

ART 165

BREVE ANÁLISIS DOGMÁTICO

FRANCISCO JOSE BERNHARDT
ARGENTINA 2015

ARTICULO 165

BREVE ANÁLISIS DOGMÁTICO

FRANCISCO JOSE BERNHARDT
ARGENTINA 2015

MEMORIA

Breve análisis del art. 165 del Código Penal y los problemas interpretativos que plantea. Se hace un resumen de las principales opiniones en torno a su estructura típica. También vamos a hacer un repaso de algunos precedentes jurisprudenciales, señalando las diferencias entre los mismos. Analizamos los inconvenientes a nivel de la teoría de la participación criminal y la posibilidad de tentativa en relación con su estructura compleja. Se aborda también la propuesta proyectada por la comisión redactora del anteproyecto de Código Penal de 2013 y finalmente se hace la conclusión del tema señalando, a criterio del suscripto, cual es el origen de los problemas dogmáticos que plantea la norma y finalmente cual es la interpretación correcta de la misma.

PRESENTACIÓN DEL TEMA

Desde hace tiempo vengo leyendo cuestiones relacionadas con el tipo penal del art. 165 de nuestro Código, y tratando de entender cual es la razón o razones por las que presenta tantas dudas y lógicas distintas en su interpretación y aplicación por parte de los tribunales.

Muchísimo se ha hablado y, claramente la cuestión no es un imprevisto del legislador, pues tal como veremos en los antecedentes, solamente el proyecto de Soler acertadamente la eliminaba, tino que solo duro unos años.

No cabe más que concluir que es clara la voluntad del legislador de mantener vigente la norma, y en el mismo sentido, hacerla convivir en el Código Penal con el homicidio *criminis causae*, lo que, a partir de las disímiles conclusiones a las que se ha arribado para sortear dicha convivencia, me animó a abordar nuevamente el tema buscando entre ellas puntos de coincidencia.

En el año 1987 la SCJBA dictaba el pleno Nro. 36.212, conocido como fallo “Galván”, el primero de varios pronunciamientos, que, a partir de la desafortunada importación de la norma respetando la literalidad de su texto en el derecho español, le asignaban un alcance claramente violatorio del principio de culpabilidad. Como dije, a éste le siguieron otros del mismo y otros tribunales, habiendo inclusive hasta la actualidad, fallos de altísimas instancias judiciales que siguen dicha línea de pensamiento.

En el caso Galván, para entenderlo, siete personas entraron a un restaurante en Morón, portando armas de fuego, con las que luego de intimidar a los clientes se apoderaron de algunos efectos, en el curso de robo intervino la Policía y se originó un tiroteo entre ésta y los delincuentes cayendo muertos tres de ellos, y deteniéndose solo a uno, logrando los otros fugarse con los efectos robados. Luego de transitar todas las instancias, e inclusive luego de un acertado fallo de la Cámara de Morón, la Corte provincial, en definitiva, condenó por al art. 165 del Código Penal, imputándole a la procesada la muerte de sus consortes de causa, que había sido provocada por la Policía.

La conclusión, con todo respeto, entra en el ámbito de lo inadmisibles, pues coaliciona con conceptos elementales de nuestro derecho penal.

Así como enseña Donna: “...Al argumento de que el homicidio justificado es, o sigue siendo, homicidio antijurídico, cabe oponerle principios básicos del Derecho Penal, parte general. Si el homicidio, cuyos autores, sin duda, son los policías, está justificado y esto es cierto, no se puede decir con seriedad, que lo que es jurídico para unos, es antijurídico para otros. Las causas de justificación eliminan el injusto para todos, de manera que quienes están en el círculo de los acontecimientos no pueden ser perjudicados posteriormente. Inconscientemente se vuelve al versari in re illicita, criticado por la doctrina y no aceptado ni siquiera para los terceros...”¹

En el camino seguido por este trabajo, veremos como interpretaban el tipo los principales trabajos doctrinarios y algunos precedentes jurisprudenciales.

El abordaje que propongo no se agota allí, veremos también los problemas que la norma plantea en lo relacionado con la participación criminal, si es posible que el atentado a los bienes jurídicos que el tipo contiene quede tentado, y lo relativo a cual es la correcta determinación de su tipo subjetivo.

Lejos de agotar el tema, pretendo hacer solo un repaso de algunos de los análisis de la norma que hasta ahora se hicieron, y dar en una pequeña opinión personal respecto de cual es, reitero a mi entender, la correcta exégesis del tipo penal del art. 165.

1. DONNA EDGARDO A. | Derecho Penal parte especial | Tomo II - B | Pag. 197 | Editorial Rubinzal Culzoni

ANTECEDENTES

La figura analizada, fue introducida en el primer Código Penal sancionado por el congreso de la Nación, (ley 1920 del año 1886), basado en el Código Penal español de 1870 y éste en su antecedente de 1848 (art. 425 Inc. 1ro.). Éste ordenamiento no contenía una norma como la de nuestro homicidio *criminis causae*.

El proyecto de 1891 (Rivarola, Piñero y Matienzo), lo mantuvo y redujo sustancialmente su penalidad (3 a 15 años), en dicho proyecto la comisión explicaba dicha decisión, argumentando que el homicidio resultante del robo y por el que se ingresaba en el campo del tipo penal, es accidental

El proyecto de 1906 mantenía ambas figuras (latrocinio y homicidio *criminis causae*) equiparando la pena del latrocinio con la del homicidio simple (10 a 25 años), pero nunca fue tratado.

El Código de 1921 (Rodolfo Moreno) también conservó las dos figuras, manteniendo la penalidad del latrocinio (10 a 25 años) y bajando en dos años el mínimo para el homicidio simple, base que mantiene hasta la fecha.

El proyecto de Sebastián Soler, siguiendo lo que fueron los proyectos de José Peco y Eusebio Gómez, eliminaba de nuestra legislación penal el artículo que estudiamos, conteniendo aquel Código solo el homicidio *criminis causae*, salvando las dificultades que para aquella época ya se presentaban, logrando solo vigencia durante un breve lapso, hasta la sanción del decreto ley 4778/63, ratificado por ley 16.478. recobrando la vieja redacción del Código su vigencia a través de la ley 16.648 (1964).

ALGUNAS OPINIONES

Al tratar el tema, el profesor Soler comienza estableciendo la diferencia entre la figura que estudiamos y la del, por el llamada, *figura ampliada del latrocinio* que contempla el art. 80 Inc. 7 del Código Penal.

En una apretadísima síntesis, el autor citado condiciona la configuración del típica del homicidio *criminis causae* a la existencia de una conexión causal o bien final, del atentado contra la vida con un propósito delictivo que lo excede. No se trata aquí –dice- de agravar el hecho objetivo de su concurso con otra infracción, formula que se pierde necesariamente en consideraciones insatisfactorias acerca del mayor o menor tiempo que debe mediar entre una y otra infracción...no basta el concurso: se precisa conexión.

Al abordar la figura objeto de este trabajo, manifiesta que su relación con la del art. 80 ha sido aclarada por la comisión de 1.891, que es la que introduce el sistema, a pesar de una considerable diferencia en la penalidad, dice la nota: ***“Se refiere la disposición al caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo; no al caso que el homicidio fuese un medio de consumar el robo de prepararlo u ocultarlo o de asegurar sus resultados a la impunidad para sí o sus cooperadores, o por no haber obtenido el resultado propuesto pues, para estos casos, la disposición clara y terminante que introducimos en el n° 4 del art. 111, removiendo así toda duda que pudiera suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. Referida la disposición a un caso accidental es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión”***

Luego de esa transcripción continua diciendo Soler que (según la comisión) la base de la distinción está constituida por el hecho de ser o no accidental la muerte ocurrida.

La fórmula explicativa –dice- no es feliz, porque la palabra accidental puede importar una vinculación derivada de caso fortuito, lo cual no corresponde a la exigencia del texto mismo de la ley, conforme con el cual se requiere que el homicidio sea, en alguna medida, un resultado del robo.

Más adelante explica que para diferenciar las figuras basta con poner atención en el aspecto subjetivo de las mismas....El art. 165 castiga al autor del robo, si con motivo u ocasión de éste resultare un homicidio. El art. 80, en cambio, se refiere al que matare para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito. Desde luego no puede considerarse correcto entender que ambas figuras se superponen totalmente, difiriendo solo en la pena...El art. 165, en cambio, considera al homicidio que con motivo u ocasión del robo resultare. En este caso la relación subjetiva no es de medio a fin.

El art. 165, -enseña- además de referirse a tan solo a la conexión ocasional y no a la final, funda su agravación en el hecho de que resultare un homicidio, expresión propia de las figuras calificadas por el resultado y las preterintencionales según sabemos. Las considerables agravaciones contenidas en esas figuras no se fundan en una conexión subjetiva dolosa, con relación al resultado ulterior. Antes al contrario: puede decirse casi con total generalidad que cuando el resultado agravante es directamente doloso, tales figuras son desplazadas por otras.

La figura del 165 es una figura del robo, la acción tanto subjetiva como objetivamente tiende al robo y no al homicidio, la del art. 80, en cambio es una figura del homicidio...es completamente equívoco buscar esa diferencia en la peligrosidad subjetiva.

Al 165 –continúa diciendo- pueden ir a parar todos esos hechos en los cuales no sea posible afirmar que el autor de la muerte, *en el momento de inferirla* tenía subjetivamente por *delante* sea la preparación, la consumación o la ocultación de otro delito.

Resulta equívoco preguntar a qué clase de homicidio se refiere se refiere la ley en esta disposición. La muerte resultante debe estar conectada, como en los demás delitos preterintencionales, bajo la forma de responsabilidad culposa, porque lo que sea resultado de un puro caso fortuito no es un resultado de la acción desplegada para robar...Por ejemplo, si en un asalto nocturno una señora anciana muere del terror suscitado por asaltantes armados, ese resultado es sin duda imputable en este caso, porque una de las características de la acción del robo es precisamente la de paralizar por terror a las víctimas. El ladrón cuenta con el terror y *debe contar* con las consecuencias de éste (culpa).

EL profesor Ricardo C. Núñez aborda la problemática del precepto que nos convoca en su tratado de derecho penal manifestando que esta es la pena más grave que merece el robo.

Aunque la formula -enseña- del artículo 165 proviene de los códigos españoles, la doctrina y la jurisprudencia sobre éstos no pueden servir para interpretarlo. Ello se debe a que la legislación española no prevé, como nuestro artículo 80 Inc. 3° (actual Inc. 7°), la figura del homicidio cometido *para* preparar, facilitar, consumir u ocultar un robo, o *para* asegurar sus resultados o su impunidad, o *por* no haber obtenido el resultado propuesto el intentarlo, que limita subjetivamente el ámbito de lo que, entre nosotros, debe entenderse por homicidio con motivo u ocasión del robo. En tanto que en España la cuestión consiste en saber si este tipo delictivo comprende el del latrocinio, entre nosotros se los debe separar.

En la coexistencia -sigue diciendo- de las figuras de los art. 80 Inc. 3° y 165, la regla es que corresponden a la primera los casos en los cuales el ladrón ha vinculado ideológicamente el homicidio con el robo...Por el contrario, el art. 165 comprende los homicidios que son un resultado accidental de las violencias ejecutadas con motivo u ocasión del robo. El homicidio es aquí un suceso eventual que altera el designio del ladrón y que resulta, o de las violencias físicas ejercidas por él para facilitar o cometer el robo o para preparar su impunidad;² o de las violencias físicas que, sin ser las propias del robo, son ejercidas a causa de éste por el ladrón; o, en fin, de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros a raíz de las violencias del autor, pues la ley, a diferencia de lo que dispone respecto de las lesiones (166 Inc. 1°) no requiere que el homicidio sea causado por las violencias ejercidas para realizar el robo, sino, lo que tiene mucho más amplitud, que el homicidio resulte del robo.

En cuanto a la faz subjetiva de la figura, dice que el 165 es incompatible con la preordinación del homicidio respecto del robo, pero no lo es con el dolo del homicidio simple.

Se trata -sigue diciendo- de un delito complejo, en cuya composición entran como hecho principal, por tratarse de un delito contra la propiedad, la ofensa a ésta o su tentativa, y como resultado, la consumación de la ofensa contra la vida.

En relación con la tentativa, dice Núñez que no es posible, atento a que el

2. Cita aquí el ejemplo en el cual al intentar incorporarse la víctima amordazada, se golpea en la cabeza porque el ladrón la lleva por delante al huir, y muere por contusión cerebral y asfixia por estrangulación, cita N° 72, C.N. Panal, 29-V-956, la ley, T. 84 p. 431.

resultado mortal ya constituye el tipo del artículo, y que el fin de matar para robar lo excluye.

El Dr. Carlos Creus y Jorge Boumpadre, opinan que el hecho de que la ley describa la relación entre el robo y la muerte haciendo mención a que si *con motivo u ocasión del robo* resultare aquella, evidencia por una parte que no es indispensable que el agente haya ejercido violencia sobre la persona, siendo posible la configuración también en el supuesto de fuerza en las cosas, y por otra parte concluyen que en razón de dicha técnica legislativa no es indispensable una relación de causalidad con sustento en la conducta del autor, esto es entre la fuerza y/o violencia y la muerte.

Quedan comprendidas en la calificante –siguen diciendo- las muertes provenientes de la fuerza o violencia ejercida por el agente para facilitar el robo, cometerlo o lograr el fin propuesto o la impunidad, pero también las producidas por la fuerza o violencia ejercidas por el autor en ocasión del robo, aunque no asuman aquellas relaciones típicas con él (la muerte producida por un golpe dado a la víctima ya inmovilizada porque reprochaba al agente su conducta), o por la fuerza o violencia ejercida por la víctima o terceros con motivo del robo al desplegar resistencia contra el apoderamiento (Por Ej. disparo de la víctima que da en un transeúnte). Esto –enseñan- permite adelantar la solución en lo que atañe a que homicidios quedan computados como como agravantes del robo, ya que, por un lado, la posibilidad de que la muerte proceda de la aplicación de la fuerza sobre las cosas, además de la violencia en las personas (en el simple ejercicio de la fuerza sobre las cosas es difícil encontrarnos ante un dolo de homicidio) y, por el otro, la circunstancia de que la ley no exija una relación causal condicionada de manera subjetiva entre la fuerza y la violencia llevadas a cabo por el agente, y la muerte, indican que aquellos homicidios pueden ser tanto de carácter, como culposo, y, dentro de estos últimos, quedan perfectamente comprendidos los cometidos con la llamada culpa inconsciente.

En la vinculación de esta norma y la de los homicidios finalmente calificados (80 Inc. 7mo.) refieren que hay en Argentina tres tesis fundamentales: la primera (Soler) indica que en el art. 165 del C.P. quedan comprendidos los homicidios que revisten carácter de resultados preterintencionales de la actividad del agente. Esto es, según dicen los autores, los de carácter culposo. Seguidamente enseñan que el problema de esta postura es que, como no todos los homicidios dolosos pueden encuadrarse en el art. 80 Inc. 7mo., sino solamente aquellos que, además de realizarse

con dolo directo de homicidio, suponen una conexión ideológica de éste con el delito contra la propiedad, por lo que pareciera –siguen diciendo- que otros homicidios dolosos (Por ejemplo los cometidos con dolo eventual o con dolo directo que no importa la mentada conexión ideológica con el robo...) no quedarían comprendidos en el art. 165, sino que se daría un concurso real entre un robo simple y un homicidio simple. Según otra postura (Núñez) –continúan diciendo- descartados los supuestos del art. 80 Inc. 7º, quedan comprendidos en el 165 todos aquellos homicidios, tanto culposos como dolosos, en estos siempre que el dolo no se haya manifestado del modo exigido por el *criminis causae*; y por otra parte, (Fontán Balestra), si bien puede aceptarse que en la figura del art. 165 queden comprendidos todos los homicidios dolosos que no se puedan encuadrar en el 80 Inc. 7º, no es aceptable –según dicen- que se comprendan en aquel los homicidios culposos (incluso el preterintencional del art. 82) ya que la pena del art. 165 es muy superior a la que surgiría de la aplicación de las reglas del concurso real.

Seguidamente exponen que, de conformidad con su concepción de la norma, todos los homicidios que no se subsuman en el art. 80 In. 7º, encuadran en el art. 165 ya sea la imputación al autor del desapoderamiento a título doloso o culposo.

En relación con el problema que se plantea a nivel del iter *criminis* de la norma compleja que estudiamos, opinan que el acaecimiento de la muerte *con motivo u ocasión del robo* ya perfecciona la figura, aunque el atentado contra la propiedad no se haya perfeccionado.

Cierran el tratamiento del tema abordando la concurrencia de personas en el evento subsumible en la norma estudiada, en ese sentido afirman que quienes hayan concurrido pero no convergido intencionalmente con la forma de comisión que provocó el desenlace fatal responden por el tipo básico (art. 164), no por el agravado. Afirmando a continuación que esa convergencia puede surgir de la conformidad prestada por la utilización de ciertos medios para la realización de la fuerza o violencia en el robo. Ejemplifican con el partícipe que estuvo de acuerdo con la utilización de un explosivo para volar una puerta, de cuya explosión resultó la muerte de una persona; también –siguen diciendo- la aceptación de la utilización de un arma de fuego apta, evidencia la convergencia intencional.

En el tratamiento de la figura, luego de un breve repaso por sus antecedentes, el Dr. Donna deja en claro su postura en relación con el análisis dogmático de la

misma, así dice: “...teniendo en cuenta la pena, y debido a que se produce una muerte, dentro de un delito contra la propiedad, esto es, cuando el fin directo del autor iba encaminado al apoderamiento ilegítimo de cosa mueble y éste es el motivo de la agravante y de la pena de 10 a 25 años, que lo equipara al homicidio, de manera que no hay que buscar demasiadas explicaciones al contenido de esta agravante que, contrariamente a lo afirmado por el legislador, se trata de una muerte dolosa, no unida al robo ideológicamente, como el art. 80 Inc. 7 del Código Penal.

Más adelante opina que, en relación con la aparente superposición entre esta norma y la del homicidio criminis causae, el problema radica en que dichas normas tienen su fuente en dos legislaciones distintas, dice: “...la primera, esto es, el artículo 80 Inc. 7, tiene su origen en el Código Penal italiano de 1889. El artículo 165, en cambio, proviene del Código Penal español de 1848. Es difícil, entonces conciliar ambas normativas, cuando en esos Códigos no existían en forma conjunta, sino que, mas coherentemente, están excluidas mutuamente.”

Luego, creo que acertadamente, repasa la opinión de los autores españoles, en las que puede observarse la misma heterogeneidad interpretativa que en la doctrina nacional, gestada, según entiendo, en la defectuosa técnica legislativa que utiliza la norma.

En ese sentido señala que para Pacheco, el tipo es aplicable cuando varias personas concurren a un robo y del mismo resulta un homicidio, sin que pueda determinarse quien, de los coautores del robo, lo materializó, esta opinión es seguida en Argentina por Gómez.

Groizard y Viada sostienen –enseña- que la norma refiere a una conexión ocasional entre la dos figuras que la integran. Para Quintano Ripollés es la relación de causalidad la que va a servir de pauta a la evaluación de las responsabilidades conforme sus propias exigencias lógicas y psicológicas. Rodríguez Devesa, citado textualmente, opina que el sujeto debe por consiguiente haber causado la muerte por la falta de cuidado que le era exigible y de previsibilidad o evitabilidad del resultado.

Luego repasa las principales posturas asumidas en la doctrina nacional, aclarando que participa de la opinión que sostienen, entre otros Fontán Balestra y Tozzini, y puntualizando que lo que se ha intentado es hacer una interpretación sistemática de la norma que la concilie con el art. 80 Inc. 7 del Código Penal.

Aclara que puede partirse de una hipótesis de máxima que admite la impu-

tación del homicidio calificante a título de dolo –excluidos los supuestos de conexión ideológica entre ambos ilícitos- ya sea éste de primer o segundo grado o bien eventual mas la imprudencia. Y la hipótesis de mínima para la que solo se da la configuración del tipo complejo ante la comisión dolosa del homicidio resultante, descartados los casos de conexión ideológica entre ambas figuras.

Como ya afirmó al comenzar el tratamiento del tema, Donna entiende que el juego armónico de ambas normas exige, aceptar la hipótesis de mínima, suscribiendo que la imprudencia no puede ser factor calificante de un atentado contra la propiedad en los términos del 165 del catalogo punitivo.

El sujeto debe –continúa diciendo- tener comprensión, dentro de sus posibilidades, de la muerte de la persona, o por lo menos la aceptaba y quería dentro de la eventualidad del resultado posible.

Hace alusión también al argumento de política criminal consistente en analizar las penas, así la sanción del 165 es claramente incompatible con las sanciones previstas en el Código para las conductas imprudentes.

Refiere luego cuestiones de autoría en relación con la figura y hace una crítica del pleno Galván, sosteniendo, que su conclusión es inadmisibile, y es más, está en el campo de la analogía *in malam parte*. Ahora bien –dice- si la muerte del tercero es producida por el disparo de la víctima o de un funcionario policial, a éste se le acreditará un homicidio, que podrá ser dolo o culposo, mientras que el ladrón solo responderá por el robo. Y en otro párrafo, con la misma claridad, sostiene que al argumento de que el homicidio calificado es, o sigue siendo, homicidio antijurídico, cabe oponerle los principios básicos del derecho penal, parte general. Si el homicidio, cuyos autores, sin dudas son los policías, está justificado y esto es cierto, no se puede decir con seriedad que lo que es jurídico para unos es antijurídico para otros. Las causas de justificación eliminan el injusto para todos...inconscientemente se vuelve al *versari in re illicita* criticado por la doctrina y no aceptado ni siquiera para los terceros.

Para terminar el repaso del abordaje que hace Donna de éste tipo complejo, y en relación con la posibilidad de tentativa del mismo, la descarta. En esa dirección entiende que por un lado la tentativa de apoderamiento con resultado mortal ya lo perfecciona, y por otro lado el fin de matar para robar lo excluye, lo corre.

Elizabeth A. Marúm, en el libro dirigido por Zaffaroni y Baigún, luego de analizar la estructura compleja de la norma (bienes jurídicos que protege), afirma en

coincidencia con la posición de Simaz, que a pesar de la ubicación sistemática de ésta (delitos contra la propiedad) el valor más importante tutelado es la vida, y citándolo dice:...en el ámbito de las representaciones subjetivas lo principal es el ataque al patrimonio, siendo secundario el atentado contra la vida, sin embargo, el ordenamiento jurídico, no se atiene en este caso a las configuraciones jurídicas del delincuente y otorga una protección jurídica directa a éstos bienes por considerarlos desde esta perspectiva como principales, dada su relevancia por sobre la propiedad.

Al analizar los homicidios que quedan comprendidos dentro de la norma, y luego de repasar al respecto las principales posturas (Soler – Ramos Mejía, entre otros-, Núñez –Creus- y Fontán Balestra –Tozzini-) asevera que comparte el criterio de quienes sostienen que el homicidio resultante, que califica el delito contra la propiedad, solo puede ser el que se comete con Dolo, sea éste directo pero no ideológicamente conectado, indirecto o eventual, expresando: ...y por la necesidad de atender a las consecuencias al momento de escoger la hermenéutica adecuada, en especial, la de llegar a una solución justa conforme los parámetros punitivos contenidos en el resto de las figuras.

En el mismo sentido, afirma que cuando el legislador ha querido legislar figuras culposas, utilizó una fórmula que aquí no se vislumbra (negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia).

A continuación opina que la conceptualización de esta norma como delito complejo o calificado por el resultado depende de la concepción de la norma que se tenga. No obstante Zaffaroni –dice- expresa que se pretende dividir a las figuras complejas en preterintencionales y calificadas por el resultado o hacer de las segundas el género de las primeras; sin embargo, esta expresión pareciera tener una reminiscencia de responsabilidad objetiva, por lo tanto, es preferible distinguir entre figuras simples y complejas abracando en éstas últimas los casos de preterintención, culpa compleja y doble resultado doloso.

Cita a Jiménez de Asúa quien refiriéndose al Código Penal español, se pregunta si se trata de un delito calificado por el resultado o si se exige culpabilidad, aunque sea culposa, en la consecuencia mortal. Y responde que el Código Penal español, al referirse al “culpable de robo con violencia en las personas” excluye el hecho ocasional de una muerte por el susto, o de un fallecimiento fortuito por caerse el dueño de la casa por una escalera...

Seguidamente hace un repaso por los dispares criterios jurisprudenciales, señalando que cualquiera sea la posición que se asuma, deben quedar fuera de la norma los resultados que son consecuencia completamente fortuita del robo.

En relación con el homicidio ocasionado por un tercero (víctima o policía), siguiendo a Tozzini indica que si la muerte de un tercero la produce un disparo de la víctima o un funcionario policial, a éste último se le acreditará un homicidio culposo y al ladrón el robo simple y la resistencia calificada, afirmando que la aplicación en este caso de la figura que estudiamos extendería indebidamente el tipo, haciéndole cargar a quien no cometió un homicidio con una pena desproporcionada. Seguidamente cita, en relación con lo antes dicho el fallo “Galván” de la SCJBA. Alegando, luego de transcribir una parte del mismo, que dicho precedente deja de lado los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad, al independizar el resultado muerte de la acción del sujeto a quien se le imputa, implicando –dice- un retorno al *versari in re illicita*.

En lo que hace a la divergencia de opiniones que se plantean en torno al momento consumativo de la figura compleja, y si éste requiere de la consumación de los dos tipos que lo integran (robo y homicidio), luego de repasar algunas posiciones doctrinarias (las que, como ya vimos, en general entienden que el acaecimiento del homicidio perfecciona la figura independientemente de la consumación del robo) opina que tratándose de delitos complejos, que implican la comisión de dos figuras dolosas que conforman una sola tipicidad, ninguna razón –dice- existe para aplicar la pena del tipo complejo perfeccionado, frente a la ausencia de consumación de alguna de ellas, compartiendo finalmente la opinión de quienes afirman –entre ellos Simaz- la existencia de un concurso real de delitos si alguno de los atentados no se consuma.

Por último, en relación con la autoría y participación en la figura compleja, luego de entender que las dificultades que se presentan al respecto de ello, tienen su génesis en la estructura compleja de la figura, y de repasar las posturas que hay en este tema, sostiene que ninguna duda cabe que, si el coautor u otro participe del robo carece de dolo en relación al homicidio, no podrán nunca responder por la muerte.

BREVE REPASO POR ALGUNOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Uno de los primeros temas que abordé, luego de haber elegido para mi trabajo final el análisis de ésta norma, fue su tratamiento jurisprudencial, buscando en distintas etapas y fueros. El camino me llevó por las más diversas lecturas de la misma, interpretaciones tan diversas entre sí, que si fueran leídas prescindiendo del texto del tipo, el lector rápidamente concluiría que se trata de la interpretación de artículos diversos. El acotado marco de este trabajo, la cantidad de pronunciamientos que hay sobre el tema y las profundas divergencias advertidas, lo hacen imposible de sintetizar. Ojala en un futuro no tan lejano, podamos ir encontrando coincidencias en los pronunciamientos, que permitan acercarnos a una interpretación uniforme del texto por parte de la jurisprudencia, lo que significaría un sustancial aporte al principio de legalidad penal, base fundamental de un derecho penal que se pretende liberal.

Lo dicho no es un tema menor, un simple accidente geográfico (diferente lugar de comisión) puede significar que, en iguales circunstancias, una persona reciba una pena de prisión perpetua o una pena divisible, que aunque alta, es, en razón del principio constitucional de progresividad de la pena, sustancialmente favorable para el imputado. Tomando y aplicando al caso terminología usada por la Corte de Justicia, si bien en un caso diferente, claramente asimilable“...*Una asimetría total...destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal...*”. (Fallos 328:1146)

En la selección hecha de los antecedentes jurisprudenciales, lejos de agotar el tema, traté de sintetizar las distintas posturas asumidas, rescatando aquellos que, en merito de lo resuelto, se ajustan a la lectura de la norma con la que coincido.

El recorrido elegí iniciarlo en el año 1940, y en fallo de la Corte de Justicia de Buenos Aires, tribunal que, como veremos más adelante, en relación con la figura que nos ocupa, ha dictado uno de los fallos mas controvertidos y como dije en la introducción a estas líneas, uno de los que más me tentó a estudiar el tema.

En el precedente “*Ruíz y Ayala, Mario del año 1940*” la SCJBA estableció que “...*si el homicidio es pre ordenado al robo y se comete como medio del evento de*

lucro corresponde aplicar el art. 80 Inc. 7mo. del Código sustantivo, si por el contrario la muerte es un resultado previsible pero eventual que no ha entrado en los planes del autor del robo, debe reprimirse conforme al art. 165...”

Tal como surge de su texto, ya el tribunal marcaba con precisión los límites entre la figura del 165 y la del homicidio calificado del art. 80 Inc. 7mo.

Unos años más tarde, ya con otra conformación, la SCJBA dictaba el discutido acuerdo plenario que en el medio conocemos como “fallo Galván”. En el mismo (A.P. Nro. 36.212 Sent. 1987-I-228) se sostuvo por mayoría que si el homicidio se produce con motivo u ocasión de un robo, el mucho mayor daño jurídico derivado de la pérdida de una vida no disminuye por que en el contexto del robo (causa decisiva) se intercale una justificante a favor del autor del homicidio. El homicidio justificado –como lo fuera en el caso los cometidos por personal policial- no deja de ser un homicidio, pues este vocablo del art. 165 del Código Penal simboliza el hecho de matar a otro.

Lo refiere también como un complejo de delitos en el que la ley no distingue cuando habla de homicidio, no se puede separar el desapoderamiento de la muerte, porque hubo una continuidad entre el primer enfrentamiento y el segundo y que aquella se produce en el proceso ejecutivo del robo.

Para destacar el voto del Dr. Ghione, el que dice: “...*Mediante la expresión “resultare un homicidio” el art. 165 del C.P. independiza el concepto de este homicidio de los sujetos activos y pasivos del robo, percibiéndose la diferencia con otros tipos penales en los que la ley restringe sus calificantes a los sujetos activos y pasivos de la figura básica (arts. 124, 142 bis “in fine”, 144 terc. Inc. 2do.) y también con los tipos en que la autonomía se presenta solo respecto de los sujetos pasivos (arts. 186 Inc. 4to. y 5to., 189 párrafo segundo, 200 párrafo segundo, 203 “in fine”) figuras estas que alcanzan con sus calificantes las consecuencias típicas que recayeren sobre coautores o partícipes de modo similar a como ocurre con el tipo especial del art. 165...”* (SCJ LA PLATA, BUENOS AIRES 24-2-1987 G.I. S/ robo agravado por el empleo de armas P. 36.212 Jueces Guione, San Martín, Mercader y Laborde)

La jurisprudencia de la Corte de Buenos Aires, siguió esa doctrina judicial durante unos años, reiterándose en los plenos 39021, 37124, 47946, entre otras, siempre sobre la base de entender que la figura que nos ocupa no distingue, en tanto se refiere a un homicidio, de modo que por esta calificante se pena más severamente el robo del cual resulta una muerte.

Actualmente dicho tribunal modificó sustancialmente la doctrina judicial en relación con la interpretación que debe hacerse del tipo complejo del art. 165, ajustándola a los principios generales que informan el derecho penal, y apartándose definitivamente del criterio de atribución de responsabilidad esbozado en “Galván”, un criterio de responsabilidad penal objetiva, una suerte de renuncia al principio de que **no hay responsabilidad sin culpa**, fundamentada en razones de justicia inadmisibles en el derecho penal argentino.

Dos acuerdos de dicho tribunal son ilustrativos de lo recién afirmado, así se sostuvo que:...”no puede admitirse en ninguna hipótesis una pena más grave en razón del resultado que no haya sido causado por dolo o culpa, porque violaría el principio de culpabilidad consagrando una inadmisibile responsabilidad objetiva. Si no cabe asignar participación autoral al imputado, en la muerte de la víctima, queda descartado el juicio de reproche...” (SCBA 14/11/2007 “A., J. s/ Recurso de casación”, P 94.097 S, Jueces: Kogan, Genoud, Negri, De Lazari). y unos años antes, en el mismo sentido afirmaban: “...En el art. 165 del C.P. el autor del robo no puede responder por cualquier homicidio que derive de aquél, aún cuando fuere fortuito; pues la atribución de responsabilidad penal está presidida por el principio de culpabilidad. Así, el resultado debe poder atribuirse a una conducta reprochable del autor, en el sentido de dominable, evitable. De otro modo, se abriría paso a un tipo de responsabilidad objetiva en materia criminal que, en todo caso, estaría constitucionalmente vedada...” (SCBA 17/03/2004 “M., G. s/ Recurso de casación” P. 74.499 jueces: Pettigiani, de Lazari, Roncorini, Hitters, Kogan, Soria). Interpretación que se repitió en el pleno 64.525, 76.557 y otros.

Ya para cerrar el repaso de los antecedentes de la Corte de justicia de Buenos Aires, hay un fallo en el que expresamente reconocen la desacertada postura asumida por la anterior conformación del tribunal, sostienen que: “...la interpretación que anteriormente esta Corte había asignado al art. 165 del C.P., tiende a intensificar la reacción penal por las muertes sobrevinientes en ocasión de un robo sobre quien ha intervenido en el desapoderamiento ilícito, con cierta independencia de su participación directa en tal accionar o de su grado de conciencia al respecto. Sin embargo, la amplitud de tal formulación también merece reparos desde una perspectiva sistemática, pues la excesiva atribución de consecuencias jurídicas a un sujeto, puede colaborar a la inapropiada desvinculación de responsabilidad de otros sujetos intervinientes, especialmente cuando son agentes públicos...” (SCBA 21/02/2007 “M., M. s/

recurso de casación” P. 89.803).

En general, las salas del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, por lo menos desde el año 2000 en adelante, sostienen que el resultado calificante del complejo debe necesariamente poder atribuirse al autor del desapoderamiento, ya sea a título de dolo o culpa, alejándose de lo que oportunamente fue la postura asumida por la Corte Provincial en Galván. Hay inclusive algún voto en disidencia que asumía una interpretación restringida de la norma.

La sala 2da., en el fallo Otazo sostenía: “...cabe desechar la posibilidad de encuadrar la conducta sub examine en la figura del art. 165 del C.P. si el resultado homicidio fuese accidental e independiente de la culpabilidad del autor, so pena de infringir la disposición del art. 19 de la Constitución Nacional y el denominado principio de culpabilidad...Las figuras calificadas requieren que el resultado sea provocado directa e inmediatamente por el hecho doloso base...” **(Trib. Cas. Penal de Bs. As. Sala II sentencia del 24/08/2000 en causa nro. 1875)**

Sala III: “...A propósito de algunas decisiones del Tribunal Supremo Español similares a las de la Suprema Corte de anterior integración, de la que se apoya la Fiscalía ante el tribunal, se ha dicho que las mismas desconocen cual es la relación típica del robo con homicidio, cual es la ratio del precepto y a quien va dirigida su protección, recordándose que las críticas llegan incluso a revestir matrices irónicos, como el expresado en “Domínguez y Galván”, cuando se quiere llevar la postura que no comparto a sus últimas consecuencias, como si en el aborto con resultado muerte o lesiones (de la embarazada) debiera responder el abortador, por aborto con lesiones graves, si después de realizar la acción, tropieza, cae y se lesiona (Ginbernat Ordeig), siendo dogmáticamente incorrecto hacer responsable al resto de los ladrones de la muerte de uno de ellos producida en la persecución y por disparos del que persigue...” **(Trib. De Cas. Penal de Bs. As. Sala III Sentencia del 19/06/2003 en causa 7024)**

Para cerrar el brevísimo repaso de la Jurisprudencia del tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, quiero transcribir un voto en disidencia del Dr. Mancini, que asume la interpretación de la norma que comparto, decía: “...deseo aclarar que no participo de la postura que tolera que esa base mínima de culpabilidad sea la que se ha dado en denominarse de la culpabilidad culposa. Y ello puesto que en la figura penal que estamos considerando el dolo es el único modo comisivo, por el cual dentro de la sistemática general adoptada por la ley penal argentina, no encuentro

modo de provocar dogmáticamente el corrimiento...” (Sala II, Trib. Cas. Penal de Bs. As. Sentencia del 27/12/2001 en causa 4116, Depeller, Hugo Joel S/ Recurso de casación)

En el curso del seguimiento que hice del tratamiento jurisprudencial de la norma, encontré fallos que hicieron un minucioso tratamiento de su estructura, si bien en el caso que voy a transcribir a continuación, llegando a una conclusión con la no coincido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, ya con su actual conformación, sostenía: “...En los casos del art. 165 C. P., “Por motivo u ocasión de robo resultare homicidio...” se está ante un delito que contiene y unifica dos infracciones, que importan la ofensa a dos bienes jurídicos distintos como lo son: la propiedad, por un lado, como hecho principal (aunque no más grave) y la ofensa a las personas, como resultado por el otro. Pero la fusión de las infracciones apuntadas “... da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente”, la cual es indivisible, y de acuerdo a la ubicación en el código penal, reconoce al apoderamiento de la cosa ajena como núcleo rector del delito y la ofensa a las personas como resultado agravante. Se trata de los delitos cualificados por el resultado donde “la especial peligrosidad inherente a determinadas acciones por sí solas ya punibles, conduce a castigarlas con penas sustancialmente mayores cuando el peligro típico que el hecho encierra se realiza en un resultado lesivo”. Estos delitos son tipos caracterizados por una especial combinación de dolo e imprudencia: el delito base doloso (excepcionalmente imprudente) ya es punible por sí solo, mientras que la producción del resultado eleva la penalidad. La unidad delictiva del tipo penal complejo por ofender dos bienes jurídicos, como lo son la propiedad y la vida de las personas en el supuesto del art. 165 C. P., no autoriza a afirmar que se trata de la concurrencia de dos tipos delictivos, el robo y el homicidio doloso o culposo, y que debe excluirse si el homicidio aparece justificado. Resulta equívoco preguntar a qué clase de homicidio se refiere la ley en esta disposición (CP. 165), la muerte resultante debe estar conectada, bajo la forma de responsabilidad culposa porque lo que sea resultado de puro caso fortuito no es un resultado de la acción desplegada para robar...” (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 22/08/2007, “Aguirre, Ariel Rafael y otro p.ss.aa. robo calificado, etc. “recurso de casación-”, Expte. “A”, 32/05, Jueces: María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel)

El recurso de casación que motivó la intervención del máximo tribunal de la Provincia de Córdoba, fue interpuesto por la defensa de los imputados contra el fallo

de la Cámara en lo Criminal Nro. 8 que, siguiendo la línea del Tribunal Superior, sostenía: “...La conducta desplegada por los encartados debe encuadrarse como homicidio en ocasión de robo, en calidad de coautores, en los términos de los arts. 45 y 165 del C. P. La imputación importa la atribución a los coautores de un efecto (la muerte de uno de los integrantes del grupo) que excede el fin delictuoso primario y principal que se propusieron (el ataque violento y armado con armas de fuego a la propiedad del damnificado), pero que materialmente aconteció en el contexto violento como lo fue el intercambio de disparos de armas de fuego con uno de los afectados, de la acción del robo y, que debe reprocharse a título de dolo eventual a los imputados ya que éstos se representaron como posible, que la invasión de una propiedad ajena con fines furtivos desplegando violencia con armas de fuego operativas pudiese generar su utilización letal o ser repelida y resistida de la misma manera, es decir, mediante el empleo de armas de fuego por parte de los ofendidos o terceros, no obstante lo cual, actuaron, mostrando así una clara finalidad delictiva demostrativa del desprecio absoluto hacia bienes jurídicos que tutelan la vida de las personas o su integridad física. Es precisamente ese desprecio por el resultado o su indiferencia de que ocurra lo que ocurrió, que se anunciaba como posible en cualquier variante o como repuesta a la ofensa armada que desplegaban, lo que sitúa su accionar en la ya mentada forma de dolo que animó sus conductas delictivas. No puede sostenerse en modo alguno que la muerte del delincuente haya sido un hecho fortuito respecto de los encartados, sino que, por el contrario, lo advirtieron como posible en el campo del elemento intelectual del dolo y, no obstante ello continuaron en la ejecución de su designio criminoso, despreciando los resultados que de su accionar podían derivarse. Si bien el autor inmediato de la muerte es el agredido (cuyo accionar resultara justificado en los términos del art. 34 inc. 6º del C. P.), al haber contribuido los encartados a generar la situación de violencia en que se produjo el resultado letal, entiendo debidamente satisfecho el principio de imputación subjetiva que rige el ejercicio del Jus punendi por parte del Estado. Cuando como consecuencia (directa, indirecta o eventual) de un desapoderamiento ilegítimo y forzado se produce la muerte de una persona (agresor, agredido o un tercero ajeno) por las violencias ejercidas por cualquiera de esos mismos sujetos (mas allá de la legitimación con que alguno pudiera actuar) nos encontramos en el supuesto del artículo 165 del C. P. por haberse derivado del primitivo designio del robo un mucho mayor daño jurídico como es la muerte de un ser humano...” (Cámara en

lo Criminal de Octava Nominación de Córdoba, 24/05/2005, Aguirre Ariel Rafael y Otro p.ss.aa. robo calificado y tenencia ilegal de arma de guerra, Expte. 87.081)

En general, por lo que pude observar, reitero, en un análisis que dista de ser exhaustivo, los tribunales cordobeses siguen la doctrina judicial que sostiene su tribunal superior, como vengo diciendo, una postura difícil de conciliar con los mandatos que sirven de cimiento a nuestro ordenamiento jurídico, y que, limitan las conclusiones a las que se puede arribar en la necesaria labor interpretativa.

Los integrantes de la Cámara Nacional de Casación Penal han zigzagueado entre un criterio emparentado con “Galván” de responsabilidad objetiva, y un criterio restringido de la norma, que limita su aplicación a la ocurrencia dolosa de las dos acciones que integran el tipo complejo que estudiamos, así se ha dicho que: “...*cuando como consecuencia (directa, indirecta o eventual) de un desapoderamiento ilegítimo se produce la muerte de una persona (agresor, agredido o un tercero ajeno) por las violencias ejercidas por cualquiera de esos mismos sujetos (mas allá de la legitimación con la que alguno pudiera actuar) nos encontramos en el supuesto del art. 165 del Código Penal por haberse derivado del primitivo designo del robo un mucho mayor daño jurídico como es la muerte de un ser humano...*” del voto de los Dres. Tragant y Rigui por la mayoría, (C.N.C.P., sala II, 14/06/2007, “**Grigoriev, Sergio Aníbal**” causa Nro. 7664 jueces: **Ledesma, Tragant y Rigui**) -M-).

En otro pronunciamiento, también con la disidencia de la Dra. Ledesma se sostuvo: “...*Está debidamente fundada la condena por homicidio en ocasión de robo -art. 165 CP- si las muertes producidas durante la huida del lugar se encuentran absolutamente ligadas a la conducta del imputado y ese resultado le era previsible, ya que la decisión de intentar escapar del lugar y la forma de realizarla -mediante la toma de rehenes- fue asumida por quienes intervinieron en la ejecución del robo, a sabiendas de que existía una alta probabilidad de que se suscitara un enfrentamiento con las fuerzas de seguridad y que de ello derivase un riesgo cierto para la integridad física de ellos y de los rehenes...*” del voto de los Dres. González Palazzo y Mitchell (C.N.C.P., Sala IV, 11/06/2008, “**Martínez, Carlos Sebastián y otros**”, Causa N° 3680. Jueces: **González Palazzo, Mitchell, Ledesma**).

La postura contraria, que sostiene la Dra. Ledesma, sustenta que la doble imputación debe hacerse sobre la base del conocimiento cierto por parte del autor del contenido de sus dos acciones, en el fallo García la mencionada magistrada dijo: “...*la*

figura prevista en el 165 del Código Penal requiere que el autor tenga conocimiento efectivo y real de los elementos del tipo objetivo del 165 y la voluntad realizadora de aquel. Ello en razón de que el homicidio al que se refiere la norma debe ser doloso y no culposo (C.N.C.P. sala III, 26/04/2007, “García Eva Leonor”, causa Nro. 7415)

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el año 98 delimitaba el ámbito de la figura que nos ocupa en los siguientes términos: “...*las situaciones fácticas entre los tipos penales de los Arts. 165 y 80 Inc. 7 C. Pen. Se construyen sobre la base de un idéntico elemento material, la muerte de una persona y un atentado patrimonial de manera tal que la diferencia entre uno y otro delito se base en el elemento subjetivo...*” (*Sup. Corte de Justicia de Mendoza 8/7/1998 Fiscal v. Ledesma, Ahumada Darío y otros*)

La sala 2da. de la Cámara Penal de Rosario, en el año 91 afirmaba: “...*la agravación de la figura no se funda en una conexión subjetiva dolosa, sino en que del episodio resulte una muerte...*” (*C. Penal Rosario, sala II 29/11/1991 causa Pintos Ramón*)

Como sostuve al empezar éste capítulo del trabajo, el recorrido no pretende agotar el tema, sino solo hacer un brevísimo repaso por algunos precedentes, que tal como adelanté al principio, están encontrados en su concepción de la norma, cuestión que dificulta seriamente la necesaria unificación que debería primar en la jurisprudencia.

Como vimos, tan disimiles conclusiones, están enlazadas con el diferente abordaje que de la estructura de la norma hacen los más importantes trabajos doctrinarios, problema que responde a la distinta génesis de esta norma y la del homicidio criminis causae, en legislaciones que no las hacen convivir en un mismo cuerpo.

PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL ROBO CON HOMICIDIO

Una parte importante de la Doctrina y Jurisprudencia nacionales afirman que los supuestos de concurrencia de personas, en el delito que estudiamos, deben resolverse en relación con el atentado contra la propiedad, prescindiendo de la aplicación de las reglas de participación criminal en el homicidio resultante de ésta. En otros términos, acreditada la empresa criminal en relación con el atentado patrimonial, si luego resultare un homicidio, quedan todas los intervinientes atrapados en los elevados márgenes de penalidad del art. 165.

Las fundamentaciones esbozadas para ello giraron siempre en torno a la deficiente técnica legislativa de la norma, basta que la muerte se produzca con motivo u ocasión de un robo, decía algún fallo, trama por la que, como ya vimos, ha llegado a responsabilizarse a uno de los coautores del robo, por la muerte de uno de sus compinches.

Así se sostuvo: "...La figura del art. 165 del Código Penal describe un robo calificado por el resultado y, entonces, capta a quien participare en el robo con motivo u ocasión del cual se produzca el homicidio..."³

Entiendo que, a pesar de la estructura compleja de la norma, la misma no escapa a las reglas sobre participación criminal previstas en la parte general del Código Penal.

Adhiriendo a la doctrina, hoy mayoritaria, del dominio del hecho, que enseña que solo pueden responder en carácter de autores quienes tengan el dominio del curso causal de los acontecimientos, habrá que precisar en cada caso, cual fue el aporte de los concurrentes en el ataque al conjunto de bienes jurídicos que protege la norma. Así, con arreglo de las reglas que surgen de la teoría de la participación criminal podrá desentrañarse si, en razón del plan previo, estamos en presencia de coautores; o si por el contrario, quienes concurrieron hicieron un aporte al hecho de otro, en los límites de la complicidad, sea ésta primaria o secundaria (pero siempre dolosa y

3. SCBA, 09/04/1996, "F.,G. s/ Robo simple con homicidio criminis causa", P 53817 S, Jueces: Mercader-Ghione-Laborde-San Martín-Pisano).

accesoria), esto es, reconociendo en otro el dominio del hecho, los que deberán responder por su aporte, y en sus límites.

Comparto con el Dr. Bacigalupo la opinión de que, *en realidad, el delito complejo no es una categoría autónoma, sino una forma defectuosa de regular el concurso de delitos*,⁴ por lo que, a pesar de las buenas intenciones, con base en fundamentos de política criminal, que llevaron al legislador a incorporar este tipo de normas, no lo comparto y no creo que sea de utilidad a los fines preventivo generales.

En ese sentido, el rol que cada uno asuma, cuando varios participen en la comisión del injusto, debe analizarse detenidamente, evitando caer en la postura de la asignación genérica de responsabilidad por el solo acaecimiento de una muerte en las circunstancias temporo espaciales de un atentado contra la propiedad.

La postura asumida, parte de un irrestricto respeto por el principio de culpabilidad, que exige responsabilizar a cada uno de los partícipes en la medida justa de su aporte al hecho, por lo que, si en la concurrencia múltiple al evento, uno de los actores se excediere en el plan delictivo, y, ya en la fuga, cometiere un homicidio, pretender que sus cómplices asuman responsabilidad por ello, arroja una visión del derecho incompatible con nuestra Constitución Nacional.

Siguiendo esa línea la jurisprudencia ha afirmado que si el autor del hecho no puede ser autor responsable de un robo calificado por resultar su propia muerte, tampoco puede entonces afirmarse que el imputado partícipe, pueda participar en la conducta atípica de otro, la participación es siempre dolosa, en el injusto de otro, y por lo tanto es accesoria.⁵

La correcta determinación del sujeto pasivo de la figura que nos ocupa, es el punto de partida para una interpretación del asunto respetuosa del principio de culpabilidad, y por otro lado, a la imputación objetiva del resultado, debe precederle la imputación subjetiva del mismo, en los límites en los que cada concurrente actuó.

En esa dirección la Corte de Justicia de Buenos Aires manifestó: “...*El artículo 165 del C.P. se refiere a un delito complejo de robo y homicidio destinado a un solo autor, y cuando intervenga mas de uno, para determinar el grado de responsabilidad de cada sujeto, habrá que acudir a las normas de participación criminal contenidas en las disposiciones generales del Código...*”⁶

Para Finalizar, como veremos, la interpretación de la norma que sostenemos, admite la imputación del homicidio resultante a título de dolo eventual, por

lo que, si de conformidad con las circunstancias de la causa, dicho resultado era claramente previsible y la eventualidad fue aceptada por quienes concurrieron al hecho, independientemente de quien haya materialmente consumado el resultado mortal, la responsabilidad deben asumirla todos a título de coautores.

-
- 4 . BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá 1998, Pág. 220.
 - 5 . Trib. De Cas. Penal de Bs. As. Sala II 2002, "Otazo Juan Manuel", causa 1875
 - 6 . SCJBA 13-03-90 "Acuña Raúl y Vera Alberto"

LA TENTATIVA DEL HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO

Hace relativamente poco, revitalizando una vieja discusión doctrinal, el Trib. de Casación Penal de Buenos Aires, en relación con la posibilidad de interrupción del curso causal de un delito de robo con homicidio decía: “...*La figura prevista en el art. 165 del Código Penal no admite tentativa y se consuma cuando se comete un homicidio con motivo u ocasión del robo sea éste último tentado o consumado...*”⁷

La postura asumida, lejos de estar aislada, es la seguida por una importante parte de la comunidad jurídica y entre ella, como ya vimos cuando repasamos las opiniones de la doctrina en relación con la norma que nos convoca, por destacados colegas.

Las discusiones se centran en la determinación del momento consumativo de la figura y si ésta admite o no la posibilidad de tentativa.

Los argumentos trazados por la doctrina y alguna jurisprudencia que desecha la posibilidad de tentativa de la figura, generalmente parten de la idea de que, el complejo estudiado se compone de un hecho base doloso (robo) con más un homicidio que debe ser accidental respecto de aquel, tal como afirmó la cámara nacional de casación penal, como todo delito finalmente imprudente, no admite tentativa.⁸

En relación con el tema, y siguiendo la postura que asume Néstor Jesús Conti, entiendo que, la estructura compleja de la norma, exige que se consumen las dos acciones prohibidas para considerar perfecta la tipicidad, de lo contrario el complejo se quiebra sin posibilidad de quedar tentado

Tal como afirma el autor precitado, si el atentado contra la propiedad queda en grado de conato, considerar consumado al complejo por la materialización del homicidio importa violentar el principio de proporcionalidad mínima de la pena. En otros términos, no resulta coherente, entender sancionable, con la misma base de penalidad, una acción perfecta y otra en la que el atentado contra la propiedad no se consuma.

Y si bien, la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de tentativa,⁹ entiendo que eso no es posible.

7 . Trib. Cas. Penal de Bs. As. 03/18/2010 - “Merlo, Alberto A”.

8 . CNCas. Pen. Sala III 05/09/2000 - “Tomier, Pedro A”.

9 . Trib. Cas. Penal de Bs. As. Sala II, 7/11/2002, “Vergara Julio Cesar” causa 6306, entre otros.

La imperfección de cualquiera de las acciones que integran el tipo complejo, imposibilita la aplicación de la norma, debiendo acudir a las reglas del concurso de delitos previstas en la parte general del Código Penal, y ello obedece fundamentalmente a dos razones, en primer lugar, como ya dije, se quiebra la estructura compleja del tipo y por otro lado, la aplicación de la escala reducida del art. 42, puede conducir a resultados asistemáticos.

Resulta de ello ilustrativo el fallo de la Corte de Buenos Aires, en el que se sostuvo: “...la solución propuesta por el tribunal de casación que resolvió que correspondía calificar el hecho en los términos del art. 165 –en función del art. 42- del C.P. llevaría a la inconsecuencia de que quien coparticipa en dar muerte a otro en el contexto de un robo tentado podría castigarse con menos pena que quien solamente hubiera contribuido en el homicidio, con la inexplicable incongruencia de conllevar un menor reproche para quien se ha alzado contra dos bienes jurídicos (propiedad – vida) que el que se endilgaría a quien lo ha hecho contra uno solo (vida). Por ello, en supuestos como el que nos ocupa, deben regir las normas sobre el concurso de delitos entre los ilícitos acreditados, correspondiendo acoger el recurso y condenar al imputado por la coautoría del delito de tentativa de robo con armas en concurso ideal con homicidio simple (arts. 42, 45, 54, 79 y 166 Inc. 2do. del C.P. –cfr texto anterior al dictado de la ley 25.882.)...”¹⁰

10 . SCJ Bs As, 14/11/2007, “P., A. s/ Recurso de Casación”, P. 86924 S.

LA PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL

El anteproyecto de Código Penal presentado por la comisión creada a ese fin en el año 2013, si bien supera ampliamente los problemas interpretativos que venimos abordando, los resuelve con una metodología que no comparto.

Así, luego de legislar la figura básica de Robo en el art. 141, a la que, en relación con su actual redacción, solo agrega la intimidación como modo comisivo, en el Inc. 4 establece que: *“Si las violencias ejercidas para cometer el robo causaren la muerte en los términos del art. 83 el máximo de la escala penal será de diez y ocho años (18)...”*.

Decía la comisión: *“...El art. 165 vigente ha provocado discusiones de todo tipo. El origen de la discusión se remonta al texto original de 1921, que se sobreponía al homicidio criminis causae o, al menos, nunca se lo pudo delimitar muy nítidamente respecto de éste, porque en realidad se trata de dos disposiciones que provienen de diferentes fuentes...En el extremo de esta lenidad, alguna sentencia he considerado que debe aplicarse conforme a la escala de la tentativa cuando el robo no llega a consumarse...el homicidio doloso cometido con la violencia del robo, es homicidio calificado criminis causae...las lesiones graves y gravísimas cometidas dolosamente con la violencia del robo son lesiones calificadas criminis causae...el homicidio culposo resultante de la violencia del robo no se resuelve conforme las reglas generales del concurso ideal, sino conforme a las del concurso real. Si se suprime toda referencia, operaría la regla del concurso ideal, que excluiría la pena del homicidio culposo por ser más alta la del robo...”*

Como puede verse, la comisión asume el criterio de la conservación de la norma compleja, resolviendo su coexistencia con el homicidio criminis causae (regulado en iguales términos a la norma vigente, en el art. 77 Inc. 2do. a) a partir de la expresa aclaración de que, el homicidio resultante debe ser imputado a título de imprudencia.

Resulta acertado el haber ceñido a la imprudencia el elemento subjetivo del tipo, dejando atrás las constantes discusiones que se generaron en torno a ello y

ajustando la sanción a dicha imputación (5 a 18 años). Por otro lado, igualmente atinada, aparece ahora la expresa mención de que la muerte debe poder atribuirse a las violencias ejercidas para cometer el robo, superando las disputas que, a partir del fallo Galván, se gestaron en la deficiente técnica legislativa del texto vigente, en relación con la autoría del tipo penal complejo que analizamos.

No obstante, a pesar de los aciertos apuntados, discrepo con la solución proyectada. Respetuosamente entiendo que lo mas conveniente, ante un supuesto de hecho en el que coexistan afectaciones a diferentes bienes jurídicos, hubiese sido dejar que, como en el resto de los casos, actúen las reglas previstas en la parte general para el concurso de delitos; son éstas y su lógica, las que permiten en cada caso, llegar a la solución mas justa.

CONCLUSIONES

El problema de las diversas interpretaciones que se hicieron de la letra del art. 165, entiendo que, en principio, obedece a la apresurada importación legislativa de una norma, que en su legislación de origen, fundamentalmente por tres motivos, gozaba de un significado distinto; así, en primer lugar no debemos olvidar que, tal como afirma Fernando Gentile *...la expresión “con motivo u ocasión del robo” en el Código español configura un dato de índole objetiva, ya que expresa que entre el robo y el homicidio debe mediar una conexión causal, actuando como límite al tiempo en que debe ocurrir el homicidio, en definitiva es un dato del tipo objetivo. Sin embargo nuestro legislador le asigna un significado netamente subjetivo... Tampoco debemos olvidar que el Código español prevé un sistema de “numerus apertus” en materia de culpa, que resulta diametralmente opuesto al adoptado en nuestro país que es “numerus clausus” y por ello, en la legislación española, este dato reviste naturaleza objetiva y no subjetiva, precisamente por que el tema ha sido resuelto en la parte general del Código. Mas adelante agrega que el Código español no contiene una figura como la de nuestro art. 80 Inc. 7mo., lo que evita su confusión con dicha norma.*¹¹

No obstante dichas ventajas, como ya vimos cuando recogimos la opinión del Dr. Donna sobre esta norma, existen también en la doctrina de aquel país, serias divergencias interpretativas en relación con el tipo complejo del art. 165 (art. 516 Inc. 1ro. del Código español), por ello el legislador español ya abandonó dicho texto con la reforma al Código Penal del año 1.995, dejando librado a las reglas concursales, la coexistencia, en un mismo contexto fáctico, de las acciones que hoy absorbe la norma.

Otro de los motivos fundamentales por los que se presentó tamaña diversidad interpretativa, es la falta de acuerdo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre la cual es su estructura típica. Sobre ello, como vimos, están quienes dicen que es un tipo complejo, otros que afirman que es una figura penal calificada por el resultado y quienes sostienen que se trata de las dos cosas. Sobre

11 . http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/elemento_robo.htm

dicha cuestión, comparto la opinión de Néstor Jesús Conti,¹² cuando afirma que no entiende el porqué del esmero por diferenciar los delitos complejos de los calificados por el resultado como si fueran dos cosas distintas.

La cuestión debe resolverse en el ámbito de la tipicidad, segundo filtro en la teoría del delito, y, dentro de este nivel analítico, en lo que se conoce como tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva. En relación con los denominados tipos complejos, son aquellos en los que el legislador, en un solo tipo penal prevé la verificación de más de una conducta; cuando estas varias acciones constituyen un solo delito, el tipo penal es complejo. Dentro de estos tipos complejos, el criterio imputativo que se siga será el que determine si son preterintencionales o bien combinan dos conductas dolosas (165), o una dolosa con una culposa (aborto seguido de muerte, art. 85) o bien dos conductas imprudentes (estrago imprudente seguido de muerte, art. 189 2do. párrafo), los que se conocen como calificados por el resultado.

Tal como dije, según entiendo, no existe la antinomia entre los delitos complejos y los calificados por el resultado, la primera de las categorías corresponde al ámbito de la tipicidad objetiva y la segunda al de la tipicidad subjetiva, por lo que, haciendo esta lectura, podrían sin mucha dificultad, superarse las disímiles conclusiones que se plantean en relación con la estructura de la norma.

Como dije al empezar el trabajo, fue la lectura de la norma que en su momento hizo la comisión redactora del C.P. de 1.891, y fundamentalmente la exégesis que de ella que hizo la SCJBA en el acuerdo plenario conocido como Galván, entre otras similares, las que, a mi entender más se alejaron de los principios de derecho público que informan el derecho penal, principios que resultan irrenunciables, en una concepción del derecho penal que lo entiende como el límite infranqueable con el que se encuentra el Estado en el ejercicio de sus potestades punitivas.

Entre ellos, es importante destacar el de legalidad, el de culpabilidad y el de proporcionalidad de las penas, y como puede incidir en cada uno de ellos, una desacertada interpretación de la norma que estudiamos.

En relación con el primero de los nombrados, tal como afirma el Dr. Esteban Rigui citando a Stratenwerth, el principio de legalidad no solo exige que el presupuesto y la sanción surjan de una norma jurídica expresa, sino además que los

12 . Nuevas perspectivas de análisis en orden al delito de robo calificado por homicidio resultante, publicado en Revista de Derecho Penal 2012 Nro. 1, ED. Rubinzal Culzoni.

describan con certeza. Los preceptos penales no pueden ser indeterminados, pues no permiten conocer con exactitud los comportamientos que comprenden.¹³ Por ello, la legalidad en materia penal, no puede solo contentarse con la existencia previa de la norma, si de su texto no puede determinarse con precisión cual es la conducta prohibida, estaremos ante un tipo penal que será difícil de conciliar con el texto constitucional. Tal como enseña Zaffaroni, el Juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad, sino la legalidad estricta.¹⁴

En relación con el principio de culpabilidad, afirma Rigui, que el predominio de la teoría de la retribución impuso un sistema penal en el que la culpabilidad (juicio de reproche) es el fundamento y presupuesto de la pena, por lo que consiguientemente se considera que el estado está legitimado para sancionar al autor porque es **culpable**, y solo cuando es posible reprocharle la realización del hecho antijurídico.

Schünemann, citado por Rusconi, a propósito de las tendencias a abandonar el concepto de culpabilidad, decía: “...*Un abandono de la noción clásica de culpabilidad llevaría a una seria puesta en peligro de nuestro derecho penal, presidido por los principios del estado de derecho. La sustitución del concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría, por tanto, la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad y que es absolutamente fundamental para el derecho penal de un estado de derecho, puesto que las consideraciones preventivo generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su defendibilidad en términos axiológicos...*”¹⁵

Como afirma José Cerezo Mir, “...*la pena es una especie de sanción jurídica, es la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico. La pena encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. La pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social...*”¹⁶ La proporcionalidad que debe prevalecer en la aplicación de la sanción, esto es, el grado del injusto como medida justa de la pena, es un presupuesto de la necesaria racionalidad de las sentencias, en un ejercicio del poder punitivo que se considere

13 . RIGUI, Esteban, Derecho Penal parte general, Ed. Lexis Nexis, Pag. 72.

14 . ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal parte general, 2da. Edición, Ed. EDIAR, pag. 106.

15 . RUSCONI, Maximiliano, Derecho Penal parte General 2da. Edición, pag. 97 Ed. Ad Hoc.

16 . CERESO MIR, José, Derecho Penal parte General Ed. B de F, Julio Cesar Faira Editor año 2.008.

Republicano. Y ello no obstante las discusiones que cada tanto se plantean en la doctrina y la jurisprudencia acerca del fundamento moral de la sanción. Tal como dice Roxín, citado por Maximiliano Rusconi “...*la pregunta acerca del sentido de la pena, se pregunta nueva, en todas las épocas.*”¹⁷

Es fácil advertir que el estado de policía intenta filtrar el versari a través de dos brechas, los llamados delitos calificados por el resultado y los estados de inconciencia autoprovocados,¹⁸ ello, no obstante, no puede nunca pasar por arriba del principio de culpabilidad como regla de garantía mínima.

Es, en base a éstas resumidas líneas, que entiendo que la única posibilidad de conciliar sistemáticamente el art. 165, y por otro lado ajustarlo a los principios generales que sustentan el derecho penal, es entender que el homicidio calificante del delito contra la propiedad, tiene que poder ser imputado a título de dolo, sea éste directo (pero no conectado ildeológicamente con el atentado patrimonial), indirecto o eventual. El homicidio criminis causae contiene un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, una ultrafinalidad como enseña el profesor Zaffaroni, y es a partir de allí que debemos hacer la diferenciación de ambas normas, pero no puede nunca la existencia del art. 80 Inc. 7mo. del Código Penal servir de excusa para asignarle al homicidio en ocasión de robo una inteligencia completamente asistemática, o peor aún, como ha ocurrido, una que autorice su aplicación a una persona por la conducta de otra.

Entiendo que, aunque no comparta el camino que eligió la comisión, cuando entre en vigencia el Código Penal proyectado en el año 2013, todos los inconvenientes apuntados se van a solucionar, y, ante la coexistencia de un robo con un homicidio doloso, si éste no está conectado ildeológicamente al primero, deberá acudir a las reglas del concurso de delitos

17 . RUSCONI, Maximiliano, Derecho Penal parte General 2da. Edición, pag. 54 Ed. Ad Hoc.

18 . ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal parte general, 2da. Edición, Ed. EDIAR, pag. 441.

BIBLIOGRAFÍA Y WEB CONSULTADA

- * Anteproyecto del Código Penal de 2013, INFOJUS, Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Directora María Paula Pontoriero.
- * BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl directores, TERRAGNI, Marco A. Coordinador, Código Penal y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi.
- * CERESO MIR, José, Derecho Penal parte General Ed. B de F, Julio Cesar Faira Editor año 2.008.
- * CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge, derecho penal parte especial 7ma. Edición, Ed. Astrea.
- * CONTI Nestor Jesus, Nuevas perspectivas de análisis en orden al delito de robo calificado por homicidio resultante, publicado en Revista de Derecho Penal 2012 Nro. 1, ED. Rubinzal Culzoni.
- * DONNA Edgardo A. | Derecho Penal parte especial - Ed. Rubinzal Culzoni
- * El Anteproyecto del Código Penal de 2013, Coordinadora Dra. Roxana Piña, año 2014 Ed. Rubinzal Culzoni.
- * NUÑEZ, Ricardo C. Tratado de Derecho Penal Ed. Marcos Lerner.
- * ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., Código Penal de la Nación Argentina y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia, 3ra. Edición, Ed. AbeledoPerrot.
- * RUSCONI, Maximiliano, Derecho Penal parte General 2da. Edición - Ed. Ad Hoc.
- * SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino - Ed. TEA 1978.
- * ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal parte general, 2da. Edición, Ed. EDIAR.

-
- * http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/elemento_robo.htm
 - * <http://www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/HOMICIDIO-CRIMINIS-CAUSAE.PDF>
 - * <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/3vailati.pdf>
 - * <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1415/7.pdf>
 - * <http://www.rubenfigari.com.ar/algo-mas-sobre-el-homicidio-criminis-causae-y-el-homicidio-en-ocasion-de-robo/>
 - * http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/elemento_robo.htm
 - * <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,121,0,0,1,0>
 - * <http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2013/04/homicidio-criminis-causae-y-robo-con.html>