

LA REFORMA DEL ART. 166 INC. 2º DEL CODIGO PENAL ARGENTINO.

¿SOLUCION DEFINITIVA A LOS PROBLEMAS O NUEVOS INCONVENIENTES SIN RESPUESTA?

SUMARIO: I.- HIPOTESIS DE TRABAJO; II.- INTRODUCCION; III.- BREVE REFERENCIA A LA SITUACION ACTUAL EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA, III.a.- LA DOCTRINA., III.b.- LA JURISPRUDENCIA; IV.- LAS DIFICULTADES DE LA REFORMA; V.- UNA TENTATIVA DE SOLUCION; VI.- CONCLUSIONES; VII.- ESQUEMA.

Por Alexis L. Simaz *

I.- HIPOTESIS DE TRABAJO.

Aunque las dificultades, tanto en el texto anterior como en el actual, no sólo provienen de la utilización de las armas de fuego, este trabajo se orientará precisamente sobre éstas, sin perjuicio de hacer algunas referencias indispensables a otras tanto propias como impropias, y especialmente a las de fuego ineptas y las de utilería.

Luego de introducirnos sobre las hipótesis que se pueden plantear, repasaremos brevemente la situación actual en la doctrina y jurisprudencia, para exponer del modo más descriptivo posible las dificultades que puede generar la reforma .

Sin embargo, no haremos un análisis tradicional que se suele acostumbrar en estos casos, sino que presentaremos una propuesta conceptual proveniente de la teoría general del derecho. En primer lugar, determinaremos el problema mediante los conceptos de subsunción genérica e individual. En segundo lugar, trataremos de aportar un definición estipulativa del término *"arma de fuego"*. Por último, procuraremos establecer las relación entre la mentada estipulación y una concepción interpretativa intermedia.

Somos conscientes que lejos estaremos de brindar una solución definitiva a los problemas existentes, y los que posiblemente se generaran, pero quizá este ensayo pueda representar una alternativa que arroje alguna solución al menos plausible. Finalmente, expondremos las conclusiones

II.- INTRODUCCION.

La ley 25.882 (B.O.: 26/4/04) agrega luego del inc. 2º del art. 166 del Código Penal dos nuevos párrafos que establecen lo siguiente: *"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

* Ayudante de primera por concurso en la Cátedra de Derecho penal. Parte especial. Universidad Nacional de Mar del Plata.
¹ Recordemos que ya existió un intento de agravación de penas con el Proyecto que diera origen a la ley n° 25.297, no sancionado en este punto, que regulaba lo siguiente: *"...en los casos del art. 166 inciso 2º se aplicará reclusión o prisión de 7 a 17 años si el robo se cometiere con un arma idónea para producir la muerte o las lesiones previstas en los arts. 90 y 91..."*.

En el mensaje de elevación de dicho Proyecto del Poder Ejecutivo se explica que con la sanción de la ley 25.297 (B.O., 22-9-00) se incorporó como agravante genérica de la pena para los delitos cometidos con armas de fuego el art. 41 bis. Sin embargo, dicha reforma tropezó con diversas dificultades interpretativas, como la determinación del máximo legal de la especie de pena que corresponde según la cláusula general establecida en el art. 227 ter del cuerpo legal (?)²

Por su parte, se continua exponiendo en el mensaje de elevación, los alcances de la mentada norma fueron discutidos en razón de la aclaración, o mejor dicho excepción, introducida por el segundo párrafo, lo cual dio lugar a dos posturas antagónicas.³ Es por ello, que *"...la modificación que este proyecto propone como segundo párrafo del art. 166, inciso 2 del Código Penal, sigue la letra del artículo 41 bis hoy vigente y resuelve definitivamente la controversia ... el proyecto termina con las discusiones doctrinales y jurisprudenciales, circunstancia relevante dentro de una adecuada técnica legislativa..."* (el subrayado nos pertenece).

Como veremos ello no es tan así, a nuestro juicio no se resuelven todas las dificultades interpretativas, y además, podrían generarse otras nuevas. Sin embargo, en el optimista mensaje se agrega 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 "* (el subrayado y la negrilla nos pertenece).⁴

No obstante en la discusión parlamentaria el diputado Fayad advierte que: *"... nosotros no podemos incluir en los textos legales contenidos o expresiones que sean contradictorias o que se presten a errores conceptuales. Porque lo único que estaríamos haciendo si incurrimos en esos errores de redacción será sembrar posibles nulidades o inconstitucionalidades que van a complicar, dificultar y contradecir el espíritu del legislador..."*.⁵ No vamos a ahondar en la misma, pero más allá de las expresiones vertidas por el legislador, que se pueden compartir o no, parece incuestionable que la sanción vertiginosa de esta ley va a provocar severos inconvenientes.

Conforme lo relatado podemos establecer, entonces, cuatro hipótesis posibles:

1º) La del párrafo primero de la mentada norma que seguiría contemplando los mismos supuestos que antes con la misma pena, a excepción de las armas de fuego (con lo cual seguiría latente el problema referido a las armas propias e impropias, y la presunta afectación al principio de legalidad).

2º) La del párrafo segundo regularía ahora una agravante en un tercio en el mínimo y máximo de la pena básica (es decir, sobre la de 5 a 15 años de reclusión o prisión) cuando se utilizaren armas de fuego,

² Las dificultades de interpretación y aplicación del art. 41 bis del CP. no provienen de ello, que en todo caso es un problema que se manifiesta en todos los supuestos de concurso material de delitos (CP, 55), sino fundamentalmente del segundo párrafo que establece las excepciones. Cfr. en dicho sentido nuestro trabajo "Algunas reflexiones sobre el art. 41 bis del Código Penal Argentino (Agravación genérica -o no tanto- por el empleo de armas de fuego)", publicado en Doctrina Judicial, La Ley, Buenos Aires, 18-9-02, p. 151/4.

³ Nuestra posición negativa respecto de la agravación de la pena en el supuesto del art. 166, 2º del CP., ha sido expuesta en el trabajo citado en la nota anterior.

⁴ Observará el lector que no es lo mismo gramaticalmente lo que se dice en el mensaje *"... idoneidad no acreditada ..."*, que lo que está escrito en la ley *"... aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada..."*. Volveremos sobre el punto más adelante.

⁵Cfr. Antecedentes Parlamentarios, nº 4, La Ley, Bs. As. mayo de 2.004, p. 842.

resolviendo de modo definitivo -entendemos que incluso derogándola en este punto-, la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del CP.

3º) La de la primera parte del tercer párrafo que trataría los supuestos en que no se pudiera, en modo alguno acreditar la aptitud o idoneidad del arma, con una escala reducida de tres a diez años de reclusión o prisión.

4º) Y finalmente, la de la última parte de este tercer párrafo que acogería las situaciones en que se utilice una arma de utilería, con igual penalidad que el caso anterior.

III.- BREVE REFERENCIA A LA SITUACION ACTUAL EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.

Antes de analizar la reforma creemos necesario hacer una breve referencia a la interpretación y discordancias que había generado el texto anterior (proveniente de la ley 20.642, restablecida por la ley 23.077). Sin pretender ser exhaustivos, intentaremos exponer las posturas doctrinarias y jurisprudenciales más actualizadas y representativas, ello, para poder entender a que conclusión llegaremos.

III.a.- LA DOCTRINA.

Según Tozzini⁶ el concepto arma como criterio apto para permitir una interpretación restrictiva del tipo, y no vulnerar el principio de legalidad, debe obtenerse de las leyes que regulan específicamente sus clases, es decir, fundamentalmente la ley nº 20.429 de Armas y Explosivos, con sus decretos reglamentarios y disposiciones administrativos-policiales, eliminando de esta forma en la calificante la utilización de las llamadas armas impropias. El autor descarta para la configuración de la calificante el empleo de un arma de juguete, un arma descargada o un arma inepta para el disparo (doctrina que ya adelantara en el Plenario "*Costas*"), sin perjuicio de que llegue a configurar el delito de robo simple (CP; 164), fundando de este modo la agravante en el real peligro corrido por la víctima, y no en la sola intimidación.

Este criterio parece ser el seguido por Donna,⁷ aunque agrega que este es un delito complejo, de resultado en cuanto al robo y de peligro concreto en cuanto a las lesiones, si de esta manera se lo quiere interpretar a los efectos de lograr un concepto racional y legal de arma.

Según Creus,⁸ dos son las razones que se conjugan para intensificar la pena: *a.)* el mayor poder intimidante del arma; *b.)* el peligro que constituye para la víctima la utilización del arma. Quedan comprendidas dentro de su concepto de arma las propias, las impropias equiparadas a estas y las verdaderamente impropias, que por sus características se adecuen a las razones de ser de la agravante. No constituye arma, entonces la simulada o falsa, como tampoco las propias que no son funcionalmente aptas para su destino, salvo que se utilicen como impropias.⁹

⁶Tozzini, Carlos A., Los delitos de hurto y robo, 2º edición, LexisNexis, Bs. As. 2.002, ps. 259/63 y 295/314.

⁷ Cfr. Donna, Edgardo Alberto, Derecho penal. Parte especial, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2.001, t, II-B, ps. 165/6

⁸ Creus, Carlos, Derecho penal. Parte especial, 6º edición, Bs. As. 1.998, t. 1 ps. 431/2.

⁹ Si bien el objeto principal de este trabajo se refiere a las armas de fuego, no queremos pasar por alto la distinción que propone el autor y que se opone a la enunciada por Tozzini en el primer párrafo de este capítulo; para simplificar la cuestión podemos categorizar las armas como propias o impropias, dentro de las primeras no sólo quedan comprendidas las blancas y las de fuego -estas últimas definidas expresamente por el art. 3 nº 1 del Decreto 395/75 como la que utilizan energía de

De acuerdo a Damianovich de Cerredo¹⁰, debe entenderse por arma todo instrumento que incrementa el poder ofensivo del hombre, sin ser necesario que hubiese sido preparada con esa finalidad, pero si es menester el empleo efectivo de la misma. Agrega, que el arma de juguete o simulada no configura la agravante, y, finalmente adhiere a la doctrina mayoritaria sustentada en el plenario "Costas", en cuanto a que no encuadra dentro del concepto de arma, el uso de una descargada.

Boumpadre,¹¹ luego de incluir dentro del concepto de armas tanto a las propias como a las impropias, estima, siguiendo a Julio O. Chiappini que el arma descargada, descompuesta o inidónea configura la agravante del art. 166 inc. 2º del CP., no así el arma de juguete. "*El hombre es hombre aunque le falten brazos y piernas*".¹²

En el derecho español antes de la reforma de 1.995 el apartado primero del art. 506 del C.P. agravaba el robo cuando se llevaba armas u otros objetos peligrosos, esto ha sido interpretado de modo tal que resultaba indiferente si el arma estaba cargada o si estaba a la vista, el fundamento yacía en que el porte del arma implicaba un mayor riesgo en los hechos. Esto, a su vez, se conectaba con el párrafo final del art. 501 que establecía: "...hiciera uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase...", lo que implicaba más que portar.¹³

los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia-, sino también las de lanzamiento enumeradas en el n° 2 del citado artículo (que no son de fuego), como las granadas, municiones explosivas o químicas etc.. Pareciera en este punto que la normativa es contradictoria, ya que dentro de la definición de armas de lanzamiento quedarían excluidas las de fuego, las cuales justamente se caracterizan por "...lanzar un proyectil...". No obstante, el decreto reglamentario utiliza dicha estipulación en otro sentido, el de determinar las armas y/o materiales de uso prohibido. Asimismo, es de hacer notar que ahora sufrirá mayor pena quien asalta con un arma de fuego que quien lo hace con una granada. De todas formas el principal problema se genera con las armas impropias, ya que las mismas no están definidas por la ley. El Dr. Mario Juliano en su trabajo titulado "*El nuevo tipo penal del robo con armas (Ley 25.882)*", publicado en el sitio eldial.com expresa que las mismas son de creación pretoriana. No podemos dar una respuesta tajante y definitiva al respecto pero creemos que la cuestión no es a todo a nada, y quizás dentro de una posición restrictiva se pueda admitir alguna clase de graduación en el caso concreto. Sin embargo, dicha propuesta a la luz del principio de legalidad (particularmente teniendo en cuenta los subprincipios de determinación de la ley y prohibición de analogía "*in malam partem*"), se le podrían formular serias objeciones, aunque tratarlas exceden el marco de este trabajo. Por último, es de hacer notar que resulta paradójico que quienes sostienen una postura objetiva y restringen la tipicidad por entender que el arma de fuego debe tener aptitud para el disparo, podrían caer en la incongruencia de ampliar el tipo en los supuestos de utilización de armas impropias cuando en la situación concreta se prueba la aptitud intimidatoria (bufanda o cable con el que el ladrón logra intimidar a la víctima, pudiendo resultar aptas incluso para matar). Claro que el principio de legalidad vinculado a la interpretación de la ley podría saltar dicha paradoja.

¹⁰ Damianovich de Cerredo, Laura, T. A., Delitos contra la propiedad, 3ª edición, Universidad, Bs. As. 2.000, ps. 131/40.

¹¹ Boumpadre, Jorge E., Delitos contra la propiedad, MAVE, Corrientes, 1.998.

¹² No compartimos la metáfora atribuida por Boumpadre a Chiappini, ya que transpolándola al concepto de arma no parecería correcto decir que: "El arma es arma, aunque lo único que queda es el tambor del revólver, o el cargador de la pistola". También podríamos sostener que el hombre siempre será hombre mientras viva, pero no parece válido hacer esta comparación con el concepto de armas, ya que el último párrafo del art. 189 bis reprime la tenencia o el acopio de piezas de arma de guerra, como por ejemplo, carcazas, cargadores o agujas percutoras, y a nadie se le ocurriría decir que quien tiene uno de estos elementos tiene un arma, ni siquiera lo permite la propia ley, aunque con la nueva reforma introducida por la ley 25.886 (CP, 189 bis (3); BO. 5/5/04) se castiga ahora tanto el acopio de armas de fuego como de piezas o municiones de estas. En este sentido compartimos la doctrina que define el término arma por su aptitud funcional. No obstante la solución a estos problemas podría estar en una adecuada distinción sobre los casos de subsunción genérica e individual, conforme lo explican los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, en su trabajo: "*Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*", en Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991, ps. 303/28. Volveremos sobre este punto en el capítulo final de este trabajo.

¹³ Cfr. Bustos Ramírez, Juan, Manual de derecho penal. Parte especial, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1.991, ps. 173 y 176.

La reforma de 1.995 califica al robo con violencia o intimidación cuando se hace uso de armas, ello implica, según Muñoz Conde,¹⁴ no sólo el disparo, sino también la exhibición o utilización intimidante, entendiéndose por arma la real y no la simulada.

La jurisprudencia actual de dicho país ha entendido que la utilización de una jeringuilla, con independencia de que pudiera ser transmisora o no de alguna enfermedad contagiosa es considerada arma a la luz de este precepto (Audiencia Provincial, Madrid, 7-5-97), también una pistola simulada -como medio peligroso-, cuando por su peso puede ser arrojada contra una persona (Audiencia Provincial de Barcelona, 20-5-96. Finalmente, el Tribunal Supremo (29-9-95) ha entendido que no es de aplicación de la agravante cuando el arma de fuego no resulta apta para el disparo, aunque puede quedar comprendida dentro de un medio peligroso (lo que nuestra doctrina y jurisprudencia entiende como arma impropia, y que no resulta de aplicación en España, ya que ello queda comprendido en la frase *"otros medios igualmente peligrosos"*).¹⁵

Finalmente, como dato ilustrativo cabe mencionar que el Código Penal Alemán agrava el robo con violencia o intimidación cuando se porte consigo un arma u otro instrumento peligroso (§ 250, ap. 1. b.), y el Código Penal Italiano, lo hace igualmente, cuando la violencia o intimidación comienza con armas (art. 628, inc. 1º), aunque este último las define expresamente (art. 585, párr. 2º).

III.b.- LA JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia también ha expuesto diferentes criterios al respecto desde el plenario *"Scioscia"*¹⁶ de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, donde se consideró, por mayoría, que encuadra en el concepto de arma, aquella que es apta para el disparo, no obstante que este descargada, hasta la modificación de dicha doctrina, diez años más tarde, en un nuevo plenario del mismo órgano jurisdiccional, conocido como *"Costas"*.¹⁷

Excede el marco de este trabajo hacer un comentario o síntesis de los votos expuestos por cada uno de los magistrados en ambos plenarios. Sin embargo, por compartir la mayoría de sus fundamentos haremos una concisa referencia del voto del Dr. Ouviaña: *"... Existe un mínimo de acuerdo en considerar que 'arma' es tanto el objeto específicamente construido para el ataque o defensa ... la caracterización del arma se formula en torno de la función asignada, la que tiene prevalencia sobre el origen o restantes propiedades del citado instrumento ... tal connotación otorga al tipo legal una indudable generalidad que permite abarcar tanto a las armas en sentido propio, como a las llamadas armas 'impropias'. No obstante esta señalada generalidad, las armas no forman una clase universal, sino un conjunto lógico finito, de modo tal que no parece razonable sostener ... que, al no hacer distinciones, el texto legal abarca, también, a las armas de fuego no cargadas o descargadas ... Las 'armas de fuego' pertenecen a la familia de 'las armas lanzadoras', que se caracterizan por la posibilidad de actuar a distancia del blanco, mediante el disparo de proyectiles. El actuar a distancia y la necesaria combina-*

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco, Derecho penal. Parte especial, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996, p. 343.

¹⁵ Fallos estos últimos citados por Climent Durán, Carlos y Pastor Alcoy, Francisco, El nuevo y el viejo Código Penal comparados por artículos, con jurisprudencia básica, Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1.996, ps. 188/9

¹⁶ JA, 1.977-I-431.

¹⁷ LL, 1986-E-376.

*ción de sus partes, tiene singular importancia en el problema que nos ocupa. En efecto, si la inevitable unión de las dos partes que la constituyen -el mecanismo lanzador y el objeto arrojable- tal instrumento no puede satisfacer la función de 'arma'. Es necesario juntar la parte fija (arco, honda, ballesta, catapulta, fusil ...) con el respectivo proyectil (piedra, flecha, bala) para poder intentar las funciones de ofensa y defensa ... Las precedentes consideraciones permiten demostrar que el empleo de un arma de fuego descargada no siempre genera intimidación, ni mayor peligrosidad, y que, ni siquiera en la única hipótesis en que ambas concurren, resulta legítimo aplicar el tipo del art. 166 del Cód. Penal pues se trata de un robo simple...".*¹⁸

Cabe agregar a lo expuesto, que la CSJN ha limitado la aplicación de la doctrina "Costas" al robo con arma descargada.¹⁹

En la provincia de Buenos Aires la situación ha sido inversa, ya que originariamente se siguió un postura similar a la de "Costas" en el conocido pronunciamiento "Garone";²⁰ para pasar a la doctrina opuesta en el año 2.002, a partir del fallo "Manso".

Por lo reciente y acatamiento bastante general de este pronunciamiento,²¹ vamos a sintetizar algunos de sus votos:

¹⁸ En igual sentido se expresa el Dr. Sal Llargues: "...Ontológicamente, el concepto de arma, sea propia o impropia, menta un implemento que aumenta el poder ofensivo de una persona. La de fuego es una especie del mencionado género que corresponde al tipo de las lanzadoras, toda vez que se integra con un mecanismo que arroja y un elemento arrojado lo que conjuntamente abastece la mayor ofensividad (objeto lanzador y objeto lanzado). Si el arma de fuego se ha esgrimido como tal, entonces es menester acreditar que existía el conjunto aludido (objeto lanzador y objeto lanzado, en el caso pistola, revólver, fusil, etc. y proyectil), puesto que, de lo contrario, ese objeto así utilizado en la realidad concreta y contingente no aumentaba un ápice el poder ofensivo de quien la esgrime..." (F., C. Si recurso de casación, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As., Sala I, 17-12-02). De forma contraria se expide el Dr. Celesia: "... El arma es un elemento que, ya sea por la peligrosidad que representa o por la intimidación que provoca en la víctima, agrava la figura del robo, sin que parezca necesario exigir para la aplicación del tipo agravado que se den las dos consecuencias de su empleo, bastando con que se produzca alguna de ellas, en función de lo cual debe determinarse el contenido injusto de la conducta. Parecería necesario distinguir ontológicamente el ser de sus propiedades accidentales y de sus cualidades es decir de cada una de las circunstancias o caracteres que distinguen a las cosas. Cosa es todo lo que tiene entidad y ésta la que constituye la esencia o forma de una cosa, lo permanente o invariable en ella. El destino para el cual fue creado un revólver no se altera porque esté o no cargado o porque funcione o no, y seguirá siendo arma hasta tanto no se opere en su esencia o naturaleza particular una alteración de magnitud tal que le cambie su entidad..." (C.R., si recurso de casación, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As., Sala II, 30-8-2001).

¹⁹ "Sánchez, Juan A.", LL, 1.989-C-535. Recientemente cfr. "Giménez Alfaro, Eduardo s/ robo calificado", P. 4/2000, del 3/10/02, recurso de hecho.

²⁰ AyS, 1.985-II-63.

²¹ "Manso, Miguel Feliciano s/ robo calificado", P.59.812 del 2/5/02. Dicha doctrina fue aplicada por la mayoría de los organismos inferiores, pero no por todos. Uno de los primeros que se manifestaron en contra fue el Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata quien sostuvo en diversos pronunciamientos que: "...Sólo por la rígida e inmovible adscripción de este Tribunal a la tesis objetiva (por todas, cito a la causa n° 147, 'Leguizamón, Darío Fabián', sent. del 19/11/99, R. 076/99), desarrollada por la Suprema Corte bonaerense, a pesar de sus cambiantes integraciones desde la restauración democrática, a partir de los casos 'Garone' (P. 33.715, en A. y S. 1.985-II-63) y 'Franchini' (P. 32.707, en A. y S. 1.985-III-237), puede concluirse que se trató de un robo simple (CP, 164), y no de uno calificado por el uso de armas (CP, 166, inc. 2°), como lo postulara el Agente Fiscal; porque si bien es cierto que en algún momento del atraco, uno de los causantes, con el ostensible propósito de convencer a la víctima de que el asunto iba bien en serio, le volcó ante sus ya atemorizados ojos el tambor del revólver que portaba, mostrándole que estaba convenientemente pertrechado, no puedo menos que admitir que no se ha podido establecer, a ciencia cierta, cuál de todas las incautadas armas de puño era ésa y si -además- estaba en condiciones de lanzar proyectiles a distancia..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhieron los Dres. Arrola de Galandri y Martinelli, causa n° 744, "Escot, Silvano Víctor y otro s/ secuestro extorsivo, etc.", [J.O.], del 15/05/02, 089/02). "...En el robo con el uso de armas del art. 166, inc. 2° del CP se sanciona no sólo un efectivo y real ataque a la propiedad ajena, sino también un potencial -es decir, latente- atentado a la integridad física o a la vida del sujeto pasivo, y siendo esa la inteligencia que debe asignársele a la norma agravatoria, mal puede considerarse satisfecho el presupuesto

1.- Dr. Salas: *"... El arma de fuego descargada o inútil a la que no se le haya dado un uso impropio no es arma en sentido legal... Esa capacidad ofensiva en tanto inherente, en sentido legal, al término arma debe entonces ser acreditada como cualquier otro hecho existan o no "recelos" sobre el mismo ... Aquello de que lo usual sea que los revólveres disparen no constituye la demostración de que éstos siempre lo hagan sino la descripción de sólo una presunción de ello, y extender ésta hasta otorgarle el carácter de plena prueba constituye un grave error lógico jurídico ... La dificultad de probar un hecho no autoriza a declararlo acreditado contra la ley ... No media contradicción lógica alguna entre la doctrina objetiva expuesta y la aceptación del concepto de arma "impropia" como constitutivo de "arma" en sentido legal..."*

2.- Dr. de Lázari: *"... Es irrelevante tratar lo relativo a la prueba de la capacidad ofensiva del revólver empleado pues hallándose acreditada la utilización de armas de fuego mediante prueba testimonial lo que ha llegado firme a esta instancia ello basta, en mi opinión, para tornar aplicable la calificante en cuestión... Este se constriñe a establecer la exigencia de que el robo se cometa "con armas" y no incluye distingos respecto de la calidad de las mismas, las condiciones de uso o su poder ofensivo. Es de estricta aplicación al caso el aforismo romano ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus ... En este sentido, carece de significación que el elemento "arma" sea o no idóneo para producir disparos, ya que no existen, en el tipo penal del art. 166 inc. 2º Código Penal, elementos normativos que autoricen a interpretar que no constituye verdadera arma la que se encuentra en circunstancial incapacidad funcional. La certeza de que el arma funcione y que esté cargada no son condiciones que aparezcan legalmente impuestas como requisito de validez de un juicio afirmativo del empleo de armas a los fines de la configuración del supuesto del art. 166 inc. 2º del Código Penal (conf. causa Ac. 24.818 y P. 31.495 del 15/11/1983, entre otras)..."*

3.- Dr. Pettigiani: *"... La mera exhibición u ostensibilización de cualquier instrumento que pueda razonablemente formar en la convicción de aquellos para intimidar a los cuales se utiliza, que se encuentran frente a un elemento que los torna vulnerables y que supera sus eventuales mecanismos de defensa naturales, convierte a dicho elemento en un arma ... Esta apreciación, que es subjetiva en cuanto hace referencia al efecto que se genera en la conciencia del que sufre la intimidación, es también objetiva en cuanto es el propio agresor quien hace uso de ese instrumento con la finalidad manifiesta de aumentar realmente o en apariencia su potencialidad ofensiva, su capacidad de ejercer violencia, en una medida que aprecia superadora de la defensas normales que está en posibilidad de ejercitar el destinatario de su acción violenta ... De tal modo, tanto el agresor como el agredido son conscientes de que objetivamente el instrumento utilizado presenta ese poder vulnerante que le atribuye aquél ... En otras palabras, el que emplea la violencia sabe que el instrumento que utiliza tiene un poder intimidatorio per se, más allá de su aptitud real de ofensa. El que la soporta tiene ante sí una apariencia susceptible de hacerle claudicar razonablemente respecto al uso de sus posibilidades defensivas ... De modo que quien roba valiéndose de un revólver, sea que esté cargado o descargado, o que incluso su mecanismo no funcione, salvo que estas dos últimas circunstancias sean perceptibles a simple vista (lo que habitualmente resulta casi imposible), objetiva y subjetivamente ha usado un arma porque un revólver está hecho para dañar y atacar a las personas..."*

fáctico con la subjetiva impresión de las víctimas, que, a lo sumo, pudieron percibir objetos con la morfológica apariencia de las armas de puño, sin saberlo a ciencia cierta..." (Del voto del Dr. Favarotto, al que adhirieron los Dres. Arrola de Galandri y Martinelli, causa nº 1.167, "Damiano, Ezequiel Aníbal s/ robo, etc.", [J.A.], del 24/05/02, R. 099/02). En igual sentido se ha pronunciado el titular del Juzgado de Garantías nº 1 del mismo Dto. Judicial, Dr. Marcelo A. Madina en los autos caratulados: "ARANDA, Carlos Daniel s/ robo calificado por el uso de arma en grado de tentativa", causa nº 15.332 del 16-7-02, y el Tribunal en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial de Necochea, en los autos caratulados: "GIMENEZ, Miguel Angel s/ tenencia de arma de guerra, robo calificado y daño", Expte. nº 165-989 y 284-1432.

4.- Dr. Hitters: "...Repito ahora que según mi criterio el fundamento de la agravante no reside en el peligro o riesgo que la víctima ha corrido por el uso de arma, sino en la disminución de su potestad defensiva lo que facilita la perpetración del delito fruto del poder intimidante (psicológico) que aquella posee ... No puede decirse que el arma de fuego descargada o inútil, no es arma. Si descargada, o en deficientes condiciones de funcionamiento, o con proyectiles ineptos, es un arma, y si se dan cualquiera de estas situaciones se acata a rajatablas con lo dispuesto en el art. 166 inc. 2º del Código Penal. De ninguna norma de derecho positivo aplicable al caso surge, que para que opere la agravante debe existir peligro para la víctima ... Aunque de todas maneras, aún estando descargada, en mal estado o con proyectiles ineptos; siempre implica un "peligro" para el sujeto pasivo, en la medida que la misma puede ser utilizada, a manera de "porra", como arma impropia..."

5.- Dr. Negri: "... Como lo he decidido anteriormente, considero que la figura agravada descrita en el art. 166 inc. 2º del Código Penal, sólo hace referencia a que el robo 'se cometiere con armas' y no se exige nada más para que se perfeccione el delito (P. 33.715, "Garone", sent. del 4VI1985, "Acuerdos y Sentencias": 1985II63; P. 32.707, "Franchini", sent. del 22X1985, "Acuerdos y Sentencias": 1985III237) ... El objeto arma no sólo es apto para dañar sino también para intimidar y desbaratar una posible resistencia ... En los precedentes citados señalé en lo esencial que si el robo se cometió con armas "resulta innecesario acreditar además sus condiciones de uso, si era apta para el tiro o estaba cargada" (conf. P. 33.431, sent. del 27XI1990, "Acuerdos y Sentencias": 1990IV343). La razón de la agravante por el empleo de arma en el art. 166 inc. 2º del Código Penal es la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, al neutralizarla para cualquier posible reacción en ese sentido y poco importa que el artefacto utilizado, si es que se trata de un arma de fuego, sea o no apto para producir disparos, pues tal contingencia no lo descalifica como lo que es (conf. causa P. 52. 339, sent. 26 de abril de 1994).

6.- Dr. Roncoroni: "... La sentencia en recurso revocó la de primera instancia que encuadraba el hecho juzgado en las previsiones de la norma citada. Lo hizo la Alzada, a pesar de admitir que con el arma usada en el hecho se han efectuado dos disparos (sentencia de fs. 195197, que se remite al dictamen pericial). Si la sentencia comienza por reconocer que en el hecho se usó un arma de fuego, no veo cómo se priva luego a este objeto de su carácter en base a la duda acerca de si el arma estaba cargada en el momento del robo. Es que si tal fuera el caso, se trataría de un arma descargada, pero arma al fin, que es lo único que exige el inc. 2 del art. 166 del Código Penal ... El entendimiento de la norma que se hace en la sentencia importa tanto como su alteración por otro texto que dijera "si el robo se cometiere con armas cargadas y en condiciones de disparar". Pero esto es bien distinto a lo que el inciso citado dispone ... No desconozco que el término "arma" empleado en la ley, pueda presentar dudas en el caso concreto. Todas las palabras, algunas más, otras menos, tienen lo que se llama "textura abierta", es decir, zonas grises cuya pertenencia al sentido del término no está claro (Alston, William: Filosofía del Lenguaje; Alianza Editorial; p. 55) ... Pero lo que combate la que se llama a sí misma doctrina "objetiva" no es la interpretación de casos límite (como un cuchillo de papel, tema que no es el de esta sentencia) sino verdaderas armas de fuego, aunque descargadas. Aunque sea obvio hay que decirlo: si vacío el cargador a una pistola, no la convierto por eso en un objeto diferente, no deja de ser una pistola. Puedo comprar un revolver sin adquirir munición, y nadie dirá que compré algo distinto a un revolver ... Se objetará, ante este último ejemplo, que los términos jurídicos tienen muchas veces un significado técnico, que puede no coincidir exactamente con el del habla cotidiana. Así señalaba Sebastián Soler que "el sentido de los términos jurídicos está siempre impregnado por la finalidad reguladora a cuyo servicio son puestos" (La interpretación de la ley; Ed. Ariel; Barcelona 1962; p. 100). Pero en tal caso, la diferencia no proviene de un deseo caprichoso de contradecir el entendimiento corriente, ni puede esa divergencia surgir

de las preferencias doctrinarias. La diferencia debe surgir de la ley que se considere. Así ocurre en el ejemplo que brinda Soler: la "nocturnidad", dice, no coincide en su comienzo y fin con la salida y puesta del sol, sino con la oscuridad que puede facilitar ciertos delitos ...Justamente es al poner la figura agravada en relación con el tipo del robo, que se advierte el error de la doctrina que elige denominarse "objetiva". Pues el uso de un arma en un robo no consiste principalmente en herir o matar, sino en eliminar la posible resistencia de la víctima ante el apoderamiento ilegítimo. En eso consiste la agravante (que es agravante del robo y no de otra cosa), y no en la existencia de un riesgo de lesiones u homicidio..."

Con lo visto hasta aquí de forma por lo demás resumida, ya que resulta inabarcable sobre todo la jurisprudencia existente sobre el tema,²² podemos observar las variadas posiciones que existen sobre esta cuestión.

IV. LAS DIFICULTADES DE LA REFORMA.

Conforme lo que hemos expuesto podemos sintetizar en dos los problemas a resolver en la legislación anterior: *a.)* la utilización de una arma de juguete; y *b.)* la ineptitud de un arma para el disparo, que lo subdividiremos en tres: *b.1.-* el empleo de un arma descargada, *b.2.-* la utilización de un arma cuyo mecanismo es inepto, y *b.3.-* que no se haya podido acreditar su idoneidad o capacidad para el disparo a lo largo de la investigación. A nuestro juicio la nueva ley sólo resolvería satisfactoriamente los puntos *a.)* y *b.3.-*), quedando en pie los restantes problemas.

Resulta claro que si se comprueba que el robo con armas se realiza con una de fuego apta para el disparo la escala se elevará un tercio tanto en el mínimo como en el máximo, lo cual nos lleva a una pena

²² Mencionamos someramente algunos matices al respecto: "...Cuando la prueba reunida demuestra que el robo se cometió con armas, no es necesario acreditar, además, sus condiciones de uso, si era simulada o apta para el tiro y si tenía municiones, ni la forma como fue usada..." (SCBA, 16/2/82, Gaitán, Adolfo y otros, P. 29.418; JA, 982-IV-488); "...El fundamento de la agravante prevista por el art. 166, inc. 2° del Cód. Penal descansa exclusivamente en la real situación de peligro para la propia víctima que comporta el empleo de un arma propia en la ejecución de un robo..." (CNCyC., sala V, 23/12/82, Rodríguez, Raúl O.; JA, 983-II-420); "...El empleo de un revólver cargado no apto para disparar o descargado pero apto para disparar no impide sembrar un real peligro, porque no ha dejado de tener poder compulsivo e intimidatorio...". (Disidencia del doctor Ledesma). (CNCyC, sala V, 23/12/982, Rodríguez, Raúl O., JA, 983-II-420); "...Si no se ha podido establecer si el arma de fuego empleada en el evento tenía capacidad ofensiva, es decir, si funcionaba o estaba cargada, quedando sólo acreditada la violencia física y la intimidación, se comete el delito del art. 164 inc. 2° del Cód. Penal..." (C3aCrim. Córdoba, 5/3/80, Banrel, Alberto, SP LL, 980-233); "...Para que opere la agravación del robo por el empleo de armas de fuego, es necesaria la acreditación de la aptitud para el disparo del artefacto en cuestión mediante la correspondiente pericia..." (CNCyC, sala I, 17/5/89, Acevedo, Héctor A., LL, 1989-D, 283); "...La certeza de que el arma funcione y esté cargada no son condiciones que aparezcan legalmente impuestas para dar validez a un juicio afirmativo del empleo de armas a los fines de la configuración del supuesto del art. 166, inc. 2° del Cód. Penal..." (Del voto del doctor Rodríguez Villar). (SCBA, 28/8/90, García, Arturo H., P. 40.241, LL, 1991-B, 65); "...No procede la aplicación de la agravante del robo por el uso de armas si sólo surge que ella era apta para el tiro, pero que estaba descargada, siendo que lo que en definitiva interesa es su efectiva posibilidad de dispararla en el momento del hecho..." (CNCyC, sala IV, 4/3/94, Echegaray, Marcelo, LL, 1995-B, 406). "...A los efectos del inc. 2 del art. 166 del Cód. Penal, el elemento arma simboliza un objeto apto en el caso concreto, y según el modo en que fuere utilizado, para dañar, con exclusión de todo aquello que parezca un arma sin serlo, entonces, la capacidad ofensiva, como cualquier otro hecho, debe ser acreditada según las normas respectivas..." (Del voto de la mayoría). (SCBA, 22/4/97, Ballesteros, Enrique D., LLBA, 1997-812); "...La figura agravada descrita en el art. 166 inc. 2 del Cód. Penal, no sólo hace referencia a que el robo se cometiere con armas y no se exige nada más para que se perfeccione el delito, el adminículo arma no sólo es apto para dañar sino también para intimidar y desbaratar una posible resistencia..." (Del voto en minoría del doctor Negri). (SCBA, 22/4/97, Ballesteros, Enrique D, LLBA, 1997-812).

de 6 años y 8 meses a 20 años de prisión o reclusión; bastante grave por cierto,²³ pero que ya se venía empleando por parte de la jurisprudencia que considera de aplicación a estos casos la agravante genérica del art. 41 bis del CP, no obstante la excepción de su segundo párrafo.

De ello se podría inferir que cuando el robo se comete con armas que no sean de fuego la escala será de 5 a 15 años de prisión o reclusión (igual que antes). Sin embargo, esta redacción que es mantenida no resuelve con claridad los problemas -que acertadamente señala Tozzini-, sobre los conceptos de armas propia e impropia, que de seguro la jurisprudencia y doctrina mayoritaria seguirán incluyendo en el párrafo primero de esta norma, pero que a la luz del principio de legalidad, especialmente, en materia de analogía y determinación de la ley, seguirán planteando serias dudas sobre la extensión de la interpretación más allá del límite semántico posible, e incluso sobre su constitucionalidad.

Nos concentraremos ahora en el texto del último párrafo introducido por la reforma, que a nuestro juicio es el que dejaría sin resolver los puntos **b.1-)** y **b.2-)**

En lo relativo a la utilización de armas de fuego simuladas, como las de juguete, o como lo menciona la ley, de utilería²⁴ la pena aplicable será ahora de 3 a 10 años de prisión o reclusión, en vez de la escala del art. 164 del CP., haciendo la norma hincapié en la mayor intimidación sufrida por la víctima del hecho, que cree que se encuentra frente a un arma verdadera y apta para el disparo, ya que si no se acreditan tales extremos creemos que la agravante no puede prosperar, pues si el sujeto pasivo no se ha intimidado porque se da cuenta que el arma es falsa la razón o fundamento de la agravante se cae y con ello su mayor pena. La norma requiere entonces que el arma de utilería logre en el caso concreto intimidar.

Pero la mayor confusión lo provocará a nuestro juicio la parte primera del último párrafo de la reforma que establece que *"...Si se cometiere el robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada.."*.

Obsérvese que no es lo mismo un arma de fuego de idoneidad no acreditada por ningún medio de prueba (Mensaje de Elevación), que arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (Ley vigente).

La ley, entendemos, se refiere a una imposibilidad probatoria, como por ejemplo un arma no secuestrada, o un peritaje que acredita el funcionamiento del arma, pero que es declarado nulo, no pudiendo reproducirse por falta de material probatorio.

Es frecuente en la práctica que el arma con la cual se comete el atraco no es secuestrada, en ese caso si la víctima ha sido intimidada funcionaria la agravante ya que no se puede de ningún modo acreditar su funcionamiento, lo cual llevaría la conducta a la pena más grave. Sin embargo, podría suceder que el arma se secuestre y perite, dando como resultado que estaba descargada o que resultaba inepta para el disparo, hecho que puede quedar probado fehacientemente.

²³ Superando tanto la robo con lesiones graves y gravísimas (CP, 166, 1º), como a la extorsión (CP, 168), y acercándose a la del robo con homicidio (CP, 165).

²⁴ Es decir el conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico Cf. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, Española, 21º edición, Espasa/Calpe, Madrid, t. 2, h-z.

En dicho supuesto, resulta obvio para nosotros, que no podemos aplicar la escala del párrafo segundo de la norma, pero tampoco el último porque no es lo mismo no poder acreditar la aptitud para el disparo, que probar que el arma no funciona, salvo que la misma haya sido usada de modo impropio, en cuyo caso podría ser de aplicación la primera parte del artículo que ha quedado inalterada.

Por lo tanto, 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.

Sin perjuicio que de lo expuesto el lector habrá notado una adscripción a la denominada teoría "*objetiva*", la intención de este trabajo no es tomar partido de la inveterada discusión entre "*objetivistas*" y "*subjetivistas*"²⁵, sino, más bien señalar que lejos estamos de la mención hecha en el Mensaje de Elevación en el sentido que "...*El Proyecto, entonces, no sólo termina con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, circunstancia relevante dentro de una adecuada técnica legislativa...*".

Entendemos que la nueva reforma reavivará la discusión fundamentalmente en este sentido.

Quienes pregonaban la doctrina "*subjetiva*", quizás sostengan ahora y no sería irrazonable en su argumentación, que si se acredita que el arma de fuego no funciona o que esta descargada regirá la agravante del segundo párrafo (6 años y 8 meses a 20 años de prisión o reclusión). Sin embargo, quizás también se pueda pensar que corresponderá aplicarse la primera parte del último párrafo, o incluso haciendo analogía "*in bonam partem*" se dirá que se tendría que asimilar a un arma de utilería (supuesto de la última parte del tercer párrafo). Finalmente, pensamos que en estos supuestos corresponderá la aplicación del art. 164 del CP, (1 mes a 6 años de prisión), ya que más allá de la postura que se siga, resulta evidente, que no es lo mismo no poder acreditar la aptitud de un arma (lo que se circunscribe a una imposibilidad probatoria), que probar la ineptitud de ella.

A continuación procuraremos dar respuesta a la problemática específica que genera el empleo de "*armas de fuego*".

V.- UNA TENTATIVA DE SOLUCION.²⁶

Esta propuesta que vamos a ensayar inmediatamente, si bien no resulta convencional en la dogmática penal, carece de toda originalidad, y simplemente es un intento de compatibilizar los últimos desarrollos de la teoría general del derecho con el derecho penal .

En primer lugar, sintetizaremos algunas de las ideas expuestas por los profesores Alchourrón y Bulygin, en segundo término, intentaremos explicar las mismas con relación a utilización de las armas de fuego en los casos específicos. A tal fin, se introducirá una herramienta muy importante en este esquema que es la de

²⁵ Hemos estipulado los términos "*objetivistas*" y "*subjetivistas*", sólo para designar de modo simple dos posturas antagónicas, aunque de es de hacer notar que existen matices intermedios que tornan gris tal distinción

²⁶ La idea de indagar sobre la subsunción genérica e individual en este último capítulo me fue sugerida por la Dra. Andrea V. Zarini, el desarrollo y sus errores me corresponden exclusivamente.

definición estipulativa. A ello, le añadiremos algunos problemas relativos a la vaguedad e interpretación, con lo que se tratará de demostrar que debemos entender por arma de fuego dentro del contexto del art. 166 del CP.

Conforme a lo recientemente expuesto comenzaremos por delinear de forma sintética las ideas expuestas por los profesores Alchourrón y Bulygin:²⁷

[1] El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión está justificada conforme al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica.

[2] Esto no significa que la decisión se infiera de las normas. La decisión es un acto de voluntad y, como tal, no determinado por la lógica.

[3] Lo que está lógicamente implicado por las premisas de un argumento correcto es el contenido de un posible acto de decisión.

[4] Aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento deba recurrirse a interpretaciones, valoraciones y decisiones, el razonamiento es, o puede ser reconstruido como, una inferencia deductiva.

[5] Según McCormick, el razonamiento jurídico es de naturaleza deductivo-subsuntiva. Las normas jurídicas pueden ser conceptualizadas como hipotéticas, prescribiendo que cuando se dan ciertas circunstancias entonces, han de seguir ciertas consecuencias normativas. El razonamiento jurídico consiste en establecer los hechos de un caso particular y subsumirlos dentro de la hipótesis de la norma para sacar la conclusión para el caso particular de la norma más los hechos. Por lo tanto, el primer paso es la subsunción de ciertos hechos particulares bajo los predicados contenidos en una norma jurídica.

[6] Las normas jurídicas son generales, es decir, se refieren indirectamente a individuos en términos generales o predicados. Los predicados son verdaderos respecto de ciertos individuos. Las normas van a ser aplicadas a aquellos individuos (o particulares) respecto de los cuales los predicados son verdaderos. El proceso que conduce a la afirmación de que un predicado es verdadero de un cierto individuo, que significa que la propiedad designada por el predicado está ejemplificada en ese individuo, que implica que el individuo está dentro de la clase que es la extensión del predicado en cuestión, se denomina subsunción.

[7] El problema de la subsunción no es un tema específicamente jurídico. Es un problema del uso empírico del lenguaje, de la relación entre las palabras y las cosas. Todo uso empírico del lenguaje entraña reglas semánticas que especifican: *a.)* qué objeto particular es referido por un nombre y *b)* qué atributo (propiedad o relación) es designado por un término general o predicado. La verdad de una oración está determinada por dos elementos, *i)* ciertas convenciones lingüísticas, es decir, las reglas semánticas del lenguaje que se está usando y *ii)* ciertos hechos.

[8] Hay que enfatizar: 1.- Las reglas semánticas son *convencionales*. La relación entre palabras y cosas es convencional. 2.- Las reglas semánticas son *metalingüísticas*. Son usadas no sólo para referirse a la realidad, sino también a expresiones lingüísticas. Las reglas semánticas de los lenguajes naturales rara vez se formulan en modo expreso, pero ellas pueden y deben ser reformuladas explícitamente en el metalenguaje de un lenguaje reconstruido (artificial) como el usado por los lógicos. Sin embargo, el problema de la subsunción no

siempre se refiere a individuos y sus atributos. A veces, el problema consiste en determinar las relaciones que se dan entre predicados.

[9] 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 jueces 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 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. Ese razonamiento muestra que la decisión del juez está jurídicamente justificada.

[10] A fin de justificar su decisión, el juez tuvo que establecer una regla semántica para el término en cuestión. 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. En ambos casos, el juez usa un enunciado verdadero, pero vacío, el enunciado interpretativo usado es analíticamente verdadero, pero vacío, en el sentido que no dice nada acerca del mundo.

[11] Por subsunción individual, los autores entienden el problema de la determinación de la verdad de ciertos enunciados contingentes (sintéticos) de la forma general «Fa» donde «F» representa un predicado del lenguaje y «a» es un nombre propio (el nombre de un objeto individual). Para resolver este problema el juez debe descubrir si el objeto individual dado tiene o no la propiedad designada por el predicado en cuestión. Subsunción genérica, es el problema de establecer que relación se da entre dos predicados. Lo que se discute es un enunciado metalingüístico acerca de los predicados de la forma «F < G». El resultante enunciado universal del lenguaje «(x) (Fx → Gx)» es analítico, porque su verdad está basada en el significado de los términos «F» y «G»: Las reglas semánticas que determinan el significado de esos predicados son o bien ya existentes (si hay un uso lingüístico establecido para esos términos) o tienen que ser estipulados por el juez.

[12] Las dificultades para solucionar los problemas de la subsunción, tanto individual como genérica, provienen de dos fuentes diferentes: *a.)* lagunas de conocimiento (falta de conocimientos fácticos) y *b.)* lagunas de reconocimiento o casos de penumbra (indeterminación semántica o vaguedad de los predicados involucrados). Es verdad que la vaguedad de un predicado puede requerir la toma de decisiones, pero este no es un argumento valedero en contra de la naturaleza deductiva del razonamiento jurídico. Aunque algunas veces hay que tomar decisiones para establecer las premisas de un razonamiento, esto no impide que el razonamiento

²⁷ Cfr. el trabajo ya citado en la nota 12.

que lleva de las premisas a la conclusión sea reconstruido como una inferencia deductiva. Este problema nada tiene que ver con el derecho y con el razonamiento jurídico, pues es una característica de toda lógica aplicada.

[13] 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 subyace 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.

[14] En lo que se refiere a términos valorativos que figuran en las normas jurídicas, no es del todo claro que su aplicación a situaciones particulares exija valoraciones genuinas. En muchos casos, los jueces no valoran, sino que se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen. No formulan juicios de valor, sino proposiciones axiológicas (que son puramente descriptivas). El papel de las valoraciones en el razonamiento judicial es mucho más modesto de lo que comúnmente se cree.

[15] Una proposición normativa es descriptiva y por ende, puede ser verdadera o falsa, pero no puede ser obedecida ni desobedecida. Una proposición normativa que afirma que una acción p es obligatoria (prohibida) conforme a un conjunto de normas α es verdadera si, y solo si, hay (en α o entre las consecuencias de α) una norma que prescribe que p debe (o no debe) ser, es decir una norma que ordena (prohibe) hacer p . No hay duda acerca del valor veritativo de las proposiciones normativas, la pregunta clave es si las normas pueden ser verdaderas o falsas, pues si carecen de los valores de verdad no es claro de qué manera podemos justificar las inferencias en las que figuran normas como premisas o conclusiones de un argumento deductivo. No hay duda de que es posible describir los contenidos de un sistema de normas mediante proposiciones normativas, que como todas las proposiciones descriptivas, son verdaderas o falsas. Lo que es dudoso es la adjudicación de valores de verdad a las normas. Las normas carecen de valores veritativos. Una proposición fáctica no puede justificar una prescripción y las proposiciones normativas son fácticas, aún cuando los hechos a los que se refieran no sean perceptibles.

[16] Otro problema importante respecto de las proposiciones normativas es que no son universales, aún cuando se refieran a normas generales. Pero la premisa mayor de un argumento justificatorio usado por el juez tiene que ser una oración normativa universal. De esta manera se llega a la conclusión que: *I*) la premisa normativa de un razonamiento judicial tiene que ser una norma y no una proposición normativa; *II*) las normas no son ni verdaderas ni falsas.

[17] Un enunciado es lógicamente implicado por, o es una consecuencia de, un conjunto de enunciados, si y sólo si, no hay una interpretación tal que haga verdaderos los enunciados de ese conjunto (premisa del argumento) y falso el enunciado implicado por el argumento (conclusión). Un razonamiento lógicamente válido preserva la verdad en el sentido de que si las premisas son verdaderas, entonces, la conclusión

tiene que ser verdadera. Por otra parte, dos enunciados son incompatibles si y solo si, la verdad de uno de ellos implica la falsedad del otro. El problema crucial consiste en saber si es posible definir esas relaciones sin recurrir al concepto de verdad para poder aplicarlas a enunciados que carecen de valores de verdad.

[18] O bien la noción de inferencia y las conectivas proposicionales son caracterizadas en términos de verdad y entonces no hay una lógica de normas y las conectivas lógicas no pueden operar sobre normas, o bien, hay una lógica de normas, pero entonces, el concepto de inferencia y las conectivas lógicas no pueden definirse en términos de verdad. El uso de estas nociones en el lenguaje corriente sugiere que deberíamos elegir el segundo cuerno del dilema, pero entonces, el problema consiste en caracterizar las nociones de inferencia y las conectivas sin recurrir al concepto de verdad. Alchourrón y Bulygin han tratado de desarrollar una lógica de proposiciones normativas.

Hecha esta breve introducción de los dos iusfilósofos argentinos, nos parece que el problema que presenta definir el concepto de arma de fuego en el art. 166 del CP. puede ser tratado de la siguiente forma:

El Código Penal Argentino no define expresamente que es un arma de fuego.²⁸ El predicado “*arma*” es reconocidamente vago y el caso de su utilización cuando esta descargada o resulta inepta para disparar cae dentro del área de penumbra, ya que no existe un uso lingüístico firme respecto de la relación entre estas dos expresiones, que permita determinar el encuadre o no en el art. 166 inc. 2º del CP.

En estos supuestos los jueces deberán tomar una decisión, para lo cual será menester que definan el término “*arma*”, esta definición será estipulativa, por lo menos parcialmente,²⁹ y como tal no puede ser catalogada de verdadera o falsa. Ahora bien, dado el enunciado: “*Las armas descargadas o ineptas para el disparo no configuran el robo agravado por el empleo de armas previsto en el art. 166 del CP.*” -por ejemplo porque el juez estipuló que para definir el concepto de “*arma de fuego*” debían considerarse como características definitorias tanto el mecanismo lanzador como el objeto arrojable-, expresa una proposición analítica, que es verdadera sólo en virtud del significado de términos relevantes. Se trata de un enunciado interpretativo del que el juez puede sacar una conclusión lógicamente válida, y por lo tanto jurídicamente justificada.

Lo que hemos relatado aquí es un supuesto de subsunción genérica, denominación con la que se alude al problema de establecer qué relación se da entre dos predicados, y que resumidamente la hemos expuesto en el punto [11] de este capítulo.

²⁸ Si lo precisa el art. 3 ap. 1) del Decreto 395/75: “*La que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia*”. De modo más específico nos ilustra Alfredo Achaval (“*Manual de Medicina Legal*”, 4º edición, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1.994) que “...*Arma de fuego es un instrumento destinado a lanzar un proyectil mediante la explosión de una carga apta para tal fin. Esa carga puede estar encerrada en una cápsula o ser colocada en la recámara. El arma de fuego, en términos generales, esta constituida por una cámara y por un caño o cañón. En la cámara, también llamada recámara, se proveerá un mecanismo para obtener la explosión de la carga explosiva (pólvoras) que puede provocarse mediante ignición directa o mediante ignición indirecta. Esta última es la forma moderna y es el encendido de un fulminante mediante percusión que, a su vez, provocará la explosión de a carga de pólvora (deflagración). La forma directa es la obtenida mediante mecha, yesca o pedernal y pertenece a la antigüedad...*”. Sin embargo, aunque adoptemos dicha definición no contribuiremos con ninguna solución, pues lo que los juristas debaten principalmente es si en el caso concreto se puede agravar el robo cuando se emplea un arma inepta o descargada, y esta estipulación no aporta nada en dicho sentido.

²⁹ Ya que existe al menos un uso lingüístico firme en denominar “*arma*” a todo objeto destinado a ofender o defenderse. Sin embargo, esta definición resulta imprecisa y no permite resolver todos los problemas, por lo que mediante dicha estipulación

Claro que esta definición que hemos estipulado y con la que estamos de acuerdo, descansa en la siguiente argumentación, como concepto genérico de arma, y en esto hay un uso lingüístico firme, es aquella construida para el ataque o defensa, al igual que el arma de fuego, pero a nuestro entender se requiere algo más, es decir, que la misma tenga aptitud funcional para que podamos definirla como tal, de lo contrario sólo en su utilización impropia podría llegar a considerarse arma.

De lo expuesto se desprende que la definición que se estipula no puede resultar arbitraria o caprichosa, debe tenerse en cuenta el contexto en la cual se formula, además de las consecuencias o inconsecuencias lógicas que puede acarrear.

Según Nino³⁰ se pueden distinguir diversas clases de definición, se puede informar de cómo la gente en general o alguien en particular usa una palabra, o de decidir, prescribir, recomendar cierto uso de un término; en el primer caso estaremos frente a una definición informativa o lexicográfica, en el segundo frente a una estipulativa la cual no puede ser ni verdadera, ni falsa, puesto que con ella no se pretende describir un uso lingüístico sino expresar una decisión o directiva acerca del significado que habrá de darse a una palabra.

Mucho más lejos va Farrell³¹ quien entiende que todo término utilizado en una norma jurídica adquiere, por el sólo hecho de esa utilización, un significado nuevo, típicamente jurídico, que puede o no coincidir con el significado vulgar y que el orden jurídico debe estipular. Agrega, que todo término que se incorpora al sistema jurídico al ser mencionado en una norma, adquiere el carácter de término nuevo, cuyo significado debe ser estipulado. Es un término nuevo de carácter especial, pues antes de incorporarse al sistema tenía un significado en el lenguaje vulgar, lo que no ocurre con los términos no jurídicos que son objeto de definiciones estipulativas, ya que estos últimos carecían completamente de significado anterior.

Sin embargo, y sin llegar a tal extremo existen casos como el del presente trabajo en que la vaguedad del término es tal que no permite resolver un caso atípico, y la definición debe ir más allá del sentido que el término tiene, estipulando con mayor precisión su sentido, pero ello no sucede de forma arbitraria, sino sobre la base del significado preexistente.³²

Esto se relaciona directamente con la interpretación, o más precisamente con la actividad interpretativa, la cual consiste en determinar el significado de una formulación normativa cuyo producto podemos denominar enunciado interpretativo.³³

Dentro del abanico de posibilidades acerca de la fuerza que poseen los enunciados interpretativos podemos, siguiendo a Mendonca,³⁴ distinguir tres concepciones:

a.) Concepción cognoscitivista: Interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S.

se pretende eliminar o al menos reducir tal vaguedad. Cfr. en este sentido Gómez, Astrid – Bruera, Olga María, *Análisis del lenguaje jurídico*, 2ª edición, Editorial Belgrano, Bs. As. 2.000, ps. 28/9.

³⁰ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición, Astrea, Bs. As., 2.001, ps. 254/5.

³¹ Farrel, Martín D., *La definición jurídica como definición estipulativa*, La Ley, Sec. doctrina, Bs. As. 1.969, ps. 1.389/90.

³² Cfr. en idéntico sentido Alchourrón, Carlos E. – Bulygin, Eugenio, *Definiciones y normas*, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991, p. 448.

³³ Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2.000, p. 152. El autor distingue entre la formulación normativa que es la expresión lingüística de una norma, y la norma que es el significado expresado por esa formulación.

b.) Concepción no cognoscitivista: Interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S.

c.) Concepción intermedia: Interpretar una formulación normativa F es, según el caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S, o adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S.

Resulta, razonable entonces adoptar esta última posición, ya que como bien explica el autor, siguiendo a H. L. A. Hart, la interpretación en ciertas ocasiones es una actividad cognoscitiva (informativa; casos típicos), y en otras una actividad decisoria (estipulativa, casos atípicos).

Pero hay que destacar, que es de notable interés distinguir la detección total y parcial de un significado preexistente y la adjudicación total o parcial de un nuevo significado.³⁵

Claro que parece preferible que el jurista pueda desentrañar un uso lingüístico firme respecto de los términos empleados en una formulación normativa; pero ello, no siempre es posible. A veces deviene necesario estipular el significado de cierta expresión, como es el caso de *“arma”*. Pero tal determinación no deberá ser arbitraria, sino fundada estándares valorativos adicionales.³⁶

Por último la distinción entre la interpretación cognoscitiva y no cognoscitiva puede tornarse en algunos casos borrosa, e incluso una definición estipulativa puede volverse, cuando cierta parte de la comunidad jurídica la acepta, en informativa de los nuevos usos lingüísticos existentes.³⁷ Lo nuestro por el momento, es sólo una mera propuesta y como tal se le deberán efectuar ajustes y/o modificaciones.

VI.- CONCLUSIONES.

Sin perjuicio de la provisoriedad del análisis efectuados podemos concluir lo siguiente:

i. El Código Penal Argentino no define expresamente que es un arma de fuego. El predicado *“arma”* es vago y el caso de su utilización cuando esta descargada o resulta inepta para disparar cae dentro del área de penumbra.

ii. En estos supuestos los jueces deberán tomar una decisión, para lo cual será menester que estipulen el término *“arma”*, definición que no podrá ser catalogada de verdadera o falsa.

iii. Dicha estipulación deberá considerar como características definitorias tanto el mecanismo lanzador como el objeto arrojable, lo cual expresará una proposición analítica, que será verdadera sólo en virtud del significado de términos relevantes. Se trata de un enunciado interpretativo del que el juez puede sacar una conclusión lógicamente válida, y por lo tanto jurídicamente justificada.

iv. La definición estipulada se basa en que existe en concepto genérico de arma (uso lingüístico firme), como aquella construida para el ataque o defensa, pero se requiere para las de fuego algo más, es

³⁴ Ob. Cit., ps. 153/5

³⁵ Mendonca, Ob. Cit, p. 156.

³⁶ Mendonca ibídem.

³⁷ Alchourrón, Carlos E. – Bulygin, Eugenio, *“Definiciones y normas”*, Ob. Cit. p. 448; Mendonca, Ob. Cit, p. 157.

decir, que tenga aptitud funcional para que podamos definirla como tal, de lo contrario sólo en su utilización impropia podría llegar a considerarse arma, aunque nunca de fuego.

v. En este supuesto debemos estipular sobre la base del significado preexistente, lo cual guarda estricta relación con la actividad interpretativa de la cual hemos seguido una concepción intermedia.

vi. Resulta, entonces preferible que el jurista pueda desentrañar un uso lingüístico firme respecto de los términos empleados en una formulación normativa; pero ello, no es posible en el caso, de allí la necesidad de formular una estipulación fundada.

Lo expuesto nos permite, a su vez, añadir para el supuesto concreto que:

i. El primer párrafo del inc. 2º del art. 166 del CP. mantiene la misma redacción, y limitado por el siguiente comprende todas las armas propias e impropias, menos las de fuego. Sin embargo, ninguno de los agregados soluciona el posible cuestionamiento constitucional a la luz del principio de legalidad de la inclusión de las armas impropias.

ii. El segundo párrafo de la norma agrava en un tercio las penas cuando el robo se cometiere con armas de fuego, a nuestro criterio, aptas para disparar en el caso concreto, resultando inaplicable el art. 41 bis del CP. por la excepción que este mismo establece en su segundo párrafo.

iii. El tercer y último párrafo incluido por la reforma regula dos situaciones:

1.) Cuando el apoderamiento se comete con un arma de fuego cuya aptitud para disparar no se puede acreditar (caso de imposibilidad probatoria que se pune con 3 a 10 años de prisión o reclusión), que no es lo mismo que los supuestos en que se pruebe que el arma estaba descargada o que por un defecto del mecanismo resulta inepta para el disparo, en cuyo caso la conducta atribuida será la de robo simple (CP; 164), sin perjuicio que su uso de forma impropia pueda quedar comprendido por la primera parte del inc. 2º del art. 166 del CP.

En este último punto hay que tener en cuenta que la solución puede tener otros matices como: a.) sostener que regirá la pena máxima del segundo párrafo de la norma; b.) subsumir la conducta directamente la primera parte del tercer párrafo del artículo, y c.) considerar de aplicación análoga *"in bonam partem"* la última parte del tercer párrafo (caso del arma de utilería).

2.) Cuando el apoderamiento se realice con la utilización de un arma de juguete o de utilería (caso de la última parte del tercer párrafo), y la víctima se intimida de modo suficiente la escala aplicable es de 3 a 10 años de prisión o reclusión.

iv. Por ello, lejos de resolverse viejos problemas, se renuevan los mismos bajo otra forma, pero siempre en el marco de las denominadas doctrinas *"objetiva"* y *"subjetiva"*, o como quiera denominárselas.

En fin, ¿Resurgirá la cuestión debatida en el plenario *"Costas"*, es decir: encuadrará en el concepto de "arma" del art. 166, inc. 2º del Cód. Penal, el uso de un arma descargada apta para disparar? Pareciera que sí. No obstante, sería aconsejable formular el interrogante de otro modo, ya que los matices de las diferentes opiniones allí vertidas, no permiten el planteo meramente disyuntivo, y a dicha pregunta solo sería posible contestarle depende el supuesto.

Ya hemos tenido algunos adelantos en la jurisprudencia, por ejemplo la Cámara Primera en lo Criminal (Sala Unipersonal) de la Provincia de Mendoza ha hecho lugar recientemente (19-5-04) a un recurso de revisión solicitado en los autos: *"F. C/Ameller Flores Ricardo s/revisión de sentencia"* donde se había condenado al imputado a la pena de cinco años de prisión por considerarlo co-autor del delito de robo agravado por uso de arma (CP, 166, inc. 2º), el magistrado, Víctor Comeglio declaró admisible el recurso al señalar que la ley 25.882 ha reducido sustancialmente la pena en el caso de un robo cometido debido al faltante de una pieza principal destinada a excitar el fulminante del cartucho a través del golpe de doble acción, por lo que cuando se cometiere el robo *"con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo acreditada, o con un arma de utilería"*, la escala aplicable será de tres a diez años de reclusión o prisión por aplicación de la ley penal más benigna (CP, 2). En igual sentido, la Dra. Jorgelina Camadro subrogando al titular del Juzgado de Garantías nº 2 del Departamento Judicial de Mar del Plata sostuvo, en un caso en que sólo mediante prueba testimonial se había acreditado la utilización de armas de fuego, sin peritajes, ni disparos, que: *"...El injusto reprochado, de acuerdo a la Jurisprudencia del Tribunal Superior Provincial (SCJBA, P. 59.812 'Manso'), orientado hacía la tesis subjetiva, encontraría adecuación en el art. 166 inc. 2º del CP. Que la ley 25.882, de reforma del Código Penal, ha incorporado el art. 166 inc. 2º la situación planteada en el fallo citado fijando el monto punitivo en abstracto para los supuestos en que el robo se cometa con un arma de utilería o cuyo poder ofensivo resulte de imposible acreditación, en un mínimo de tres años y un máximo de diez. Que a mi modo de ver, dicha escala resulta más benigna que la resultante de aplicar la doctrina jurisprudencial del precedente aludido..."*(C. 22.068, del 5/5/04, caratuladas *"ACUÑA, Juan Pablo s/ robo agravado por el uso de arma no apta para disparar"*). Estas tesis a la luz de la nueva normativa podríamos catalogarlas de intermedias.

Para terminar, y fuera del desarrollo de este trabajo, deseamos formular dos precisiones vinculadas a las *"armas de utilería"*. En primer lugar, pensamos que la misma resulta aplicable a los casos en que se comete un robo con un arma de juguete, ya que si nos atenieramos directamente a la definición de utilería ya dada (ver nota 22), sería prácticamente imposible encuadrarla en algún supuesto. En este aspecto debe prevalecer la intención legislativa vinculada a una interpretación sistemática de la ley, y dentro de la extensión posible del significada utilería y ciñéndonos al uso común del lenguaje natural entendemos que encuadra perfectamente el concepto de juguete y esa es la extensión que debe dársele.

En segundo término, se podría plantear la siguiente dificultad: ¿sólo resulta aplicable a las armas de fuego, o por el contrario puede ser extendido a las restantes armas propias o impropias?. En dicho sentido hacemos prevalecer una interpretación restrictiva ya que todos los agregados de la reforma se refieren claramente a un arma de fuego, por lo que además de la intención del legislador, el contexto determina dicha hermenéutica.

VII.- ESQUEMA



