

ARTÍCULO 165 DEL CÓDIGO PENAL: ¿HOMICIDIO EN OCASIÓN DE TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA?

Cristian Emilio De Fazio

Sostengo hace años que el Derecho, sin abandonar el rigor técnico, jamás puede separarse con éxito del sentido común. A su vez, la dogmática penal ha de transitar idéntica suerte, si se aparta del mundo ontico. En dicha inteligencia, la intención del autor, reside en subrayar las consecuencias peligrosas del tipo penal previsto en el Art. 165 del Código Penal, a partir de su aplicación en un caso en concreto.

En el presente trabajo se selecciona un fallo que aplica de forma novedosa el Art. 165 del Código Penal. Se advierte luego sobre los problemas del tipo penal en estudio, y se desarrolla una opinión personal. Finalmente se aportan conclusiones y una propuesta a fin de solucionar los conflictos de la norma en estudio.

El fallo seleccionado, pertenece al Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 3, del Departamento Judicial de Mercedes, de fecha 25 de Abril de 2013^[1].

El mismo se expide, entre otros delitos, sobre la aplicación del Art. 165 del Código Penal sobre uno de los imputados, que casualmente, conforme se expondrá, intervino en el hecho como participe.

El hecho trascendental (en tanto existen otras imputaciones) del caso versa sobre el ingreso de dos sujetos, a un Cyber en la localidad de Moreno, mientras el otro, con quien arribaron al lugar, esperaba en el auto fuera del lugar. Luego de un forcejeo entre el dueño del Cyber, y uno de los imputados que portaba ilegalmente un arma de fuego, se produce un disparo, que termina con la vida de la víctima, dándose a la fuga los tres sujetos, a bordo del auto del tercero que esperaba afuera.

El Tribunal Oral Criminal Nro. 3 del Departamento Judicial de Mercedes, siquiera parecería esforzarse para fundar la aplicación del Art. 165 del Código Penal al imputado que esperaba fuera del lugar, y es por ello, que brevemente se transcriben las citas de los magistrados, donde de forma escueta, pero con un claro criterio previsto con anticipación al caso, respecto de la figura, sostienen una de las posturas más gravosas, en términos de interpretación del homicidio en ocasión de robo.

Respecto de los hechos, se refiere que "...mientras otro muchacho con el habían arribado al lugar a bordo de un automóvil [...] LES HACÍA EL AGUANTE LOGÍSTICO, AFUERA QUEDANDO A LA EXPECTATIVA..."(página 7, renglón 6), En referencia a la fuga, explican que "...los escalados malhechores partieron del sitio y se subieron al vehículo de mentas, el cual arrancó a toda marcha dejando estupefactos a los que presenciaron y sufrieron semejante vorágine fáctica..." (página 8, renglón 3). Sustentan a continuación, con sendas declaraciones testimoniales, la presencia del partícipe, como conductor del auto (aunque, vale destacar, ninguno lo vio en la escena del crimen, toda vez que los vidrios eran polarizados).

Avanzados en el merito de la prueba, esgrimen tener por probado que "...por otro lado quedó acreditado que el automóvil en el que se movilizaba S. D. D. cuando apenas dos días después cayó apresado fue el mismo que estuvo inmiscuido en el teatro fáctico, cumpliendo este último EL PAPEL DE SOPORTE LOGÍSTICO EN EL MARCO DE LA COAUTORIA FUNCIONAL QUE SE ESTABLECE AL ACTUARSE EN FORMA GRUPAL..." (página 31, renglón 21 y ss.).

A la hora de calificar legalmente el hecho, seleccionaron, los magistrados, la figura prevista por el Art. 80 inciso 7mo del Código Penal, para aquel que efectuó el disparo contra la víctima poniendo fin a su vida, mientras que a través de los breves argumentos que por su elocuencia a continuación se transcriben, se aplicó la figura de homicidio en ocasión de robo para el otro imputado que solo permaneció en el auto.

Así, expuso el Tribunal que "...esa particular pulsión psíquica que dominó al matador es difícilmente comunicable a la situación de S. D. D., quien ofició de campana motorizado al margen del centro neurálgico de los acontecimientos, y nada hizo u omitió que permita pensar en una convergencia intencional con el autor directo de la muerte de un modo tal que patentice su solidaridad con ese dolo perverso [...] De cualquier manera, concurrió al evento sustractivo SABIENDO QUE SE LO EJECUTARÍA MEDIANTE EL USO DE – cuanto menos – UN ARMA DE FUEGO, DE SUERTE ENTONCES QUE EN EL PLANO SUBJETIVO LE ERA EVENTUALMENTE INFERIBLE QUE ALGUIEN PODÍA MORIR. ALLÍ SÍ LA COHONESTACIÓN INTELECTUAL SE EXHIBE PLENA, y lo coloca a tiro de la figura residual que prevé el homicidio en ocasión de robo según la conceptualización que emerge del Art. 165 de la ley sustantiva, respecto de la cual rendirá cuentas A TÍTULO DE COAUTOR..." (página 46, renglón 7 y ss.).

Hasta aquí, en la introducción se puede observar con prístina claridad, las consecuencias gravosas a las que se puede arribar, en determinados casos, en primer lugar, por la propia existencia del tipo penal previsto en el Art. 165 del Código Penal, y en segundo lugar, por la falta de determinación de las conexiones subjetivas con el resultado, plausibles de ser encuadradas en dicha norma penal.

Por supuesto que los casos más discutidos no serán aquellos donde intervenga en el hecho justiciable, tan solo un autor. En definitiva, en dicha instancia, la figura analizada, operara como residual, ante aquella más gravosa, prevista en los delitos contra la vida.

La problemática principal, se da en los casos de coautorías funcionales, o participaciones primarias, donde más allá de la intervención plural en el hecho, esto es la decisión común de llevar a cabo la “*empresa delictiva*”, bien puede ocurrir, aportando mayor conflictividad al asunto, que no exista una unidad subjetiva, mancomunada, en los posibles resultados representados y queridos, o al menos aceptados como consecuencia del accionar llevado a cabo.

Unido a aquella dificultad fáctica, encontramos la dificultad jurídica. No tenemos en nuestra legislación, definido como en otros supuestos de delitos calificados por el resultado (verbigracia: Art. 124; Art. 142 bis, 3er y 4to párrafo, donde se agrava la pena, diferenciando el resultado culposo del doloso), si el resultado se imputa a título doloso o culposo, o en su defecto a ambos.

Finalmente, aparecen también dificultades a nivel del tipo objetivo, puesto que se parte de imputaciones subjetivas (querer el resultado, aceptar la posibilidad de producción) sin poder sostenerse el nexo de causalidad, entre la acción y el resultado, más allá de los “estados mentales” (conforme los denomina Perez Barberá). Sucede que en muchos casos, se termina imputando el resultado muerte a sujetos que si bien convergieron en el hecho, su aporte no determina el curso causal ocasional al que se refiere la norma. Ello deriva, sin más, en casos como el que aquí se trata, en regresiones hacia el viejo principio de la versari in re illicita.

La propia redacción del artículo, propone el marco propicio para la disparidad de criterios. Los términos “*motivo*” u “*ocasión*” y “*resultare*”, habilitan todo tipo de interpretaciones, que tomando a la norma sin contraponerla al resto del ordenamiento jurídico penal, puede referirse tanto a resultados dolosos (en sus acepciones directas, indirectas o

eventuales) así como resultados culposos. Todo ello, teniendo en cuenta que el término “*homicidio*” es un concepto normativo, que a la luz de la normativa penal, admite la forma dolosa o culposa, y excepcionalmente, un “*mix*” de ambas en los tipos preterintencionales.

Se debe tener presente la circunstancia de que el Art. 80 inciso 7mo del Código Penal debe obrar como límite distintivo, entre casos que pueden adecuarse en dicha figura, y/o en la residual del Art. 165.

Conocida resulta la implicancia de la conexión ideológica o impulsiva (medio - fin) entre los delitos (ejemplo robo y homicidio) que necesariamente encuadran en el Art. 80 inciso 7mo. Es mi opinión particular que solo los casos de dolo directo pueden ser pasibles de adecuación típica en dicha normativa, y que solo encuadrarían los casos de dolo eventual, o de culpa en el Art. 165. Ello así, en tanto resulta difícil imaginar un caso (no “*de laboratorio*”) donde pueda existir un robo, y un homicidio cometido con dolo directo, sin que existan vinculaciones ideológicas o impulsivas entre ambos. No es posible imaginar a un sujeto activo que pueda desconectar ideológicamente o impulsivamente el homicidio del robo, y a contrario sensu, pareciera viable que acepte como posible la producción del homicidio (dolo eventual) o al menos este acaezca de forma culposa (por imprudencia). Es por ello que rechazo la hipótesis de máxima sostenida por algunos autores, donde resulta posible la aplicación de Dolo Directo en ambos casos, estos es, en el Art. 80 inciso 7mo, y el Art. 165. Es de parecer propio, que los términos “*motivo*” y “*ocasión*” indican que el dolo directo solo se refleja en el delito contra la propiedad, esto es, el robo, más no como determinante en el homicidio, apareciendo este resultado, como eventual o de forma imprudente.

Tampoco se comparte la eliminación de la imprudencia, como “*conexión subjetiva*”^[2] entre el robo y el homicidio. Se sostiene que por la interpretación de las escalas punitivas, no sería posible interpretar la pena como resultado de la integración del robo y un homicidio imprudente, atento al máximo legal de la escala previsto en 25 años. Y ello, es cierto si se tiene un verdadero apego a las reglas del concurso.

Lo cierto es, que a poco de adentrarse en el análisis de dicha argumentación, la misma deviene contradictoria con el propio Art. 142 bis, donde se prevé una pena máxima de 25, y avanzando un poco más en la técnica legislativa, se aclara, justamente con el término “*resultare*” que se trata de un tipo imprudente. La consiguiente pena de prisión o reclusión

perpetua, para casos de muertes producidas de forma intencional, reafirma el sentido imprudente dado a la tipificación anterior.

Y aquí se comparte la tesis expuesta por Sebastián Soler, en la que se sostiene que cuando el legislador utilizó el término "*resultare*", no hizo más que referirse a tipificaciones imprudentes.

Ello, sin perjuicio de que la discusión no se encuentre definida, porque, es cierto, la interpretación que aquí se apoya, fundada en el "*sentido común*" unido al ideal de "*lo justo*", se quebranta, ante la posición que aquí no se comparte, que por interpretación de las escalas penales, se excluye la tipificación imprudente.

Pero entiendo, que tales cuestiones, siendo el objetivo mantener la figura penal en estudio, son cuestiones revisables, plausibles de "*mejoras*" legislativas si se quiere, aclarando en definitiva, como se lo hizo en el Art. 142 bis, la aceptación del dolo y la culpa, o solo del dolo como surge de la interpretación del Art. 124 del Código Penal. En tal caso, corresponderá disminuir la escala penal, en su máximo, a fin de que respete los límites punitivos para la figura imprudente.

Lo relevante en la existencia de esta normativa penal, son los "*peligros interpretativos*" a los que pueden arribarse en los casos subsumibles en el Art. 165. Claro ejemplo resulta ser el fallo "*Galván Inés, sobre homicidio en ocasión de robo, del 24/2/87*", de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Y ello se advierte de la extensa jurisprudencia sobre el tópico. La vaguedad subjetiva evidenciada en el Art. 165, permite, en los casos en concreto, trastocar cuestiones dogmáticas relevantes, tales como la coautoría y la participación criminal, así como la filtración de la responsabilidad objetiva, vedada constitucionalmente.

Ello es observable en el fallo seleccionado.

Volvamos sobre el mismo. La plataforma fáctica indica que el sujeto al cual se le imputó y finalmente condenó por el delito de homicidio en ocasión de robo, se encontraba fuera del lugar de los hechos, en un auto, presto a fugarse con sus consortes, luego de que los mismos llevaran a cabo el robo planeado, para el cual los mismos portarían armas de fuego.

No obstante la ubicación señalada del sujeto activo, y la falta de dominio del hecho

evidenciada, siendo que su consorte decide, con exclusividad, dar muerte a la víctima, los magistrados sostienen su “*dolo eventual*”, toda vez que a su criterio, le “*era inferible que alguien podía morir*”.

Resulta evidente la filtración de la responsabilidad objetiva, como único sostén verdadero de dicha imputación. Pues, claramente, el autor no pudo dominar el hecho, toda vez que no ofició más que “*de campana*”, asegurando solo la huida posterior al robo decidido. Pero de ninguna manera, puede aceptarse que toda persona que coopere en un robo, pueda responder a título de “*dolo eventual*” por el accionar del otro sujeto que sí dominaba el hecho, con propia voluntad.

Ello sin entrar a discutir en el presente caso, la existencia real de la coautoría entre el “*campana*” y el autor material de la muerte de la víctima. Conocida resulta la discusión de la esencialidad o no del aporte del “*campana*” o aquel que colabora en la fuga, toda vez que si bien puede resultar útil, ello no implica su necesidad absoluta, porque en tal caso, el autor del hecho puede huir por sus propios medios. Es decir, si suprimimos hipotéticamente, el aporte del sujeto que esperaba en el auto, el hecho también podría cometerse, sí quizás con menores facilidades para la fuga, pero su presencia no resulta inexorable para la comisión del hecho. En tal sentido se expresa Zaffaroni, al sostener que “...*no puede decirse a priori si el llamado campana es coautor (autor) o partícipe, sino frente al plan concreto del hecho: si el campana sólo facilita la consumación, de modo que ésta pueda lograrse más rápidamente, será un partícipe, pero cuando sin el campana el hecho no podría haberse cometido, será un autor...*”^[3].

Como se dijo al principio, el problema se origina cuando tenemos varios sujetos que convergen en un hecho, con distintas conductas, y uno, de forma unilateral provoca una muerte. ¿Cómo se puede sostener la imputación de dicho resultado, sin echar mano a la utilización de la responsabilidad objetiva?

El Art. 48 del Código Penal, prevé la incomunicabilidad de las circunstancias, y establece como regla general, que la motivación particular de un sujeto activo, no puede transferirse automáticamente al otro sujeto activo, sino que debe probarse que este último, posee asimismo, dicha motivación.

Si aceptamos que el Art. 165 incluye al resultado muerte como producto de un dolo eventual, tal “*estado mental*” será cargado sobre el sujeto que lo posea, y no sobre sus

consortes. Sostener lo contrario, significa aceptar la responsabilidad objetiva en el Derecho Penal.

Y menos aún, como en el presente caso analizado, si el sujeto no tiene el dominio del hecho, traducido en dominio del nexo causal, imputarle un resultado lesivo, de un curso causal que no domina, también permite la filtración de la *versari in re illicita*.

Estos "*peligros interpretativos*", derivan exclusivamente de la tipificación de la figura sometida a estudio. Figura donde el robo es querido directamente por todos, pero el agravamiento de su figura, por el ocasional homicidio acaecido, lo es para aquel, o aquellos que, en primer lugar, deben tener el dominio del curso causal, y en segundo lugar, deben aceptar, su producción, si aplicamos el dolo eventual. Y si aceptamos la imprudencia, el ocasional homicidio, debe ser producto de la errónea programación de la acción de uno o varios sujetos, pero no de aquel que no desplegó dicho accionar. Es decir, no podemos imputar la imprudencia de otros a aquel que no la cometió.

Propuestas.-

La complejidad de la figura, y las consecuencias señaladas (peligros de aperturas hacia la responsabilidad objetiva) parecieran aconsejar la derogación de la figura del Art. 165. Máxime si se toma el ejemplo inicial que brindan las legislaciones de España e Italia, donde se opta por la tipificación de una u otra norma (homicidio causal o impulsivamente conexo con el robo, u homicidio en ocasión de robo). Pero la severidad académica no ha de imponerse fácilmente sobre la "inflación penal", y cuestiones de política criminal. Quizás resulte apropiado avanzar hacia la derogación de la figura, sin derogarla de forma expresa. Un posible avance, que aquí se propone, implicaría modificar el tipo penal, en lo relativo a la imputación subjetiva, y consecuentemente, en la escala penal. Suscribiendo la postura de Sebastián Soler, y manteniendo ambos tipos penales (Art. 80 inciso 7mo y Art. 165 del Código Penal), resultaría lógico interpretar el Art. 165 como un homicidio que se produce de forma imprudente o preterintencional, y en tal sentido, correspondería adecuar el máximo de la escala penal, a los límites impuestos por las reglas generales de los concursos de delitos. Una vez efectuado dicho avance legislativo, sin derogar la normativa, se impedirían las filtraciones de la responsabilidad objetiva (toda vez que sería ilógico imputar el dolo eventual de un sujeto, sobre el resultado imprudente del otro sujeto interviniente), acercándonos a un

ejercicio de la potestad punitiva, "*más racional*".

La meseta generada, entre la etapa actual, y la reforma legislativa sobre el tópico aquí impulsada, nos conducirán inevitablemente, a su futura derogación expresa, y a la aplicación de las reglas del concurso, por oposición a creación de tipos penales calificados por el resultado.

[1] I.P.P. N° 8442/10 y 11246/10 (568/11 y 1743/11 numeración del Tribunal) caratulada "*L.M. R. y otro s/ homicidio agravado*".

[2] Las comillas indican la discutida problemática de la existencia del tipo subjetivo en los tipos imprudentes.

[3] Eugenio Raul Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, página612.