

¿ROBO CON ARMAS, EXTORSIÓN O COACCIÓN CON ARMAS?

(arma de fuego, prueba del “arma”, art. 41 bis del
Código Penal y consumación
de un solo coautor)

Por GUSTAVO L. VITALE¹

SUMARIO: I. Casos iniciales. Caso A (robo con armas). Caso A bis, variante del caso A (robo simple). Caso B (hurto y coacción con armas). Caso B bis, variante del caso B (hurto y coacción simple). Caso C (extorsión). II. Jurisprudencia relativa a los casos precedentes. a. Sobre robo con armas o extorsión. a.1. Las primeras décadas posteriores al año 1922. a.2. La época posterior a cada recupero de vigencia del Código Penal de 1921/22 a.3. La jurisprudencia de Neuquén. b. Sobre la agravación “con armas”. b. 1. Cámara en lo Criminal Primera de Neuquén. b.2. Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén. b. 3. Posición del autor. III. Hurto, robo, extorsión, robo con armas y coacción con armas. a. Hurto y robo. b. Extorsión. c. El robo con armas y el hurto en concurso ideal con coacción con armas. IV. La inaplicabilidad de la agravación genérica del art. 41 bis del Código Penal al delito de robo con armas. V. Prueba de los elementos del tipo de robo con armas. VI. La consumación de un coautor no se extiende a los demás que no hayan participado de los actos consumativos. VI.1. El caso. VI.2. La jurisprudencia del caso y su valoración. VI. 3. La solución jurídica del caso. VI. 3. 1. Algunos casos. VI. 3. 2. Responsabilidad penal por el hecho propio (y no por el hecho ajeno). VI. 3. 3. Reglas legales sobre coautoría. VI. 3. 4. Igualdad ante la ley. VII. Conclusión.

I. Casos iniciales

A los efectos de tratar la problemática central que se plantea en las causas judiciales en las que se discute la concurrencia, o no, de un delito de robo con armas, resulta conveniente plantear algunos casos iniciales. El planteamiento de casos permite distinguir los distintos delitos de un modo mucho más claro (o, por lo menos, posibilita detectar rápidamente los problemas que la interpretación de la ley suele generar).

A ese fin, se ofrecerán algunos casos (con las características de los que se presentan en el funcionamiento cotidiano de nuestra Justicia Penal).

Caso A (robo con armas). El señor «A» ingresa en un banco y, previo golpear a un guardia, extrae un arma de fuego con cuya exhibición intimida a los empleados y toma una determinada suma de dinero de una de las cajas, la que introduce en una bolsa, huyendo del lugar con ese dinero. El arma era apta para el disparo y estaba cargada con proyectiles con aptitud para lesionar o matar.

Caso A bis, variante del caso A (robo simple). El señor «A» ingresa en un banco y, previo golpear a un guardia, extrae un arma de fuego con cuya exhibición intimida a los empleados y toma una determinada suma de dinero de una de las cajas, la que introduce en una bolsa, huyendo del lugar con ese dinero. *No se probó que el arma era apta para el disparo, ni que*

¹ Profesor Asociado Regular de Derecho Penal de la Universidad Nacional del Comahue.
glvitale@infovia.com.ar

estaba cargada con proyectiles con aptitud para lesionar o matar, ni tampoco que no era una imitación de arma de fuego.

Caso B (hurto y coacción con armas). El señor «A» ingresa en un banco y, sin golpear a persona alguna, extrae un arma de fuego, amenazando con ella a los empleados y toma una determinada suma de dinero de una de las cajas, la que introduce en una bolsa, huyendo del lugar con ese dinero. El arma era apta para el disparo y estaba cargada con proyectiles con aptitud para lesionar o matar.

Caso B bis, variante del caso B (hurto y coacción simple). El señor A se apodera de dinero ajeno exhibiendo un revólver en forma intimidante y sin golpear a ninguna persona, pero con la diferencia (respecto del caso B) que *no se probó que el arma utilizada era apta para el disparo, ni que estaba cargada con proyectiles con aptitud para lesionar o matar, ni tampoco que no era una imitación de arma de fuego.*

Caso C (extorsión). El señor «A» ingresa en un banco y, sin golpear a persona alguna, extrae un arma de fuego, amenazando con ella a los empleados, obligándolos a que, *al día siguiente*, le entreguen determinada suma de dinero de una de las cajas, bajo amenaza de matarlos en caso de incumplir con dicha entrega. Al día siguiente le es entregada la suma de dinero aludida y huye con ella del lugar, adquiriendo poder real sobre dicha suma.

II. Jurisprudencia relativa a los casos precedentes

Casos como los enunciados en el apartado anterior han dado lugar a jurisprudencia discordante. Por esa razón es que la presente temática adquiere especial significación, ya que la distinta interpretación de la ley ha producido consecuencias muy diferentes en la resolución de casos prácticos. Por ello es que muchas personas han sido condenadas a penas muy diferentes por hechos sumamente semejantes. Se ofrece aquí la defensa de un criterio de interpretación de la ley que, ante la dificultad aludida, permite lograr mayores márgenes de apego a la ley.

a. Sobre robo con armas o extorsión.

La jurisprudencia de nuestro país sobre el tema en análisis, en términos generales, puede distinguirse entre la producida durante las primeras décadas inmediatamente posteriores a la entrada en vigencia del Código Penal de 1921/22, por un lado, y, por el otro, la que ha tenido lugar cada vez que -previa derogación- ha vuelto a recuperar vigencia dicho código, y, especialmente, a partir del año 1984 una vez recuperada la democracia luego de tantos años de dictadura militar (pues, precisamente, desde ese año ha vuelto a regir en nuestro país el Código Penal originario de 1921/22).

a.1. Las primeras décadas posteriores al año 1922. La jurisprudencia de la época inmediata posterior a la entrada en vigencia de nuestro código no era concordante. En tal sentido, algunos han sostenido que «incurren en el delito de extorsión y no en el de robo, los asaltantes que intimidan a las víctimas con sus armas y se apoderan de cosas muebles; porque es de técnica legislativa la diferencia entre la violencia física del robo y la violencia moral o coacción psíquica de la extorsión» (Suprema Corte de Tucumán, 13 de julio de 1943, causa CARDOZO ARIAS, JUAN o otro, en La Ley, Bs. As., tomo 31, agosto 27 de 1943, ps. 530/2). Expresó dicho tribunal que «en la amenaza con armas, sin tocar siquiera a las víctimas, ni menos dispararlas en su contra, no hay, evidentemente, violencia física en las personas, como lo exige el art. 164» (La.Ley., cit. p. 531).

Otros, por el contrario, entendieron que «constituye violencia física, «en su forma más odiosa», el hecho de amenazar con cuchillo y revólver para despojar a la víctima» (Cámara del Crimen de la Capital, caso DÍAZ, del 20 de julio de 1923, en Fallos, tomo 2, p. 370).

a.2. *La época posterior a cada recupero de vigencia del Código Penal de 1921/22.* Por el contrario, la jurisprudencia posterior a la vuelta de vigencia del Código Penal de 1921/22 - luego de las señaladas derogaciones totales- no ha vuelto, al menos en forma general, a mantener la enunciada polémica, efectuando una interpretación amplia o extensiva de ley penal, como consecuencia de lo cual se fue afirmando la errónea idea según la cual el apoderamiento patrimonial cometido mediante la amenaza con armas, constituye una acción típica del delito de robo (y, por ello, de robo agravado por el uso de armas).

a.3. *La jurisprudencia de Neuquén.* Las decisiones judiciales de la jurisprudencia de Neuquén, a las que se refiere el presente trabajo, se insertan en la etapa indicada en último término, por lo cual los casos A y B del apartado anterior vienen calificando como robo con armas y las *variantes* de los casos A y B como robo simple. Es decir, los cuatro primeros casos enunciados en el apartado anterior son calificados como típicos del delito de robo, con independencia de que el autor ejerza o no sobre la víctima alguna forma de violencia sobre su cuerpo que no tenga mera naturaleza moral.

Ello, en verdad, no suele fundarse de una manera expresa, sino que, al menos en su gran generalidad, surge sólo implícitamente de las calificaciones efectuadas en los fallos judiciales, que presuponen que la intimidación con un arma no es un caso de violencia moral sino física.

b. Sobre la agravación “con armas”.

Sobre la agravación consistente en el uso de armas, y, particularmente, en el uso de *armas de fuego*, la jurisprudencia de las Cámaras en lo Criminal de la primera circunscripción judicial de Neuquén mantienen un criterio restrictivo, apegado al texto y sentido de la ley (con alguna salvedad efectuada seguidamente en el punto b.2. del presente apartado).

b.1. Cámara en lo Criminal Primera de Neuquén. La Cámara en lo Criminal Primera de Neuquén ha sostenido que “la razón de la agravante del tipo penal del art. 166 inc. 2 radica en el real peligro corrido por la víctima, En esa inteligencia..., aplicando calificada doctrina y jurisprudencia de la materia, ... en los casos en que el arma de fuego sea empleada conforme a su destino, es necesario contar con el dato objetivo, con la prueba asertiva, del mayor poder ofensivo del agente; onus probandi de uno de los elementos objetivos del tipo penal incriminado, que de ningún modo puede ponerse a cargo del procesado. No sólo debe emplearse lo que para la víctima sea un arma, sino que el autor debe tener conciencia del medio empleado en función de su poder vulnerante respecto del peligro corrido, resultando inadmisibles que esta cuestión pueda ser zanjada por una presunción que intente sustituir la inevitable prueba del dato real, en atención a dificultades probatorias, desde que el dolo no puede presumirse; criterio ... sostenido en reiterados pronunciamientos ... (más recientemente en el caso ‘NAHUELQUEN’, sentencia N° 72 del 7/8/2002, entre muchos otros; conc. Plenario ‘COSTAS’, C.N.Crim. en pleno, 15/10/86, L.L., 1986-E-376; SOLER, Derecho Penal Argentino, T. IV, p. 288; CREUS, Derecho Penal, Parte Especial, T. I, ps. 441/442). Significa entonces que el arma debe ser tal también para quien la usa, dado que es un delito doloso; el conocimiento del sujeto activo debe abarcar todos los elementos del tipo legal correspondiente, que no significa otra cosa que respetar el principio de culpabilidad en el que reposa nuestro derecho penal, que no admite la responsabilidad sin culpa. En síntesis, la capacidad ofensiva del arma no puede presumirse, sino que debe acreditarse de modo inequívoco, único modo de probar que existió real peligro para la víctima”. “...no basta entonces lo que para la víctima haya sido un arma de fuego, lo que en todo caso bien informa que el temor infundido por el medio con que fue amenazada fue suficiente para doblegar su voluntad; circunstancia muy atendible, desde que el denunciante no estaba en las mejores condiciones para saber si se trataba de un arma de verdad, ni tenía porqué

saberlo”. Ello “no impide que el medio empleado para intimidarlo, a la hora de la graduación de la pena, sea ponderado como pauta de agravación de la conducta inculpada” (voto de la Dra. CECILIA N. LUZURIAGA DE VALDECANTOS, al que adhirió el Dr. JORGE OSCAR SOMMARIVA, en la causa 30 –108- 2003, caratulada “DOMÍNGUEZ, V. H. s/robo calificado por el uso de armas reiterado -tres hechos- en concurso real; PINO, C. E. s/robo calificado por el uso de armas”, sentencia del 25 de agosto del 2003). El Dr. ROBERTO OMAR FERNÁNDEZ votó en disidencia, remitiéndose a los fundamentos vertidos en la citada causa “NAHUELQUÉN”, añadiendo que “ante un hecho probado por testigos presenciales no cabe más que presumir también que el elemento empleado era arma de fuego”. Pocos días atrás, la misma Cámara en lo Criminal n° 1 de Neuquén había calificado, igualmente, como robo simple un hecho similar (conf. Causa n° 31 -108- 2003, caratulada “MENDOZA, M. A. s/robo calificado por el uso de armas”, sentencia del 14 de agosto del 2003, por unanimidad de los jueces CECILIA N. LUZURIAGA DE VALDECANTOS, JORGE OSCAR SOMMARIVA y EDUARDO JOSÉ BADANO).

La Cámara en lo Criminal Primera, como corresponde, excluye el arma tanto en el momento de dictar sentencia como en el que resuelve una apelación de un “procesamiento con prisión preventiva”, en los casos en los que el autor exhibe en forma intimidatorio un arma de fuego no secuestrada, descargada o que no se haya probado su aptitud para el disparo o el uso de proyectiles idóneos por cualquier razón. Por ello es que, en numerosos supuestos, ha revocado prisiones preventivas como consecuencia de cambiar la calificación provisoria de robo con armas por la de robo simple (vgr. Causa “SEGOVIA, L. J. s/robo con armas –rec. 65, folio 178, año 2003- del Registro de la Cámara en lo Criminal Primera”, resuelta el 2 de septiembre del 2003; igualmente, entre otras, causa “DOMÍNGUEZ, V. H. s/robo calificado, expte. N° 766-2002, del Registro de la Cámara en lo Criminal Primera, resuelta el 13 de enero del 2003).

b.2. Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén. La Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén expresó, con relación al uso de un arma de fuego, que “la falta de secuestro de ella y la ausencia de toda prueba sobre su uso (más allá de la simple exhibición) impide corroborar las necesarias características que debe poseer un arma de fuego para ser considerada como tal y a los fines de la severa agravante que prevé el Código Penal, agravante cuya magnitud obliga a un examen exhaustivo de las circunstancias del hecho (exhibición, uso propio o impropio, arma cargada o descargada, existencia o no de disparos, etc.) y de las particularidades del objeto utilizado (aptitud para su uso), examen que nos encontramos imposibilitados de realizar ante las carencias ya señaladas”, a lo que añadió que “cualquier objeto que pueda ser utilizado en forma ofensiva no es el ‘arma’ ... que exige la recta interpretación de la norma del art. 166 inc. 2 del Código Penal, interpretación que... debe ser restrictiva en atención a la extremadamente grave sanción que se prevé en ella, en comparación con la norma básica del art. 164 del mismo cuerpo legal. Es obligación del juzgador estar completamente seguro del poder vulnerante del objeto y de la mayor capacidad ofensiva del agente” (voto del Dr. Eduardo José Badano, al que adhirieron los Dres. EMILIO E. CASTRO y JOSÉ V. ANDRADA, en la causa n° 858-2003, caratulada “LONCOMÁN, F. J. s/robo calificado por el uso de armas, sentencia n° 79/2003, del 28 de agosto del año 2003). También se dijo, en otra causa, que “el empleo de un instrumento que parecía un arma de fuego y que muy probablemente lo era, al menos teóricamente, pero cuya aptitud para funcionar como tal no se ha probado, cuando había serios motivos para suponer que no debía hacerlo, no alcanza para realizar la agravante acusada por la Fiscalía (art. 166.2, C.P.) que exige peligro “real” para las personas” (voto del Dr. Castro, al que adhirieron los Dres. EDUARDO JOSÉ BADANO y DANIEL H. GELONI, en la causa n° 481-2002, caratulada “BARRIENTOS, L. A. y LOZANO, C. O. s/robo calificado por el uso de armas, en carácter de autores”, sentencia n° 56/2003, del 9 de junio del año 2003). En forma semejante se sostuvo, en otro caso, que “aún dando por cierto que cada autor haya

portado un arma... solamente una fue intimidantemente exhibida durante el hecho: la que portaba el acusado. De todas maneras, los elementos de juicio existentes son... manifiestamente insuficientes como para considerar que efectivamente se haya tratado de un arma de fuego íntegra, y más aún lo son para dar por cierto que, de habérsela empleado según su destino, hubiese corrido riesgo serio la vida o la integridad de la persona asaltada” (voto del Dr. JOSÉ V. ANDRADA, al que adhirieron los Dres. EDUARDO J. BADANO Y EMILIO E. CASTRO, en la causa “FLORESMENÉNDEZ, D.F. Y FLORES, S.C.”, expte. n° 298/2001, sentencia n° 20/2003, del 28 de marzo del 2003).

La Cámara en lo Criminal Segunda (a diferencia de la Primera) *sólo al dictar sentencia* califica como robo simple el cometido mediante un arma de fuego no secuestrada, mientras que *al momento de resolver un recurso de apelación interpuesto contra un procesamiento con “prisión preventiva”* sostiene, en forma contradictoria, que *en esa instancia* los elementos típicos del delito de robo con armas son *distintos* que los requeridos por el mismo tipo penal *al momento de la sentencia*. En efecto, al resolver una apelación interpuesta por la defensa en contra de una “prisión preventiva”, entendió que, si bien “es cierto que esos elementos (las dos armas) no le han sido exhibidos, hasta ahora, a los testigos, ni peritadas”, “para los fines de la medida de que se trata, las declaraciones contestes de los testigos sobre el empleo de instrumentos que, según todas las apariencias (y según lo apreciaron en el momento del hecho), serían armas de fuego, basta para tener por acreditada la circunstancia (de que se emplearon armas de fuego efectivas y suficientemente eficaces, listas para ser disparadas en ese momento)” (criterio de los Dres. CASTRO, ANDRADA Y BADANO, en la causa “VARAS, M. A., MILLANAO, A. J. Y GARCÍA, E. J. s/robo agravado en poblado y en banda, expte. n° 796-2003, Registro Interlocutorio n° 58/03, resolución del 25 de febrero del 2003). Tal criterio se viene siguiendo también en otras causas (aunque, en algunas, se ha revocado la “prisión preventiva” sin cambiar la calificación de robo con armas o bien se ha mantenido la libertad del imputado pese a ser elevada a juicio por robo con armas -conf. expte. n° 867/3, “Parra, S. A. s/robo calificado por el uso de armas”-).

b.3. Posición del autor. En verdad, resulta visiblemente contradictorio establecer un concepto de robo con armas para una etapa del proceso y otro para una etapa diferente. O el robo con armas es una cosa o bien es otra, pero no puede ser las dos cosas al mismo tiempo (según la etapa del proceso por la que se transite). Si se sabe que el empleo, en un robo, de un arma de fuego no secuestrada, va a dar lugar (en caso de condena) a una pena por robo simple (la que normalmente es de carácter condicional), no tiene sentido calificar dicha conducta como robo con armas (o, mejor dicho, tiene el sentido -no legítimo- de prolongar la pena real que es, en general, la denominada “prisión preventiva”). Por el contrario, si el imputado *se presume inocente* mientras no se prueba su responsabilidad penal por medio de una sentencia firme de condena, debiera ser tratado con mayor indulgencia en la primera etapa del proceso (y no a la inversa).

Más allá de esta seria objeción (que pone en evidencia una desigualdad), una cosa nunca puede definirse por su apariencia, sino por su composición real y comprobada. *Las cosas no son siempre lo que parecen, pero, a diferencia de ello, son siempre lo que son.*

Dejando de lado la última mención, en lo que respecta exclusivamente al concepto de “arma” el criterio de ambas cámaras es ajustado a derecho, por ser la consecuencia de aplicar al derecho penal el principio constitucional de legalidad, que, entre otras cosas, exige una interpretación estricta de la ley en favor de los derechos que los habitantes pueden hacer valer frente al poder punitivo del Estado. Sobre la base de ello, se debe aplicar al derecho de fondo el conocido “in dubio pro reo”, en cuya virtud, frente a varios conceptos posibles de arma, debe estarse al más exigente y, por ello, al más limitativo de la mayor punibilidad. De acuerdo con ello, arma es todo objeto, mencionado en un texto legal, que haya sido creado para atacar o defenderse, que tenga capacidad real de producir un grave daño a terceras personas.

La ley no ofrece muchas dudas en cuanto a que la exigencia de uso intimidatorio de “armas” (como elemento de los tipos penales agravados) tiene en miras conductas que pongan en peligro real y concreto la salud, la integridad física o la vida de la víctima. Para ello, el arma de fuego debe ser apta para el disparo y, además, encontrarse cargada con proyectiles que también tengan aptitud para lesionar o matar (lo que requiere la realización de una pericia sobre el arma y sobre las municiones).

De este modo queda clara la diferencia entre robar o amenazar con un arma de fuego que no tenga aptitud para el disparo o que se encuentre descargada o que sea de juguete, por una parte, y hacerlo con un arma de fuego apta y cargada con proyectiles idóneos para el disparo, por la otra. En el primero de los casos el robo o la amenaza producirá mayor temor en la víctima, mientras que en el segundo, además de ello, pondrá en peligro su salud, integridad corporal o directamente su vida.

Por ello es que lo que justifica tal aumento de pena es, precisamente, el uso intimidatorio de un arma que, además de intimidar, pueda producir graves lesiones o la muerte de la víctima. Adviértase que la simple amenaza se encuentra penada con prisión de seis meses a dos años (art. 149 bis, primera parte del primer párrafo, C.P.), mientras que la amenaza con armas tiene prevista en la ley una sanción de uno a tres años de prisión (es decir, el mínimo es el doble del caso anterior; conf. art. 149 bis, segunda parte del primer párrafo, C.P.). Igualmente, el delito de coacción tiene previsto un mínimo legal de dos años de pena carcelaria (prisión o reclusión de dos a cuatro años -art. 149 bis, segundo párrafo, C.P.-), mientras la coacción con armas un mínimo de tres años de la misma pena (conf. art. 149 ter, inc. 1, que establece la pena de tres a seis años de prisión o reclusión). En el caso del robo, la diferencia es todavía más notoria, ya que de un mes a seis años de prisión para el robo simple (art. 164) se contempla la pena de cinco a quince años de prisión o reclusión si el robo se cometiere con armas (art. 166 inc. 2, C.P.). Semejante aumento de pena requiere la comprobación de elementos típicos de los casos agravados que demuestren una muy notoria gravedad respecto del tipo básico. En tal sentido, la jurisprudencia de ambos tribunales de juicio resultan razonables y debidamente fundadas en ley.

III. Hurto, robo, extorsión, robo con armas y coacción con armas

Existen diferencias entre los delitos enunciados en el título de este apartado, que producen consecuencias importantes, fundamentalmente en relación a la pena que corresponde imponer a los jueces en los casos concretos que el persecutor somete a su decisión.

a. Hurto y robo. Como es sabido, entre el delito de hurto (art. 162, C.P.) y robo (art. 164 C.P.) existe una relación de especialidad. El hurto es el género y el robo es la especie. Ambos son delitos de lesión contra el patrimonio ajeno. El robo es, desde este punto de vista, un hurto agravado por los medios comisivos previstos en la ley penal. Para que el hurto se convierta en un robo, el autor debe efectuar el apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas por medio de a) “fuerza en las cosas” o b) “violencia física en las personas”. La *violencia “física” en las personas* se distingue de la *violencia “moral” o “intimidación”* ejercida también en las personas. La *violencia moral o intimidación* en las personas consiste en la promesa de causar a una persona un mal futuro. Es la acción de “causar o infundir miedo” (Diccionario de la Lengua Española, Espasa Calpe, 21 edición España, 1992, p. 835). Según la ley civil, la *intimidación* se presenta cuando “se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave sobre su persona, libertad o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes...” (art. 937 del Código Civil). En cambio, la *violencia física* en las personas radica en el ejercicio de violencia producida directamente sobre el cuerpo de la víctima. Es decir, la violencia de carácter físico no es una mera violencia de naturaleza moral. No es una mera amenaza.

De allí que el Código Civil distingue el “temor” de la “fuerza” (“de los hechos producidos por la fuerza y el temor”, se titula el Capítulo III que precede al artículo 936), refiriéndose a la última como una “fuerza irresistible” que se ejerce contra los agentes (art. 936 del Código Civil). Es decir, no sólo la legislación penal (arts. 164 y 168 del Código Penal) sino también la civil (arts. 936 y 937 del Código Civil) diferencian la violencia de carácter *físico ejercida sobre las personas de aquella de carácter meramente moral, que es la amenaza de un mal futuro o, como las propias leyes aludidas la llaman, la intimidación*

b. Extorsión. La *intimidación* es un medio comisivo del delito de *extorsión* (art. 168 del Código Penal), que consiste en obligar a otro, por medio de tal violencia de carácter moral, a entregar ciertos objetos de valor, luego de un intervalo de tiempo. Es un delito de lesión contra el patrimonio ajeno, cometido por medio de una amenaza coactiva que debe terminar produciendo también una restricción a la libertad de una persona.

Si alguien apunta con un arma de fuego a otra persona, obligándola de ese modo a que entregue cierta suma de dinero al día siguiente, bajo amenaza de matarlo en caso de incumplir con dicha entrega (como sucede en el caso C ofrecido al comienzo de este artículo), estaríamos ante un caso de *extorsión*, pues, además de concurrir en tal caso la acción de *hacerse entregar* y la *intimidación* como medio comisivo, existiría un *intervalo de tiempo* entre la *intimidación* y el perjuicio patrimonial.

c. El robo con armas y el hurto en concurso ideal con coacción con armas. El delito de *robo* tiene, a su vez, agravantes propias, que no aumentan la pena del hurto. Es el caso, entre otras, del delito de robo cometido *con armas* (art. 166, inc. 2, C.P.).

El artículo 166 inc. 2 del Código Penal establece la pena privativa de libertad de cinco a quince años "si el robo se cometiere con armas". La ley se refiere aquí a un supuesto agravado del delito de *robo* (y no de cualquier apoderamiento ilegítimo). De acuerdo con nuestro derecho penal positivo (construido a partir de normas jerárquicamente superiores), el apoderamiento cometido por medio de intimidación (y no de violencia física) no es *robo* y, por ende, no puede ser legítimamente calificado como *robo con armas*.

Como surge de aplicar elementales principios de la lógica (tanto formal como material), para que una conducta pueda ser calificada como *robo con armas*, debe poder afirmarse primero que es un *robo* (del mismo modo que un cenicero transparente debe ser, ante todo, un cenicero, y, sólo si se trata de ese objeto y no de otro, podrá preguntarse luego si es un cenicero transparente). En el último ejemplo dado, por muy transparente que sea un vaso, no se tratará nunca de un cenicero transparente, pero no por no ser transparente sino sencillamente porque no es un cenicero. Lo mismo sucede con nuestro caso: para que una acción sea un *robo con armas*, debe ser primero un *robo*. Y sucede que el sólo *apuntar con un arma de fuego, en forma intimidante*, no es un medio comisivo del *robo*, por lo que no puede ser nunca un *robo con armas*. Veamos, sintéticamente, cuál es la razón.

Tal como se desprende del principio constitucional de legalidad ("nullum crimen ...", previsto expresamente en el art. 18 de la Constitución Nacional), nadie puede ser penado por un hecho que no se corresponda exactamente con la descripción *legal* efectuada *antes* del hecho que se juzga (nadie puede ser penado sin "ley anterior", dice el citado art. 18). Igualmente, se desprende de este principio que sólo puede imponerse, al autor de un hecho descrito legalmente antes del hecho que se juzga, la pena allí prevista y no una más grave. Surge también, como una consecuencia necesaria del aludido principio de legalidad, que ninguna ley penal puede ser aplicada a situaciones análogas.

Pues bien, si ello es así, veamos con claridad que no se prohíbe -como robo- el hurto con cualquier tipo de violencia, sino sólo el cometido con violencia "física" en las personas (conf. art. 164, C.P.). Como surge de la propuesta convertida en ley en este punto (presentada por OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA a RODOLFO MORENO -hijo-), "el código ha adoptado un sistema sencillo y neto que evita toda posible confusión del robo con la

extorsión. Ha tomado para el robo la violencia física, y ha dejado la violencia moral para la extorsión" (*OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, Valerio Abeledo, Bs. As., 1925, p. 226*).

Aunque el sistema pueda no se calificado de "sencillo", como lo ha hecho su autor, de todos modos el respeto al principio de legalidad nos impide desconocer el texto expreso de la ley (para fundar en tal desconocimiento una restricción a un derecho individual).

Si no hay duda alguna que la *intimidación* es una forma de violencia *moral* y no de violencia *física* (como ya se dijo), el apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas por medio de *intimidación* (como forma de violencia moral) no constituye un *robo* –en el derecho penal argentino- (por mucho que se disienta con dicha solución legal).

El tipo penal de *robo con armas*, entonces, exige el apoderamiento de una cosa mueble ajena cometido por medio de violencia *física* en las personas (robo) y, además de ello, requiere la exhibición intimidatoria de un arma contra la víctima llevada a cabo con el fin de vencer su eventual resistencia de un modo más eficaz. Por ello decimos que, de los cuatro casos planteados al comienzo de este trabajo, sólo configura un robo con armas el caso A (y no el B ni el B bis, porque en estos últimos falta el ejercicio de violencia *física* en las personas).

Entonces, el apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajeno logrado por el mero empleo de armas como modo de intimidación no configura un robo, pues falta la violencia "*física*" en las personas (requerida expresamente por el art. 164 del Código Penal -conf. texto originario del Código Penal de 1921, según ley 11179 de 1922, que fue reimplantado por ley 23077 de 1984-). *Apuntar con un arma* y apoderarse, de ese modo, de cosas muebles ajenas sin el consentimiento de su tenedor es, sin duda, un ilícito penal, pero (también sin duda alguna) no constituye el delito penal de *robo*. Ello por cuanto apuntar con un arma no es un supuesto de violencia "física" (como sí lo sería golpear a otra persona con un arma). Cuando la intimidación era un medio comisivo del robo -en otra época legislativa- la cuestión era diferente, pero no porque apuntar con un arma era violencia física, sino porque, siendo un supuesto de intimidación, estaba prevista en la ley penal como un medio comisivo del robo. El problema radica en que el texto actualmente vigente del Código Penal Argentino excluyó la intimidación como medio comisivo del robo.

En tal sentido, puede consultarse la obra de RICARDO C. NÚÑEZ, quien (comentando la mal llamada "ley" de facto 21338/76) afirmó que "la intimidación debe entenderse como una amenaza de violencia o mal físico inminente para la víctima (Exposición de Motivos de la Ley 17567). De esta manera (sigue diciendo NÚÑEZ), *queda excluida del concepto de violencia física en las personas, la amenaza a mano armada real o simulada*, incluida antes en aquella por la doctrina y los tribunales" (RICARDO C. NÚÑEZ, *Análisis de la ley n° 21338, Parte Especial*, Lerner, Córdoba-Bs. As., 1976, p. 61 –las cursivas las he resaltado para marcar el punto de mayor interés-). Resulta equivocado citar a NÚÑEZ, como muchos lo hacen, para fundar que la amenaza con armas configura un supuesto de violencia "física", pues, en todo caso, si alguna vez lo dijo, se desdijo luego en la obra citada, que es posterior a la última reimpression de su Derecho Penal Argentino o de su Manual (me refiero a la reimpression de la obra exclusiva de NÚÑEZ y no a cualquier otra que haya podido "actualizarse").

GONZÁLEZ ROURA -descartando el delito de *robo*- afirma que "reducido el robo, en el sistema del código vigente, a la violencia física, el concepto de y con armas, no puede ser el que tenía bajo el régimen del sistema derogado, y debe lógicamente limitarse al punto de vista físico, o sea al de su empleo efectivo, pues *de usárselas como medio de intimidación habría extorsión*" -si se dan, obviamente, los demás elementos típicos de ese último delito- (ob. cit., p. 227 -las cursivas me pertenecen-).

Precisamente por no tratarse de un *robo*, no puede siquiera pensarse en la concurrencia de un *robo con armas* (pues, en caso contrario, estaríamos violentando principios elementales de la lógica, ya que la simple prueba del uso de armas acreditaría el robo, que es el delito

que debe comprobarse antes de verificar la presencia en el caso de los elementos agravantes de ese robo).

De lo dicho surge enseguida una pregunta: si apoderarse ilegítimamente de cosas muebles ajenas por medio de una amenaza con arma de fuego no es un robo, y, por ende, no es un robo con armas, entonces ¿qué delito es?. Me estoy refiriendo a una hipótesis como la del caso B (presentado al inicio).

Si bien en el caso B (planteado inicialmente en este trabajo) no hay robo, hay sí hurto (pues sus elementos típicos no se han excluido). Hay un apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas cometido sin violencia física en las personas, por lo cual el hurto de nuestro caso no contiene los elementos especiales del tipo de robo (hay sólo intimidación, que no es un medio comisivo del robo). Pero más allá de lo que no hay, es claro lo que hay: un hurto. Ahora: ¿hay sólo un hurto o algo más?

La calificación alternativa de *extorsión* (que sí contempla la *intimidación* como medio comisivo) no es aplicable tampoco a nuestro caso B (ni al B bis), pues (más allá de que, en la extorsión, la conducta prohibida no es la de *apoderamiento* -que es la conducta descrita en los casos B y B bis-, sino la de *hacerse entregar* cosas de valor) no ha habido tampoco un *intervalo de tiempo* entre la acción intimidatoria y el perjuicio patrimonial (tal como es exigido ampliamente por la doctrina y jurisprudencia, de acuerdo con su interpretación histórica).

Por ello es que, sin dejar de ser un delito penal, corresponde -por respeto al tan costosamente consagrado principio constitucional de legalidad- ser calificado el hecho B (de nuestros casos iniciales) como *coacción con armas* (además de la señalada calificación de hurto). *Coacción* (casos B y B bis) por tratarse de una *amenaza* de violencia física futura realizada para obligar a otro a tolerar algo en contra de su voluntad (es decir, para tolerar un apoderamiento ilegítimo) y *coacción con armas* (caso B) porque, además de la coacción, se dio por probado el empleo de armas de fuego idóneas para el disparo y debidamente cargadas con proyectiles aptos para ese fin.

En el sentido indicado, cabe mencionar la resolución del Juzgado de Instrucción Formal de Cuarta Nominación de la ciudad de Salta, que sostuvo que “la amenaza con armas no constituye un supuesto de violencia física sobre las personas (si es que no queremos formular una interpretación verdaderamente forzada y extensiva de la ley penal...)”. Por otra parte, “debe excluirse la eventual aplicación del tipo de la extorsión, por cuanto siempre se ha entendido... que la extorsión exige... un intervalo de tiempo entre la ejecución del acto intimidatorio y el perjuicio patrimonial.” Por ello se entendió, correctamente, que, a los casos de apoderamiento ilegítimo de cosas muebles obtenido inmediatamente por medio de intimidación armada, “los tipos penales aplicables... son los descriptos por los artículos 149 bis, último párrafo; 149 ter, inc. 1 y 162 del C.P.” (conf. causa N° 23.792/86, seguida contra JULIO R. MORENO, MILTON M. TEJADA Y SANDRA I. NIEVAS, resolución firme del 4 de Diciembre de 1986).

Que exista amplia doctrina y jurisprudencia que no vuelva a receptar la vieja interpretación correcta de la ley penal en este punto (como si no hubiéramos vuelto a poner en vigencia el texto del Código Penal de 1921/22 -ignorando el texto expreso de la ley penal hoy vigente-) no significa que esa amplia postura aplique correctamente la ley sustantiva.

Por el contrario, aplica erróneamente la ley penal.

Cabe agregar, por último, que las sentencias, en general, no fundan el *robo con armas* en la existencia de violencia *física en las personas*. No suelen explicar, por ende, la razón por la cual un apoderamiento mediante la exhibición intimidatoria de un arma es, para ellos, un caso de “violencia *física* en las personas” constitutiva del robo, como para legitimar la calificación de “*robo con armas*” (según la exigencia de los arts. 164 y 166, C.P.).

A mi juicio no fundan tal circunstancia porque no existe una razón válida explicativa de lo inexplicable.

Adviértase que, en algunos fallos, por el contrario, cuando se pretende fundar el punto se termina admitiendo (aunque sin quererlo) la corrección de la interpretación legal aquí sustentada. Es así como la Cámara en lo Criminal n° 2 de Neuquén, al juzgar un caso de apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas por medio de violencia física sobre la víctima y además exhibición intimidante de un arma de fuego (sin prueba de aptitud de disparo ni de carga adecuada), ha sostenido, para fundar la calificación de *robo simple*, que “la acción probada realiza el tipo legal básico del art. 164 C.P., pues no solamente se exhibió intimidantemente un objeto con apariencia de arma de fuego, sino que *también* se empleó violencia física sobre la persona del sujeto pasivo” (causa “FLORES MENÉNDEZ, D.F. Y FLORES, S.C.”, expte. n° 298/2001, sentencia n° 20/2003, del 28/3/2003 -si se lee con atención, resulta claro que el citado párrafo distingue, como dos cosas diferentes, la exhibición intimidante de un arma y la violencia *física* ejercida sobre la víctima-; en el caso referido, el autor, además de apuntar a la víctima con un revólver -no secuestrado-, la arrojó “con violencia al suelo”, tal como surge de la carilla 4 de la citada sentencia). En el caso mencionado, la última circunstancia (que haya tirado con violencia a la víctima al suelo) es la que prueba el medio comisivo del robo (la violencia de carácter *físico* sobre las personas). De no haber tirado al suelo a la víctima en forma violenta, no habría robo, sino simple coacción.

Sólo cabe añadir que los casos B y B bis planteados al comienzo, al corresponderles la calificación de *hurto* en concurso ideal con *coacción con armas* (el caso B) y con *coacción simple* (el caso B bis), tienen prevista en la ley penal una sanción penal nada leve.

Por el contrario, la coacción con armas tiene prevista una pena carcelaria de tres a seis años (art. 149 ter, inc. 1, C.P.), mientras que la coacción simple la de dos a cuatro años de pena privativa de libertad (art. 149 bis, último párrafo, C.P.).

Por otra parte, la solución que propongo resulta más severa para los casos de tentativa (en relación a la tesis mayoritaria que califica como robo con armas el apoderamiento con mera intimidación con un arma y sin ejercerse violencia sobre el cuerpo de una persona). Ello es así porque aquí se propone que los intentos de apoderamiento ilegítimo de cosas ajenas, cometidos con la mera exhibición intimidante de un arma apta y debidamente cargada, sean calificados como típicos de *coacción con armas* -que tiene previsto un mínimo de pena legal de *tres años* de cárcel- (mientras que aquella mayoría lo califica como tentativa de robo con armas -reprimido con una pena carcelaria mínima de *dos años y medio*-). Del mismo modo, aquí se propone calificar de coacción simple (reprimida con pena mínima de *dos años* de pena carcelaria) los casos de tentativa de apoderamiento ilegítimo de cosas ajenas con la mera exhibición intimidante de un arma no apta para el disparo o no debidamente cargada (mientras que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia actual lo califica como tentativa de robo simple y, en consecuencia, propone aplicarle la pena prevista en los arts. 164 y 42 del Código Penal, que tiene un mínimo de quince días *de pena carcelaria*). Lo mismo ocurre en los casos hoy resueltos comúnmente como robos simples consumados (con pena de un mes a dos años -art. 164-), en los que no se hubiera probado la aptitud para el disparo del arma empleada en el hecho en forma amenazante, para los cuales propongo la calificación de simple coacción (reprimida con pena de dos a cuatro años de pena privativa de libertad -art. 149 bis, último párrafo, C.P.-).

Ello lo aclaro con independencia de considerar que los mínimos de pena previstos en la ley penal deben ser entendidos como meramente indicativos, por lo cual es posible aplicar una pena menor al mínimo, cada vez que los principios constitucionales limitadores de la pena estatal así lo aconsejen (como es el caso de los principios de racionalidad, proporcionalidad, humanidad e intrascendencia de las penas, al que puede añadirse el fin de “reintegración social” de la ejecución de la pena -art. 1, 18 y 75 inc. 22, C.N.-).

IV. La inaplicabilidad de la agravación genérica del artículo 41 bis del Código Penal al delito de robo con armas

A pesar de que la jurisprudencia reiterada de ambas cámaras en lo criminal de Neuquén no considera aplicable la agravante genérica del art. 41 bis al delito de robo con armas (pues ello no corresponde de ninguna manera), se trata aquí esta cuestión por cuanto existe algún fallo aislado que lo ha hecho, a pesar de resultar contrario al contenido de la legislación penal argentina.

Me refiero al caso “HERNÁNDEZ, H. J. E. s/robo agravado por comisión con armas” (expediente n° 370-2002, sentencia n° 49/2002, del 7 de agosto del año 2002), en el cual una mayoría circunstancial (conformada por los Drs. EMILIO CASTRO Y ROBERTO ABELLEIRA - este último como juez subrogante en cámara-) votaron a favor de la condena del imputado por un hecho al que calificaron como robo con armas y, además, con arma de fuego, aplicando las dos agravantes al mismo caso, considerando, entonces, que el mínimo de pena previsto en la ley para ese caso es el de seis años y ocho meses de cárcel, en lugar de cinco años de prisión (como corresponde, según lo establecido en el art. 166 inc. 2, C.P.). Se aclara, aquí, que el fallo citado no se encuentra firme al momento de presentar este trabajo, sino que, por el contrario, se encuentra pendiente de resolución por parte del Tribunal Superior de Justicia, en virtud de un recurso de casación interpuesto contra la condena². El artículo 41 bis del Código Penal contempla un supuesto de agravación genérica de las escalas penales para los delitos que se cometan “con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego” (primer párrafo), siempre que esta circunstancia no “se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate” (segundo párrafo).

Resulta claro que la agravación genérica prevista en el primer párrafo del citado art. 41 bis (para el uso de arma de fuego) es de aplicación a los delitos que *no estén ya agravados en la ley penal por el uso de armas*, pues *el arma de fuego es un arma y, por ende, está contemplada ya en ciertos tipos penales como elemento constitutivo o como circunstancia agravante*. Si ello es así, no puede sostenerse (y hasta ahora no lo había hecho nadie aquí en las cámaras penales de Neuquén) que un delito agravado por el uso de armas (y, por ello, por el uso de un arma de fuego) se agrava a su vez por la misma circunstancia (es decir por el empleo de un arma de fuego). Ello es así porque, en nuestro derecho positivo (que no debe contrariar normas supremas) *se encuentra prohibida la doble valoración de las circunstancias a considerar para determinar la pena*. Esta última es una consecuencia lógica del principio constitucional del *ne bis in idem*, contenido expresamente en el texto de las principales Convenciones de Derechos Humanos.

El voto del juez CASTRO (al que adhiere sin fundamentos propios y sin desarrollo alguno el juez ABELLEIRA) sostiene, erróneamente, que la agravante del art. 41 bis “es aplicable a los delitos que requieran el empleo de un arma, pero no necesariamente de fuego; el segundo párrafo sólo excluiría los delitos que exigen un arma de fuego (que los hay: arts. 104, 189 bis, 189 ter ...)” (carilla 8 de la sentencia). El error de tal consideración radica en que la previsión legal del uso de armas en una serie de delitos (antes de agregarse el art. 41 bis, como es el caso del robo con armas), comprende también el arma de fuego, por lo que el uso de un arma de este tipo no puede dar lugar (además de la agravación por el uso de armas -del art. 166 inc. 2-) a la aplicación de una agravante genérica que encuentra su razón

² Al momento de la edición de esta revista, el Tribunal Superior de Neuquén hizo lugar al recurso de casación aludido y, en su virtud, declaró “mal aplicada la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal” a un caso de robo con armas, ya que tal pretensión implicaría violar el principio de doble valoración de circunstancias ya consideradas para fijar la escala penal, pues el arma aludida en el art. 166 inc. 2, del Código Penal comprende ya las de fuego (cof. Acuerdo n° 24/2003, en la misma causa Hernández, expediente 381/2002 de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal, fallo del 30/9/2003).

de ser, precisamente, en el uso de un objeto que ya estaba contemplado, antes de la reforma, como elemento de un tipo penal (en este caso agravado).

El voto aludido entiende que la exclusión de la agravante genérica del art. 41 bis a un caso como el presente pondría en evidencia que “se trataría de... una norma inaplicable”, lo cual no puede presumirse en la voluntad del legislador» (carilla 8 de la sentencia).

Resulta claro, sin embargo, que (con la interpretación que el mismo juez venía sosteniendo) de ningún modo se tornaría inaplicable la agravante genérica del art. 41 bis, pues ella se aplicaría a cualquier delito que no contenga el uso de armas como núcleo de la prohibición o como circunstancia agravante. Por ejemplo, ello sucedería en el delito de lesiones, que puede ser cometido de cualquier modo y con cualquier medio, no existiendo un tipo agravado por la utilización de armas.

En verdad, hay una suerte de irrazonabilidad que campea sobre esta agravante genérica, desde el mismo momento en que con medios comisivos menos letales (como es el caso de un falso cuchillo de madera) pueden cometerse hechos demasiado más graves que muchos que se ejecutan con armas de fuego. Ello muestra que, en rigor, las circunstancias concretas de la comisión de cada delito deben ponderarse al momento de fijar la pena dentro de cada escala (en lugar de modificar permanentemente la ley penal con leyes de emergencia que, como mínimo, deprecian el propio poder de la legislación).

Volviendo al punto central de este tema, se han explicado varias razones por las cuales la agravante genérica del art. 41 bis se aplica sólo a los delitos que no prohíban ya un hecho cometido con armas o que no estén ya agravados por la utilización de un arma.

Para ALEJANDRO W. SLOKAR, “parece correcto sostener la óptica restrictiva de entender que la incidencia del arma de fuego se encuentra ponderada en los propios tipos penales y no puede sumarse otra agravación” (Comentario al art. 41 bis, en el *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 2, Hammurabi, Bs. As., 2002, p. 95).

SLOKAR ha desarrollado distintos fundamentos en favor de la postura que se sostiene en este trabajo. Ha dicho, en tal sentido, 1) que “un postulado sistemático invita en primer término a desechar una inteligencia que sin reñir con la coherencia gire en torno a la previsión de un solo delito (art. 104). A cualquier tésis no se le puede escapar la inconsistencia que resulta de entender que el criterio de un legislador puede formularse a partir de la consideración exclusiva del disparo con arma de fuego, que además constituye un tipo residual que obedece a la exclusión del dolo de ímpetu en la tentativa de los delitos contra la vida y la salud” (ob. cit., p. 95). 2) “En segundo lugar, el Código no especializa en ninguno de los restantes casos la clase de arma que debe utilizarse para la procedencia del tipo, por lo que claramente quedan comprendidas todas.

Luego -como desde siempre fue admitido en la producción jurisprudencial- el concepto *arma* integra el género, mientras que *arma de fuego* resulta la especie, desde que no se concibe que la realización de un delito agravado por arma de fuego, al mismo tiempo no lo haga en el agravado por arma como modo inherente” (SLOKAR, ob. cit., pág. 95). 3) “En otro orden, claro queda que se impone evitar el incorrecto desvalor múltiple... En efecto, la solución contraria ... lleva a violar la *prohibición de doble desvalorización* que, derivada de la lógica jurídica y expresión del *ne bis in idem*, establece que si la circunstancia forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada, no puede ser considerada entre los criterios que incrementan la pena, pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha por todos. A este respecto, también el principio de proporcionalidad opera como estándar orientador, al impedir que una interpretación extensiva lleve a escalas que no guarden un grado de mínima coherencia entre las magnitudes asociadas a cada delito con base en la jerarquización de los bienes jurídicos. Asimismo, otra lectura facilita la configuración legal de penas que devienen abstractamente irracionales por su marcada disparidad con la de otros delitos” (SLOKAR, ob. cit., p. 96). 4) “Finalmente, desde el punto de vista de la intención del legislador, y más allá del sentido literal de la norma, ésta y no

otra parece ser la inteligencia correcta, a poco de observarse que durante el proceso legislativo el mismo miembro informante destacó durante el debate parlamentario que ‘se trata de un proyecto muy simple y resulta complementario de una gran batería de medidas legislativas que desde hace un año el Congreso de la Nación viene proponiendo y aprobando’ y ejemplificó con el delito de homicidio cometido con arma de fuego, para después agregar una lista que incluía las lesiones leves, graves y gravísimas, la privación ilegal de la libertad, los apremios ilegales y la extorsión, y finalizar sosteniendo que ‘hace poco tiempo modificamos las penas cuando el delito de violación se cometía haciendo uso de armas. No podemos modificar delito por delito. Por eso me parece más conveniente, para una mejor sistematización, que sea tratado en la parte general’ (intervención del senador AGÚNDEZ...).

El empleo de la hipótesis del abuso sexual agravado por el uso de armas (art. 119 inc. d, ley 25087) es por demás revelador del sentido subjetivo de la reforma en punto a la no aplicación de la nueva agravante respecto de todos aquellos delitos que hayan sido cometidos mediante violencia o intimidación con armas en sentido genérico” (SLOKAR, ob. cit., ps. 96 y 97).

Por estas razones, el robo agravado por el empleo de armas de fuego (de conformidad con el tipo penal contenido en el art. 166 inc. 2 del Código Penal) no es susceptible de ser nuevamente agravado por la previsión genérica del art. 41 bis del mismo cuerpo legal.

V. Prueba de los elementos del tipo de robo con armas

El principio constitucional de presunción de inocencia, además de resguardar la libertad del imputado durante la sustanciación de un proceso penal en su contra, pone en manos del poder estatal persecutorio la carga de probar todos y cada uno de los presupuestos de punibilidad (ya sean presupuestos que fundan la punibilidad o que fundan la mayor punibilidad contenida en un tipo penal agravado). Es decir, *no hay pena sin que el Estado pruebe los presupuestos de su imposición (los que no pueden presumirse por circunstancia alguna)*.

Si queda alguna duda sobre la concurrencia de algún presupuesto del que depende la imposición de una pena, debe estarse a su inexistencia y, como derivación necesaria, debe disponerse la absolucón (o la pena por el tipo básico y no por el agravado, o bien la pena atenuada y no la prevista en el tipo básico). Los tribunales, “si no obtienen la certeza, se deben pronunciar en favor del imputado” (JULIO B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Editores del Puerto, Bs. As., 1996, 2º edición, p. 509). Por esa razón es que, el aludido principio prohíbe toda *presunción* de concurrencia de cualquier presupuesto de la pena, obligando al órgano jurisdiccional a dar por ausente cada uno de ellos no demostrado con certeza por el titular del poder de persecución penal.

A pesar de que el presente tema no debiera incluirse en esta contribución (porque nadie cuestiona que es el órgano persecutor el que debe acreditar la presencia, en cada caso, de todos los presupuestos de los que depende la punibilidad), lo trato igualmente, porque, como en el caso anterior (del punto IV), se reunió otra vez *en un caso* una circunstancial mayoría (integrada por los mismos jueces que, también en un supuesto aislado, aplicaron el art. 41 bis al robo con armas -me refiero a los jueces CASTRO Y ABELLEIRA-) que, de modo contrario al derecho procesal penal constitucional, sostuvo que “es el imputado” el que tiene que probar *la ausencia* de los presupuestos fácticos de la calificante “con armas” y no el órgano persecutor la certeza de *su presencia* (causa “MARCOS JOSÉ TEKER, s/ robo simple -dos hechos- y robo calificado por el uso de armas -dos hechos-“, expte. n° 431/2002 de la Cámara en lo Criminal Segunda -de la primera circunscripción judicial de Neuquén-). Como puede advertirse fácilmente, tal exigencia al imputado constituye una la violación manifiesta al principio de *presunción de inocencia*.

La *presunción de inocencia* es una garantía constitucional que limita el poder de persecución penal.

Que es una garantía consagrada por las normas supremas no está en discusión.

Surge, en primer lugar, del art. 18 de la Constitución Nacional, que exige *juicio previo* como condición de legitimidad de una sentencia de condena. No puede haber pena sin juicio previo, por lo cual, antes de dictarse una sentencia firme de condena, el imputado debe presumirse inocente. Por otra parte, se encuentra expresamente prevista en todas las Declaraciones y Convenciones Internacionales y Americanas de Derechos Humanos mencionadas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Existen varias formas de violar el principio constitucional de *presunción de inocencia*.

“Una de estas formas -nada inteligente, por cierto- fue la de ‘cargar’ la prueba sobre el imputado cuando él invocaba algún hecho que excluía la condena o la pena y allí nuestro tribunal constitucional, quizá con defecto idiomático, pero con indudable corrección interpretativa del sentido del principio estudiado, rechazó esas sentencias, casándolas con la misma fórmula: ‘*el fallo importa violación a la garantía del art. 18 de la Constitución nacional, pues invierte la carga de la prueba y la exige al imputado*’ “ (JULIO B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 510 -con cita, en la nota 97, de los siguientes fallos de la C.S.J.N.: t. 275, p. 9; t. 292, p. 561; t. 295, p. 782; cf. síntesis en CARRÍO, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3° ed., cap. XI, 1.1., ps. 437 y ss.-).

En el aislado fallo comentado, la Cámara, por unanimidad, entendió que el robo con armas exige, “además de la apariencia, que la integridad física del sujeto pasivo haya estado en real peligro” (del voto del Dr. ANDRADA, en carilla 5 de la sentencia). En el mismo voto se consigna que “no es el arma de fuego en sí misma la que pone en riesgo la integridad física del sujeto pasivo del robo, sino su accionamiento eficaz, lo que exige su correcto funcionamiento y carga” (carilla 6 de la sentencia). El arma, además de utilizarse en forma intimidatoria para la víctima, debe ser usada “como instrumento dotado del poder vulnerante propio de una arma de fuego cargada y en condiciones de ser disparada. El plus que ... exige la agravante del art. 166 inc. 2° C.P. -riesgo para la integridad física del afectado- justifica la mayor punición, muy por encima de la figura básica del robo (art. 164 C.P., ya que incluye la violencia física en las personas)” (carilla 6 de la sentencia). Este contenido sustancial del delito de robo con armas es reafirmado por el voto de los restantes jueces en la misma causa (tal como ha venido sucediendo desde hace demasiado tiempo - ver, entre otras, las sentencias n° 3/2002 o 15/2002, en las que incluso el Dr. CASTRO votó en favor de la calificación de *robo simple* por no haberse comprobado la idoneidad y aptitud para el disparo del revólver utilizado como medio de intimidación-). Al respecto, en el aislado expediente referido, el Dr. CASTRO sostuvo que coincide con el concepto de robo con armas utilizado por el Dr. ANDRADA. Dijo el Dr. CASTRO: «me parece necesario distinguir dos aspectos: el material, en lo cual coincido plenamente con esa opinión, y el procesal, que es el tema de mi diferencia» (carilla 7). El Dr. ABELLEIRA, ocasional integrante de la Cámara, adhirió al voto del Dr. CASTRO y, por lo tanto, adhirió al concepto de *robo con armas* con el cual coinciden ANDRADA y CASTRO, que requiere la intimidación con un arma de fuego debidamente cargada y apta para el disparo.

La única discrepancia existente entre el voto del Dr. ANDRADA (coherente con los fallos anteriores sobre el tema) y el voto de CASTRO (con la mera adhesión de ABELLEIRA) consiste en que, para ANDRADA, la prueba de la aptitud del arma y de su carga (que es lo que genera el peligro contra la vida e integridad corporal de la víctima del robo con armas) le corresponde al poder acusador, mientras que, para CASTRO y ABELLEIRA, queda en manos del imputado la prueba de la falta de capacidad lesiva del instrumento.

Tal única diferencia se advierte en el texto de la sentencia, al sostener ANDRADA que “en ambos casos debatidos en autos las armas de fuego no fueron accionadas en momento alguno, por lo que en base a la prueba testimonial existente sólo puede en mi entender avanzarse -y tenerse por cierto- hasta su empleo como elemento intimidante, más no como

instrumento dotado del poder vulnerante propio de un arma de fuego cargada y en condiciones de ser disparada” (carilla 6 de la sentencia). CASTRO, en cambio, entendió *en esta causa* que “es cierto que lo que opera para nosotros como el dato empírico (*lo que se puede percibir por el mero y simple empleo de los sentidos..., lo que dicen haber visto los testigos*) es una forma exterior, que puede ser simulada; no necesariamente lo que no se ve corresponde a lo que se espera de lo que se ve” (hasta aquí parece coincidir con voto de ANDRADA, pues admite la duda sobre la aptitud del objeto que vieron los testigos). Sin embargo, añade en forma inmediata: “Pero, ...en la vida cotidiana, se parte de que *los objetos son aquello que parecen* mientras nada permita suponer lo contrario. ERGO, a quien pretenda que lo que los testigos vieron como un arma de fuego, esgrimida como tal, y con suficiente apariencia de verdad como para deponer cualquier resistencia, *no lo era en realidad, debe demostrarlo*. No le incumbe al tribunal procurarse la prueba de la prueba... Si alguien pretende que la prueba lograda no es lo que parece, le toca demostrarlo” (carillas 7 y 8 de la sentencia). Como el voto del Dr. CASTRO se contenta con la “apariencia” de un arma (aunque no lo sea en la realidad de las cosas), entiende relevante que “nada se ha aportado que desvirtúe esa apariencia” (carilla 8 de la sentencia). En suma, para el voto de CASTRO (al que, sin fundamento independiente alguno, simplemente se plegó ABELLEIRA), por el solo hecho de haberse visto objetos que *aparentaban* ser revólveres de verdad (que es lo único que afirmaron los testigos en dos casos juzgados en la causa de referencia), queda probado, con certeza, también que se trababan de “instrumentos letales, diseñados y fabricados con la finalidad de ser letales, y que en el momento se encontraban en condiciones de cumplir su destino” (carilla 8 de la sentencia). Al imputado y a la defensa, según el criterio de CASTRO y ABELLEIRA, les correspondería probar que esas “apariencias” de armas de fuego aptas para el disparo no tenían aptitud de disparar o no estaban cargadas. Estos elementos del tipo penal de robo con armas (que ellos reconocen como tales), para el voto de la mayoría circunstancial, no debe probarlos el fiscal ni el juez, sino que se presumen por la prueba de la “apariencia”, debiendo probar en contrario el imputado o la defensa.

El criterio de esta concreta mayoría (que, según mi conocimiento, se presentó en un solo caso) constituye un quebrantamiento del principio constitucional de *presunción de inocencia*. Tal mayoría no se limitó a valorar la prueba de una o de otra manera, sino que sostuvo que los elementos del tipo penal agravado (concretamente los relativos al poder vulnerante del revólver empleado) debe *descartarlos* el imputado, pues la afirmación de su “apariencia” prueba su “realidad”. Ello por cuanto, en el caso concreto, sólo se produjeron pruebas testimoniales que acreditaron la exhibición de objetos que aparentaban ser revólveres, mientras no pudo secuestrarse ninguno de esos objetos para constatar de qué se trataba y en qué condiciones se encontraban. Por esta última razón, no pudo efectuarse pericia alguna sobre revólver y sobre los proyectiles. Si esto último no tuvo lugar, el poder penal persecutorio no probó los presupuestos fácticos de la agravante, por lo que queda descartado el robo con armas. No obstante ello, la no repetida mayoría confundió “apariencia” con “realidad”, basándose en una concepción demasiado idealista en teoría del conocimiento, según la cual no sólo “el conocimiento crea el objeto”, sino que, para colmo, la realidad del objeto es creada por la apariencia.

En otros términos, la mayoría no dijo haber probado la capacidad de disparo de las armas, sino que reconoció haber probado sólo la “apariencia” y se contentó con ello, pues para ellos el imputado es quien debe demostrar que esa mera apariencia fue tan solo eso. Incluso la mayoría admitió que la prueba producida dejó abierta la duda sobre el punto, al sostener que “es cierto que lo que opera para nosotros como el dato empírico (*lo que se puede percibir por el mero y simple empleo de los sentidos..., lo que dicen haber visto los testigos*) es una forma exterior, que puede ser simulada” (carilla 7 de la sentencia). Es decir, para la mayoría en esta aislada decisión, “lo que dicen haber visto los testigos es una forma exterior, que puede ser simulada” y “puede ser simulada” indica duda sobre un arma real o

no. La mayoría, entonces, aplicó el tipo penal de robo con armas, pese a reconocer duda sobre la concurrencia de sus elementos objetivos.

Tal como ha dicho *LUIGI FERRAJOLI*, “al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación. De aquí el corolario de la carga acusatoria de la prueba, expresado por nuestro axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. Por otro lado, la rígida separación de papeles entre actores del proceso, ..., impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos a la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de la refutación, ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas. De la misma manera que al acusador le están vetadas las funciones de enjuiciamiento, al juez deben estarle prohibidas las funciones de acusación” (*LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, p. 611*)

Por estas razones, la sentencia del caso citado sólo ha probado que, en dos hechos, se emplearon objetos con apariencia de revólveres, pero no se constató con ningún medio probatorio que sean de verdad, ni que funcionaban adecuadamente, ni que hubieran estado cargados al momento de su exhibición, como para darse por acreditado el poder ofensivo contra la vida o integridad corporal de tales objetos, exigido por tal tipo penal agravado. Se reconoció una duda sobre la concurrencia en el caso de un elemento típico del robo con armas (duda que, como tal, excluye la circunstancia agravante).

No obstante el excepcional fallo referido, cabe aclarar que las dos cámaras en lo criminal de Neuquén (de la primera circunscripción judicial) reconocen, en estos casos, la vigencia del principio constitucional de presunción de inocencia, y, en base a ello, la falta de prueba acerca de la aptitud de disparo del arma o sobre la dañosidad de los proyectiles que debía tener para ser arma (lo que se daría, por ejemplo, en el supuesto de falta de secuestro del objeto empleado) eliminan la agravación por el uso de armas.

VI. La consumación de un coautor no se extiende a los demás que no hayan participado de los actos consumativos

La presente cuestión se vincula con aquellos casos en los que varias personas comienzan juntas la ejecución de un delito, pero sólo uno o algunos de ellos logran consumarlo, sin que los demás (los que no logran apoderarse de objeto alguno) participen en los actos de consumación.

VI.1. El caso.

El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén confirmó una sentencia de la Cámara en lo Criminal n° 2 (de la primera circunscripción judicial) que condenó a una persona a tres años y seis meses de prisión por resultar penalmente responsable del delito de robo consumado cometido en banda, por un hecho en el que varias personas entran a un inmueble con el propósito de robo, de modo tal que uno toma un televisor y se escapa con él, no siendo descubierto por nadie, mientras que los cuatro restantes son sorprendidos dentro del inmueble, sin haber sacado ningún objeto (expte. n° 571/año 2001, de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal del T.S.J. de Neuquén, seguido contra “M. A. SALAZAR BUSTOS”, sentencia n° 70/2001, del 11/6/2002 -acuerdo n° 9/2002-; jueces: ARTURO E. GONZÁLEZ TABOADA, MARCELO J. OTHARÁN, ALBERTO MARIO TRIBUG, ALEJANDRO TOMÁS GAVERNET Y ROBERTO OMAR FERNÁNDEZ).

Textualmente, se dijo tener por probado el siguiente hecho: “alrededor de la hora 2:30 del 22 de enero del corriente año los cuatro enjuiciados... y al parecer alguna otra persona, con la intención de apoderarse de bienes ajenos, habrían forzado una de las puertas de ingreso al ... ‘Mercado San Cayetano’ ... Ya en su interior, y tras reducir con un elemento intimidante

a RODRIGO MARCELO CARRILLO CARILLO, que allí se encontraba mirando televisión, comenzaron a remover diversos efectos con la intención de apoderárselos. Los enjuiciados o algún otro participante habrían ya logrado retirar al menos un televisor cuando se hizo presente la patrulla policial que los detuvo dentro del mismo local.” “Según los hechos fijados por la Cámara... una de las personas que ingresó (quizá quien se diera a la fuga) sustrajo objetos muebles de valor (un televisor)”.

VI.2. La jurisprudencia del caso y su valoración

La Cámara en lo Criminal n° 2 sostuvo, en relación al caso relatado en el punto anterior, que “al haber uno o alguno de los partícipes logrado remover y adquirir poder de disposición real sobre uno de los bienes pretendidos, el delito alcanzó la etapa consumativa, lo que obviamente se extiende y alcanza a los restantes coautores”.

El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén expresó que, “para la Cámara de Juicio, el aquí recurrente junto con los otros tres coimputados detenidos, *fueron coautores del hecho*. Esta última calificación jurídica no es una cuestión menor. Ello así por cuanto, como bien lo recuerda RICARDO C. NÚÑEZ... ‘cada coautor responde por el delito cometido en común’ (cfr. “*Las disposiciones generales del Código Penal*”, Ed. Lerner, Córdoba, 1988, pág. 196). Es que, suponiendo la coautoría una división de tareas en el ámbito de la ejecución del delito, tal carácter no sólo lo adquieren quienes cometen actos típicamente consumativos sino también –como ocurre en autos con el recurrente (y los otros enjuiciados)- aquellos que ‘cumplen actos que ayudan o complementan dichos actos [esto es: los consumativos]’ (NÚÑEZ, op. cit., pág. 197. La aclaración me pertenece)”.

El criterio del T.S.J. y de la citada Cámara (que es, sobre el punto, el que comúnmente se sostiene) resulta equivocado.

Ello es así por cuanto la sentencia confirmada dio por probado que el imputado es responsable penalmente por un robo *consumado*, en base a la consumación lograda por *otro* de los coautores (y no por él), porque para tal decisión judicial resulta indiferente la participación de cada coautor en los actos consumativos, para imputarles a todos la consumación. Sin embargo, de la cita de NÚÑEZ se advierte una confusión inicial, pues NÚÑEZ ha sostenido, como se transcribe en el citado fallo, que “cada coautor responde por el delito cometido en común” (ob. cit., p. 196), pero no por el cometido sólo por otro, ni por los tramos de acción ejecutados por otra persona sin su participación. Los coautores que participaron juntos en los actos de *ejecución* de un robo cometieron, en común, *actos de ejecución* de ese delito y, por ello, un delito de *tentativa* de robo. Por ello, como sostuvo NÚÑEZ en la frase que transcribe la sentencia, es cierto que cada coautor (en este caso cada coautor de tentativa de robo) responde por el delito cometido en común (por la tentativa de robo), pero no por el no común. Por ello es que Núñez añadió, como señala la sentencia, que “suponiendo la coautoría una división de tareas en el ámbito de la ejecución del delito, tal carácter no sólo lo adquieren quienes cometen actos típicamente *consumativos* sino también aquellos que ‘cumplen actos que *ayudan o complementan dichos actos*’ “ (las cursivas me pertenecen). Ello significa que la consumación le es imputable a quienes realizan actos típicamente consumativos y a quienes realizan actos que “ayudan” o “complementan” los actos consumativos (pero no a los que no participan luego en los actos de consumación ajenos). Repárese, incluso, en los ejemplos que ofrece NÚÑEZ en la obra y en los lugares citados de ella: “no sólo son coautores los que apuñalaron a la víctima, sino también los que la tuvieron o rodearon impidiendo o restringiendo su defensa o huida y los que ayudaron al actor principal en su tarea, v.gr. el que le alcanzó un instrumento o estando presente en el momento del hecho, lo instruyó para que lo cometiera” (ob. cit., p. 197, nota 418), pero no pueden ser coautores de homicidio doloso *consumado* aquellos que, con el propósito de matar, comenzaron a apuñalar a la víctima y, en determinado momento, son

retenidos por la fuerza de modo tal que les impide seguir actuando, mientras sólo otro de los coautores de tentativa de homicidio puede seguir con la acción y, solo, produce la muerte de la víctima hiriéndola en el corazón. En otros términos, para imputarle la consumación a quien no la logra con su propio acto, es necesario probarle, al menos, una *participación en la consumación ajena* (lo que se daría, por ejemplo, en el caso en que el individuo que queda en el domicilio, sin poder apoderarse de nada, le arroja un objeto a quien se escapa, para que se lo lleve, o le alcanza las llaves de la puerta para que pueda salir y apoderarse de alguna cosa).

Tal situación fáctica nos conduce a un problema jurídico tan relevante como no profundizado, cual es el relativo a la comunicabilidad o no, a todos los coautores de los actos de ejecución de un hecho, de la consumación sólo llevada a cabo y lograda por uno de ellos.

Para la sentencia dictada y confirmada (en la citada causa “SALAZAR BUSTOS”), la consumación lograda por uno de los coautores en la ejecución del robo se extiende al aprehendido en el lugar del hecho, aunque no haya podido llevarse nada, porque “se trató de una actividad conjunta, cuyo resultado dependía de aportes parciales de dos personas; que parte le tocaba a cada uno, no tiene trascendencia, en tanto desde el principio el resultado efectivamente producido estaba en los planes, por precarios que fueran, de los dos agentes” (6ta. carilla).

Obviamente, todo resultado depende de la realización de actos previos de ejecución (únicos o conjuntos), pero ello no significa que la sola realización de actos de ejecución (de tentativa) sea suficiente para hacer responsable penalmente a todos los que realizaron dichos actos por los actos de consumación que ellos no pudieron realizar (aún queriendo la consumación) y que sólo realizó otro coautor de la acción conjuntamente iniciada.

Distinto sería el caso, como se anticipó, del coautor que no puede realizar acto alguno en la etapa de consumación (por haber sido descubierto), pero que participa de algún modo para colaborar con la fuga del coautor que consuma el delito, contribuyendo con su aporte a la consumación por parte del otro (por ejemplo, si el aprehendido le tira el bolso para que se lo lleve el que alcanza a huir). Pero, en este último ejemplo (a diferencia del caso que fue juzgado en la sentencia comentada) el coautor que sólo realiza actos de *ejecución, participa* luego también en la realización de actos de *consumación* llevados a cabo por otro. *El coautor de nuestro ejemplo, en cambio, no participa de ningún modo en el tramo de la acción del otro coautor que traspasa la esfera de los actos ejecutivos y realiza (él solo) actos típicamente consumativos.*

Que el resultado haya sido planeado desde un principio en forma conjunta, no agrega nada a la presente problemática, pues ello sólo tiene relevancia para probar la coautoría en una tentativa (si se dan a su vez otros elementos), ya que el propósito de producir el resultado típico es un elemento propio de toda tentativa.

La sentencia comentada afirma que “la circunstancia de que uno de ellos no haya podido llegar a disfrutar del producto de su atraco, no excluye que el hecho total, tal como fuera previsto por los dos agentes, se lograra plenamente” (carilla 6 de la sentencia). En verdad, no es cierto que la consumación se logró *plenamente* (cuando uno sólo se llevó un solo objeto de los que pretendían llevarse); esa consumación la logró nada más que *uno* de los coautores. Tampoco es estrictamente correcto sostener, como se hace en la sentencia, que “el hecho total ... se logró plenamente”, pues (además de lo dicho) el “hecho total consistía en la consumación conjunta”, por lo que no se logró en su plenitud, sino tan sólo parcialmente (para uno solo de los coautores, es decir para el que consumó el delito por su propia y exclusiva acción consumativa). En otras palabras, *en el caso de referencia no hay una acción consumativa común (a pesar del plan común inicial y de la realización conjunta de actos ejecutivos), sino una conducta individual y exclusiva de consumación (en la que no participó otro que no haya sido el que consumó el acto).*

Según el texto de la sentencia comentada, podría ser el imputado responsable sólo por tentativa (y no por robo consumado) “si detenidos ambos, el otro, luego, hubiera logrado zafar y llevarse algo” (carilla 6). Este ejemplo nos da la razón, pues se trata de un caso equivalente al del expediente aludido. Que el otro coautor no sea detenido (y se logre escapar con algo) o que, detenido, logre zafar y llevarse algo, no es tan diferente, pues en ambos supuestos el que logra la consumación hace precisamente lo mismo que planeó con el otro coautor (que, sin embargo, es responsable sólo por tentativa –lo que es aceptado incluso por la propia sentencia-). Ello prueba que el *plan común* que pueden idear varias personas no transforma en *común* la realización de actos *consumativos* realizados sólo por uno de los que participaron en aquel plan inicial y sin la ayuda de los demás para poder concretarlos.

VI. 3. La solución jurídica del caso

Por lo que explicaré, en la sentencia se aplican mal, por lo menos, el principio de responsabilidad penal por el hecho *propio* (o responsabilidad penal personal y no por el hecho ajeno) y las reglas de la coautoría, violentándose asimismo el principio de igualdad ante la ley.

Resulta clarificante recordar que cada autor responde por lo que quiso. Es decir, un autor puede tener dolo de robo simple y otro de robo con armas. Un autor puede entender que está participando en la consumación de un robo simple, que sin embargo se cometió con armas, en cuyo caso sólo responde por robo simple.

Así como cada autor responde penalmente por lo que *quiso*, también responde sólo por lo que *hizo* (y no por lo que él no hizo o no alcanzó a hacer -y, en cambio, sí realizó otra persona-).

VI. 3. 1. Algunos casos. Pensemos en algunos casos para demostrar la corrección del planteo.

Caso 1. Si cuatro personas concurren a un domicilio a robar (uno por cada lado de la casa) y uno de ellos es sorprendido y detenido por la policía antes de entrar, su acción constituye sin duda alguna sólo un *acto preparatorio no punible*. Quería comenzar a robar, pero por la oportuna intervención policial no comenzó a realizar acto de ejecución alguno. Nunca podría sostenerse que, por haber existido un plan común de robar, los actos de *ejecución* de los otros tres se extienden al que no pudo siquiera entrar al inmueble para comenzar a robar. Su intervención personal quedó en la etapa de los actos preparatorios no punibles.

Caso 2. Siguiendo el mismo ejemplo, pero con alguna variante, si los cuatro se dirigen a robar a un domicilio y uno se arrepiente y antes de entrar sale corriendo y se va a su casa, tampoco realiza acto alguno de ejecución, por lo que no puede ser penado ni siquiera por tentativa. Por supuesto, tampoco se le puede extender a él la acción (ajena) de los demás que comenzaron a ejecutar el robo (y fueron luego detenidos dentro del inmueble). Los demás serían autores de tentativa de robo, pero él (no obstante haber participado del plan) no ejecutó acto alguno de ejecución, por lo que no resulta penalmente responsable de los hechos que otros ejecutaron.

Caso 3. De la misma manera, si tres ingresan al inmueble comenzando la ejecución de un robo y uno solo sale del lugar con un objeto, para apoderarse de él, pero al estar saliendo se arrepiente y deja tal objeto en la puerta del domicilio, ese único coautor habrá desistido de la tentativa de robo y no será punible como consecuencia de su desistimiento voluntario, que no alcanza a los demás que no desistieron. Es que la actitud de desistir fue sólo de él, por lo que, pese a no ser punible por su desistimiento voluntario de la tentativa, los demás serán punibles por tentativa de robo (ya que no desistieron).

La actitud de desistir (o el tramo de acción en el que desistió sólo uno de los coautores de tentativa de robo) es exclusiva de ese coautor (por lo que no se extiende a los demás). Es dable aclarar que dicho desistimiento voluntario de la tentativa libera de pena al coautor, aunque después otro coautor logre escapar llevando consigo algún objeto ajeno.

Caso 4. Igualmente, si varios autores ejecutaron un robo, consumándolo, y otra persona participa con ellos recién en el momento de la consumación, será participante (coautor o cómplice, según el caso) del tramo del hecho en el que él participó y no necesariamente del que efectivamente se cometió, ya que puede haber sucedido que los autores que participaron desde el comienzo del hecho hayan utilizado armas de fuego para lograr el apoderamiento (con anterioridad a su intervención) o bien que haya escondido las armas en sus ropas antes de salir, de modo tal que no hayan sido vistas por el último participante (es decir por el que participó sólo a partir de allí). En este último caso, el participante que sólo intervino en la consumación (y luego de exhibidas las armas para lograr el apoderamiento) podrá ser coautor de un robo simple, pues “de ninguna manera se le puede considerar coautor de la parte del hecho ya ejecutado como no sea por una ficción jurídica” (ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000, p. 754).

Caso 5. De modo análogo (y refiriéndome ya al caso que fue juzgado en la sentencia comentada), si varios autores (o coautores) ingresan a un inmueble con el propósito de robo, comenzando con ello la ejecución del robo cada uno en forma personal, y uno solo alcanza a salir con un objeto, llevándose lo consigo, no pudiendo hacerlo los restantes (que son sorprendidos por la policía adentro del local), la acción de esos restantes queda en la etapa de la tentativa, pues no alcanzaron a realizar acto alguno consumativo que afecte el patrimonio ajeno, ni ayudaron a quien pudo lograr la consumación (al menos parcial, en relación al plan común). Sólo dañó el patrimonio de la víctima el coautor que se llevó el objeto por medio de una acción personal y exclusiva, por haber alcanzado a realizar personalmente el tramo de la conducta correspondiente a la etapa consumativa. Otro criterio impediría el desistimiento voluntario de los coautores que se encuentren realizando actos de ejecución y, por ende, de tentativa (sólo porque otra persona se haya escapado y haya adquirido poder de disposición sobre las cosas ajenas que él se llevó -lo que no resultaría razonable-).

Este último caso es el que motivó la sentencia que aquí se comenta y la solución jurídica correcta es la propuesta, por varias razones.

VI. 3. 2. Responsabilidad penal por el hecho propio (y no por el hecho ajeno).

En primer lugar, la solución que proponemos es correcta porque rige en nuestro derecho penal el principio de responsabilidad *personal, por el hecho propio y no por el ajeno*. Tal principio es, además, parte del principio de culpabilidad por el hecho, que tiene indiscutida raigambre constitucional (arts. 1, 33, 18, 19 y 75 inc. 22, C.N.). Cada uno responde penalmente por su aporte al hecho, pero no por la ejecución ajena. Cuando varios convergen en la ejecución del mismo tramo de acción, habrá responsabilidad penal compartida, pero debido a la actuación personal de cada uno, y no porque a cada uno se les extienda el obrar ajeno. Para aplicar la mayor penalidad por consumación, no basta con *querer* consumir el delito, sino que hace falta siempre la *participación* en los actos de consumación, no siendo suficiente la consumación por medio de una acción ajena. Una interpretación contraria no sólo es *irrazonable* y contraria al principio de *responsabilidad penal personal* y no por el hecho ajeno (es decir, no sólo es *inconstitucional* por esa razón), sino que ni siquiera es la consecuencia de una correcta interpretación *literal* del texto de la ley penal (como expresión de poder constituido). Es así que la ley penal dispone que es autor de tentativa, y no de delito consumado, “el (individuo) que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero *no lo consuma* por circunstancias ajenas a su voluntad” (art. 42, Código Penal). Es decir, si el propio autor de tentativa de robo no

logra consumarlo él (“no lo consuma”, dice el citado art. 42) no puede a él imputársele el resultado proveniente en forma exclusiva de una acción ajena (consistente, en nuestro caso, en llevarse un televisor). Los que quedaron en el inmueble sin poderse llevar objetos que prepararon para ello (como consecuencia de un acto ajeno a su voluntad) no lograron consumarlo, pues no realizaron acto alguno de consumación. Ellos no pudieron lesionar el patrimonio ajeno, por lo que no pueden responder por la lesión producida por la acción de otro, en la que ellos no participaron.

VI. 3. 3. Reglas legales sobre coautoría.

Al mismo tiempo, hay una clara razón para demostrar la corrección de la interpretación que aquí se defiende. Se trata de que el autor de robo descubierto al salir del inmueble sin poder llevarse objeto alguno (que tuvo hasta ese momento el co-dominio del hecho), una vez llegada la policía y ser detenido *perdió el co-dominio del hecho desde allí en adelante*. Es decir, tuvo el co-dominio (o dominio funcional) del hecho *durante los actos de ejecución*, pero (a partir de la detención policial) perdió toda posibilidad de realizar actos de consumación, por lo que ya no pudo seguir adelante con el plan de acción (por haber perdido las riendas del hecho a partir de allí).

Precisamente una pauta para determinar la existencia del dominio del hecho (y por ende la autoría) es la posibilidad que debe tener el autor de desistir voluntariamente de su plan de acción. Quien tiene el dominio del hecho debe poder desistir voluntariamente de su acción. Quien es aprehendido al salir del inmueble sin poder llevarse objeto alguno, no sólo perdió toda posibilidad de desistir voluntariamente de su acción tentada (posibilidad que tenía hasta ese instante, a pesar de que otro se haya escapado del sitio llevándose cosas), sino que no tiene dominio (ni co-dominio) alguno del acto de consumación que, a partir de ese momento, realiza otro (sin su colaboración en el acto consumativo). Quien tiene el dominio del hecho, de allí en adelante, es sólo quien pudo continuar ejecutando la acción, de modo tal de lograr la consumación como consecuencia del tramo de acción que realiza solo. Esa persona que logra la consumación sin ayuda de nadie, después que los demás coautores fueron detenidos, es la única que cuenta con la posibilidad de desistir de la consumación, por lo que sólo él tiene el dominio del acto consumativo. La consumación del hecho lograda por la acción exclusiva de uno de los coautores que realizaron juntos actos de ejecución, sólo es atribuible a quien realizó, con dominio del hecho, los actos que la produjeron.

VI. 3. 4. Igualdad ante la ley

La pretensión de atribuir la consumación a quien no participó de ella (aunque sí haya tomado parte en el comienzo de ejecución del hecho), afecta, además, el principio constitucional de igualdad ante la ley, pues importa tratar de la misma manera a quien se llevó el objeto del robo (que incluso pudo no ser siquiera descubierto) que a quienes no pudieron llevarse objeto alguno (y que, inclusive por ello, pudieron haber sido los únicos detenidos y juzgados). La exigencia de igualdad contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional no tolera la aplicación de la escala penal prevista para los delitos consumados para quienes no pudieron llegar a la etapa de la consumación (por ser descubiertos en la anterior de la tentativa, que tiene prevista en la ley penal una penalidad mucho menor).

VII. CONCLUSIÓN

En lugar de hacer un resumen de los temas tratados, prefiero aquí sólo remarcar la necesidad de construir una dogmática jurídico-penal a partir de las normas supremas, que

nos sirva para cumplir sus fines prácticos de resolución de casos del modo más respetuoso posible de los derechos y garantías individuales (que nos protegen del desbordante poder punitivo del Estado).