municiones y materiales peligrosos en el Código Penal (art. 189 bis), Lerner, Córdoba.
- BIDART CAMPOS**, Germán J. (1995), Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Ediar, Buenos Aires, t. VI.
- BOBBIO**, Norberto (1.938), *L’ analogia nella logica del diritto*, Serie: Memorie dell’ istitute Giuridico, la Università, Torino.
- BUTELER**, José A. (2004), *“Arma impropia’ que no es ‘arma”*, nota a fallo, Actualidad Jurídica de Córdoba, Derecho Penal, 29/3/2004, año I-Vol. 14. Córdoba, ps. 830/2.
- CASTRO**, Julio César (2006), *“El nuevo robo con armas ‘sin armas’*. *La reforma de la ley 25.882”*, en Reformas penales actualizadas, Edgardo A. Donna (Dir.), Rubinzal – Culzoni, Bs. As., ps. 297/319.
- CAVALLERO**, Ricardo Juan (1981), *“Sobre el delito de robo agravado por el uso de armas”*, La Ley, Buenos Aires, t. 1981A, p. 774.



- COLOMBO**, Marcelo (2003), *“El robo con armas: un tipo penal sin límites. La peligrosa función del concepto de arma impropia”*, (nota a fallo), La Ley, Bs. As., 2.003-E-52.
- CREUS**, Carlos (1998), Derecho penal. Parte especial, 6ª edición, Astrea, Bs. As. t. I.
- D’ALESSIO**, Andrés José (2004), Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial, Andrés José D’Alessio (Dir.), Mauro A. Divito (Coord.), La Ley, Buenos Aires.
- DEFRANCO**, Gustavo A. (2006), *“Aspectos salientes de las reformas introducidas al Código Penal por las leyes 25.882 y 25.890”*, en Reformas penales actualizadas, Edgardo A. Donna (Dir.), Rubinzal – Culzoni, Bs. As, ps. 277/95.
- DE LA GUARDIA**, Ernesto (1997), Derecho de los Tratados Internacionales, Abaco, Buenos Aires.
- DOMENECH**, Ernesto Eduardo (1990), En banda, (nota a fallo), Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, t. 1.990-I.
- DONNA**, Edgardo Alberto (2001), Derecho penal. Parte especial, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., t. II-B.
- DONNA**, Edgardo Alberto (2007), Derecho penal. Parte especial, 2 edición, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., t. II-B.
- EMILIOZZI**, Gustavo Roberto (2008), *“¿Es constitucional la calificante reglada por el último párrafo del Código Penal?”*, en www.pensamientopenal.com.ar
- ESTRELLA**, Oscar Alberto – **GODOY LEMOS**, Roberto (1996), Código Penal. Parte especial, Hammurabi, Bs. As. t.II.
- ESTRELLA**, Oscar Alberto – **GODOY LEMOS**, Roberto (2007), Código Penal. Parte especial, 2ª edición, Hammurabi, Bs. As. t. II.
- FERRAJOLI**, Luigi (1998), Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducido por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3ª edición, Trotta, Madrid.
- FONTAN BALESTRA**, Carlos (1969), Tratado de Derecho Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. t. V.
- GARCIA**, Luis M. (2002), *“El derecho internacional de los derechos humanos”*, en Los derechos humanos en el proceso penal, AAVV, Abaco, Buenos Aires.
- GOERNER**, Gustavo (2004), *“Apuntes sobre algunas recientes reformas al Código Penal”*, en Reformas penales, Edgardo A. Donna (Dir.), Rubinzal - Culzoni, Bs. As., ps. 190/5.
- GOMEZ**, Eusebio (1941), Tratado de derecho penal, Compañía Argentina de Editores S.R.L, Bs. As., t. IV.
- GONZALEZ ROURA**, Octavio (1925), Derecho penal, 2ª edición, Valerio Abeledo, Bs. As., t. III.
- GRASSI**, Ricardo J. (2003), *“Indefinición del concepto arma en el Código Penal. Indiferencia legislativa y apropiación jurisprudencial”*, La Ley, Doctrina Judicial, Buenos Aires, 2003-3, p. 737
- GRASSI**, Ricardo J. (2005), *“Ley 25.882. Su intromisión en jurisdicciones locales”*, La Ley, Doctrina Judicial, Buenos Aires, 2005-1, p. 851
- HART**, H. L. A. (1961), El concepto de derecho, traducido por Genaro Carrió, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- JULIANO**, Mario Alberto (2004a), *“El nuevo tipo penal de robo con armas (Ley 25.882)”*, en www.pensamientopenal.com.ar.
- KLUG**, Ulrich (1989), *“Sobre el concepto de concurso de leyes”*, en *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, Fontamara, México.
- LARENZ**, Karl (1994), Metodología de la Ciencia del Derecho, traducido por Marcelino Rodríguez Molinero, 4ª edición, Ariel, Barcelona.



- LOPEZ GASTON**, Rodrigo D. (2005), *“La ley 25.882 y el nuevo delito de robo con armas: La peligrosidad de desconocer principios constitucionales en la construcción de los tipos penales. Comentario al fallo “Escudero, Javier Alejandro s/ robo”, CNCrim. y Correc., sala IV, causa 24.781, rta. 22/9/2.004,”* (nota a fallo), en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., Año 10, nros. 18/9, ps. 817/48.
- MAIER**, J. B. (1996); Derecho Procesal Penal. Fundamentos. 2º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- MARUM**, Elizabeth (2008), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (Direct.), Marco Antonio Terragni (Coord.), Hammurabi, Buenos Aires.
- MOLINARIO**, Alfredo J. (1996), Los delitos, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Bs. As., t. II.
- MORENO** (h), Rodolfo (1923), El Código Penal y sus antecedentes, Tommasi, Bs. As. t. V.
- MOROSI**, Guillermo E. H. (2005), *“El robo con armas según la reforma de la ley 25.882”*, en Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial, Gustavo Aboso (Coord.), B de F, Bs. As., ps. 135/54
- PRUNOTTO LABORDE**, Adolfo (2004), *“El concepto legal de arma y las nuevas figuras del art. 189 bis Cpen.”*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Andrés J. D’Alessio y Pedro J. Bertolino (Direct.), Lexis Nexis, Bs. As., fasc. 5, ps. 883/95.
- REINALDI**, Víctor Félix (2004), *“El robo con armas”*, La Ley Córdoba, (set.), 769-2.004.
- REINALDI**, Víctor Félix (2006), Delincuencia Armada, 3º edición, Mediterránea, Córdoba.
- ROXIN**, Claus (1997), Derecho penal. Parte general, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2º edición, Civitas S.A., Madrid, t.I.
- SAEZ CAPEL**, José (1988), *“¿Se puede estimar razonable consecuencia del plenario “Costas”, la prueba de la capacidad funcional de las municiones?”*, en Doctrina Penal, año 11, nros. 41/4, ps. 139/43.
- SAYAGO**, Marcelo J. (2005), Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley 25.882, Advocatus, Córdoba.
- SIMAZ**, Alexis Leonel (2004), *“La nueva reforma y consiguientes dificultades del artículo 166 inciso 2º del Código Penal Argentino”*, Doctrina Judicial, La Ley, Buenos Aires, t. 2.004-2, ps. 1.251/3.
- SOLER**, Sebastián (1987), Derecho Penal Argentino, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrío, 4º edición, TEA, Bs. As. t. IV.
- TOZZINI**, Carlos A. (2002), Los delitos de hurto y robo, 2º edición, Depalma, Bs. As.
- TRABALLINI DE AZCONA**, Mónica A. (2004), *“El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2º, C.P.). Las formas agravadas de la ley 25.882. El arma de utilería”*, en Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal integrado, Mediterránea, Córdoba, vol. 9, ps. 251/9 y en www.eldial.com.ar
- TRIBIÑO**, Guillermo C. (2002), *“El delito de robo con armas: análisis crítico de un cambio jurisprudencial”*, JA, Bs. As., 31/7/02, p. 53.
- VISMARA**, Santiago (2004), *“Nuevo régimen del delito de robo con armas”*, La Ley, Bs. As., t. 2004-D-1.080.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996a), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. I.



- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996b), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. II.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996c), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. III.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996d), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. IV.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996e), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. V.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996f), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. VI.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996g), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. VII.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl – **ALAGIA**, Alejandro – **SLOKAR**, Alejandro (2000), Derecho penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires.
- ZIFFER**, Patricia S. (1996), “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Ad-Hoc, Año II, núm. 3, Buenos Aires, ps. 331 y ss.