

Los perros como armas impropias

¿Un caso de analogía?

Sumario: 1.) El hecho punible y la valoración del caso; 2.) El robo con armas, las armas "impropias" y la analogía; 3.) Conclusiones; 4.) Bibliografía utilizada

Por Alexis L. Simaz¹

1.) El hecho punible y la valoración del caso

El 30/12/2019, actuando como juez unipersonal de la sala nº 2 de la Cámara en lo Criminal y Correccional de Segunda Nominación de Córdoba, la señora vocal, Dra. Inés Lucero dio a conocer los fundamentos de la sentencia dictada en el expediente caratulado "A., *Alberto Hernán y otros s/ Robo, etc*" (Expte N° 6804133).

En lo que me interesa resaltar surge del pronunciamiento, en el hecho punible nominado como tercero, que el 21/04/2018 entre las 19:30hs y las 20:00hs, se hicieron presentes dos sujetos en calle Yadarola intersección con calle República de Siria de barrio General Bustos de esta ciudad de Córdoba, quienes llevaban en su poder dos perros de gran porte, un can de raza Rottweiler con pelaje negro, otro raza Dogo de pelaje blanco sin poder establecer qué can llevaba cada uno de los encartados. En esas circunstancias y por dicha intersección transitaba la víctima, quien fue enfrentado directamente por los asaltantes y éstos le manifestaron que le entregarán todas sus pertenencias sino le soltarían los perros, al tiempo que permitían que los animales se acercaran lo suficiente a éste último logrando amedrentar en todo momento a la víctima. En esa ocasión, los imputados le revisaron los bolsillos a la víctima para sustraerle sus pertenencias. Posteriormente, le manifestaron: "salí corriendo porque te largamos a los perros" (textual).

¹ Profesor titular de Derecho Penal. Parte Especial. Doctor en Derecho. Facultad de Derecho (UNMDP).

La magistrada calificó el hecho como robo agravado con arma impropia en los términos del párrafo primero del art. 166 inc. 2º del Cód. Penal.

Afirmó que cuando se lanza un perro no puede establecerse la magnitud de agresión del animal, lo que sí se puede hacer con un arma. Puedo disparar a la pierna de la persona por ejemplo. Los perros en este hecho configuran un arma impropia, con mucho impacto, mucho más que un golpe con la culata de un arma.

Refirió que "arma" es todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, tanto aquéllos cuya propia estructura es suficiente para aumentar el poder ofensivo o defensivo de la persona que la utiliza, a los que se denomina armas propias, como los que circunstancialmente aumentan el poder de acción, debido al efectivo empleo -como medio violento- que se realiza en el ataque contra la propiedad, los que reciben el nombre de impropias.

Recordó que se ha afirmado 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 -como medio violento- lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino (TSJ, Sala Penal, "Sosa", S. 11, 27/8/1990; "Véliz", S. 118, 20/11/2001; "Maujo", S. 55, 5/7/2002; "Quiroga", S. 69, 2/9/2002; "Toledo", S. 10, 10/3/2003; y "Alfonso", S. 69, 21/8/2003).

Señaló que "arma" toma su carácter de tal, no tanto por la materia, sino por la forma y el uso a la cual se destina, siendo además necesario que el instrumento tenga una real aptitud ofensiva.

Aseveró que en el caso concreto ambos perros, normativamente se corresponden con el concepto del art. 227 del Código Civil, el cual estipula que son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa, y conforme al art. 1947 de la misma normativa, los animales son susceptibles de estar bajo el dominio de una persona.

Concluyó que en el caso se configura plenamente la potencialidad dañosa del objeto y la fuerza intimidante que los imputados ejercieron sobre la víctima, aumentando la aptitud ofensiva normal de los agresores. Ambos perros fueron utilizados para acometer intencionalmente contra la víctima y lograr sus fines furtivos e incluso asegurarse de sus resultados, puesto que si no corría luego de consumar el hecho, los autores amenazaron con "*largarle los perros*", lo cual demuestra que ambos acusados tenían al momento del hecho la posesión, y por ende el pleno control de ambos canes.

2.) El robo con armas, las armas "impropias" y la analogía

Me he referido a esta problemática en distintos trabajos². Básicamente la posición que defiendo es la siguiente:

a.) La reforma de la ley 25882 del año 2004 tendría que haberse orientado en el sentido que lo hicieron los proyectos argentinos de 2006 y 2013, al establecer que el robo se agrave por el empleo de arma o por el uso de cualquier objeto que pusiere en peligro la vida o la integridad física. De esta forma se hubiese despejado cualquier duda razonable respecto de qué objetos cualifican el robo cuando son utilizados en su *iter criminis*, toda vez que el único requisito morfológico que se exigiría al respecto es que sean los objetos idóneos para poner en peligro la vida o integridad física de las personas, lo cual se vincula estrictamente con el modo en que son utilizados.

No obstante, de *lege lata* es plausible la tesis intermedia, sostenida por el TSJ cordobés que en apretada síntesis entiende 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 -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..."*³.

b.) 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 una hoja de acero bien afilada en la yugular del sujeto pasivo o quien amenaza a la víctima con soltar un perro de gran porte para que la ataque si no accede a entregarle sus pertenencias.

² Primero en Simaz (2013) y, posteriormente, Simaz (2017).

³ Ver fallo el voto de Aída Tarditti, *in re "López, José Augusto"*, sent. del 18/03/2009, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala penal, La Ley Córdoba, 2009 (octubre), p. 942. 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 víctimas y por ello también lleva la conducta de los encartados al ámbito del art. 166 inc. 2º del CP. (ver sent. del 13/05/2004, "*Bravo, Antonio M. y otro*", La Ley, Sup. Penal 2004 (noviembre), p. 76.).

Sin embargo, en supuestos en que se utilizó una bufanda o un anillo se ha rechazado la configuración de la agravante por no tener objetivamente capacidad ofensiva⁴.

c.) Creo 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 nulo. Ello debería ser extensivo no sólo para el caso de las armas "*impropias*", sino también para el de las propias –al menos si mantenemos esta tradicional distinción–, 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, mediante golpes de puño, generan un peligro concreto para la integridad física y/o salud de la víctima). Entonces no en todos los casos sería practicable una distinción cualitativa, y en ciertos supuestos pasaría por una cuestión cuantitativa tanto de la intimidación como del peligro concreto, siendo entonces una cuestión de hecho y graduable. Esta es la idea que subyace en el sufragio de Zaffaroni en el Plenario "*Costas*"⁵, al entender que en el robo con armas es mayor el peligro y mayor la intimidación que en el robo simple, y si en los hechos existe peligro sin intimidación o intimidación sin peligro, la tipicidad objetiva será la de robo simple. Pienso que 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 cualquiera sea 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.

d.) Más allá del problema que genera que el art. 164 no mencione expresamente la intimidación o violencia moral, ninguna doctrina afirma seriamente que la mera exhibición de un juguete sea suficiente para generar intimidación, ya que objetivamente no lo es, en cuyo caso habría que admitir que la misma se juzga desde la subjetividad de la víctima. De ser así, quien apunta con el dedo en la espalda cometería un robo simple, lo que forzaría a admitir también que quien apunta con un arma de fuego cargada y apta para el disparo en el

⁴ Cfr. "*Maujo, Eduardo G. y otro s/rec. de casación*", del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sent. del 05/07/2002, La Ley Córdoba 2002, p. 1021 - La Ley, t. 2002-F, p. 33 y "*Merceovich, José A.*", de la Cámara en lo Criminal y Correccional de San Francisco, sent. del 18/12/1997, La Ley 1998-E, p. 750, La Ley Córdoba, 1998, p. 877

⁵ La Ley, 1986-E, p. 376

caso concreto, que la víctima cree de juguete, cometería un hurto, lo que en términos dogmáticos implicaría que el error de la víctima sobre los presupuestos fácticos del hecho delictuoso (creencia de que el arma es verdadera), se le imputa al sujeto activo del delito. En tanto que, el error al revés de la víctima sobre los presupuestos fácticos del hecho (creencia en la inexistencia del riesgo) no se toma en cuenta, sino el riesgo objetivo efectivamente sufrido (efectiva existencia de un arma de fuego). Dichos razonamiento es asimétrico y proclama la máxima represividad de la figura delictiva, pues la subjetividad de la víctima sólo se toma en cuenta a los efectos de castigar por la figura agravada (robo en relación al hurto), pero no para desactivar la más gravosa en favor de la básica (hurto).

Lo expuesto desde la óptica del bien jurídico protegido no implica necesariamente que el sujeto activo no pueda valerse de un engaño o ardid para provocar la intimidación y apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble, pero ello es constitutivo *per se* del delito de robo simple. La simulación de una violencia que incluso puede ser armada no puede ir más allá que el art. 164 del Código Penal, salvo que resulte de aplicación la reciente agravante del robo cuando se utiliza un "*arma de utilería*". El caso en que la intimidación se produzca con una arma cuyo poder vulnerante esté acreditado, independientemente de lo que crea la víctima, debería hacer funcionar la cualificante, dado el mayor y real peligro corrido por la víctima. Pienso que la cuestión referente a la intimidación debe resolverse conforme el criterio del hombre medio, independientemente que en el caso concreto pueda haber personas temerarias a las cuales nada las amedrenta o personas fácilmente sugestionables que el más mínimo ademán las asusta e intimida.

e.) Quizás en términos de la tesis intermedia pueda explicarse el citado 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 considerarlos armas 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 ordinariamente un "*arma*". Es que toda definición o estipulación que se intente del término tiene que compatibilizar dos cuestiones que se encuentran en permanente tensión: el uso que la comunidad lingüística le da ordinariamente 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 (2004) 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). Según el autor, 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.

f.) 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, que 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, aun así, se presentarían problemas que no podríamos prever de antemano- contemplar todos los casos posibles mediante la regla general establecida del art. 166 inc. 2º del Código Penal, 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 creo que 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*".

g.) De todos modos, plegarse a esta postura intermedia no implica adherir a las opiniones más amplias que incluyen dentro del concepto "*arma*" objetos que la comunidad lingüística en general no incluiría, como por ejemplo una máquina de escribir, una bufanda, un anillo, un cordel, un cinturón, 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.

3.) Conclusiones

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 palabras como estas en alguna medida puede ser disminuida, la textura abierta o vaguedad potencial es inevitable⁶.

Se impone así un concepto ordinario o vulgar de arma - independientemente de la tradicional división entre armas propias e impropias -, el que deberá meritarse teniendo en cuenta su uso y contexto de hecho en cada supuesto concreto.

En este orden, debe tenerse presente que la reforma introducida por la ley 25.882 le ha otorgado autonomía típica y especificidad a los supuestos de armas cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (descargadas, ineptas) y de utilería (réplicas). A mi juicio, por un lado, ello implica que si se castigan los casos en que existe ausencia de peligro (arma descargada o de utilería), con mayor razón deben castigarse los casos en que lo hay (punzón en la yugular) y, por el otro, ello refuerza el argumento de que

⁶ En un viejo trabajo (Verifiability, 1945) Friedrich Waismann -a diferencia de Hart-, distingue claramente entre la "*textura abierta*" y la "*vaguedad*", entendiéndolo por la última al caso en que una palabra es usada de manera fluctuante en la vida real y a la primera como la posibilidad de vaguedad. Por ello la vaguedad podría ser remediada por reglas más precisas, mientras que la textura abierta no.

la utilización de un arma "*impropia*" en el robo requiere algo más que la mera exhibición. Esto puede ser demostrado por la reducción a lo absurdo. No es lo mismo exhibirle una tijera o una púa, que poner alguno de estos objetos en el cuello con la inmediata amenaza de su uso.

La problemática precedentemente descrita me lleva al convencimiento que es menester prescindir lisa y llanamente de la distinción entre armas "*propias*" e "*impropias*", reemplazándola por la denominación de armas "*a secas*", pues la misma solo aporta confusión, ya que se basa en una cuestión sumamente ingenua, esto es, que el objeto en cuestión este concebido (fabricado) para atacar o defenderse, lo que llevaría a considerar que dos objetos idénticos (por ejemplo dos cuchillos), sean armas o no según la intención del que lo fabrica. Ello no implica en absoluto sostener que cualquier objeto apto para causar un daño en la salud o integridad física de las personas deba considerársele arma, verbigracia un sartén, un cinturón o un cenicero, aún en los casos en que empleados de determinada forma puedan causar una lesión en el sujeto pasivo. Dichos objetos no son armas sencillamente porque la comunidad lingüística en general no los acepta como tal. Un carro de supermercado no es un vehículo en los términos del art. 163 inc. 6º del Código Penal, no porque no pueda eventualmente transportar personas, sino porque la comunidad lingüística no lo considera de este modo. Prevalece aquí el uso ordinario del término⁷ por la sencilla razón que el legislador no ha especificado o estipulado -cosa perfectamente pudiera haber hecho - un uso especial del mismo.

Este primer requisito, que podríamos denominar morfológico-lingüístico, ya que requiere que el objeto en cuestión tenga las características estructurales de un arma -lo que a su vez presupone un acuerdo de la comunidad lingüística más o menos general-, es un condición necesaria, pero no suficiente para poder hablar de robo con armas en los términos del párrafo primero del art. 166 inc. 2º del Código Penal. Se requiere además de una segunda condición, esto es, que sea utilizado de determinada forma en un determinado contexto de hecho para que sea posible intimidar y poner en peligro la integridad física o salud de las personas, agravando así la conducta. Un cuchillo de cocina que llevo entre mis ropas, pero no exhibo o que exhibo pero de un modo que no es amenazante, por más que todas las personas lo consideren un arma, no puede configurar la calificante. Inversamente,

⁷ En principio, las palabras que usa el legislador están destinadas a ser entendidas en su uso habitual, a menos que el legislador resuelva apartarse del uso común, cosa que naturalmente puede hacer, pero indicando claramente que lo hace, cuestión que no ha se verifica respecto del concepto de "*arma*" en nuestra legislación. Cfr. para más detalle Alchourrón y Bulygin (1991:443).

una lapicera o una sartén, si bien pueden ser utilizados de modo amenazante y hasta pueden dañar o causar la muerte a una persona, no pueden configurar la agravante por la sencilla razón que la comunidad lingüística nos los considera armas.

En fin, en el caso juzgado entiendo que no es posible considerar a los perros de gran porte utilizados en el atraco como armas sin incurrir en analogía, toda vez que los canes no poseen las características estructurales de un arma, conforme la comunidad lingüística. Lo mismo sucedería si el asaltante es un conocido boxeador o experto en artes marciales que con sus puños podrían causar graves lesiones y hasta la muerte de la víctima, pero ello no convierte a los puños en armas, por la sencilla razón que no lo son, la comunidad lingüística no los acepta como tales.

Lo expuesto no implica que no pueda proponerse una interpretación extensiva en casos difíciles, pero ella no tolera que se llame armas a objetos o cosas que claramente no lo son. Aquí siempre tendremos la analogía prohibida.

4.) Bibliografía utilizada

- ALCHOURRÓN**, Carlos E. – **BULYGIN**, Eugenio, (1.991), "*Definiciones y normas*", en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CARRIÓ**, Genaro R. (1990), *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- CAVALLERO**, Ricardo Juan (1981), "Sobre el delito de robo agravado por el uso de armas", en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1981-A, p. 774.
- DOMENECH**, Ernesto E. (2004), Las armas las carga el diablo. En *Revista Intercambios*, Nro 8 Septiembre 2004. www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.
- HART**, H. L. A. (1961), *El concepto de derecho*, traducido por Genaro Carrió, 2º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- NUÑEZ**, Ricardo C. (1951), *Delitos contra la propiedad*, Bibliográfica Argentina S.R.L, Buenos Aires
- REINALDI**, Víctor Félix (2006), *Delincuencia Armada*, 3º edición, Mediterránea, Córdoba.
- SAYAGO**, Marcelo J. (2005), *Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley 25.882*, Advocatus, Córdoba.
- SIMAZ**, Alexis Leonel (2013), *Principio de legalidad e interpretación: ¿El mandato de determinación y la prohibición de analogía implican necesariamente la sujeción a una interpretación restrictiva de las normas penales?*, Nova Tesis, Buenos Aires.
- SIMAZ**, Alexis Leonel (2017), *Robo con armas. Una propuesta de interpretación progresiva en la sistemática vigente*, en prensa, Mediterránea, Córdoba.
- SOLER**, Sebastián (1987), *Derecho penal argentino*, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrío, 4º edición, TEA, Buenos Aires t. IV.
- TOZZINI**, Carlos A. (2002), *Los delitos de hurto y robo*, 2º edición, Depalma, Buenos Aires