



Robo Agravado por lesiones graves o gravísimas

Por **Gustavo L. Vitale**

Art. 166. –*“Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:*

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.”

A. Texto legal.

El artículo 166 inc. 1 del Código Penal sanciona con pena privativa de libertad de cinco a quince años *“si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91”*.

B. Origen. Los tipos penales contenidos en la disposición legal citada (robos agravados por la producción, al realizarlo, de lesiones graves o gravísimas) fueron incorporados a su texto al momento mismo de la sanción del Código Penal de 1921/22.

La “ley” de facto 21338 (B.O. 1 de julio de 1976), que había modificado el texto del inc. 1 del art. 166, CP (tratando de distinto modo el robo con lesiones graves y el robo con lesiones gravísimas, incrementado la escala penal para este último supuesto), fue dejada sin efecto con el advenimiento de la democracia. Fue así que la ley 23077 (B.O. 27 de agosto de 1984) restableció la vigencia del Código Penal de 1921/22 y, de ese modo, volvió a regir hasta nuestros días el texto del artículo 166, inciso 1, del Código Penal, tal como ha sido transcripto al comienzo del presente apartado.

C. Fundamentos de la agravación de la pena. El motivo de agravación de la escala penal de este delito radica en la desvaloración del bien jurídico *salud o integridad corporal de las personas*, a tal punto de ser gravemente afectado como un *medio para lesionar el patrimonio ajeno*. Es decir, la



ley considera particularmente disvalioso que el autor del delito, para perjudicar el patrimonio ajeno (para robar), utilice, como medio de su conducta, la producción de graves lesiones a la integridad corporal o a la salud de alguna persona. Para que se cumpla con la razón de ser de esta agravante, las lesiones graves o gravísimas deben ser buscadas por el autor “para realizar el robo” (como lo expresa el texto legal).

D. Innecesariedad del art. 166, inc. 1, CP.

Las conductas prohibidas por el art. 166 inc. 1 se superponen, parcialmente, con la descripción legal efectuada en el artículo 92 del Código Penal, que reprime con pena carcelaria de tres a diez años, o de tres a quince años, a quien cause una lesión grave o gravísima, respectivamente, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80 del Código Penal [entre las cuales se vinculan con nuestro caso las previstas en el inciso 7 (es decir, que el autor haya obrado “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”)].

Debe tomarse en consideración que el referido *artículo 92 del Código Penal* establece una escala penal que, tanto para las lesiones dolosas graves como para las lesiones dolosas gravísimas (ambas *criminis causae*), tiene un mínimo de *tres* años de pena privativa de libertad (variando sólo los máximos en función del tipo de lesión producida).

A diferencia de ello, el *artículo 166, inc. 1, CP* contempla un mínimo de pena carcelaria de *cinco* años, sin hacer distinciones entre las lesiones graves o gravísimas ocasionadas por el autor (es decir, establece un mínimo de pena privativa de la libertad que supera, en las dos terceras partes, al previsto en el citado artículo 92).

Esta última circunstancia constituye una importante pauta interpretativa de los supuestos de hecho contenidos en el art. 166, inc. 1, CP, pues, desde el vamos, es indicativa de la previsión legal de *supuestos que deben ser notoriamente más graves que los previstos en el art. 92*. En base a ello, causar una lesión grave o gravísima “por las violencias ejercidas para realizar el robo” (art. 166, inc. 1, CP) debe ser, en abstracto, una *conducta considerablemente más grave* que la causación dolosa de lesiones graves o gravísimas “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro *delito* o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro *delito*” (art. 92, C.P.).

Si no encontráramos suficiente diferencia valorativa (o desvalorativa) entre ambas acciones, que resulte acorde a la relevante diferencia del mínimo de cada una de las escalas penales (previstas



en los arts. 166, inc. 1 y 92, CP), entonces el art. 166, inc. 1, no tendría un contenido propio que justifique su existencia independiente del art. 92 (y, como consecuencia de ello, debería aplicarse siempre la disposición contenida en el art. 92, por ser una ley más benigna que el art. 166, inc. 1). Si, por el contrario, la conducta descrita en el 166, inc. 1, fuera mucho más grave, que la señalada en el 92, debería aplicarse (cuando correspondiera) la primera de las disposiciones citadas, por tratarse de una disposición legal especial (que, en el punto concreto, derogarí la general contenida en el 92).

En verdad, no encontramos tal divergencia valorativa (que nos demuestre la tan mayor gravedad de los hechos descriptos en el art. 166, inc. 1, del Código Penal, en comparación con los contenidos en el 92). Es más, advertimos que existe, en el punto, una suerte de superposición parcial de los elementos de ambos tipos, que sólo puede ser resuelta entendiendo que el legislador (por medio del art. 166, inc. 1) intenta sancionar más severamente las graves lesiones ocasionadas *para atacar el patrimonio a través de un robo*, que las mismas graves lesiones causadas *para afectar el mismo bien jurídico por medio de otros actos o bien otros bienes jurídicos (tanto de menor como de mayor trascendencia)*. La respuesta propiciada por el art. 166, inc. 1, CP, resulta, en tal sentido, francamente irracional.

En tal sentido, entonces, encontramos razón a Sebastián SOLER, en cuanto propuso “abandonar la agravante por concurrencia de lesiones” (añadiendo, el autor citado, que “el abandono de este sistema, ya propuesto por nosotros en el P 1960, es fundado por la Comisión diciendo: ‘Las agravaciones relacionadas con lesiones se suprimen, dando lugar a la aplicación del art. 92 o, en su caso, a las reglas del concurso’ ”¹. En realidad, concordamos con su propuesta (aunque no con todos sus fundamentos), pues SOLER postuló la conveniencia de prescindir de dicha fórmula legal, por entender que, conforme a cierta interpretación del texto del inciso 1º del art. 166, “procedería aplicar esta figura solamente cuando entre el robo y las lesiones existiera una conexión meramente ocasional. En cambio, cuando las lesiones fuesen inferidas directamente *para robar o para procurar la impunidad por el robo*, correspondería aplicar el art. 92”². En base a dicha interpretación, se opuso a incluir una disposición semejante en el Código Penal, fundado en que ella “conducía a aplicar las penas más graves a los casos más leves y viceversa”³. En verdad, es cierto que el art. 166 inciso 1 describe casos *menos* graves que muchos otros comprendidos en el art. 92, sancionándose con penas *más severas* hechos de *menor* gravedad que los reprimidos con penas menos graves. Esto es así, pero por una razón diferente: porque (como se dijo) el art. 166, inc. 1, CP contempla los casos de robos en

¹ Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 260.

² Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 260.

³ Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 260.



los que el autor produce dolosamente lesiones graves o gravísimas *para realizar dicho delito (para realizar el delito de robo)*, mientras que, en el art. 92, se describen los casos de lesiones dolosas graves o gravísimas producidas (entre otros supuestos) “para consumir otro delito” *distinto del robo*.

Por ello es que, no obstante los distintos motivos que nos guían, nos parece acertado postular, como lo ha hecho SOLER, “la supresión de tales dificultades manteniendo la aplicabilidad de los principios generales del concurso”, por resultar ella “la solución lógica”⁴.

Sin embargo, a pesar de nuestra posición contraria a la previsión legal de una disposición como la contenida en el art. 166 inc. 1, tal fórmula legal (nos guste o no) *existe* hoy en nuestro Código Penal (y ha dado lugar a la imposición de excesivas penas carcelarias), por lo cual corresponde, en primer término, determinar su alcance, para luego verificar la legitimidad constitucional (o no) de las consecuencias a las que da lugar su aplicación.

E. Alcance del art. 166, inc. 1, CP. Para delimitar el alcance de los tipos penales de robo agravado por la producción de lesiones graves o gravísimas para realizarlo (del art. 166, inc. 1, CP), conviene desechar, ante todo, las interpretaciones claramente equivocadas, que dan lugar a consecuencias jurídico-penales demasiado irracionales. Veamos cuáles son.

E.1. Interpretaciones excluidas del art. 166 inc. 1. Hay ciertas interpretaciones del texto del art. 161 inc. 1 que deber excluirse por incorrectas.

E.1.1. Tesis que admite la tipicidad, en el art. 166 inc. 1, tanto de las lesiones producidas “para” robar como las no dirigidas a ese fin. Se excluyen, del ámbito de prohibición del art. 166 inc. 1, las posturas que entienden incluidas en dicha disposición legal tanto las lesiones graves o gravísimas *dirigidas a robar* como aquellas *no encaminadas al robo*.

Se excluyen del ámbito de aplicación del art. 166 inc. 1, entonces, tanto las lesiones ocasionadas en forma *accidental*, como las producidas por *culpa* (dentro de la *culpa* incluyo el mal llamado “*dolo eventual*”, que, en verdad, es un supuesto de *culpa grave*)⁵. Sobre esto no existe duda alguna, pues los motivos que fundan tal exclusión son verdaderamente contundentes.

⁴ Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 261.

⁵ En sentido concordante, Alberto M. BINDER, para quien “como concepto límite el dolo es siempre *dolo directo*. La dogmática penal debe reconducir los demás casos de imputación subjetiva a las condiciones del dolo directo (es decir, conocer actual y querer directo) y no permitir que se amplíen los criterios de imputación subjetiva. *O existe dolo (y el dolo sólo dolo directo) o existe culpa. No son necesarias categorías intermedias que forman nuevas clases de tipos abiertos que violan el principio de legalidad*” (*Introducción al derecho penal*, p. 148).



E.1.1.a. Lesiones accidentales. Aunque resulte una obviedad, se excluyen del ámbito de este delito las lesiones graves o gravísimas producidas, al realizar el robo, de manera *accidental*. La pretensión de incluir este tipo de lesiones (no queridas ni previsibles) en el campo de aplicación del delito en análisis, transgrede la Constitución en forma clara y manifiesta, pues postula incorporar una forma de responsabilidad penal *objetiva*, o *por la mera producción de un resultado*, desconociendo el *principio constitucional de responsabilidad penal subjetiva*, que exige dolo o, al menos, culpa como presupuestos de la pena. En tal sentido, cualquiera sea el texto de una ley penal, nunca es legítimo sostener tipicidad penal alguna si la conducta descripta no contiene un elemento subjetivo en el que se funde su imputación al autor. Cuando la ley penal funda o agrava la pena por el resultado producido, exige siempre que dicho resultado sea imputable subjetivamente al autor, quedando por determinar solamente si tal imputación subjetiva se funda en el dolo o en la culpa. En ningún caso la punibilidad, o la mayor punibilidad, pueden fundarse en la mera circunstancia de producir la acción un determinado resultado. El art. 19, C.N., al respecto establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no *manda* ni se encuentra privado de hacer lo que ella no *prohíbe*. Al hablar de *mandatos y prohibiciones*, requiere, como presupuesto lógico, el conocimiento del autor de lo que hace y de sus consecuencias o, por lo menos, la previsibilidad para el autor de tales posibles consecuencias. Ello prohíbe toda forma de responsabilidad penal objetiva.

Sorprendentemente, sin embargo, pareciera haberse sostenido lo contrario.

Aunque no es muy claro, podría ser el caso, entre otros, de Ricardo C. NÚÑEZ, para quien “como lo indica ya el texto de la ley (‘violencias ejercidas para realizar el robo’), el tipo del artículo 166, inciso 1º, comprende las lesiones accidentales y las preordenadas respecto del robo”⁶. Las lesiones “accidentales” son aquellas causadas por accidente y, por ello, sin que medie dolo ni culpa. La cuestión sería distinta, por supuesto, si se entendiera que Núñez, con tal equívoca terminología, hizo referencia sólo a las lesiones producidas por culpa. Algo semejante ocurre con Oscar A. ESTRELLA y Roberto GODOY LEMOS, en cuanto afirman la tipicidad en el art. 166 inc. 1 “cuando las lesiones ... siendo producto de la violencia desplegada para robar, son el resultado accidental y ocasional de ésta”⁷, aunque, como destacamos más adelante, la transcripción

⁶ Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, p. 232.

⁷ Oscar A. ESTRELLA y Roberto GODOY LEMOS, *Código Penal, Parte Especial. De los delitos en particular*, p. 398.



de una cita de SOLER (que parecen hacer propia) hace pensar que los autores requieren necesariamente *culpa* en relación a la producción de lesiones.

Más clara es la mención de cierta jurisprudencia que ha exigido, para la tipicidad del art. 166 inc. 1, que la lesión grave o gravísima “constituya un resultado ocasional o accidental del robo” (Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, “Martín, Francisco”, del 21/12/1938, en L.L., t. 13, ps. 369/370). La lesión que es resultado *accidental* del robo es aquella producida en forma involuntaria y, por ende, sin dolo ni culpa, constituyendo una forma de la proscripta responsabilidad penal objetiva.

E.1.1.b. Lesiones culposas. Para un postura distinta a la que entendemos aceptable, el *art. 166 inc. 1* abarca los supuestos en los que las lesiones fueron producidas por el autor de robo en forma *culposa* (o también con el mal denominado “*dolo eventual*” –que, como se dijo en C.1.1.a., no es *dolo* sino *culpa grave*–⁸).

Es el caso, entre otros, de Sebastián SOLER (las lesiones “no es necesario que sean dolosas; basta que sean preterintencionales, es decir, objetivamente causadas y subjetivamente previsibles”⁹ -sin perjuicio de ello, no debe olvidarse la crítica que el mismo SOLER efectúa a la propia existencia del art. 166 inc. 1, tal como lo hemos señalado antes, en el apartado II, C, y, en particular, en la nota 4-); Ricardo C. NÚÑEZ (“el tipo del artículo 166, inciso 1º, comprende las lesiones accidentales y las preordenadas respecto del robo”¹⁰; al considerar NÚÑEZ que son típicas del 166 inc. 1 las lesiones “accidentales”, junto a las preordenadas al robo, si bien deja abierta la duda sobre la admisión de alguna forma de responsabilidad objetiva –como hemos indicado en el apartado anterior–, es claro que admite, al menos, la misma tipicidad de las lesiones de carácter *culposo*); Carlos CREUS (“sin duda quedan comprendidas en las agravantes las lesiones de carácter culposo ...”¹¹); Edgardo A. DONNA (“quedan comprendidas en la agravante las lesiones de carácter culposo, preterintencional ...”¹², aunque luego, al tratar el elemento subjetivo del tipo, pareciera exigir el dolo, pues allí sostiene, por el contrario, que “el tipo subjetivo requiere que el contenido de ambas ofensas esté presente en el dolo

⁸ Ver nota 5.

⁹ Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, primera edición 1945/6, tercera reimpression 1.956, p. 279.

¹⁰ Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, p. 232.

¹¹ Carlos CREUS, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, 2º edición actualizada, p. 454.

¹² Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la propiedad*, p. 154, y *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, p. 154.



de todos los partícipes, inclusive en aquellos que no tomaron parte en las lesiones”¹³); Andrés D’ALESSIO (“la agravante comprende las lesiones culposas ...”¹⁴); Jorge E. BUOMPADRE también acepta la producción *culposa* de las lesiones típicas del 166 inc. 1, aunque, por la forma de expresarse, podría pensarse que sugiere además la inclusión, en el mismo tipo penal, de las lesiones causadas por mero accidente. Adviértase que, para el autor citado, “el tipo abarca las lesiones ... meramente accidentales u ocasionales (culposas)”¹⁵. Es cierto que BUOMPADRE califica a tales lesiones como “culposas”, aunque lo hace describiéndolas de un modo que no se compadece con ellas, pues las individualiza como “accidentales” u “ocasionales”. Las lesiones causadas sólo por *accidente* no son imputables subjetivamente a su autor, por lo que no sólo están excluidas del art. 166 inc. 1, sino de cualquier tipicidad penal. Si, en verdad, no se tratara sólo de una cuestionable descripción de las lesiones culposas (sino que, por el contrario, admitiera las lesiones ocasionadas por mero accidente), la mención del autor citado habría que incluirla, también, entre las posturas más criticables todavía, aludidas en el apartado anterior; Oscar A. ESTRELLA y Roberto GODOY LEMOS igualmente aceptan la inclusión de las lesiones culposas entre las que exige la tipicidad propia del art. 166, inc. 1, CP¹⁶, aunque corresponde formular, a su respecto, una aclaración semejante a la efectuada en relación al autor citado inmediatamente antes de ellos, pues, si bien estos autores afirman que las lesiones “es innecesario que sean dolosas”, pareciera que hacen suyo un párrafo de SOLER según el cual “basta que sean preterintencionales, es decir, objetivamente causadas y subjetivamente previsibles”, aunque ello lo han manifestado luego de haber afirmado renglones antes que “también juega la agravante ... cuando (las lesiones) siendo producto de la violencia desplegada para robar, son el resultado accidental u ocasional de ésta, y cuya producción no estaba en los planes del agente. Es decir, la figura se aplica tanto si las lesiones han estado preordenadas al robo e intencionalmente producidas, (como) también ‘cuando la gravedad de la lesión ha sobrepasado la intención del ladrón’ [Núñez, Delitos contra la propiedad]”. Otra vez se hace referencia a la inclusión, en el tipo del 166 inc. 1, de las lesiones que fueron el resultado “accidental” de las violencias del robo, lo que, al menos, genera la confusión

¹³ Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la propiedad*, p. 155, y *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, p. 155.

¹⁴ Andrés D’ALESSIO, *Código Penal Comentado y anotado, Parte Especial*, p. 409.

¹⁵ Jorge E. BUOMPADRE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, mave, Bs.

As., 2004, p. 71.

¹⁶ Oscar A. ESTRELLA y Roberto GODOY LEMOS, *Código Penal, Parte Especial. De los delitos en particular*, p. 398.



acerca de la posible admisión de alguna forma de responsabilidad objetiva (por mero accidente); Justo LAJE ANAYA (“no es necesario que las lesiones sean dolosas ... el resultado preterintencional queda comprendido”¹⁷); Fernando DÍAZ CANTÓN (“si, ... , por más que las violencias hayan sido intencionales, las lesiones graves no lo son (dolo eventual o culpa) se aplica únicamente el tipo del art. 166, 1”¹⁸).

Esta tesis no se encuentra en condiciones de explicar la razón de semejante incremento del mínimo de la escala penal del art. 166, inc. 1, respecto del 92, mucho más para aquellos que entienden que el *artículo 92* comprende, entre otros, los casos de lesiones graves o gravísimas producidas *dolosamente y con el propósito de consumir un robo*, mientras el *art. 166 inc. 1* abarca los supuestos en los que las lesiones fueron producidas por el autor de robo en forma *culposa* (es decir, para aquellos que postulan la aplicación de ambas disposiciones legales, el 92 y el 166 inc. 1, a las situaciones de conexión entre el robo y las lesiones, para diferenciar su campo de aplicación sólo por el elemento subjetivo que requiere la producción de lesiones).

Por el contrario, la escala penal más severa contenida en el art. 166, inc. 1, CP sólo permite incluir, en su ámbito de prohibición, a las lesiones graves o gravísimas producidas en forma *dolosa y con el propósito de realizar la acción típica de robo* (“para realizar el robo”).

La exigencia de *culpa* en la producción de tales lesiones tornaría incongruente la mayor penalidad del art. 166 inc. 1, CP, en relación a la prevista en el art. 92 del mismo cuerpo legal. Es que la *culpa* es una forma de tipicidad menos grave que la *dolosa*, pues en ella el autor produce un resultado prohibido *sin querer causarlo*, mientras que en el dolo, por el contrario, el autor consigue la producción del resultado que *quiere* (diferencia que ha sido respetada por la ley penal argentina, al distinguir nítidamente las penas previstas para los hechos dolosos de las previstas para los culposos – cfr. arts. 79, 84, 90, 91 y 94, CP–). Sería, por ello, irrazonable, que la ley penal tratara en forma más severa la producción de lesiones *culposas* efectuadas para realizar el robo (en el art. 166 inc. 1) que las *dolosas* para robar (para algunos descriptas sólo en el 92¹⁹).

Además de lo dicho, la propia interpretación literal del texto del art. 166 inc. 1 requiere el *dolo* de lesiones agravadas, pues tal disposición describe la conducta de quien, por las violencias ejercidas “para realizar el robo”, causa lesiones graves o gravísimas previstas en los artículos 90 y 91

¹⁷ Justo LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Volumen II, p. 69.

¹⁸ Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 605.

¹⁹ Es el caso, que no compartimos, de Andrés D’ALESSIO, *Código Penal Comentado y anotado, Parte Especial*, p. 409; Alejandro SÁNCHEZ FREYTES, Robo, Título VI, Capítulo II, en *Estudios de las figuras delictivas*, p. 74.



(que son lesiones agravadas dolosas), mientras que las culposas son aquellas que se producen sin querer y sólo por un obrar violatorio de un deber legal de cuidado (y que, por ende, no son aquellas queridas *con el propósito de robar*). Es decir, la exigencia legal de ocasionar lesiones agravadas “previstas en los artículos 90 y 91” (que son dolosas), unida al requerimiento de que sean producidas “para realizar el robo”, impide incluir en este tipo penal a las lesiones graves o gravísimas no buscadas por el autor de robo.

E.1.2. Tesis que admite la tipicidad, en el art. 166 inc. 1, sólo de las lesiones no dirigidas al robo. Quedan también fuera del campo de prohibición del art. 166 inc. 1, CP, las posturas que entienden incluidas, en dicha disposición legal, *exclusivamente* las lesiones graves o gravísimas *no dirigidas al robo*, mientras entienden que las *orientadas a robar* resultan típicas de las lesiones *criminis causa* del art. 92, C.P. Esta postura se diferencia de la anterior en que no admite, en ningún caso, que las lesiones producidas con el propósito de realizar el robo se encuentren alcanzadas por la prohibición contenida en el art. 166 inc. 1.

Para Fernando DÍAZ CANTÓN “ambas figuras (arts. 92 y 166) son heterogéneas, no pudiendo, por ende, concursar entre sí. Si la lesión es intencionalmente provocada para realizar el robo, estará reprimida por el art. 92 CP (prisión de tres a diez años), en concurso ideal (art. 54) con el delito de robo simple (CP, 164) y, en caso de que éste no se haya llegado a consumar, con su tentativa. ... Si, en cambio, por más que las violencias hayan sido intencionales, las lesiones graves no lo son (dolo eventual o culpa) se aplica únicamente el tipo del art. 166, 1”²⁰. Luego añade: “en el tipo del art. 166, 1, ..., lo doloso son las violencias, no así las lesiones. La redacción del tipo: ‘Si por las violencias ejercidas para realizar el robo’ y luego ‘se causare algunas de las lesiones...’ no deja margen a otra conclusión: lo ‘conocido y querido’ deben ser las violencias, en modo alguno las lesiones. Interpretar que comprende también las lesiones intencionales implicaría, por ende, una extensión de la tipicidad violatoria del principio de legalidad penal (art. 18 CN). El tipo del art. 166, 1, pues, abarca sólo las lesiones no queridas, aunque previsibles”²¹.

²⁰ Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, ps. 604/5.

²¹ Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 604.



Esta tesis resulta contraria el *principio de legalidad penal* (art. 18, CN), pues se aparta del propio texto del art. 166 inc. 1. En efecto, tal postura desconoce, como elemento subjetivo de los tipos penales incluidos en dicha disposición, *el fin de ejecutar el robo* (perseguido por el autor) al causar las lesiones graves o gravísimas (dice el art. 166 inc. 1: “si por las violencias ejercidas *para realizar el robo*, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91”). La tipicidad del 166 inc. 1 exige que el autor cometa el robo mediante violencias físicas, pero no por medio de cualquier tipo de violencias físicas, sino a través de aquéllas que causen lesiones de carácter grave o gravísimo (de las previstas en los artículos 90 y 91, CP). Las lesiones de los artículos 90 y 91 CP son necesariamente *dolosas*, pues las lesiones *culposas* se encuentran contempladas en el artículo 94 CP, que incluso no hace distinciones entre lesiones leves, graves o gravísimas. Es así que el recaudo típico de *violencias que causen lesiones graves o gravísimas ejercidas con el fin de realizar el robo*, sólo se satisface con una acción típica de tales *lesiones dolosas agravadas* (de los arts. 90 o 91, CP), consumadas con el propósito de “realizar el robo”. *Ello es, precisamente, lo que evidenciaría el especial disvalor de la conducta típica del 166 inc. 1: no cualquier lesión, sino la buscada lesión grave o gravísima, utilizada como medio para ejecutar un robo.* Un acto de violencia física, ejecutado para robar, que *no persigue ocasionar lesiones agravadas de las previstas en los artículos 90 y 91* sólo resulta adecuado al tipo penal de robo simple (aunque se haya producido *objetivamente* alguna de las lesiones de los arts. 90 o 91 CP). *Lo único que explica (no digo justifica ni legitima) la disposición del art. 166 inc. 1, CP, es la realización de un robo por medio de un acto de violencia física encaminado a la producción de tales lesiones agravadas.* El autor de la conducta descrita en el art. 166 inc. 1 debe desvalorizar la salud o la integridad corporal ajena, a tal punto de valerse de su lesión para poder dañar el patrimonio a través de un robo. Si, en cambio, la producción de lesiones de esa gravedad no son *buscadas por el autor de robo, como un medio para su comisión*, no sólo no obraría (para realizar el robo) con la particular violencia física exigida por la ley penal (por lo cual su conducta sería atípica del 166 inc. 1), sino que, además, no concurrirían en el caso los fundamentos de tal agravación punitiva.

Sólo añadido, para concluir este punto, que Fernando DÍAZ CANTÓN equivoca la crítica a la tesis que exige dolo de lesiones graves o gravísimas (como elemento de la tipicidad del art. 166 inc. 1), cuando dice que “interpretar que comprende también las lesiones *intencionales* implicaría, por ende, una extensión de la tipicidad violatoria del principio de legalidad penal (art. 18 CN). El tipo del art. 166, 1, pues, abarca sólo las lesiones *no queridas*, aunque previsibles” (ver texto



correspondiente a la nota anterior; las cursivas fueron agregadas a su texto). El error de tal protesta de inconstitucionalidad radica en que el principio de legalidad penal reviste naturaleza de garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado, y no a la inversa, por lo cual no lesiona tal principio la interpretación que, como la que defiende, exige para la tipicidad del 166 inc. 1 el *dolo de lesiones*, pues la necesidad del obrar doloso de lesiones *restringe* el ámbito de prohibición contenido en el 166 inc. 1, mientras que lo que amplía dicho marco de punición es, precisamente, lo contrario, es decir no exigirlo y contentarse con la producción de lesiones graves o gravísimas *culposas*.

E.1.3. Tesis que admite la tipicidad, en el art. 166 inc. 1, de todas las acciones típicas del art. 92. Como el art. 92 CP contempla el caso de las lesiones dolosas graves o gravísimas producidas “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”, la mayoría de los autores sostiene que, en la medida en que el delito *fin* sea un robo, las lesiones graves o gravísimas realizadas con *cualquiera de los fines enunciados* (Cfr. arts. 92 y 80, CP) resultan típicas de alguno de los tipos penales contenidos en el art. 166 inc. 1, CP (por entender que, entre ellos, existe una relación concursal que manda a aplicar la escala penal agravada del 166 inc. 1).

Por el contrario, si bien la mayoría de los casos comprendidos en la prohibición del art. 92 CP consisten en la producción de lesiones graves o gravísimas “para realizar otro delito” (y, por ello, se corresponden con la descripción formulada en el 166 inc. 1 CP, en la medida en que ese otro delito sea un robo), ello no se presenta en todos los casos. En efecto, para que exista tal correspondencia las lesiones dolosas graves o gravísimas deben ser producidas “para realizar el robo”, es decir para llevar a cabo actos ejecutivos o consumativos de un robo.

Por ello, no resultan comprendidas en el art. 166 inc. 1: a) las lesiones dolosas graves o gravísimas ocasionadas *para preparar un robo que luego no haya iniciado la etapa de los actos de ejecución*; b) las producidas *para facilitar un robo cuya ejecución nunca comenzó efectivamente*; c) las lesiones dolosas graves o gravísimas ocasionadas después de consumado un robo y *con el fin de ocultarlo o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro*. En cualquiera de estos casos, las graves lesiones causadas dolosamente no habrían sido producidas “para realizar un robo”, que es lo que exige, en forma expresa, la tipicidad de algunos de los supuestos de hecho previstos en el art. 166 inc. 1 CP.



En tal sentido, Fernando DÍAZ CANTÓN, luego de preguntarse cuál es la relación típica entre las lesiones y el robo, en el art. 166, inc. 1, se refiere al siguiente caso: “el delincuente sustrae primero y, después, lesiona para procurar la impunidad”, sosteniendo, correctamente, que “esta tercera situación ingresa para mí en el terreno de las lesiones *criminis causae* del art. 92 CP, y está, a mi juicio, excluida de la figura del art. 166, 1, CP) ... las lesiones posteriores para impedir, por ejemplo, el descubrimiento del robo, no constituyen más que una mera sucesión en el tiempo. Por más que las violencias para procurar la impunidad constituyan el tipo base del robo simple, no sustentan a mi juicio la razón de la agravación. El hecho de que este tipo se defina con las referencias ‘sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad’, ... sin embargo, no explica que el propósito de ‘procurar la impunidad’ pueda incluirse, sin más, en el concepto ‘realizar’ del art. 166, puesto que, en ese caso, las lesiones no sólo pueden no resultar vinculadas conceptualmente con la realización del robo, sino que, casi siempre, ellas estarán referidas a momentos posteriores a las acciones, ya cumplidas, de realización del robo”

²².

Con el mismo sentido se expresó el juez Lejarza, en la causa “Lemus García, Cándido C.”, de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal (del 20 de marzo de 1.962), al sostener que “este balazo disparado en plena lucha por escapar, por su afán de liberarse a todo costo para obtener la impunidad del robo que intentó, y que ya estaba definitivamente frustrado por la concurrencia de cuatro jóvenes, ¿puede, acaso, conectarse con el propósito que exige el delito del art. 166, inc. 1º? ... Y puesto que desde ningún punto de vista puede uno suponer que el disparo del arma y la subsecuente lesión tuvo por objeto consumir el robo, la figura del art. 166, inc. 1º, queda sin su natural contenido ... la lesión se produjo cuando pretendía el reo escapar con el propósito único inteligible de lograr la impunidad de sus frustrado intento. No hace falta más para que la conexidad de la lesión con el fin de rehuir la acción de la justicia produzca la figura agravada del art. 92 del Cód. Penal” ²³.

²² Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 600.

²³ La Ley, Bs. As., tomo 108, año 1.962, ps. 303/7.



E.1.4. Exclusión de las lesiones leves y las no dirigidas al robo.

Por supuesto que quedan excluidas del art. 166 inc. 1 todas las lesiones dolosas leves y las dolosas graves o gravísimas *que no hayan sido llevadas a cabo con el fin de realizar el robo*, aunque objetivamente exista conexión entre ambos delitos.

Por ejemplo, si “el delincuente lesiona y, después, decide apoderarse de la cosa ... como el delito complejo presupone, además de dos delitos, un conexión característica entre ambos, al faltar, en dicho supuesto, toda clase de conexión, no puede cumplir el tipo de robo con lesiones graves. Entre lesiones y sustracción existe una mera sucesión en el tiempo, pero nada más. Se aplican las reglas del concurso”²⁴.

E.2. Lesiones incluidas en el art. 166, inc. 1, CP. Se incluyen en el ámbito de aplicación del art. 166 inc. 1 las lesiones *dolosas* causadas por el autor *para realizar el robo*.

La única diferencia posible existente entre el supuesto de hecho del art. 92 CP y el del art. 166 inc. 1 CP consiste en que las lesiones dolosas (graves o gravísimas) descriptas en el *art. 92* están dirigidas a preparar, facilitar o consumir otro delito *distinto del robo* o para asegurar los resultados de cualquier delito ya consumado o para procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito, mientras que, por tratarse de una disposición penal especial en relación al citado art. 92, el *art. 166 inc. 1* comprende las lesiones dolosas (graves o gravísimas) producidas “para realizar un *robo*”.

Esta es la única explicación aceptable que encuentro para distinguir el ámbito de aplicación del art. 92 del correspondiente al art. 166 inc. 1.

FONTÁN BALESTRA defendió el carácter *doloso* de las lesiones graves o gravísimas comprendidas en el art. 166 inc. 1, CP. y la necesidad de que las lesiones agravadas del art. 92 se conecten con un delito distinto del robo. En tal sentido, sostuvo que “las lesiones que se *causen* tienen que ser dolosas o *criminis causa* en función de lo establecido en el artículo 92. De lo contrario, considerar incluidas en el artículo comentado a las lesiones culposas significaría admitir la incongruencia que se puso de manifiesto, en cuanto a las penalidades, al tratar el robo con homicidio y la privación

²⁴ Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 600.



ilegal de la libertad con lesiones resultantes ... resulta, pues, preciso aceptar que el artículo 166, inciso 1º, es de aplicación a las lesiones graves o gravísimas causadas *para* robar ..., con lo que la norma del artículo 92 tiene vigencia cuando las lesiones sean conexas a cualquier otro delito ... De lo expuesto se deduce que tanto en lo relativo al apoderamiento como a las lesiones que se causan, el delito es *doloso*”²⁵.

Carlos A. TOZZINI pareciera adherir a esta postura, al sostener que “para la punibilidad, el tipo subjetivo requiere que el contenido de ambas ofensas esté presente en el dolo de todos los partícipes”²⁶. Sin embargo, hay una razón que me permite dudar acerca del alcance de su posición, pues, al igual que DONNA (cuya obra contiene una frase idéntica a la transcripta), sostuvo antes que el art. 166 inc. 1 “se aplica ... cuando entre el robo y las lesiones no sólo exista una conexidad preordenada ..., sino también una meramente ocasional o accidental respecto del robo, puesto que las violencias causantes de estas lesiones pueden ser ejercidas en cualquiera de los momentos y con los fines que prevé el art. 164, y todas ellas realizan el robo”²⁷. Ello por cuanto la “*conexidad meramente ocasional o accidental*” entre las lesiones y el robo pareciera no referirse necesariamente a las lesiones graves o gravísimas *dolosas*, aunque, como se dijo, el autor citado luego exige la comisión *dolosa* de ambas ofensas –y, por ende, también de las lesiones agravadas–).

A pesar de que no concordamos con la identidad *total* entre los supuestos de hecho de los arts. 166 inc. 1 y 92, CP, mencionamos aquí (aunque no traten expresamente el problema relativo al elemento subjetivo de las lesiones) las interpretaciones del art. 166 inc. 1 que identifican totalmente las conductas en él descriptas con las enunciadas en el art. 92. Ello por cuanto el art. 166 inc. 1 requiere que las lesiones se produzcan por las violencias causadas “para realizar el robo” y el art. 92, de modo semejante, exige que se causen lesiones “para” cometer otro delito (para estos autores: “para” robar). Para que pueda afirmarse esta correspondencia de supuestos de hecho (previstos en el 166 inc. 1 y en el 92), las lesiones deben, en ambos casos, ser causadas en forma *dolosa*, pues sólo de ese modo se entiende que su producción “para realizar el robo” sea equivalente a “para” robar.

²⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 456.

²⁶ Carlos A. TOZZINI, *Los delitos de hurto y robo*, p. 298.

²⁷ Carlos A. TOZZINI, *Los delitos de hurto y robo*, p. 294.



Octavio GONZÁLEZ ROURA se pregunta, en tal sentido, “¿qué pena deberá imponerse en el supuesto del art. 166, inc. 1º, *encontrándose el caso también previsto*, aunque con una pena menor, *en el art. 92* que trata de las lesiones? Y la respuesta, en el sentido de la aplicación de la pena prevista en el robo, no es por cierto dudosa. Primero, porque una disposición de carácter especial prima sobre otra de carácter general, y segundo, porque en materia de concurrencia de delitos prima la calificación del más grave, según el principio tantas veces recordado”²⁸.

Igualmente, Rodolfo MORENO (hijo), luego de transcribir la frase recién citada de GONZÁLEZ ROURA, añade: “el argumento me parece perfectamente claro y de todo punto aceptable”²⁹. (p. 140).

F. La prueba del dolo y del elemento subjetivo del tipo que lo trasciende.

La cuestión atinente a las dificultades existentes para probar el dolo (y el elemento subjetivo del tipo que va más allá de dolo) de robo agravado por haber sido cometido por medio de lesiones graves o gravísimas de los artículos 90 o 91, CP, reviste, en verdad, naturaleza procesal. Lo cierto es que, respetando el sistema de garantías que rodean la teoría de la prueba, corresponde, en el caso del art. 166 inc. 1, CP, probar tanto el dolo de lesiones graves o gravísimas, como el fin de causarlas para realizar un robo, del mismo modo que se hace necesario probar el dolo de robo. En otras palabras, constituye uno de los tantos presupuestos de la pena la acreditación, por medio de un juicio de certeza, del obrar doloso del delito medio (lesiones graves o gravísimas), de la concurrencia del propósito de lesionar gravemente como medio para realizar el robo y del dolo del delito fin (robo). Esto significa que la tipicidad del robo con lesiones del art. 166 inc. 1, CP, requiere, como elementos subjetivos del tipo, los siguientes: a) que el autor se apodere, por medio de la particular forma de violencia física exigida y sin autorización del tenedor, de cosas muebles ajenas, *conociendo tales elementos y queriendo llevar a cabo dicho apoderamiento*; b) que el autor cause lesiones graves o gravísimas a otro, *conociendo que, con su obrar, las produce y, además, con voluntad de causarlas*; y c) que el autor *quiera provocar tales graves lesiones y tenga el propósito de utilizarlas como medio para realizar el robo*.

Probablemente, lo más difícil de probar sea el dolo de lesiones graves o gravísimas, pues, para dar un ejemplo, entre el dolo de lesionar a otro inutilizándolo para el trabajo por más de treinta días (lesiones graves del art. 90) y el de hacerlo por pocos días menos (lesiones leves del art. 89), existe una diferencia difícil de percibir desde el fin del autor. La misma dificultad se presenta, entre

²⁸ Octavio GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal*, Tomo III (Parte Especial), 1925, p. 225 (el párrafo citado no lleva cursivas).

²⁹ Rodolfo MORENO (hijo), *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 140.



muchos otros casos, en la comparación entre el caso de quien deja ciego a otro (art. 91) y de quien le hace perder sólo un ojo (art. 90), cuestión muy complicada de dilucidar desde el querer del autor. De todos modos, ella es una problemática que corresponde zanjarla en el plano de un proceso penal de garantías, propio de un Estado Constitucional de Derecho, en cuyo ámbito rige el principio *in dubio pro reo*, según el cual en caso de duda acerca del dolo de la lesión mayor, sólo deberá tenerse por cierto, en nuestros ejemplos, el dolo de la lesión menos grave (de la leve, en el primer caso, y de la grave, en el segundo).

G. Tentativa y consumación.

Los tipos penales contenidos en el art. 166 inc. 1, CP, constituyen supuestos de robos agravados por la gravedad del medio empleado (lesiones dolosas graves o gravísimas). En cuanto son delitos de robo, el apoderamiento ilegítimo de cosas ajenas (realizado por medio de la particular violencia física exigida) debe haberse logrado; es decir, *debe haberse consumado como robo*. A su vez, *también se requiere la consumación de las lesiones dolosas graves o gravísimas*.

Por la razón apuntada, es ya tradicional la discusión entablada entre quienes postulan (para el supuesto lesiones –graves o gravísimas– consumadas para realizar un robo que queda sólo *tentado*) la aplicación lisa y llana del art. 166 inc. 1, CP, desconociendo la aplicabilidad de los arts. 42 y 44, CP., y quienes, del otro lado, admiten (para el mismo caso) la reducción de la escala penal prevista en el art. 166 inc. 1, de conformidad a las exigencias del art. 44, CP.

Para la primera de las tesis enunciadas, *la aplicación de la escala penal del art. 166 inc. 1, CP, sin la disminución establecida en el art. 44* (para el caso de lesiones agravadas consumadas, llevadas a cabo para realizar un robo sólo *tentado*), se funda, en líneas generales, en la circunstancia de tratarse de un delito “complejo” o de “ofensa compleja”, que atenta contra el patrimonio y la salud o integridad corporal de las personas, constituyendo un nuevo tipo penal, distinto de aquellos que lo componen. De admitirse la disminución de la escala penal prevista en el art. 44, CP, se produciría la *incongruencia* de entender sancionada la tentativa del art. 166 inc. 1 con un mínimo de pena *menor* que el correspondiente a las lesiones gravísimas del art. 90 ³⁰.

³⁰ En verdad, se trata de una incongruencia relativa, pues depende de la tesis que se siga para reducir la escala penal de la tentativa (es decir, de la interpretación que se adopte respecto de la fórmula “de un tercio a la mitad” del art. 44, CP). Además, los mínimos de las escalas penales son meramente indicativos y pueden ser dejados de lado en la medida en que lo demanden exigencias de racionalidad.



En tal sentido, Ricardo C. NÚÑEZ ha dicho que “agravando ya el delito las violencias ejercidas para facilitar el robo, la calificante no exige la consumación de este delito y, por ende, el tipo del artículo 166, inciso 1º, se estructura tanto con la consumación de la ofensa a la propiedad, como con su tentativa. Esto excluye la posibilidad de la aplicación de las reglas de la tentativa. La consumación del tipo calificado requiere, como en el artículo 165, la ofensa consumada o tentada contra la propiedad y el homicidio consumado” ³¹ (debió decir “y las lesiones consumadas”). Edgardo A. DONNA ³² concuerda también con este parecer (“como las violencias ejercidas para facilitar el robo ya agravan el delito, la calificante no exige la consumación del apoderamiento y, por ende, como en el caso del robo con homicidio, el robo con lesiones se consuma cuando concurren el apoderamiento o su tentativa, y la lesión grave o gravísima”). Esta es la tesis de Carlos A. TOZZINI ³³, para quien “agravado el delito por el resultado de las violencias efectuadas para facilitar el robo, el inc. 1 del art. 166 no exige, pues, la consumación de este último delito”. Para Carlos CREUS ³⁴, “como en el caso anterior (el caso anterior al que se refiere el autor es el del art. 165, CP), para que se dé el tipo calificado se requiere la ocurrencia de la lesión y la consumación o la tentativa del apoderamiento ilegítimo”. Jorge E. BUOMPADRE ³⁵ se expide en el mismo sentido: “producida la lesión, el delito queda consumado, aunque el robo haya quedado en grado de tentativa”. Igualmente, Justo LAJE ANAYA ³⁶ (“la agravante no requiere la consumación del robo”).

Esta tesis se apoya, en general, en el fallo plenario dictado en el año 1.967 por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, en causa “Salvini o Gómez, J. C.”

³⁷.

La segunda posición sostuvo que si el robo queda en tentativa (y se consuman, en cambio, las lesiones graves o gravísimas) *la aplicabilidad de la escala penal disminuida, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 42 y 44, CP.*, se fundamenta, básicamente, en la exigencia del *principio constitucional de legalidad penal*. En efecto, tal principio obliga a los jueces a aplicar las reglas legales generales de los arts. 42 y 44, CP, a los delitos que son compatibles con ellas y éste,

³¹ Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, p. 233.

³² Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la propiedad*, p. 157, y *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, p. 157.

³³ Carlos A. TOZZINI, *Los delitos de hurto y robo*, p. 296.

³⁴ Carlos CREUS, *Derecho Penal, Parte General*, p. 454.

³⁵ Jorge E. BUOMPADRE, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo 2, p. 71.

³⁶ Justo LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Volumen II, p. 69.

³⁷ Jurisprudencia Argentina, 1967-V-219; La Ley, 127-1023.



precisamente, es uno de ellos, por constituir un caso de *robo* agravado (que, como tal –como robo– permite la tentativa). Para esta postura, el tratamiento de la *tentativa de robo agravado* por lesiones graves o gravísimas *como si fuera un robo consumado*, además del vicio al que se hizo alusión, conduce a una *irrazonable consecuencia punitiva*, consistente en brindar un trato más severo a casos de menor gravedad.

A favor de tal interpretación se expidió, entre otros, Fernando DÍAZ CANTÓN, para quien “1) la naturaleza compleja de una figura dice relación con el concurso de delitos, para excluir la aplicación de sus reglas por la existencia de una relación típica de medio a fin, no rozando siquiera el problema de la tentativa. 2) Esa relación típica es lo que explica –aunque no justifica– el sensible incremento de la penalidad, afincado en el incremento del injusto fundado en el mayor disvalor de acción que denota la ordenación de las violencias (causantes de graves lesiones) al robo, lo cual no se aplica a la mera conexión ocasional ente ambos delitos. 3) Esto, sin embargo, nada dice acerca de que un desvalor de acción semejante ni siquiera merezca la atenuación por tentativa. Creo que, precisamente por ello, la reducción se impone más que nunca. 4) la reducción se impone, además, por la desmesurada escala penal prevista en comparación con otras figuras de similar o mayor gravedad, lo cual constituye una evidente lesión al principio de culpabilidad”³⁸, a lo que el autor agrega que “el tipo del art. 166, 1, es el de un robo agravado. Por eso está situado en el título de los delitos contra la propiedad, en el capítulo del robo, dentro del mismo artículo que contempla otros tipos de robo de igual gravedad. Como robo, es delito doloso ..., como robo, su núcleo consiste en apoderarse ilegítimamente de lo ajeno. Como robo, pues, se consuma o no según se logre o no el apoderamiento; y queda, en caso contrario, en tentativa, aunque la forma de violencia empleada haya provocado lesiones graves o gravísimas³⁹. Igualmente, citando el voto de Lejarza en el fallo plenario “Salvini o Gómez”, añade que “*realizar* no quiere decir *intentar* y para echar mano del artículo en caso de que la acción descripta no se cumpla, el legislador debió haber agregado ... o *intentar* el robo, lo que no supone demasiado esfuerzo. Además, el empleado en la norma es uno de los pocos verbos españoles de

³⁸ Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 608.

³⁹ Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 608.



significado muy concreto, intergiversable. Realizar (...) tr. Verificar, hacer real y efectiva una cosa, Diccionario de la Lengua Española”⁴⁰.

Entre las decisiones judiciales que admiten la tentativa de robo con lesiones graves o gravísimas del art. 166 inc. 1, CP, puede mencionarse, entre otras, las siguientes:

- *Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal*, causa “Lemus García, Cándido C.”, del 20 de marzo de 1.962⁴¹: “tal calificación es de incuestionable procedencia, toda vez que en autos ha quedado acabadamente establecido que el procesado penetró al lugar del hecho con propósitos de robo; que valiose del revólver que portaba para intimidar a algunos de los ocupantes de la casa; que luchó empeñosamente contra quienes luego se opusieron a sus designios intentando reducirlo y arrebatarse el arma aludida, y que en estas últimas circunstancias el prevenido hirió de una balazo a uno de sus oponentes ... dicha lesión fue causada por el imputado en el acto de intentar la comisión del delito contra la propiedad que constituía su finalidad y en momentos en que, sorprendido por algunos de los moradores de la finca, pretendía imponerse a éstos” (de la decisión, confirmada, de primera instancia, del juez Martín Soto). “Se está frente a una unidad jurídica de la creación legal, excluyente de todo tipo de concurso, y por cierto susceptible como el delito simple de ser cometido en grado de tentativa en virtud de conformar también sólo un delito autónomo único no obstante la pluralidad natural de sus elementos” (del voto de Vera Ocampo). Se añade que “la pretendida incongruencia por la menor pena que resultaría de la aplicación de lo dispuesto en los arts. 42 y 44 del Cód. Penal, a la escala del art. 166, en el caso del inc. 1º, con respecto al mínimo conminado para las lesiones del art. 91, no es tal incongruencia. O de serlo habría también que admitir que el propio art. 166, inc. 1º, al dar una misma escala para supuestos que las tienen diferentes, arts. 90 y 91, la llevaría ínsita. Pero ‘la naturaleza de la acción’, art. 41, inc. 1º, impediría a un juez caer en la inconsecuencia, con lo cual quedaría cegada esta objeción más formal que sustantiva” (del voto de Lejarza).

- *Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires*: “No se advierte razón alguna para que la figura del art. 166 inc. 1º de la llamada ‘parte especial’ del Cód. Penal no sea relacionada, cuando así corresponda, con el art. 42 de su denominada ‘parte general’ ... las lesiones ... deben entonces consumarse ... El proceso ejecutivo del robo es otra cosa

⁴⁰ Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 609.

⁴¹ La Ley, Bs. As., tomo 108, año 1.962, ps. 303/7.



y, en consecuencia, admite la tentativa” (Causa “Delgado, Luis A. y otro”, del 2 de abril de 1.991 ⁴²); “Es jurídicamente imposible declarar consumado un robo meramente tentado por el solo hecho de haberse perfeccionado no ya la acción descripta en la figura (art. 166, inc. 1º), sino un elemento normativo de la misma” (Causa “Iglesias, Diego A.”, del 29 de diciembre de 1.992 ⁴³); “Lo descripto en el Art. 166 inc. 1) del Código Penal es un robo calificado y las lesiones, por constituir en dicho precepto legal un elemento normativo del tipo, deben consumarse para la aplicabilidad de la mencionada figura sea en su forma consumada sea en grado de tentativa ... Las lesiones del Art. 166 inc. 1) del Código Penal ... son violencias que ‘realizan’ el robo, pero a condición de que éste se perfeccione, pues tales ‘violencias’ no satisfacen por sí mismas el concepto legal de robo consumado” (Causa “Lagrekas, A. M.”, del 29 de abril de 1.997 ⁴⁴).

- Tribunal Superior de Córdoba: “En el delito complejo ... está aceptado que sus disposiciones adelantan el momento consumativo del delito, centrándolo en el ataque a las personas, aunque no haya todavía acto alguno contra la propiedad, con lo cual no admitiría tentativa. Sin embargo, como se trata de una cuestión opinable, en el caso, la comisión del delito complejo imputado, debe resolverse con ajuste al tipo delictivo que respete su unidad y respete el límite de la ejecución delictiva resultante de lo que se ha acreditado que hizo el sentenciado, quien no consiguió retirar prenda de vestir alguna del interior del local que asaltó, no logrando, entonces, quebrantar la tenencia de cosas muebles ajenas, por lo cual debe ser declarado coautor responsable de tentativa de ‘robo con lesiones’ (arts. 42, 45, 166, inc. 1º, C. Penal)” (Causa Rodríguez, Julio Julián y otros”, del 7 de mayo de 1.993 ⁴⁵).

- *Tribunal Superior de Neuquén*: “En el caso de autos, la Cámara de Juicio ha determinado que *no es factible dar por acreditada la consumación del desapoderamiento*, con lo cual, *tampoco es viable considerar que, sin ese extremo, la figura calificada pueda considerarse perfeccionada*” (Causa “Quirulef, Ariel Antonio s/Robo Doblemente Agravado por el Uso de Armas y Lesiones Graves”, expte. n° 350, año 1998, del 22 de marzo de 1.999).

⁴² La Ley, Bs. As., tomo 1.991-D, p. 85.

⁴³ La Ley, Bs. As., tomo 1.994-B, p. 703.

⁴⁴ Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, tomo 99, año XXV, 1.997, F. 145, ps. 54/5.

⁴⁵ El Derecho, Bs. As., t. 160, año 1.995, p. 414.



En verdad, esta última postura (que considera aplicable al art. 166 inc. 1, CP, las reglas de la tentativa) parece haber surgido como una reacción en contra de las incomprensibles condenas por el delito que tratamos a los casos de robos meramente *tentados*. Por medio de tales condenaciones, se vinieron imponiendo penas carcelarias mínimas de cinco años para los casos de *tentativa de robo agravado por el modo particularmente lesivo de su comisión*, desconociendo, precisamente, que el art. 166 inc. 1, CP, contempla un delito “complejo” que fue más severamente penado (que lo que resultaría de aplicar las reglas del concurso) por fusionar *dos* delitos consumados en uno independiente (que comprende a cada uno de ellos).

De no haber sido por ello, probablemente se habría advertido (desde hace muchos años y en forma general) la razonabilidad de la posición postulada por varios autores (aunque en relación al homicidio en ocasión del robo –del art. 165, CP–), según la cual (aplicando dicho criterio al caso del art. 166 inc. 1, CP) el delito de *robo cometido por medio de graves lesiones* constituye un delito complejo que abarca, en uno solo, dos delitos *consumados*: el robo y las lesiones graves o gravísimas.

Más allá de la crítica de la que se hace claramente pasible la previsión legal de tales “complejidades” (que parecen haber nacido para crear confusión y encubrir la introducción de supuestos de verdadera responsabilidad penal objetiva), lo cierto es que *el art. 166 inc. 1, CP, comprende, entre los elementos del tipo fusionado, los propios de los fundantes (es decir, los elementos típicos del robo y los de las lesiones graves o gravísimas)*. Lo que agrava la pena (en la lógica del texto del cuestionable art. 166 inc. 1, CP) es *la producción real de graves lesiones ocasionadas para realizar total y efectivamente un robo*. Si las lesiones no se consuman, el hecho es atípico del art. 166 inc. 1, CP, aunque se consume el robo (aunque, en verdad, esto no fue nunca discutido). Si, en cambio, se consuman las lesiones, pero no el robo (quedando este último en tentativa), la conducta tampoco concuerda con las prohibiciones contenidas en el art. 166 inc. 1, CP., resultando atípicas en relación a ellas.

En estas hipótesis de atipicidad del art. 166, inc. 1, CP (por la no consumación de las lesiones graves o gravísimas o por la no consumación del robo), debe aplicarse la escala penal que resulta de las normas del *concurso ideal entre tentativa de robo y lesiones graves o gravísimas consumadas, o, en su caso, entre robo consumado y tentativa de lesiones graves o gravísimas*.

El concurso reviste la naturaleza de “ideal”, por cuanto la conducta típica de las lesiones que agravan el robo (tentadas o consumadas) son, precisamente, el medio comisivo de este último delito (consumado o tentado), no constituyendo, entonces (las lesiones y el robo) acciones independientes



entre sí (por lo que el propio texto legal requiere que las lesiones sean producidas “por las violencias ejercidas para realizar el robo”).

Al mismo tiempo, la aplicabilidad de las reglas del concurso “ideal” entre robo y lesiones graves (al citado supuesto de atipicidad del art. 166, inc. 1, CP) explica de un modo razonable la deferencia comparativa de las penas establecidas legalmente: a) para el art. 166, inc. 1, CP (5 a 15 años de pena carcelaria para el robo *consumado* a través de la *consumación* de lesiones dolosas graves o gravísimas), b) para la tentativa de robo llevada a cabo por medio de la consumación de lesiones dolosas graves o gravísimas (1 a 6 años o 3 a 10 años de pena privativa de libertad, de acuerdo a que las lesiones dolosas sean graves o gravísimas) o c) para el robo consumado por la acción típica de tentativa de lesiones graves o gravísimas (1 a 6 años o 1 año y 6 meses a 6 años y 8 meses, según que se trate de tentativa de lesiones graves o gravísimas).

Esta solución salva las objeciones que, con razón, se formulan a las tesis que postula aplicar, sin más, la escala penal del art. 166 inc. 1, CP, tratando a la *tentativa* de robo como si fuera un robo *consumado* (mientras que para la tentativa de lesiones graves o gravísimas manda a aplicar las reglas del concurso, sea que el robo haya sido tentado o consumado). De la misma manera, evita el cuestionamiento que ha sido formulado a la tesis que postula la reducción de la escala penal del art. 161, CP, conforme a lo establecido en el art. 44, CP, que mandaba a aplicar (a las lesiones gravísimas *consumadas* para lograr un robo que queda sólo *tentado*) un mínimo de pena inferior al previsto sólo para las lesiones dolosas consumadas del art. 91, CP.

Adviértase que, de acuerdo con la solución que postulamos, la escala penal aplicable a nuestros casos (de tentativa de cualquiera de los delitos fusionados en el art. 166, inc. 1, CP) resulta explicable a través de la razón, pues es siempre menor a la escala del 166 inc. 1 (que exige las dos consumaciones) y nunca menor al mínimo de las lesiones dolosas graves o gravísimas de los arts. 90 o 91, CP, o al mínimo del robo.

La razonabilidad de esta postura la advertí luego de leer el exhaustivo análisis que hace Alexis L. SIMAZ del *homicidio con motivo u ocasión del robo*, previsto en el art. 165, CP ⁴⁶. Nos dice este autor: “queremos delinear una tercera interpretación posible –a nuestro criterio más justa que las formuladas anteriormente–, que es la de exigir la consumación tanto del robo como del homicidio para que se pueda dar el delito complejo, aunque somos conscientes de que no existe doctrina y jurisprudencia en que nos podamos

⁴⁶ Alexis L. SIMAZ, *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*.



apoyar al respecto ... Dentro de las interpretaciones posibles ésta es la más favorable para el imputado (*favor rei*) ... Por otra parte, interpretarlo en forma diferente implicaría adelantar el momento consumativo del delito, sin que exista una norma específica que lo disponga ... Por último, existe una desproporcionalidad manifiesta en la postura que admite la tentativa del complejo ..., por lo que creemos que si exigimos la consumación tanto del robo como del homicidio le otorgamos mayor racionalidad y proporcionalidad al sistema punitivo, pues de acuerdo a nuestra posición la escala penal sería de 10 a 25 en caso de que se consumen tanto el robo como el homicidio y de 8 a 25 cuando se consume el homicidio y el robo quede en grado de tentativa, como consecuencia de la aplicación de las normas del concurso real; de esta forma le otorgamos mayor coherencia en lo que hace a la gravedad relativa de las penas, pues en este sentido tiene razón la Corte provincial al expresar que de acuerdo a la posición contraria se estaría declarando consumado un hecho meramente tentado ... Por todo lo expuesto, creemos que esta es la postura más justa. Con relación a la posición que admite la tentativa, es evidente que, más allá de todos los reproches dogmáticos, la desproporción en la pena la hace totalmente insostenible; y con respecto a la segunda posición ... , tiene la dificultad de no explicar cómo se puede entender que el complejo se consumó cuando una de sus acciones descriptas quedó en grado de tentativa; en este caso tenemos la ventaja de establecer una diferencia en materia punitiva según el robo se haya consumado o no”⁴⁷. Cabe aclarar que Alexis L. SIMAZ concluyó el trabajo citado antes de la reforma operada al art. 55 del Código Penal argentino, que tristemente admite, para el concurso real, un máximo de pena carcelaria resultante de “la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos”, la que “no podrá exceder de cincuenta años de reclusión o prisión” (Cfr. ley 25.928/2004). Por ello, para el autor citado, las escalas penales aplicables a los distintos casos que plantea resultaban explicables en aquel momento, aunque no ahora, después de la insensata reforma efectuada al art. 55, CP. Ahora, en cambio, sólo resulta comparativamente explicable si se aplican (a los casos de robo tentado y lesiones consumadas de los arts. 90 o 91 o bien a los supuestos de robo consumado por tentativa de tales lesiones) las reglas del concurso ideal entre ellos (Cfr. tesis de Mauro A. DIVITO, referida en el párrafo siguiente).

⁴⁷ Alexis L. SIMAZ, *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*, ps. 312 a 313.



También ha sido decisivo, para mí, el interesante trabajo de Mauro A. DIVITO ⁴⁸ (aunque en relación al art. 165, CP). Este autor ha expresado, al respecto, que “en principio, la consideración de la figura como un robo calificado conduciría a admitir que, cuando el apoderamiento no se consumó y el homicidio sí, el delito del art. 165 no superó la etapa de la tentativa y, por ende, correspondería reducir la escala penal conforme al art. 44. Pero esa operación arrojaría un resultado bastante desconcertante, pues –siguiendo la opinión predominante– en tal caso se aplicaría una escala cuyo mínimo –cinco años– sería marcadamente inferior al del art. 79. Y aunque el CP no se caracteriza precisamente por la armonía entre las penas que contempla para los distintos delitos, en la disyuntiva parece razonable intentar una interpretación que, al menos, reduzca la irracionalidad más grosera. En consecuencia, ha de concluirse que la figura del art. 165 es aplicable solamente en los casos en que el robo y el homicidio se han consumado. En los supuestos en que el homicidio se consumó y el robo quedó tentado, ... debe considerarse que deja de operar la excepción a las reglas del concurso ideal –propia del tipo complejo–, y resolver el caso de acuerdo a éstas, es decir, aplicando la escala del art. 79 –que es la más grave– (CP, 54)” ⁴⁹. El autor aclara que, como consecuencia de las disposiciones legales que regulan el concurso *ideal*, corresponde aplicar la escala penal del delito más grave (que, en el caso del art. 165, es la de ocho años de privación de libertad por homicidio doloso), pues “resolver esta hipótesis según las reglas del concurso real conduciría a una escala bastante extravagante, con un mínimo (ocho años –art. 79–) menor al del art. 165, pero con un máximo sustancialmente mayor al allí previsto (en el mejor de los casos, es decir si se tratara de un robo simple, el máximo ascendería a veintinueve años, resultante de sumar veinticinco –art. 79– más cuatro –arts. 42 y 164–)” ⁵⁰. Adviértase que, de aplicarse las normas reguladoras del concurso real, se produciría la consecuencia inadmisibles de permitir la aplicación de una pena máxima de *veintinueve* años de cárcel para la *tentativa de robo* si en su contexto se comete un homicidio doloso, mientras el máximo es menor (veinticinco años) cuando el robo se consumó.

⁴⁸ Mauro A. DIVITO, *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, 2005/A, ps. 229 y ss. (y, en particular, las páginas. 250 a 252).

⁴⁹ Mauro A. DIVITO, *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, 2005/A, ps. 251/2.

⁵⁰ Mauro A. DIVITO, *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, 2005/A, p. 252, nota 82.



Guillermo E. H. MOROSI ⁵¹ también defiende esta idea (aunque también en relación al delito de homicidio *en ocasión del robo* del art. 165, CP). Sobre el punto, señaló que “la sola tentativa de robo con resultado fatal no consuma el delito por cuanto, a falta de aclaración en la norma, debe considerarse que el legislador se refiere al hecho consumado y no al tentado. En este caso, ambas figuras –tentativa de robo y homicidio– concurrirán en forma material” ⁵².

Salvo el caso de los autores citados, la doctrina en general se ha enrolado a favor de las dos tesis tradicionales: a) la que no admite la disminución de la escala penal de la tentativa y postula la aplicación lisa y llana del art. 165, o b) la que, por el contrario, postula tal reducción de la escala punitiva de conformidad con lo dispuesto por los arts. 42 y 44, CP.

Ello concuerda, a su vez, con las decisiones de la jurisprudencia.

G. Autoría y participación.

Por una parte, el principio constitucional de responsabilidad penal personal exige, para la actuación típica requerida por el art. 166 inc. 1 CP: a) que cada interviniente en el hecho haya participado concretamente en la causación de las lesiones graves o gravísimas consumadas con el fin de realizar el robo.

A su vez, la misma tipicidad requiere que, en el plano objetivo, cada interviniente participe en la realización del robo consumado, para cuya realización se haya realizado en común la acción gravemente lesiva.

Por otra parte, por ser un tipo penal doloso, que exige, además del dolo, un elemento subjetivo del tipo que trasciende al dolo (el propósito de lesionar de ese grave modo como medio “para realizar el robo”), cada uno de los autores, coautores o partícipes, para obrar típicamente, debe obrar con conocimiento y voluntad de consumir lesiones graves o gravísimas, sabiendo que, con ellas, se va a realizar un apoderamiento ilegítimo de cosas mueble ajenas a través de esa forma concreta de violencia física en las personas, y, además, con el propósito de producir tales graves lesiones *para realizar el robo*.

Si un interviniente (coautor, cómplice o instigador) obra con dolo de lesiones *leves* para realizar un robo, su conducta será atípica del art. 166, inc. 1, CP, por falta de dolo de lesiones graves

⁵¹ Guillermo E. H. MOROSI, *Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio*.

⁵² Guillermo E. H. MOROSI, *Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio*, p. 40.



o gravísimas de los arts. 90 o 91, CP., restando la comprobación de la tipicidad en relación al robo simple.

Si, en cambio, un coautor, cómplice o instigador de lesiones graves o gravísimas, obra con dolo de producir ese tipo de lesiones, pero luego roba sin que exista conexión entre aquellas lesiones y el robo, habrá realizado una acción también atípica del art. 166, inc. 1, CP, por cuanto falta de la necesaria conexión entre las graves lesiones y el robo (requerida, como elemento subjetivo distinto al dolo, por el tipo penal aludido).

H. Ilegitimidad constitucional del art. 166, inc. 1, CP.: imprecisión de lo prohibido e incongruencia valorativa de la pena.

No obstante lo dicho, la única interpretación plausible del texto del art. 166 inc. 1, CP (referida en E.2 del presente apartado), aparece igualmente reñida con nuestros principios constitucionales.

Por una parte, ello sucede debido a la *imprecisión* con la cual la ley penal describe las conductas prohibidas, por medio del art. 166, inc. 1, CP. Tal imprecisión afecta el *principio constitucional de legalidad penal*, que exige, entre sus consecuencias, una *descripción exhaustiva* de la materia de la prohibición, para permitir el conocimiento y comprensión de lo prohibido. De otro modo, no hay verdadera *posibilidad de contramotivación en la norma penal*, como para fundar en ella, luego, el eventual juicio de *reprochabilidad por el hecho*, necesario para habilitar la imposición de una pena estatal. Esta vaguedad la demuestra la existencia de posiciones demasiado divergentes, en doctrina y jurisprudencia, en lo que hace a la determinación del alcance de lo prohibido (recuérdese que, mientras para *algunos* las graves lesiones deben ser *dolosas*, para *otros* basta con que hayan sido producidas con *culpa*, no faltando la opinión de aquellos que admiten, incluso, la tipicidad de las lesiones producidas por simple *accidente*; debatiéndose, también, si el art. 166, inc. 1, CP, admite o no la *reducción de la escala penal por tentativa*, postulando *algunos* que la tentativa de robo manda a aplicar siempre la escala penal prevista en el art. 166, inc. 1, CP, *otros* la aplicación lisa y llana de la escala penal disminuida prevista en el art. 44, CP –defendiendo ambos la atipicidad en el art. 166 inc. 1 de los casos de lesiones tentadas para realizar robos que luego se consuman–, mientras *otros*, como en nuestro caso, sostenemos la atipicidad en el art. 166 inc. 1 de todos los supuestos en los que no se consuman tanto las graves lesiones dolosas como el robo para cuya realización se quería causar aquél importante daño al cuerpo o a la salud de otro). Más allá de la irrazonabilidad de algunas de las tesis interpretativas mencionadas, lo cierto es que ellas se han



apoyado en una circunstancia que ha colocado en serio riesgo la seguridad jurídica, afectándola en verdad de modo notorio: en la imprecisión y, por ello, falta de exhaustividad de la descripción de las conductas prohibidas. Esto último afecta el aludido *principio de estricta legalidad*.

Por otro lado, la inconstitucionalidad del tipo se explica en que la ley penal (es decir la ley infraconstitucional) prioriza el bien jurídico patrimonio, por sobre otros de indudable mayor valor. Piénsese que, según el alcance que le adjudicamos al texto del art. 166 inc. 1, CP, corresponderá aplicar una pena carcelaria mínima de *cinco* años a quien causa dolosamente lesiones graves o gravísimas *para realizar un robo*, mientras que, conforme a lo establecido en el art. 92, CP, resultará aplicable al autor de lesiones dolosas graves o gravísimas una pena mínima de *tres* años de encarcelamiento cuando ellas hayan sido causadas para consumir *cualquier otro delito distinto al robo* [por ejemplo, cuando se las haya producido *para consumir una daño* (que es un delito más leve todavía que el robo) o *para consumir un cohecho*, o, incluso, *el homicidio doloso de un tercero* (que son delitos más graves que el robo)]. Es decir, ya sea con la misma lógica que la seguida en el art. 166 inc. 1 (que desvalora enormemente la acción de lesionar gravemente a una persona cuando ella es un medio para cometer un *delito patrimonial de robo*), o ya sea con la lógica opuesta (que desvalora más la causación dolosa de graves lesiones para consumir un *delito más grave aún que los patrimoniales*), en ambos casos la elevada cuota de irracionalidad deslegitima constitucionalmente la previsión legal (que desconoce, inclusive, el diferente tratamiento brindado por el Código Penal a las lesiones graves y gravísimas). Ello es así porque en ningún caso aparece explicable, a través de la razón, que el *mínimo* de la pena carcelaria *se eleve en dos tercios* (en relación a la escala penal prevista en el art. 92, CP), por el solo hecho de haber causado las lesiones *con el fin de realizar un robo*, mientras se mantiene un mínimo tanto más bajo (tres años, en el art. 92) para los casos en los que las graves lesiones hayan buscado la realización de *delitos más leves* o, también, *considerablemente más graves*. ¿Cómo se explica que, para la lesión gravísima producida *para robar* la radio de un automóvil, esté prevista una pena carcelaria mínima de *cinco* años (art. 166, inc. 1, CP), mientras ha sido establecido un mínimo de *tres* años de encarcelamiento para el autor de la misma lesión causada *para consumir una apropiación de cosa perdida* (art. 92, CP), *para abusar sexualmente de una niña* (arts. 92 y 119, primero y último párrafo, CP) o *para cometer incluso una rebelión* (art. 92, CP)? Se ha producido aquí, una vez más, una “falta de equivalencia de las escalas penales dadas por el legislador para las distintas figuras delictivas previstas en el Código Penal”⁵³,

⁵³ Alejandro SÁNCHEZ FREYTES, *Estudios de las figuras delictivas*, tomo II-A, p. 72.



que demuestra que “no hay un sistema coherente en orden a las penas ... (sino un) descalabro punitivo”⁵⁴.

En tal contexto, la irracionalidad del art. 166, inc. 1, CP salta a la vista (por establecer penas más graves para hechos más leves en relación a otros hechos de mayor gravedad sancionados con penalidades menos severas). Por ello, corresponde declarar su inconstitucionalidad, al afectarse la forma republicana de gobierno (que exige, entre otras cosas, la racionalidad de los actos públicos). Debe aplicarse, entonces, para los casos descriptos por tal disposición legal, los tipos penales contenidos en el art. 92, CP, o, en su caso, las reglas del concurso.

Bibliografía.

- AVACA, Diego J.: *¿Quiénes son mayores para el artículo 41 quáter del Código Penal? Armas “impropias”: ¿analogía in malam partem? Dos preguntas con una misma cuestión de base*, en La Ley, Bs. As., 2004.
- BARBADO, Analía R.: *El delito de robo según la jurisprudencia*, Ad-hoc, Bs. As., 1996.
- BINDER, Alberto M.: *Introducción al derecho penal*, Ad-hoc, Bs. As., 2004.
- BUOMPADRE, Jorge E.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, mave, Bs. As., 2004.
- CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, *El delito de robo*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2003.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN: Debate en la Cámara de Diputados, 5a. reunión - 4a. sesión ordinaria, especial, del 07/04/2004, en www.camaradediputados.gov.ar

⁵⁴ Alejandro SÁNCHEZ FREYTES, *Estudios de las figuras delictivas*, tomo II-A, ps. 72/3.



CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN: Debate en la Cámara de Senadores de la Nación, 41/ Reunión - 21/ Sesión ordinaria - 17 de diciembre de 2003, en www.camaradesenadores.gov.ar

CARRERA, Daniel P.: *La tentativa en los robos calificados de los arts. 165 y 166, inc. 1º del código penal*, en Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 1, Vol. 1, año 1993, ps. 147 y ss.

CARRERA, Daniel P. (director), SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro, LUCERO OFFREDI, Guillermo, SANDOVAL CEVALLOS, Gustavo, TRABALLINI, Mónica Adriana, VIDAL, Marta: *Estudios de las figuras delictivas*, Tomo II-A, Advocatus, Córdoba, 1994.

CARRIÓ, A. D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3º ed.

CREUS, Carlos: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, 2º edición actualizada, Astrea, Bs. As., 1988.

D'ALESSIO, Andrés: *Código Penal Comentado y anotado, Parte Especial*, LexisNexis, Bs. As., 2004.

DÍAZ CANTÓN, Fernando: *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, en Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Editores del Puerto, Bs. As., ps. 591 y ss.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Real Academia Española, Espasa Calpe, 21ª edición, Madrid, 1992.

DIVITO, Mauro A.: *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Bs. As., 2005/A, ps. 229 y ss.

DONNA, Edgardo A.:

- *Delitos contra la propiedad*, Rubinzal – Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2001.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, Rubinzal – Culzoni, Bs. As. - Santa Fe, 2003.

ESTRELLA, Oscar A. y GODOY LEMOS, Roberto: *Código Penal, Parte Especial. De los delitos en particular, Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada*, 2, Hammurabi, Bs. As., 1996.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FINZI, Marcelo: *La banda como agravante del robo y del daño (arts. 166, inc. 2º, 167, inc. 2º y 184, inc. 4º, Cód. Penal argentino)*.

FONTÁN BALESTRA, Carlos:



- *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987.
- *Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969.

GOERNER, Gustavo: *Apuntes sobre algunas de las recientes reformas al código penal*, en Reformas penales, AA.VV., coordinador Edgardo A. Donna, Rubinza – Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2004.

GONZÁLEZ ROURA, Octavio: *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Valerio Abeledo, Bs. As., 1925.

JULIANO, Mario A.:

* *El nuevo tipo penal del robo con armas (ley 25882) o ‘el tiro por la culata’*, en ElDial.com, 24 de mayo del 2004.

* *La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*, en *Pensamiento Penal del Sur*, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, 2004.

* *La construcción de una legalidad democrática (nueve temas penales)*, en *Pensamiento Penal del Sur*, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Nº 2, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2006.

LAJE ANAYA, Justo: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Volumen II*, Depalma, Bs. As., 1979.

LÓPEZ GASTÓN, Rodrigo D.:

* *Comentario al fallo ‘Escudero, Javier Alejandro y otros s/robo’, de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV, causa 24781, rta. 22/09/2004, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nº 18, Ad-hoc, Bs. As., 2005 (en prensa).*

* *Objeciones constitucionales al nuevo tipo penal de robo con armas (ley 25882)*, en *Pensamiento Penal del Sur*, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, nº 2, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2006.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Editores del Puerto, Bs. As., 1996, 2ª edición.

MARTÍNEZ, Marcela A.: *La nueva estructura del delito de robo con armas*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, Bs. As., agosto del 2004.



MORENO, Rodolfo (hijo): *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo V, H. A. Tommasi, Bs. As., 1923.

MOROSI, Guillermo E. H.:

* *Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2003.

* *El robo con armas según la reforma de la ley 25882*, en *Reformas al Código Penal, Análisis doctrinario y praxis judicial*, B de F, Montevideo – Bs. As., 2005.

NEIRA, Claudia: *Una nueva discusión acerca del concepto de 'arma'*, en ADLA, 2004-C, 4105.

NÚÑEZ, Ricardo C.:

- *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Lerner, Córdoba, 2ª edición, 2ª reimpresión, 1965.
- *Análisis de la ley n° 21338 (Parte Especial)*, Lerner, Córdoba-Bs. As., 1976.

PENNA, Cristian D.: *Robo con armas y armas impropias. Armas que no son armas, interpretación de la ley penal y principios constitucionales*, Editores del Puerto, Bs. As., 2012.

RECALDE, Jorge: *Un aporte más a la confusión general ¿El arma impropia no es arma?*, en La Ley, Bs. As., 2004.

REINALDI, Víctor Félix: *El robo con armas*, La Ley, Bs. As., 2004.

SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro: *Título VI, Capítulos I, II y III (hurto, robo y extorsión)*, en *Estudios de las figuras delictivas*, Tomo II-A, Advocatus, Córdoba, 1994.

SCHIAVO, Nicolás: *La violencia física en el robo*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2005 (en prensa).

SIMAZ, Alexis L.:

* *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*, Ad-hoc, Bs. As., 2002.

* *La reforma del art. 166 inc. 2º del Código Penal Argentino. ¿Solución definitiva a los problemas o nuevos inconvenientes sin respuesta?*, en revista *El derecho penal. Doctrina y jurisprudencia*, El Derecho, Bs. As., julio de 2004, ps. 14 a 31.

* *El concepto de "banda" en los delitos de robo y daño calificados (CPA, 166, inc. 2º; 167, inc. 2º y 184, inc. 4º)*, en *Temas de Derecho Penal Argentino*, La Ley, Bs. As., 2006, ps. 581 y ss.

SOLER, Sebastián:

- *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, TEA, Bs. As., primera edición 1.945/6, tercera reimpresión 1.956.



- *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, TEA, Bs. As., tercera edición 1.970, séptima reimpresión 1.976.

TARDITTI, Aída: *La aplicabilidad de la tentativa al robo con lesiones (art. 166, inc. 1º, C.P.)*, en *Semanario Jurídico*, N° 943, Córdoba, 29/7/1993.

TOLNAY, Iván C.: *Las nuevas figuras de robo con arma introducidas por la ley 25.882*, La Ley, Bs. As., 24 de septiembre del 2004.

TOZZINI, Carlos A.: *Los delitos de hurto y robo (en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia)*, Depalma, Bs. As., 1995.

TRABALLINI DE AZCONA, Mónica A.: *El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2º, CP). Las formas agravadas de la ley 25882. El arma de utilería*, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, Revista de derecho penal integrado, año V, n° 9, Mediterránea, Córdoba, 2004.

VISMARA, Santiago: *Nuevo Régimen del delito de robo con armas*, La Ley, Bs. As., 28/05/2004.

VITALE, Gustavo L.:

* *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, 75 Aniversario del Código Penal, Ad-hoc, Bs. As., primera edición, 1998.

* *¿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)*, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de Neuquén, año 2003.

* *Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir)*, en *Pensamiento Penal del Sur*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, 2004.

* *Hurto, robo e intervención de menores en el hecho (Art. 41 quáter del Código Penal)*, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de Neuquén, año 2005, ps. 307 a 321.

* *Responsabilidad penal personal e inculpabilidad de la defensa provocada (en el contexto de un robo o de un homicidio en ocasión de un robo)*, en *Pensamiento Penal del Sur*, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, año 2004, ps. 211 a 267.

* *Robo en banda (un reconocimiento a los fallos de la Cámara de Apelación Criminal de Azul)*, en *Pensamiento Penal del Sur*, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2, año 2006, ps. 329 a 361.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, EDIAR, Bs. As., 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000.

ZURUETA, Federico A.: *Reformas legislativas a los delitos cometidos con armas*, LexisNexis – Jurisprudencia Argentina, Doctrina, SJA 14/07/2004, JA 2004- III-751.