

El concepto típico o jurídico-penal de arma

por PAULO IGNACIO SUÁREZ

13 de Octubre de 2021

www.saij.gob.ar

Id SAIJ: DACF210177

TEMA

Delitos, armas, pena, escala penal, agravantes de la pena

TEXTO

I.- INTRODUCCIÓN.

La utilización o empleo de un arma por parte del autor (o co-autor/es) en la ejecución de un hecho punible, en virtud del peligro grave y concreto que representa para la integridad física y hasta la vida de la víctima, constituye una agravante de prácticamente todos los delitos tipificados por nuestro Código Penal.

En este sentido, se encuentra prevista por el **art. 41 bis del C.P.** (introducido por Ley N° 25.297 de fecha 22/09/2000) como una especie de agravante genérica que incrementa la escala penal aplicable en un tercio de su mínimo y de su máximo, para la totalidad de los delitos contemplados en el Digesto Punitivo que se comentan con violencia o intimidación a las personas mediante el empleo de un armas de fuego, resultando sin embargo excluida - por aplicación del principio non bis in idem - en aquellas hipótesis en que esta circunstancia (uso o empleo de un arma de fuego) ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

Se encuentra expresamente contemplada también como una agravante autónoma y específica para ciertos hechos punibles en particular, dando lugar de este modo a la existencia de tipos penales calificados o agravados por el uso de armas, los que son reprimidos de modo más severo mediante la fijación en abstracto de una escala punitiva más elevada.

Así acontece por ejemplo con el delito de robo (conf. **art. 166, inciso 2º, del Código Penal**), con el delito de amenazas (conf. **art. 149 bis, párrafo segundo, del Código Penal**), con los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal (conf. **art. 119, párrafo 4, inciso "d", C. P.**), entre otros.

Sin embargo, como enseña BUOMPADRE, nuestro Código Penal, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no define ni especifica qué debe entenderse por "arma", por lo que este concepto difuso ha quedado librado a la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia(1).

El mismo no presenta mayores dificultades en lo que a las armas propias o propiamente dichas concierne (como ser las armas de fuego y las denominadas "armas blancas"), mas, genera serias e importantes discusiones en lo atinente a las llamadas armas impropias, revistiendo esta temática una considerable trascendencia práctica en virtud de la penalidad mucho más severa con la que se castiga su configuración en un caso concreto.

II.- FUNDAMENTOS DE LA AGRAVANTE.

A fin de lograr claridad expositiva como asimismo con el objeto de adentrarnos en la discusión que existe en torno al concepto típico o jurídico penal de arma, cabe referirnos primeramente a los fundamentos, motivos o razones de ser de la agravante.

Sobre este particular, enseñaba D´ALESSIO que "...el motivo de la agravación estriba en el modo de comisión del desapoderamiento, atendiendo al mayor poder intimidante con que cuenta el sujeto activo y al peligro que constituye para el agraviado"(2).

Sin embargo, señala a continuación, con cita de un precedente de fallos de la CNCasación Penal, Sala IV, recaído in re "**Bazán, Diego Adrián**" 1999/04/12, que "...en cualquier caso tiene que tratarse de un arma. Por ello, para que un determinado objeto pueda ser asimilado al concepto de ´arma´ no solamente es requisito excluyente el poder intimidante que ejerce sobre la víctima (v.gr. un arma de juguete también podría crear una importante intimidación en la víctima y, sin embargo, es a todas luces ilógico que pueda considerársela un arma), sino que también es necesario que concurra un poder vulnerante, es decir que la eventual utilización del objeto por el propio agente, analizada ex ante a su efectivo empleo, constituya para el agraviado un peligro real y concreto"(3).

Por lo tanto, poder intimidante y poder vulnerante son los elementos fácticos o circunstancias a considerar al momento de arribar a una definición de "arma" en el sentido técnico o jurídico penal del término.

III.-CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN - ARMA EN SENTIDO PROPIO E IMPROPIO.

III.A.- En lo que al concepto jurídico-penal de arma concierne, merece destacarse en primer lugar que esta cuestión ha generado -y genera aún- una vasta discusión doctrinaria y jurisprudencial, en la que también se encuentran en juego principios fundamentales del Derecho Penal, como ser el principio de legalidad en su faz de máxima taxatividad interpretativa y la prohibición de la llamada analogía in malam partem, por lo que su análisis reviste trascendencia dogmática.

Consecuentemente, la adopción de una posición o definición determinada, más amplia o más restrictiva, implicará, a la par, una toma de postura en uno u otro sentido en relación a esta temática largamente discutida.

Se advierte fácilmente también la relevancia práctica de la cuestión pues de ello dependerá la aplicación de la agravante en un caso concreto, lo que se traducirá naturalmente en un incremento de la escala penal aplicable y, con ello, la imposición de una pena de mayor severidad.

III.B.- Ello expuesto, y en lo que al concepto típico de arma concierne, la mayoría de la doctrina nacional en la materia se ha inclinado por la adopción de una definición amplia o extensiva, que incluye dentro de su conceptualización no sólo a las armas propias sino también a las denominadas armas impropias.

Así, según BUOMPADRE, arma es "...todo objeto, instrumento o máquina capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre. El concepto abarca tanto las llamadas ´armas propias´, vale decir, aquellos instrumentos destinados específicamente para el ataque y la defensa, cuanto las ´armas impropias´, esto es, aquellos objetos que si bien carecen de dicho destino originalmente, se transforman o convierten en arma por el empleo que de ellas se hace. Por consiguiente, quedan comprendidas toda clase de armas, por ejemplo, de fuego (revólver, pistola, fusil, carabina, etc.), de disparo (arco y flecha, ballesta, etc.), armas blancas (cuchillo, puñal, cortaplumas, navaja, etc.), así como todo otro elemento que pueda ser utilizado como tal, por ejemplo, un palo, material inflamable, corrosivo, un destornillador, etcétera"(4).

ELBERT entiende que arma es tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa como aquel que, eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse para tal fin(5).

Por su parte, D´ALESSIO sostiene que en el concepto típico de arma se comprende:

- a).- A las armas propias, que son aquellas específica u originariamente destinadas para el ataque o la defensa de las personas;
- b).- A las armas impropias equiparadas a las propias, que son aquellas fabricadas con otro destino pero que ocasionalmente se emplean para producir un daño (v. gr. cuchillo de cocina);
- c).- A las armas verdaderamente impropias, las que por sus características se adecúan a las razones de ser de la agravante, como serían ciertas herramientas de punta o filo u objetos de gran poder contundente(6).

III.C).- Que, sin embargo, contra definiciones de este clase se ha pronunciado una importante jurisprudencia que, por aplicación del principio de legalidad penal en su faz de máxima taxatividad interpretativa y la prohibición en el derecho penal de la analogía in malam parte, rechaza incluir dentro del concepto jurídico penal de arma objetos o instrumentos distintos de las armas propias, es decir, rehúsa considerar como "arma" a los efectos de la agravante elementos que no lo son por su propia naturaleza, esencia o finalidad.

En este sentido, resulta interesante analizar el fallo recaído in re "**HERNÁNDEZ, Jhon Gabriel y s/ recurso de casación**", Causa Nro. 11357, de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, donde en los diferentes votos de la sentencia se analizan los aspectos centrales de esta temática, con una especial referencia a los principios de legalidad penal, máxima taxatividad interpretativa, prohibición de la analogía in malam parte y la cuestión del poder vulnerante como elemento definitorio de las armas impropias.

En dicho precedente, el Dr. Díez Ojeda entendió que:

"...atendiéndonos al correcto significado de 'arma' como todo aquél 'instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse' (Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición), no corresponde asumir una interpretación extensiva de tal concepto, de modo tal que pretenda incluirse dentro de sus alcances a ciertos elementos extraños a sus categorías naturales que la integran en una relación de género a especie, a saber, las armas de fuego o armas blancas (cfr. causa N°. 8235 de esta Sala IV, "**Caldas Castillo, Víctor s/recurso de casación**", Reg. N°. 11.796.4, rta. el 18/05/09, a la que, brevitatis causae, me remito -el subrayado me pertenece-).

En dicho precedente señalé que entendida en sentido estricto, tal definición contempla a los instrumentos que han sido fabricados ex profeso para ser empleados en la agresión o defensa de las personas, abarcando como especies dentro del género 'armas', a las 'armas de fuego' -para cuyo significado corresponde remitirse a las leyes especiales que regulan la materia- y a las 'armas blancas', definidas éstas como las ofensivas de hoja metálica punzante o cortante, tales como los bastonosestoque, los puñales de cualquier clase, los cuchillos acanalados, estriados o perforados, dagas, espadas y navajas automáticas (cfr. Donna, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", T°. II-B, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2004, pág. 160).

Adviértase que esta clasificación aparece recogida, precisamente, en la nueva redacción del texto del art. 166, inc. 2° (según la ley 25.882), conforme la cual se establece un sistema de agravantes que asigna, gradualmente, mayor reproche penal, según que califiquen al robo simple conforme las siguientes hipótesis: con el uso de un arma que no sea de fuego -arma blanca- (art. 166, inc. 2°, primer

párrafo, con pena de 5 a 15 años de prisión) y mediante el empleo de un arma de fuego (art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, con pena de 6 años y 8 meses a 20 años de prisión).

Ahora bien, el tribunal consideró que el cuchillo de cocina (sin ninguna otra descripción del elemento en cuestión) empleado por los autores del hecho pertenece a la categoría de 'armas'.

En este punto, no desconozco que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado en la inteligencia de que tal objeto se trata, en realidad, de un 'arma impropia', es decir, un elemento que sin ser una arma propiamente dicha (por cuanto no fue fabricada expresamente para atacar o defenderse, sino con otras finalidades domésticas), permite ser utilizada 'como si lo fuera'.

Tal hermenéutica, si bien pretende hacer hincapié en el hecho de que se está utilizando un objeto que aumenta el poder ofensivo del autor -con un consecuente incremento del riesgo para la víctima-, sin embargo, haciendo un uso distorsivo del lenguaje, equipara a 'armas' a elementos que no lo son, excediendo el alcance semántico de las palabras y, lo que es aún más grave, importando una violación del principio de máxima taxatividad interpretativa -derivada del principio de legalidad-, que se erige en una palmaria analogía in malam partem...".

Por su parte, el Dr. Mariano González Palazzo dijo:

"...en concordancia con lo expresado por el Doctor Hornos- que, probada la existencia del cuchillo en el hecho enrostrado, la agravante del arma aplicable al instrumento en cuestión se encuentra debidamente aplicada.

Y es que el cuchillo utilizado por los imputados, si bien es un objeto que normalmente se emplea para otras actividades, fue transformado en arma por el destino dado, toda vez que surge claramente de la lectura de los presentes actuados que fue usado como medio contundente y amenazante para reducir a la víctima.

Así, el medio intimidatorio empleado, denota el concepto de arma, que incluye a todo objeto con suficiente capacidad vulnerante -aptitud de causar heridas corporales capaces de ocasionar la muerte- y que coloca a quien la esgrime en situación de ventaja (conf. C.C.C. Sala V c/nº 17.341 "Scorcucchi, Roberto S." rta. 23/10/01).

También comparto lo expresado por la Sala III de esta alzada al mencionar que: 'El concepto de arma debe limitarse a las armas propias, pues la calificación pretoriana de armas impropias implicaba una analogía in malam parte. Para saber que elemento constituía arma debía establecer una relación entre el género "arma" y la especie del elemento que se trate siempre -claro está- dentro del límite de la aplicación del principio de máxima taxatividad interpretativa.

Que el elemento secuestrado "cuchillo tramontina" es uno de los supuestos en donde -por su esencia- encuadra en la doble categoría de arma blanca y utensilio de cocina. De esa manera, al ser el "arma blanca" una especie del género "arma", entiendo que el medio empleado para cometer el robo, encuadra en el agravante del art. 166 inc. 2 del C.P.N. Razón por la cual no resulta procedente la alegada violación del principio de legalidad".

IV.- CONCLUSIONES.

Cómo puede advertirse, existe fundamentalmente dos posturas en torno al concepto jurídico penal de arma, a saber:

1).- Una de ellas, de carácter restrictivo, que por aplicación del principio de legalidad penal en su aspecto relativo a la exigencia de máxima taxatividad interpretativa y la prohibición de la analogía in malam partem limita el concepto de arma solo a las armas en sentido propio, esto es, a aquellas que fueron creadas ex profeso para el ataque o defensa de las personas, como lo son las armas de fuego, las armas blancas y las armas de tiro (ballesta, arco y flecha, etc.), siendo que en todos estos casos resulta evidente no sólo el poder intimidante del objeto o instrumento sino, fundamentalmente, su poder vulnerante u ofensivo con capacidad de provocar la muerte del sujeto pasivo y/o lesiones de carácter grave.

2).- Y otra posición, dominante en la doctrina penal, que entiende deben incluirse dentro del concepto típico de arma - además de las armas propias- a las armas impropias.

Sin embargo, como ha sido adelantado, es el quantum del poder vulnerante u ofensivo de un determinado objeto o instrumento el criterio fundamental a tener en consideración en el caso concreto para incluir a determinado objeto con capacidad lesiva dentro del concepto de arma impropia, capacidad ofensiva que permitirá asimilarlo a las armas en sentido estricto y, dadas las razones de ser de la agravante, tenerla por configurada en un caso concreto. La casuística de objetos o instrumentos que pueden ser empleados de modo intimidatorio en la comisión de un ilícito penal que admite su agravación por el uso o empleo de un arma es más que significativa e impide efectuar una enumeración taxativa.

Sin embargo, en opinión del autor, merece destacarse la idea del Dr. Mariano González Palazzo cuando expresara, en el fallo citado, que:

Un medio intimidatorio empleado por el autor denotará el concepto de arma, cuando, no siendo un arma propia, constituye un objeto con suficiente capacidad vulnerante en cuanto aptitud de causar en la víctima heridas corporales capaces de ocasionar la muerte.

Refiriéndonos siempre a medios, objetos o instrumentos que no han sido creados ex profeso para el ataque o la defensa, está claro que no todo objeto que aumente la capacidad ofensiva del agresor puede ser considerada como un arma impropia, sino que debe tratarse de un instrumento que, analizado ex ante, posea una suficiente capacidad vulnerante que permita equipararlo a las armas en sentido estricto con aptitud o capacidad de provocar en la víctima heridas corporales capaces de ocasionar la muerte del sujeto pasivo.

En hipótesis como éstas, por aplicación del principio de razonabilidad, nada impide considerar como un arma a ciertos objetos que, sin ser armas propias, un eventual empleo por el autor sobre la integridad física de la víctima revela la posibilidad concreta y objetiva de producir la muerte del sujeto pasivo. El fundamento de la agravante es entonces de naturaleza objetiva en virtud del peligro que conlleva su utilización en la ejecución de un hecho punible.

Piénsese así, v. gr. en las denominadas "armas tumberas", o en la utilización de jeringas con veneno en su interior, u objetos de un poder contundente evidente como un martillo o una maza, una motosierra, entre otros.

Y, para los restantes casos, en los cuales el instrumento revele un poder intimidante pero sin capacidad de producir o causar un riesgo concreto y real para la vida del sujeto pasivo (una piedra de pequeña o mediana dimensión, una botella sin filo, un palo de madera sin filo, una manopla de acero, etc.), deberán ser mensurados como una especie de agravante genérica a la luz de los **art. 40 y 41 del Código Penal**.

Será entonces el poder vulnerante de un objeto que no constituye de por sí un arma propia, la circunstancia a valorar en un caso concreto y de modo racional objetivo por el juzgador al momento de determinar si aquel debe ser equiparado a un arma bajo la consideración de un arma impropia.

Notas al pie:

(*) Dr. Paulo Ignacio Suárez, Abogado (UBA). Especialización en Derecho Penal y Criminología (UBA).

1) BUOMPADRE, Jorfe E. en "Derecho Penal - Parte Especial", Tomo II, editorial MAVE (Mario A. Viera editor), pág. 71. El Código Penal Italiano, por ejemplo, a diferencia del nuestro Código Penal, describe y enumera aquellos objetos que son considerados de tal modo a efectos del juicio de tipicidad. En este sentido, en su art. 585, segundo párrafo, dispone que "A los efectos de la ley penal se entiende por arma: 1) aquellas de disparo (fuego) y todas las otras cuyo destino natural sea la ofensa a la persona; 2) todos los instrumentos aptos para ofender cuya portación está prohibida por la ley de modo absoluto, o bien sin motivo justificado. Son asimilables a las armas las materias explosivas y los gases asfixiantes y lacrimógenos".

2) D´ALESSIO, Andrés José en "Código Penal - Comentado y Anotado", Parte Especial, editorial La Ley, Buenos Aires 2007, pág. 410.

3) D´ALESSIO, Andrés José, op. cit., pág. 410.

4) BUOMPADRE, Jorge E, op. cit., pág. 73.

5) CNCrim. y Corr., Sala I, 06/05/2004, in re "A., M. G. y otros", del voto del Dr. ELBERT, citado por Carlos A. CHIARA DIAZ en "Código Penal-Comentado Concordado y Anotado", Tomo IV, editorial Nova Tesis, Rosario 2011, pág. 267.

6) D´ALESSIO, Andrés José en "Código Penal - Comentado y Anotado", Parte Especial, editorial La Ley, Buenos Aires 2007, pág. 410.